

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año L • Julio - Agosto 1974 • Núm. 503

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
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.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La concurrencia de los retractos de comuneros, colindantes y colonos (coordinación de los artículos 1.524 del Código civil y 16 de la legislación de Arrendamientos rústicos)», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	743
«La norma jurídica y el Derecho de Familia», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	787
«Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral», por JOAQUÍN SAPENA	861

NOTAS:

«Notas a un artículo», por el Seminario de Derecho Hipotecario de Valencia	893
---	-----

CRONICA LEGISLATIVA:

«Crónica Legislativa», por JOSÉ MARÍA DE SOLAS	907
---	-----

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 CABAILEIRO	919
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y FRANCISCO CASTRO LUCINI	959
2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO ..	996
3. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1003

LIBROS:

«Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación», de JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, por TIRSO CARRETERO	1011
«Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho», de LUIS DíEZ-PICAZO, por FERNANDO MALO	1015
«El desordenador», de GEORGE ELGOZY, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1023

REVISTAS	1031
------------------------	------

ESTUDIOS

La concurrencia de los retractos de comuneros, colindantes y colonos

(Coordinación de los artículos 1.524 del Código civil y 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos)

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Planteamiento del problema.—3. Teoría que distingue un doble orden de prelación, según se aplique el Código civil o la legislación arrendaticia.—4. Autores que propugnan una ley o disposición aclaratoria.—5. El método de las «alternativas»: enumeración de posibles soluciones.—6. La solución que consiste en rechazar el retracto de colindantes en caso de venta de cuota indivisa: su crítica. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—7. La solución que consiste en distinguir el puesto jerárquico del colindante retrayente de finca y el retrayente de cuota indivisa. Su crítica.—8. Hipótesis que parten de señalar un aspecto de imposible vigencia en la legislación arrendaticia: variantes y examen crítico.—9. La solución que consiste en entender rectificado el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil por el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos al distinguir entre comuneros según su antigüedad: ventajas de esta solución.—10. Conclusión.

1. INTRODUCCION

El tema de la preferencia entre retrayentes ofrece interés, no sólo para resolver los problemas concretos que puedan presentarse en la práctica, sino también porque, a través de él, se pone a prueba la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico. Como dicha preferencia ha sido regulada fragmentariamente, contemplándose algunos casos en el Código civil y otros en las leyes especiales, puede producirse un conflicto, no ya entre artículos de un mismo Cuerpo legal, sino entre dos normativas diferentes, dentro de un mismo ordenamiento.

De entre los numerosos supuestos de concurrencia de retrayentes en

que se produce un conflicto entre el Código y las leyes especiales (1), sólo nos vamos a ocupar aquí del problema que plantea la concurrencia de comuneros, colindantes y colonos, examinando la relación que existe entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil y el número 5.º del artículo 16 de la ley de Arrendamientos Rústicos.

Por exigencias de interpretación sistemática, hay que llegar a una solución coordinadora de ambos textos legales (2). Pero lo primero de todo es plantear el problema.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil dice que «el retracto de comuneros excluye el de colindantes». De aquí se desprende que, según el Código, el retracto de comuneros es preferente al de colindantes, cualquiera que sea el tiempo que el comunero lleve en el condominio, ya que no distingue tal extremo, y, en principio, donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos, de 15 de marzo de 1935, completado por la Ley de 16 de julio de 1949 y actualmente recogido en el Reglamento aprobado por Decreto de 29 de abril de 1959 (3), dice así en su apartado 5.º:

(1) Otros problemas de concurrencia de retractos son: el de la relación del retracto enfiteútico con los arrendatarios y de comuneros (relación de los artículos 1.642 y 1.522 del Código con los arts. 40 y 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y con el 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos); el problema de la relación del retracto de colindantes del Código civil con el de la legislación de Unidades Mínimas de Cultivo (hoy recogido en el Decreto-Ley de 12 de enero de 1973); el de la concurrencia de comuneros de más de tres años de antigüedad en el condominio con otros de menor antigüedad, sin que existan otros retrayentes, planteándose en tal caso si se debe distribuir lo retraído «a prorrata» (párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código) o si son preferentes los comuneros de más de tres años de antigüedad sobre los de inferior antigüedad (en el supuesto de estimar que el núm. 5.º del art. 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos señala tal preferencia), etc. En el presente trabajo nos ceñiremos al estudio del conflicto que se expone en el texto, sin perjuicio de aludir al final al supuesto de concurrencia entre comuneros, últimamente mencionado.

(2) Dice FEDERICO DE CASTRO, al tratar de la concordancia de las leyes, que «el elemento sistemático, cuyo alcance no se ha exagerado, excepto por la teoría positivista dogmática, sirve para recordar que el Derecho forma un todo, y que para conocer el significado de una disposición hay que valorarla en la totalidad del ordenamiento jurídico. Ninguna ley puede existir ni puede comprenderse aislada; cada nueva regla repercute, en mayor o menor grado, sobre las demás; pero ella, a su vez, no podrá ser entendida sin que se conozca el modo y la forma en que encaja dentro del Derecho ya existente» (*Derecho Civil de España*, Parte General. 3.ª edición, 1955, pág. 527).

(3) Sabido es que no se trata simplemente de un Reglamento que desarrolle o complete una ley, sino de un verdadero texto refundido de disposiciones legales.

«El retracto regulado por este artículo (se refiere al de arrendatario o colono) será preferente a los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y del de colindante en todo caso. El retracto gentilicio, donde se rija por precepto foral, será también preferente al regulado por este artículo. Sin embargo, cuando el retracto se ejercitare por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento protegido, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente a los comuneros en quienes concurriese la circunstancia de tiempo antes expresada y el gentilicio donde rija por precepto foral.»

Dejando aparte el retracto gentilicio, que no nos interesa en este estudio por no afectar al problema que estamos examinando, hay que observar que la legislación arrendaticia distingue, según que el arrendatario sea o no de los que tienen la consideración de «protegidos».

En caso de arrendatario protegido, el retracto de éste se coloca, en el orden de prelación, por debajo del de comunero de más de tres años de antigüedad, pero por encima del de comunero de tres o menos años de antigüedad y del de colindantes. Pero como la ley de arrendamientos no se muestra aquí explícita en lo referente a la prelación que pueda existir entre colindantes y comuneros de tres o menos años de antigüedad, no tiene ocasión de salir a la luz del conflicto latente entre la ley de arrendamientos y el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil (4).

En cambio, en el supuesto de arrendamiento no protegido u ordinario (5), la ley deja ver el conflicto de disposiciones legales: el retracto

Por ello, en cuanto recoge leyes, tiene el rango normativo de las mismas, y en ese aspecto tiene igual jerarquía que el Código civil. Para confirmar este carácter del Reglamento basta leer su preámbulo, en el que se dice: «... resulta lo más conveniente formular un Reglamento comprensivo de toda la legislación en vigor, siguiendo el precedente de otros reglamentos que no se limitan a completar la Ley con preceptos complementarios para la aplicación de aquella a que se refieren, sino que transcriben en su contenido las propias normas de la Ley que reglamentan».

(4) No obstante, según se dice al final de este trabajo, el problema de la prelación entre comuneros y colindantes ha de recibir la misma solución prescindiendo del arrendatario y, por tanto, sin distinguir tampoco si éste es o no protegido.

(5) Hay que reconocer que en la práctica será menos frecuente este supuesto de concurrencia de colindantes y arrendatario no protegido en el ejercicio del retracto, pues aquél se concede respecto a las fincas que no excedan de una hectárea, en las que lo normal es que el arrendatario sea de los «protegidos», dada la menor superficie de la finca, que repercutirá en su renta. No obstante, cabe perfectamente tal concurrencia, no sólo porque tratándose de fincas de buena calidad (de regadío, por ejemplo) o de extensión próxima a una hectárea, es probable que la renta sea superior a 40 quintales métricos, sino porque aun siendo de renta inferior, el arrendatario puede no ser de los protegidos, ya por no ser

del colono se coloca por debajo del de comunero de más de tres años de antigüedad en el condominio. Con esta peculiar regulación, queda al descubierto una antinomia entre lo dispuesto en el Código civil y en la ley especial, pues el Código sitúa al comunero (sin distinción) por encima del colindante, y, en cambio, la ley especial coloca al arrendatario entre el colindante (que está por encima de él) y el comunero de tres o menos años de antigüedad (que está por debajo del mismo).

Este es el problema que plantea la relación entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la legislación especial arrendaticia. Es decir, se trata de saber si hay que atenerse al artículo 1.524 del Código o a la ley especial, o si puede resolverse la cuestión coordinando de algún modo ambas disposiciones. Veamos cómo resuelven el problema los autores.

3. TEORIA QUE DISTINGUE UN DOBLE ORDEN DE PRELACION, SEGUN SE APLIQUE EL CODIGO CIVIL O LA LEGISLACION ARRENDATICIA

Son autores que patrocinan esta distinción ESPÍN y PUIG PEÑA (6). Ambos distinguen dos órdenes diferentes de jerarquía entre retrayentes: por un lado, el que resulta del Código civil, y, por otro, el regulado por la legislación especial arrendaticia.

ESPÍN, después de exponer la preferencia del retracto de comuneros sobre el de colindantes en el Código civil, dice lo siguiente: «Fuera del Código civil, las citadas leyes arrendaticias establecen el siguiente orden de prelación de retractos, en el caso de que sean de aplicación dichas leyes, por existir arriendos sometidos a las mismas. Si existe *un arrendamiento rústico*, el orden de prelación se basa en la preferencia del retracto rústico sobre los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, salvo algunas excepciones, que son preferentes al rústico» (7).

PUIG PEÑA, al exponer los «conflictos debidos a la concurrencia de retrayentes», dice que «en los casos de retractos legales hay que distin-

cultivador directo y personal, ya por tratarse de arrendamiento pecuario. Pero, en cualquier caso, el estudio de esta concurrencia de retrayentes interesa mucho porque, como hemos dicho, plantea un importante problema de interpretación sistemática de textos legales, que repercute con carácter general en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil.

(6) Otros autores, como ESCRIBANO RUIPÉREZ y PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, a pesar de que muestran algunos indicios de esta tesis, deben ser incluidos entre los autores que propugnan una ley o disposición aclaratoria, según veremos después.

(7) *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, pág. 526, año 1968.

guir según que rija o no la ley de Arrendamientos rústicos. Cuando no rige la Ley de Arrendamientos rústicos, el sistema de prelación es el siguiente: ... b) El retracto de comuneros excluye siempre al de colindantes. Esta preeminencia ya hemos dicho que se estatuye específicamente en el artículo 1.524; ... Cuando rige la Ley de Arrendamientos Rústicos, el sistema de prelación es distinto. La legislación de arrendamientos rústicos de 1935 estableció un orden distinto de preferencia al que hemos anteriormente apuntado. Con arreglo a la misma cabe establecer la prelación siguiente:

- a) Comuneros con más de tres años en la comunidad.
- b) Colindantes a la finca retraída en los términos del Código civil.
- c) Retracto gentilicio en aquellos territorios donde rige por precepto de Derecho foral.
- d) Retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos establecido a favor del arrendatario.
- e) Retracto enfiteútico (8).

Como se observará, estos autores responden a la misma idea de distinguir dos órdenes de prelación. Lo que no queda del todo claro es cuáles es para ellos el criterio determinante de la aplicación de la legislación arrendaticia. Porque cabe plantear si basta *un criterio meramente estático de existencia de arrendamiento rústico sometido a la ley especial*, para aplicar el orden de prelación de retractos que resulta de la misma, o si es necesario atender, además, al *criterio dinámico de que el arrendatario ejerce el retracto* en concurrencia con otros retrayentes. Y es que puede suceder que en la finca exista un arrendatario, pero que *no ejerce* el retracto, y en tal caso, si se atiende al criterio estático apuntado, bastaría la mera existencia de arrendatario para aplicar el orden de prelación de la ley especial, en relación con los demás retractos que concurren. En cambio, si se atiende al criterio dinámico de ejercicio efectivo del retracto por el colono, en el caso señalado habría que aplicar el orden de prelación del artículo 1.524 del Código, al no haber concurrido en el ejercicio del retracto el colono, sino sólo los comuneros y colindantes.

Como los dos autores citados exponen su opinión en una obra general, resulta aventurado tratar de encasillar a uno u otro en los criterios mencionados. Fijándonos sólo en la forma de expresión, da la sensación como si ESPÍN atendiera únicamente al criterio estático de existencia de arrendatario, pues dice que «las leyes arrendaticias establecen el siguiente orden de prelación de retractos, *en el caso de que sean de apli-*

(8) *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. I, pág. 622, año 1972.

cación dichas leyes por existir arriendos sometidos a las mismas.» En cuanto a PUIG PEÑA, no emplea ninguna expresión que permita deducir, siquiera indiciariamente, su criterio, pues se limita a señalar la distinción «según que rija o no la ley de Arrendamientos Rústicos». Y no se sabe si quiere referirse a que rija la citada ley *por existir simplemente* un arrendamiento rústico en la finca o a que rija en concreto el artículo 16 de la misma *por ejercitar el retracto el colono* en concurrencia con otros retrayentes.

Ahora bien, no ofrece ninguna duda en este aspecto la exposición de la orientación común de la doctrina que hace Albaladejo, pues señala los dos criterios de existencia de arrendatario y de ejercicio de retracto por el mismo, en concurrencia con otros retrayentes. Así se desprende de las siguientes palabras que subrayamos: *Si lo retraído es una finca rústica arrendada sometida al R. A. R.* (Reglamento de arrendamientos rústicos), *si ejercita su derecho de retracto*, cuando le corresponda, el arrendatario será preferente a cualquier otro «con excepción del de comuneros en el caso de que el condómino lleve en la propiedad más de tres años, y del de colindantes en todo caso... Sin embargo, cuando el retracto *se ejercitare* por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento protegido, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente a los comuneros en quienes la circunstancia de tiempo antes expresada»... (art. 16, ap. 5). Y añade que «si en los casos anteriores, *no ejercita* su derecho el arrendatario de que se trate, o si se trata de un caso en el que la enajenada *no cae bajo la L. A. U. ni bajo el R. A. R.*, la preferencia entre derechos de adquisición se rige por el Código civil, según el cual el orden es el siguiente: 1.º El derecho de adquisición de los dueños enfiteúticos (del útil, si se enajena el dominio directo, y del directo, si se enajena el dominio útil) (C.C., art. 1.642). 2.º El de comuneros. 3.º El de colindantes (art. 1.524, 2.º C.C.) (9).

Podría dar fundamento a este doble criterio acumulativo, la dicción del artículo 16 de la ley, ya que en el apartado 1.º del mismo se regula la facultad del arrendatario de «*ejercitar* el derecho de retracto»; y en el propio apartado 5.º, al contraponer el caso de arrendamiento protegido al ordinario, se dice que «cuando el retracto *se ejercitare* por colono...». Parece, pues, como si el orden de prelación del número 5.º del artículo 16 estuviese dado en un ambiente que no es el de simple existencia de contrato de arrendamiento rústico, sino de concurrencia efectiva del arrendatario con otros titulares, ejercitando el derecho de retracto que le concede la ley.

De todas formas no quiero insistir más en esta cuestión, pues no me

(9) *Instituciones. Derecho de Cosas*, pág. 585, año 1964.

preocupa resolverla, ya que no aceptamos el presupuesto fundamental de la discusión, que consiste en la existencia de dos órdenes de prelación de unos mismos retractos y dentro de un único ordenamiento. Por ello no me interesa averiguar cuál es el criterio a seguir para delimitar la aplicación de uno u otro orden de prelación.

Por la misma razón, tampoco me preocupa resolver el problema que podría plantear la admisión del mero criterio estático de existencia de arrendatario en la finca, a saber: ¿cuál es el momento al que hay que referir la existencia de arrendamiento: el momento en que se transmite la finca o el momento en que ejerciten el retracto los otros interesados? (10).

Sea de todo ello lo que fuere, descartamos la teoría del doble orden de prelación, cualquiera que sea su variante, por los siguientes argumentos:

Primer argumento lógico.—No parece lógico establecer un distinto orden de prelación de comuneros y colindates según exista o no arrendatario o según ejerce o no el retracto el mismo.

Por un lado, está lo que dice Albaladejo acertadamente: «no puede menos de parecernos extraña esa interpretación que lleva a decir que un mismo Ordenamiento considera «mejor (por así decir) en una ocasión un retracto que otro, pero en otra, estima que otro retracto aún mejor que el primero es peor que el segundo». «Tal lógica (equiparable a decir: B es más alto que A, y C más alto que B, pero menos que A) no es admisible ni aun en el legislador» (11).

Pero es que, además, resulta absurdo que la solución de la cuestión de preferencia que se ventila exclusivamente entre comuneros y colindantes, dependa de un elemento (el arrendatario) que no afecta en esencia a ninguno de aquéllos. Si la presencia o existencia de un arrendamiento modificara la *ratio* del retracto de comuneros o del de colindantes, entonces podría aceptarse la solución de ESPÍN y PUIG PEÑA. Pero no se ve qué influencia puede producir en dichos retractos la existencia de un arrendamiento, aparte, claro está, el problema de la prelación de los mismos respecto al colono (12).

(10) Problema en cierto modo análogo, cuya solución podría ayudar a resolver la cuestión planteada en el texto, es el de averiguar en qué momento debe ostentar el arrendatario su título o condición de tal para poder ejercitar el retracto. Sobre esto véase lo que dice GARCÍA-ROYO en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV—octubre-diciembre—, año 1949, pág. 1426. Otro problema, muy distinto al planteado en el texto, pero algo relacionado con él, es el relativo al momento en que se debe apreciar si han transcurrido los tres años de antigüedad en el condominio para determinar la preferencia del comunero sobre otros retransmigrantes. También se ocupa de ello GARCÍA-ROYO (*ob. cit.*, pág. 1431).

(11) *Instituciones. Derecho de Cosas*, año 1964, pág. 584.

(12) A lo sumo, podría pensarse que la existencia de un arrendatario en la

Y en último término, con la teoría del doble orden de prelación, se puede llegar a situaciones absurdas. En este sentido, traemos a colación las preguntas que se hace ESCRIBANO RUIPÉREZ: «¿Y si el arrendatario cede porque ha concurrido el colindante y luego ocurre que frente a éste acciona el comunero con indudable preferente derecho que, a su vez, debe ser pospuesto al del arrendatario?» «¿No estamos, ciertamente, en un círculo vicioso?» (13). Nosotros contestamos a estas preguntas diciendo que si siguiéramos esta teoría, caeríamos en ese «círculo vicioso», y esto ya es suficiente para rechazarla, pues no cabe interpretar las leyes de modo que conduzcan al absurdo de admitir tal «círculo vicioso».

Segundo argumento (la finalidad de la ley).—No puede interpretarse la ley de una forma que se preste fácilmente a eludir los retractos regulados por la misma, pues precisamente una de las finalidades generales de la ley es la lucha contra la mala fe y el fraude, resolviendo las situaciones del modo más equitativo posible (14).

Y completando la argumentación, hay que indicar que la teoría que estamos criticando «se prestaría»—como dicen M. PÉREZ TEJEDOR y E. SERRANO MORENO—a combinaciones interesadas, puesto que el arrendatario podría entregarse al que más diera» (15). Y es que la teoría del doble orden de prelación se presta a que el arrendatario, al saberse portador del criterio determinante de la preferencia entre colindante y comunero de tres o menos años de antigüedad, deje voluntariamente de serlo o no ejercite el retracto, con objeto de beneficiar así a uno de los interesados, en perjuicio del otro, confabulándose con aquél, con lo que se fomentaría la especulación por parte del arrendatario.

finca proporciona a ésta una unidad de cultivo, evitando cualquier discusión de los comuneros en relación con el cultivo que haya de darse a la finca. También podría pensarse, con excesiva imaginación, que el colindante que retrae puede quedar afectado si existe arrendatario en la finca, dado que no podrá decidir acerca de la uniformidad de cultivo de la finca que retrae y de la que ya cultiva. Pero estos «frenos», aparte de que afectan a ambos retractos, son meramente transitorios y sólo limitan alguna facultad en relación con la finca, no la totalidad de las facultades.

(13) En su trabajo «El retracto de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Su concurrencia con otros retractos legales», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1946, págs. 330 y sigs.

(14) FEDERICO DE CASTRO, al exponer el criterio de la interpretación finalista, señala como uno de los postulados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo el siguiente: «2.º Que, al interpretarse la ley, se debe colaborar para la consecución de su fin, evitando entenderla de modo que se facilite o haga posible su fraude (sentencias de 22 de enero de 1947 y 27 de noviembre de 1947).» (*Derecho Civil de España*, Parte General, I, año 1955, pág. 523.)

(15) En su libro *Arrendamientos Rústicos*, año 1951, pág. 408.

4. AUTORES QUE PROPUGNAN UNA LEY O DISPOSICION ACLARATORIA

Hay un grupo de autores que, ante la dificultad de llegar a una solución satisfactoria, apuntan el remedio de que se promulgue una norma aclaratoria del problema.

ESCRIBANO RUIPÉREZ acabamos de ver que señala la posible existencia de un «círculo vicioso», pero, además, destaca la incongruencia y contradicción existente entre el Código y la ley especial diciendo: «lo que sí resulta indudable es, no ya solamente la incongruencia, sino la contradicción que se advierte al comparar este texto» (se está refiriendo al número 5.º del artículo 16 de la ley) «con las reglas de preferencia establecidas en el Código civil. Y es así, que el artículo 1.524 del Código civil preceptúa en su último párrafo que el retracto de comuneros excluye el de colindantes, y como esta preferencia en el Código civil no está condicionada ni limitada por el hecho de que la comunidad cuente o no más de tres años de existencia, cual acontece en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, puede darse el caso que pasamos a exponer. Tratarse de un fundo rústico perteneciente en común y proindiviso a varias personas sin que lleven en la proindivisión más de tres años, que tal fundo esté en arrendamiento, y que se encuentre contiguo a otro medio rústico de extensión inferior a una hectárea». Y a continuación expone el distinto criterio que siguen el Código y la ley especial; y aunque dicho autor cita una sentencia como si tuviera relación con el tema, en definitiva tiene que reconocer que «apenas si dicha sentencia de 7 de febrero de 1944 guarda relación alguna con el caso que nosotros planteamos»; para terminar diciendo: «Nos encontramos, pues, ante preceptos contradictorios que en su día deberán ser armonizados en evitación de posibles litigios en los que, hoy por hoy, cualquiera que fuese la resolución que recayere en supuesto como el que examinamos, habría que infringir uno de ambos preceptos legales en conflicto» (16).

Por su parte, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, aunque apuntan una solución que se acerca a la de la teoría del doble orden de prelación (17), en realidad hay que incluirlos en esta otra tendencia que ahora

(16) *Ob. cit.* en la nota 13.

(17) Los párrafos en que estos autores muestran propensión a la tesis del doble orden de prelación son los siguientes: «Lo establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos supone una indirecta modificación del artículo 1.524 del Código civil, pues si bien éste establece que el retracto de comuneros excluye al de colindantes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley especial, de concurrir colindantes con arrendatarios y comuneros con antigüedad inferior a tres años, será el colindante el preferido. No obstante,

examinamos, ya que al final, a la hora de concretar su opinión, se expresan así: «La preferencia del comunero con antigüedad inferior a tres años sobre el colindante ¿dependerá de que el arrendatario desista o no de su acción? Parece absurda la contestación afirmativa con sólo tener en cuenta que el derecho preferente de colindantes y comuneros dependería de la actitud de un tercero, y el hecho se prestaría a combinaciones interesadas, puesto que el arrendatario podría entregarse al que más diera. En principio, parece lógico, por tanto, que si el arrendatario, por consecuencia de la concurrencia de actores queda descartado, sea el comunero quien ocupe el lugar preferente, por imperativo de lo que dispone el artículo 1.524 del Código civil; pero esto nos llevaría al mismo absurdo de que el derecho preferente entre arrendatario y comunero dependería de que el colindante desistiera o no de su acción. La conclusión final ha de ser, por tanto, que el legislador debe dictar normas precisas, a fin de resolver este retruécano» (18).

RODRÍGUEZ SOLANO también participa de estas ideas, ya que, después de exponer la opinión de ESCRIBANO, destaca que se trata de un problema de difícil solución en el estado actual legislativo que provocaría la infracción de uno u otro precepto y que podría provocar la concesión de un premio al aceleramiento o retraso en el ejercicio de las respectivas acciones, por lo que como dice el autor antes indicado (se refiere a ESCRIBANO, sería conveniente armonizar ambos artículos en evitación de posibles litigios» (19).

el desistimiento del comunero no debe ser precipitado, pues si el arrendatario al ver fracasada su acción desistiese de ella a su vez, pasaría de nuevo el comunero a ocupar un lugar predominante de acuerdo con lo que dispone el citado artículo 1.524 del Código civil» (*ob. cit.* en la nota 15, pág. 407). Al expresarse así estos autores parece, efectivamente, que siguen la tesis del doble orden de prelación, pues lo que vienen a decir es lo siguiente: si concurren colindantes con arrendatarios y comuneros con antigüedad inferior a tres años, será el colindante el preferido (orden de prelación del párrafo 5.º del artículo 16 de la Ley especial, que supone una indirecta modificación del artículo 1.524 del Código civil); pero si el arrendatario desiste de su acción (es decir, si no ejercita el retracto en definitiva), entonces, al concurrir solamente comunero y colindante, habría que aplicar el orden de prelación del artículo 1.524 del Código civil, que señala la preferencia del comunero sobre el colindante.

Sin embargo, hay quien interpreta de distinto modo la opinión de estos autores. Así, RODRÍGUEZ SOLANO dice que estos autores «opinan que en la colisión entre los retractos de colindantes, comuneros por menos de tres años y arrendatarios, debe preferirse el de comuneros por aplicación del artículo 1.524 del Código civil». (En su artículo «El retracto arrendaticio rústico», núm. 34 de la Revista *Pretor*, junio de 1955, pág. 29.)

En cualquier caso, hay que tener en cuenta lo que se dice en el texto, que a la hora de concretar su conclusión final dichos autores son partidarios de otra solución.

(18) *Ob. cit.* en la nota 15, pág. 408.

(19) En su citado artículo «El retracto arrendaticio rústico», núm. 34 de la Revista *Pretor*, junio de 1955, pág. 29.

Posteriormente, BADENES GASSET (20) se adhiere a la opinión de PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO, pues recoge el pensamiento de estos autores.

Todas estas opiniones se resumen en la idea de que existe una contradicción entre el Código y la ley especial arrendaticia, que no es posible resolver en el Derecho vigente, por lo que el legislador tendrá que dictar las normas aclaratorias oportunas.

Nosotros reconocemos que es mérito de estos autores destacar la contradicción entre ambos preceptos, pues así queda al descubierto la falta de lógica de la teoría del doble orden de prelación, que, según vimos, trata de aplicar dichos preceptos a unas mismas situaciones, con la sola diferencia, meramente accidental, de existir un arrendatario o colono en la finca. Pero tampoco compartimos la solución de este grupo de autores, pues consideramos criticable que se queden ahí, en el retruécano y en el círculo vicioso, sin dar una respuesta positiva al problema en la legislación vigente. Estimamos que esto es inadmisibles, pues la interpretación de las normas ha de ser constructiva y sistemática, para evitar que se llegue, según expusimos antes, a la *reductio ad absurdum*.

Hay que tener en cuenta que es el propio legislador el que exige al intérprete que dé una solución y que no le remita de nuevo la cuestión sin resolver (21). Concretamente, el artículo 6.º del Código civil marca una orientación prohibitiva de cualquier criterio abstencionista, al decir: «El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad» (22). Todo ello sin perjuicio de que, una vez hecha la interpretación de un modo sistemático y constructivo, se proponga *de iure condendo* cualquiera otra solución o se hagan las críticas que se consideren pertinentes. Pero lo que no parece adecuado es sentar como resultado definitivo de la interpretación la existencia de una contradicción de imposible solución en la legislación vigente.

(20) En su libro *La preferencia adquisitiva en el Derecho español*, año 1958, páginas 204 y 205.

(21) Es cierto que se han promulgado algunos Decretos aclaratorios en materia de arrendamientos, como, por ejemplo, el Decreto de 7 de julio de 1959, aclaratorio de la Ley de 16 de julio de 1949, precisamente en un caso de retracto cuando la finca está arrendada a varios colonos. Pero en nuestro caso, aparte de que no sería suficiente un Decreto (por estar en juego dos disposiciones de superior rango como son el Código civil y la Ley especial arrendaticia), mientras no se promulgara una ley aclaratoria no iba a quedar en suspenso la solución de la cuestión.

(22) Creemos que este artículo, por su valor general y su colocación junto a la normativa de las fuentes del Derecho, es aplicable no sólo respecto al Juez, sino en relación con otros funcionarios y con el jurista, en general.

5. EL METODO DE LAS «ALTERNATIVAS»: ENUMERACION DE POSIBLES SOLUCIONES

Creemos que para resolver este espinoso problema en nuestro Derecho positivo, lo mejor es exponer todas las alternativas posibles, examinando sus ventajas e inconvenientes, para quedarnos con la solución que ofrezca más viabilidad y acierto en la legislación vigente, sin perjuicio de hacer las consideraciones oportunas *de iure condendo*.

Por tanto, vamos a utilizar, a nuestro modo, el llamado «método de las alternativas» patrocinado por RÖDIG (23), pero sin el aparato de símbolos, signos, etc., que señala este autor, sino exponiendo sencillamente, en lenguaje jurídico normal, todas las posibles soluciones que se nos ocurren.

Para una primera aproximación a este problema de las alternativas nos van a servir de ayuda las orientaciones que señala ALBALADEJO, pues aunque ya hemos visto que de momento sigue la tesis dominante del doble orden de prelación, lo hace por razones meramente pedagógicas o de exposición (dado el alcance de su obra) y es, al mismo tiempo, crítico de dicha teoría. En el fondo, este autor es partidario de otra opinión, proponiendo, con carácter general, refiriéndose a todos los supuestos conflictos entre el Código y leyes especiales en materia de prelación de retractos, estas vías:

«Lo que quizá ocurra—dice—es que, una de dos:»

«O haya que olvidarse de la letra aislada del artículo 50 L. A. U., en su caso, o de la del 16, apartado 5, R. A. R., en el suyo, y pensar aunque el legislador en cada caso de esos haya querido, desconectadamente del resto del Ordenamiento jurídico del país, expresar el espíritu que encierra la pura literalidad de esos preceptos, sin embargo, el sentido de éstos debe ser el que se obtenga de interpretarlos dentro del conjunto de nuestro Derecho, pues ni siquiera el legislador puede poner en vigor ciertos preceptos que contradigan otros vigentes (so pena de que se entienda que deroga tácitamente éstos, al menos en la parte contradicha: lo que no es el caso presente).»

«O es que haya que entender que tanto la L. A. U. como el R. A. R., derogan el orden de preferencia establecido en el Código civil, no sólo por lo que atañe a sus retractos, que aquéllos declaran preferentes sobre

(23) Puede verse un resumen del libro de RÖDIG, titulado *La forma de pensar por alternativas en la Jurisprudencia*, en la nota crítica (más bien en contra del método) de FEDERICO DE CASTRO en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1971, fascículo I, pág. 207.

otros civiles, sino también por lo que atañe a ciertas preferencias de éstos entre sí (por ejemplo, siguiendo esta orientación habría que estimar—con una serie de subdistinciones—que el retracto de comuneros es hoy preferente sobre el enfitéutico, ya que aquél se declara preferente sobre el arrendaticio, que, a su vez, es preferente sobre todo otro)» (24).

ALBALADEJO, por tanto, señala dos posibles soluciones: la imposibilidad de admitir la vigencia de la ley especial posterior en cuanto se oponga al sentido del ordenamiento vigente, por un lado; y la derogación del Código civil por la ley posterior en cuanto aquél sea incompatible con ésta.

De todos modos, estas orientaciones necesitan un complemento, pues se señalan de un modo general para toda clase de supuestos de conflicto entre el Código y las leyes especiales, por lo que resulta necesario adaptarlas al caso que nos ocupa, es decir, al conflicto entre el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Además, existen otras posibles soluciones al lado de las dos que señala ALBALADEJO.

En definitiva, creemos que hay que partir del siguiente cuadro:

A) *Primer grupo de alternativas.*—La nota común consiste en distinguir, en relación con el colindante, el supuesto de venta de cuota indivisa y el de finca entera. Las variantes son dos:

a) Hipótesis de la exclusión del retracto de colindantes en caso de venta de una cuota indivisa. No cabe concurrencia de comuneros y colindantes, que es el supuesto de hecho que da lugar al conflicto entre el Código y la ley especial.

b) Hipótesis de la diferenciación del puesto jerárquico del colindante en la escala de retractos, según ejercite el retracto respecto a una cuota indivisa o una finca entera. El Código civil sólo se refiere al primer caso y la ley especial sólo al segundo.

B) *Segundo grupo de alternativas.*—La nota común consiste en señalar un aspecto de la Ley de Arrendamientos Rústicos que es de imposible vigencia por oponerse al sentido del ordenamiento común vigente. Caben estas tres posibilidades:

a) Considerar de imposible vigencia la distinción que la ley hace entre comuneros de tres o más años de antigüedad, quedando todos los comuneros, sin distinción, por encima de los retractos de colono y de colindantes.

(24) *Ob. cit.* en la nota 9, pág. 584.

b) Considerar de imposible vigencia la referencia al colindante y al comunero de más de tres taños, quedando ambos por debajo del retracto del colono.

c) Considerar de imposible vigencia exclusivamente la referencia al colindante, que debe quedar colocado por debajo del retracto del colono.

C) *Tercer grupo de alternativa.*—Consiste en señalar, al revés que el grupo anterior, un aspecto del Código civil que ha de quedar rectificado o derogado por la ley especial de Arrendamientos Rústicos. En este grupo sólo se nos ocurre una posibilidad: entender que, después de la ley Arrendamientos, debe distinguirse entre comuneros según su antigüedad en el condominio. Claro que podría incluirse aquí la teoría del doble orden de prelación, en cuanto que restringe el ámbito de aplicación del Código civil a costa de la ley especial arrendaticia. Pero de dicha teoría ya nos hemos ocupado.

A este esquema va a responder en lo sucesivo nuestra exposición.

6. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN RECHAZAR EL RETRACTO DE COLINDANTES EN CASO DE VENTA DE CUOTA INDIVISA: SU CRITICA. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Podría pensarse que la concurrencia de los retractos de comuneros y de colindantes es imposible, partiendo de que el colindante no puede ejercitar el retracto cuando se transmite una participación indivisa, sino únicamente en el caso de transmitirse la totalidad o una parte material de finca, contigua a la de aquél. Y como el comunero sólo puede ejercitar el retracto cuando se enajena la cuota indivisa de otro comunero, se llega a la conclusión de que tal concurrencia de retractos es imposible.

Si se siguiera esta idea de rechazar el retracto de colindantes en caso de enajenación de una cuota indivisa, ya no habría ningún conflicto entre el Código y la ley especial de arrendamientos, pues dicho conflicto surge precisamente de la distinta prelación que esas disposiciones señalan a los retractos de comuneros y colindantes, por lo que si se descarta la concurrencia, queda también excluido el conflicto de leyes.

Expondremos la opinión de algunos autores que pueden considerarse al menos, simpatizantes de esta tesis. Ninguno de ellos se plantea el problema del orden de prelación de retractos ni el conflicto entré el Código y la ley de Arrendamientos, pero ya hemos visto que si se rechaza el retracto de colindantes en el caso de enajenación de cuota indivisa, pue-

de llegarse a la conclusión de que no hay ninguna contradicción entre ambos cuerpos legales. También hay que advertir que los autores que ahora veremos no defienden esta opinión de una forma absoluta, sino que se expresan de un modo dubitativo.

MUCIUS SCAEVOla es el primer autor que expone sus dudas sobre la procedencia del retracto de colindantes en el supuesto de transmitirse una cuota indivisa. Pero no se plantea el problema del conflicto entre Código civil y la ley arrendaticia, ya que en la fecha en que el autor escribe, no se había promulgado aún la ley de arrendamientos rústicos de 1935. Al estudiar el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código civil, se pregunta: «¿Pero no estará construido el precepto sobre una base falsa? Esta ha sido siempre nuestra sospecha»—contesta—. Y a continuación se vuelve a preguntar: «¿No nos hallaremos en presencia de un supuesto imposible?»

Y tomando como argumento la finalidad o *ratio legis* del retracto de colindantes, añade: «Si el retracto de asurcanos lo ha establecido el Código para ir poco a poco agregando, soldando predios pequeños, tierras perfectamente individualizadas, y no para retraer cuotas o porciones matemáticas, ¿cómo se cumpliría, en la hipótesis que analizamos, la finalidad de dicho retracto? La porción indivisa de un fundo, ¿en qué puntos colinda con el predio contiguo? Y aun dando de bueno que se reputa por linde del predio poseído indivisamente la misma que tendría si se poseyera «pro solido», ¿qué se conseguiría con este retracto? Que el retrayente entrara en la comunidad del predio limítrofe: es decir, que sobre no producirse agregación natural de parcelas, tampoco se reduciría la comunidad, porque el condueño vendedor sería sustituido por el asurcano retrayente. Considerado el retracto de colindantes bajo esta fase, aisladamente, ¿no es cierto que presenta caracteres tan anormales, tan desviados del tipo original, que no cabe reputarlo como una variedad del mismo? Si todos los condueños vendiesen conjuntamente el predio indiviso, entonces procedería el retracto de colindantes, pero en esta hipótesis, extinguida ya la comunidad y no siendo posible el retracto de condóminos, ¿cómo podría ofrecérsenos la concurrencia?».

Y termina el comentario diciendo: «Y aquí cerramos esta digresión, dejando en pie la duda. Si dudar es pensar, nosotros, dudando, pensamos que la regla «el retracto de comuneros excluye el de colindantes» es como el timbre de un aparato de relojería colocado bajo la campana de una máquina neumática; vemos al mazo golpear el timbre, pero no percibimos el sonido; vemos la regla escrita, pero no comprendemos su realidad jurídica» (25).

(25) Tomo XXIII de su *Código civil*, págs. 905 y 906.

Un decidido seguidor de MUCIUS SCAEVOLA, en sus cavilaciones y dudas es PUIG BRUTAU, cuya opinión queda reflejada en los siguientes párrafos: «En realidad, incluso sin ese artículo 1.524 cabría poner en duda la posibilidad de que el retracto de colindantes se ejercitara en el caso de venta de una cuota indivisa de la finca vecina. El comentarista MUCIUS SCAEVOLA llamó la atención sobre este problema al tratar del citado artículo. La dificultad estriba en dar cuerpo a lo que es incorporal. Una cuota indivisa de una finca no está localizada en ningún sector material de la que se halla en estado de indivisión, hasta el punto de que, como resulta del artículo 399, aquella cuota indivisa sólo se convertirá en una porción física al ser adjudicada a su titular una parte de la finca al tener lugar la división de la misma. Por tanto, ¿cómo puede ser colindante la porción indivisa de un fundo con el predio vecino? Por otra parte, si de todas maneras se supone que existe la contigüidad física entre la cuota indivisa de una finca y la colindante, el resultado que se obtendría con el ejercicio del derecho de retracto por parte del dueño de esta última sólo daría lugar, de momento, a que la comunidad se mantuviese en iguales términos, con la única diferencia de haber quedado sustituido uno de los comuneros. Ahora bien, en este punto el artículo 1.524 puede ya ser concretado en una aplicación útil: la ley no desea que un colindante entre en la comunidad de la finca vecina sólo para que, al tener lugar la división de ésta, pueda alcanzarse, *entonces*, y *no antes*, la finalidad del retracto de colindantes, sino que a esta solución prefiere la que consista en un cambio que, *ya de momento*, sea un paso para que cese el estado de indivisión». Y añade: «Por consiguiente, no sólo se trata de la preferencia de una clase de retracto (el de comuneros) sobre el retracto de otra clase (el de colindantes), sino que se trata en el artículo 1.524, de una valoración hecha a base de tener en cuenta el momento en que ambos pueden tener efectividad» (26).

FAUS ESTÉVEZ, al criticar la sentencia de 20 de enero de 1917 (que luego veremos), muestra algos indicios de la tesis de SCAEVOLA, ya que dice: «La solución que da esta última sentencia no la encontramos convincente, pues el último párrafo del artículo 398 del Código civil parte de la base de coexistir en una finca una parte indivisa y otra que pertenece privativamente a un partícipe, y el colindante que ejercita el retracto, en caso de venta de una parte intelectual, no se subroga en porción determinada, y las finalidades económicas y sociales que con el retracto tratan de lograrse no se consiguen en modo alguno, continuando ambas fincas

(26) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III (*Derecho de Cosas*), año 1955, páginas 618 y sigs.

en idéntica situación que antes del ejercicio de la acción de retracto, o sea una de ellas propiedad unipersonal y otra de propiedad indivisa» (27).

La tesis dubitativa de estos autores, inclinada más hacia la exclusión del retracto de colindantes en caso de enajenación de cuota indivisa (sobre todo SCAEVOLA y PUIG BRUTAU), se apoya en dos ideas:

1.^a) Que la finalidad del retracto de colindantes, consiste en evitar el minifundio, y éste no se corrige al retraerse una cuota indivisa.

2.^a) Que la naturaleza de la «cuota» impide hablar respecto a ella de colindancia física o material, y como esta colindancia es la base del retracto de asurcanos, no procedè el mismo.

Crítica de esta tesis.—En contra de la tesis expuesta y en pro de la admisión del retracto de colindantes cuando se enajena una participación indivisa, señalamos los siguientes argumentos:

Primer argumento: El texto del Código civil presupone el retracto de colindantes, cuando se enajena una cuota indivisa.—Efectivamente, el repetido párrafo 2.^o del artículo 1.524, al decir que «el retracto de comuneros excluye el de colindantes», está señalando la preferencia del primero sobre el segundo, lo cual presupone que pueden concurrir ambos retrayentes; y como el campo de acción del retracto de comuneros está en la enajenación de una cuota indivisa, la única forma de explicar la concurrencia con el colindante consiste en interpretar que dicho colindante puede ejercitar el retracto cuando se enajena una participación indivisa de finca. Si no fuera así, el Código civil contemplaría una concurrencia imposible (28); pero si se llega a esta conclusión, el equivocado no es el Código sino el intérprete, por haber deducido una interpretación absurda de aquel *reductio ab absurdum*.

Por tanto, hay que concluir que el colindante puede ejercitar el retracto cuando se vende una cuota indivisa, interpretando que si el retracto de comuneros excluye el de colindantes, *a sensu contrario* cuando el comunero no ejercita el retracto que le corresponde en el caso de venta o dación en pago de la participación indivisa de otro comunero, no queda excluido el retracto de los colindantes.

Ahora bien, podría objetarse que el Código no dice que el retracto de comuneros es preferente al de colindantes, sino que *lo excluye*, expresión ésta última que parece favorecer la interpretación consistente en excluir el retracto, pues no se trata de una simple relegación del colindante a

(27) En su trabajo «Jerarquía de retractos y preferencia de retrayentes», publicado en *La Notaría*, tercer trimestre de 1945, págs. 182 y sigs.

(28) El propio MUCIUS SCAEVOLA plantea esta conclusión al preguntarse: «¿No nos hallaremos en presencia de un supuesto imposible?» (*ob. cit.* en la nota 25, página 905).

un puesto de segundo grado en el orden jerárquico de retractos, sino de la negación del mismo.

Podemos salir al paso de esta hipotética objeción (29) recalcando los términos literales del Código, porque hay que observar que el artículo 1.524 no dice que se excluye el retracto de colindantes en el caso de enajenación de una cuota indivisa, sino que *es excluido* por el *retracto de comuneros*. Si el Código dispusiera que «la venta de una cuota indivisa excluye el retracto de colindantes», entonces ya no tendríamos nada que decir; pero no dice tal cosa, pues el sujeto del verbo «excluir» es el «retracto del comunero», no «la venta de la cuota indivisa». Y vistas así las cosas, parece preferible llegar a la interpretación más arriba apuntada, entendiendo que sólo cuando el comunero *ejercite el retracto* queda excluido el colindante, en lugar de interpretar que queda excluido en todo caso de venta de participación indivisa.

Segundo argumento: La finalidad de la ley de corregir el minifundio.—Se trata de otro argumento de *reductio ad absurdum*: si no se admitiera el retracto del colindante en el caso de venta de una participación indivisa, sería muy fácil eludir la finalidad de la ley, al conceder tal retracto para rectificar el minifundio. Bastaría vender una finca, no toda ella al mismo tiempo, sino en diferentes momentos transmitiendo sucesivamente participaciones indivisas de la finca, hasta completar la totalidad del dominio de la misma. Si se entiende que el colindante no puede ejercitar el retracto cuando se vende una participación indivisa, cualquier persona podría eludir el retracto por esa vía indirecta y sucesiva.

La mera posibilidad de que eso suceda, sin defensa alguna para el colindante, es argumento suficiente para admitir el retracto de participación indivisa a favor del colindante.

Esto no es obstáculo para que reconozcamos que no se consigue el mismo resultado, a efectos de rectificación del minifundio, cuando el colindante adquiere una cuota indivisa de la finca contigua que cuando adquiere toda ella. Si adquiere la finca en su totalidad, se produce el resultado directo e inmediato de quedar dos fincas contiguas en propiedad de una misma persona; en cambio, al retraer la cuota indivisa de una de ellas, no se da esa unidad de propietario. Pero esta diferencia no nos parece suficiente para negar el retracto en el caso de venta de cuota indivisa; pues no se trata de una diferencia esencial, sino mera-

(29) Hipotética porque ningún autor ha formulado dicha objeción, ni siquiera los autores que dudan de la procedencia del retracto de cuota indivisa, pues parten de que el Código señala una *preferencia* del retracto de comuneros sobre el de colindantes.

mente de grado en el modo de cumplir la finalidad asignada por la ley al retractor de colindantes.

Y no se diga que en el supuesto que examinamos no se corrige el minifundio, pues repercute de algún modo en ello, dado que, por de pronto, sirve de defensa al colindante que pretende retraer una finca entera, evitando que pueda defraudarse su derecho por aquella vía indirecta de las sucesivas transmisiones de participaciones indivisas. Y no sólo eso: el colindante que retrae una cuota indivisa, aunque no dé el paso definitivo para rectificar el minifundio, da un primer paso muy importante para obtener la rectificación en un momento posterior: bien comprando las restantes participaciones indivisas de la finca, si existe acuerdo; o bien, si se trata de una finca indivisible, solicitando se le adjudique a cambio de abonar a los demás comuneros el exceso en metálico o que se saque a pública subasta, con lo cual podría llegar a adquirirla interviniendo en dicha subasta. Ha de tenerse en cuenta que en muchos casos las fincas serían indivisibles, conforme a la legislación agraria, lo cual permitirá aplicar esos procedimientos para disolver la comunidad (art. 404 del Código). Pero aun suponiendo que no fueran aplicables tales procedimientos, siempre podría el comunero-colindante obtener en la división la parcela que lindara con la finca contigua de su propiedad, ya sea directamente, de común acuerdo con los demás, ya indirectamente, por la vía del retractor de colindantes que concede la legislación agraria cuando se forman (por división o segregación) parcelas inferiores a la unidad mínima.

Por tanto, no se piense que cuando el colindante adquiere una participación indivisa de la finca contigua no favorece de alguna manera la rectificación del minifundio.

Tercer argumento: La naturaleza de la cuota.—Frente a la opinión de MUCIUS SCAEVOLA y de PUIG BRUTAU, que exponen el problema de cómo será posible que una cuota indivisa linde con una finca y dé lugar al retractor de colindantes, creemos que tal planteamiento obedece a una concepción de la «cuota» que no parece la más adecuada (30).

En esta cuestión, nosotros seguimos la llamada «teoría de la propiedad plúrima total», formulada por SCIALOJA y popularizada en España por BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. Según dicha teoría, la cuota «no es una parte del derecho, ni de la cosa, material o idealmente considerada. Y no es, por tanto, susceptible de ser objeto de propiedad. La cuota es, simplemente, la proporción, medida o razón en virtud de la cual se

(30) Nos referimos a la llamada «teoría de la propiedad plúrima parcial» que concibe la cuota como objeto de derecho. Véase la exposición que de esta tesis hace BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO en *La comunidad de bienes en el Derecho español*, año 1954, págs. 157 y sigs.

limitan y armonizan recíprocamente los distintos derechos de propiedad; es decir, el índice de la proporción en el uso y disfrute, percepción de las utilidades, de las cargas y, en definitiva, el valor representado por la cosa común, cuando la copropiedad cesa». Dice también BELTRÁN DE HEREDIA, aleccionadoramente al objeto que ahora nos interesa: «por eso no puede aceptarse completamente la fórmula del artículo 399 del Código civil, ya que no es posible hablar de «plena propiedad de la parte», pues dada la indeterminación de su contenido, repetimos, no es susceptible de ser objeto de derecho. Es, sencillamente, una expresión figurada que esconde la realidad de las cosas, sin duda mejor expresada en el artículo 393, que emplea el término cuota para significar la medida o proporción en el reparto de las cargas y beneficios. No es que existan, pues, dos poderes distintos, uno sobre la cosa, directo e inmediato, para ejercitar las facultades de uso y disfrute, y otro sobre la cuota, representado en la facultad de disposición, que vendrían a corresponder, respectivamente, con la «Anteil» y la «Bruchteil» alemanas. Existe un solo poder sobre toda la cosa, pero dentro del límite que indica la cuota; el poder de disposición puede serlo, como veremos en su momento oportuno—continúa diciendo BELTRÁN DE HEREDIA—, o bien respecto al derecho del copropietario sobre la cosa en su conjunto, con sustitución de aquél; o bien de la cosa, en el límite de ella que materialmente le corresponda en la división; pero no es disposición de la cuota, sino del derecho sobre la cosa, dentro del límite que aquélla indica. Los derechos de cada uno de los copropietarios son, por consiguiente, autónomos e independientes, como verdaderos derechos de propiedad que lo son sobre toda la cosa, dentro del límite que la cuota indica...» (31).

De esta teoría se desprende que el objeto del derecho de propiedad es la finca, no la cuota; que no hay ninguna diferencia esencial o cualitativa del objeto de la propiedad, ya corresponda a una sola persona o a varias en proindivisión; y, en fin, que no hay que plantear ningún problema de colindancia de la cuota indivisa, pues no tienen por qué lindar con ninguna finca, ya que *no es el objeto* de la propiedad sino *la medida* del derecho cuando una cosa pertenece a varios titulares. Lo único que interesa en ambos casos es la colindancia de toda la finca, que es el objeto de la propiedad y de la enajenación.

Aceptando esta tesis sobre la naturaleza de la cuota como medida y no objeto del derecho, no tiene por qué extrañar tampoco la expresión empleada por el artículo 1.523 del Código, cuando prevé el retracto de colindantes en el caso de venderse «una finca» rústica. No es que SCAEVOLA o PUIG BRUTAU hayan aludido a esa expresión en defensa de su

(31) *Ob. cit.* en la nota anterior, págs. 173 y sigs.

opinión, entendiendo que es sintomática de que el Código sólo concede el retracto cuando se venda «una finca» y no una cuota indivisa de ella; pero es que MANRESA, aunque es partidario de conceder el retracto en el caso de venta de cuota indivisa, piensa que ello es *a pesar* de la redacción del Código, que conceptúa como un obstáculo, diciendo que «tal como está redactado, (el artículo 1.523) su letra puede resultar contraria a su espíritu. La venta de una finca—continúa diciendo—quiere decir la venta de todos los derechos que integran el dominio de la misma. Concedido el derecho al propietario colindante, se entiende al que ostente sobre la finca el derecho completo de propiedad». Ante esta dificultad, MANRESA tiene que recurrir al espíritu de la ley (la finalidad del retracto de colindantes) para defender el retracto en el caso de enajenarse una participación indivisa (32).

Pues bien, partiendo de la teoría de la «propiedad plúrima total», nosotros no vemos el obstáculo que señala MANRESA, por lo que llegamos al mismo resultado al que llega dicho autor, pero sin el *handicap* que supone tener en contra la redacción del Código. Y es que la partícula «una» (unida a la palabra «finca» en el artículo 1.523) no equivale a «toda una», ni a «una entera», sino que es un artículo indeterminado que no quiere decir nada, más allá de la indeterminación que lleva consigo. Lo que interesa es la venta de «un objeto finca», pues a eso equivale la expresión «una finca» del artículo 1.523 del Código, y tal objeto existe tanto si se vende una finca entera como si se vende una cuota indivisa, porque hemos visto que no hay ninguna diferencia objetiva en uno y otro supuesto, y como el citado artículo no distingue, deben comprenderse los dos casos a efectos del retracto de colindantes; máxime si se combina esta idea con los dos argumentos anteriormente expuestos.

En conclusión, entendemos que hay que admitir el retracto de colindantes cuando se vende una participación indivisa de una finca que no exceda de una hectárea. A continuación veremos que el Tribunal Supremo proporciona algunos argumentos en favor de esta conclusión.

Examen de la jurisprudencia sobre este problema.—El Tribunal Supremo se ha planteado el problema que estamos examinando en la sentencia de 20 de enero de 1917 (que podríamos llamar la del «caso de la finca «El Lomito o La Cascabela», a efectos de identificación (33). En

(32) En sus *Comentarios al Código civil español*, tomo X, pág. 363.

(33) Ya dijimos en otra ocasión (en un comentario a una sentencia en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 500, año 1974, pág. 198) que en muchos casos resulta más gráfico y expresivo identificar la sentencia según el nombre de la finca de cada litigante. Aunque, claro está, tal sistema de denominación sólo podrá utilizarse en materias relacionadas con el Derecho de Cosas.

ella se reconoce que el colindante puede ejercitar el retracto respecto a una participación indivisa de finca, afirmando que «la circunstancia de encontrarse indivisa la finca no evidencia excepción estimable» frente al colindante retrayente («Considerando» 3.º) argumentando de este modo en los dos primeros «Considerandos»:

«Considerando que dado el concepto jurídico de la acción de retracto, es indudable que, por su naturaleza real, se establece una relación directa de personas a quienes corresponda el dominio y el que éste se encuentre proindiviso, pues sobre las fincas colindantes y en favor de sus dueños, cuando no existan ninguna de las excepciones que la ley enumera, se establece un límite a la libre disposición por venta, siendo la finalidad del Derecho creado la de impedir o evitar la división excesiva de la propiedad rústica».

«Considerando que declarando el Tribunal *a quo* la conformidad de las partes litigantes en los hechos sustanciales en orden a la colindancia, la indivisión del predio que se trata de retraer no altera la cuestión ni cambia su naturaleza, si en su totalidad confina en uno de sus extremos o lados con la finca del recurrente, toda vez que se encuentra en análogas circunstancias, al efecto legal, que si se tratase del retracto de comuneros; puesto que, dada la condición, preferentemente excluyente, del derecho de comunero respecto del colindante, de igual manera surge el derecho de éste en cuanto a la venta al extraño; y ya que no se ejercitó, en modo, el de comuneros, es visto que procede con preferencia al del extraño el de colindantes, a tenor de las disposiciones del Código civil y de la jurisprudencia, quedando el retrayente constituido respecto de la comunidad en caso parecido al previsto en el párrafo 4.º del artículo 398».

Podemos ordenar las ideas que aparecen en estos «Considerandos» en favor del retracto del colindante en caso de venta de una cuota indivisa del siguiente modo:

1.ª) *La naturaleza real de la acción de retracto*.—La naturaleza real de dicha acción no es concluyente, por sí sola, en relación con la admisión del retracto de cuota indivisa, e incluso podría servir de argumento contrario para aquellos autores que entienden que la adquisición de una cuota indivisa no implica la adquisición de un verdadero derecho real (34). Por ello, estimamos preferible centrar la cuestión alrededor del problema de la naturaleza de la «cuota», en lugar de hacer referencia a la naturaleza de la acción de retracto, resolviéndola en el sentido que

(34) BELTRÁN DE HEREDIA expone varias teorías sobre la naturaleza de la comunidad que implican la negación de un derecho real (*ob. cit.*, en nota 30, página 139, con referencia a BONELLI, y pág. 159, con referencia a la teoría de la «división de la cosa»).

antes hemos indicado, es decir, concibiendo la cuota como «medida» del derecho de propiedad, sin afectar en su esencia al objeto, por lo que es igual que el derecho pertenezca a una o a varias personas. En el fondo, el Tribunal Supremo, a través de la vía de la naturaleza real de la acción de retracto, está refiriéndose en definitiva a esa identidad de objetos de la propiedad, cualquiera que sea el número de titulares. Pero desde el punto de vista técnico, nosotros preferimos cambiar la dirección de este argumento hacia el problema de la naturaleza de la cuota indivisa.

2.^a) *La finalidad del retracto de colindantes.*—El Tribunal Supremo alude a la finalidad de dicho retracto, que consiste en «impedir o evitar la división excesiva de la propiedad». Creemos que esta idea debería haber sido desarrollada en la sentencia, pues el problema que se planteaba en el caso era saber si se cumple o no esa finalidad cuando el colindante pretenda retraer una cuota indivisa en lugar de la totalidad de la finca. Precisamente FAUS critica esta idea de la presente sentencia, entendiendo que no se cumple la finalidad del retracto de colindantes en el supuesto contemplado en la misma (35). Por ello, esta simple alusión del Tribunal Supremo ha de ser completada con todo lo que hemos dicho antes a este respecto, para evitar cualquier crítica ante lo escueto de esa declaración sobre la finalidad del retracto de colindantes.

3.^a) *Argumento lógico del artículo 1.524.*—En el «Considerando» segundo de la sentencia se lee que «dada la condición, preferentemente excluyente, del derecho del comunero respecto del colindante, de igual manera surge el derecho de éste en cuanto a la venta al extraño; y ya que no se ejercitó, en modo, el de comuneros, es visto que procede con preferencia al del extraño el de colindantes». Este argumento lo consideramos acertado, porque tiene su base en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código; y es que si se señala la exclusión del retracto de colindantes por el de comuneros, ha de concluirse que si éste no se ejercita, no queda excluido el de colindantes. Aunque el Tribunal Supremo se expresa de una forma algo diferente, responde a esa misma idea que acabamos de apuntar y que antes expusimos con más detalle.

4.^a) *Alusión al párrafo último del artículo 398 del Código.*—En el propio «Considerando» segundo se añade que «el retrayente (de cuota indivisa) queda constituido respecto de la comunidad en caso parecido al previsto en el párrafo 4.º del artículo 398». Por mi parte, considero inútil esta referencia al citado párrafo (36), pues no establece ninguna

(35) *Ob. cit.* en la nota 27, pág. 184.

(36) Lo único que dice el párrafo último del artículo 398 es que «cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos,

regulación positiva, sino que sólo por la vía negativa señala la exclusión del régimen de la comunidad de la parte de finca que pertenezca privativamente a uno de los condueños. Además, puede oscurecer algo el supuesto de hecho resultante, ya que si el colindante retrae una cuota indivisa no se puede hablar de dos partes de una misma finca, entendiendo que una parte es la de la comunidad y otra la parte privativa del colindante, pues se trata de dos fincas completamente independientes que no tienen ninguna relación entre sí (37), salvo la continuidad meramente física. Pero no hay que dar mucha importancia a esta alusión que hace el Tribunal Supremo, dado que constituye un mero *obiter dictum* o un simple añadido del párrafo precedente del mismo «Considerando». No obstante, FAUS parece centrar su crítica de esta sentencia en la alusión que comentamos (38).

Además de la sentencia que acabamos de exponer, hay otra anterior de 30 de mayo de 1906, que tiene alguna relación con ella y con el problema que estamos estudiando. A pesar de que la cita de dos sentencias fortalecería nuestra tesis de admitir el retracto de cuota indivisa, ya que ello supondría la existencia de «doctrina legal» a efectos del recurso de casación, preferimos no hacer uso de la idea de reiteración de sentencias como argumento clave, pues lo cierto es que esta sentencia del año 1906 no es tan concluyente como la de 1917, como ahora veremos, pues no contempla un caso de retracto de cuota indivisa por el colindante, sino el supuesto contrario: el retracto de una finca entera por uno de los comuneros de la finca colindante. Claro que el resultado obtenido es prácticamente igual, pero insistimos en no centrarnos demasiado en esta sentencia de 1906, sobre todo teniendo en cuenta que ese supuesto contrario (aunque, en cierto modo, análogo) tampoco se contempla por el Tribunal Supremo como referido directamente al caso decidido, pues el que se contempla en definitiva es el caso de retracto de finca entera ejercitado por *todos los comuneros* de la finca colindante, y sólo por vía hipotética, en el supuesto de que careciera de legitimación para ejercitar el retracto alguno de los comuneros-colindantes—lo que no se admite en realidad—, se recoge ese caso contrario de retracto de finca ejercitado por quien *sólo tiene una cuota indivisa* en la finca colindante. De todo lo cual se desprende que hay que proceder con cautela a la hora de valorar esta juris-

y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior». Por tanto, falta la «unidad de titularidad», y consiguientemente no existe finca unitaria ni unidad de regulación.

(37) Téngase en cuenta que no cabe realizar, desde el punto de vista hipotecario, agrupación ni agregación de una a otra finca, ni cabe inmatricular el conjunto en un mismo folio registral, pues falta esa unidad de propietario, a que aludíamos en la nota anterior.

(38) *Ob. cit.* en la nota 27, pág. 184.

prudencia como «doctrina legal», pues el enlace de las sentencias de 1906 y de 1917 no es todo lo claro que podría exigirse.

En cualquier caso, la citada sentencia de 1906 es al menos *indiciaria* de la tesis que estamos manteniendo, y por ello vamos a exponer el caso y la solución de la misma. A efectos de su identificación, la vamos a denominar la del «caso del retracto del Prado Dos Carballinos» (Sentencia de 30 mayo de 1906).

Como acabamos de apuntar, se trata de un caso en que el retracto fue ejercitado por *todos* los titulares de la finca colindante de la que fue objeto de venta, pero el recurrente (comprador de la finca retraída) entendía que a algunos de esos titulares les faltaba legitimación para ejercitar el retracto, por lo que, en definitiva, dicho recurrente planteó la cuestión como si se tratara de un supuesto de ejercicio del retracto por uno solo de los comuneros. En concreto, éstos son los argumentos del recurrente, partiendo de esa idea de que sólo uno de los retrayentes había acreditado su condición de dueño de la mitad indivisa de la finca colindante: «no procede admitir el retracto de colindantes por quien sólo tienen una cuota indivisa», pues «según el artículo 397 del propio Código civil, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudiera resultar ventaja para todos, y alteración supondría, en el estado de derechos de régimen de comunidad, el uso del retracto por parte de uno solo de los condueños, pues ello equivaldría a adjudicarse la parcela de terreno lindante con la finca retraída, en contra del condominio de los demás; además de que hay que considerar que el retracto de aldeaño se hace derivar de la relación de contigüidad, y se estableció con el propósito de corregir la exagerada división de la propiedad, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de marzo de 1893, 25 de noviembre de 1895 y 8 de julio de 1903, y ese fin, que es de interés público, podría quedar burlado si se consintiera que un condueño retrajera la finca que se suponía colindante, porque pudiera resultar luego, al hacerse la partición del condominio, que le correspondía al retrayente parcela distinta de la contigua, con lo que no se habría conseguido la unificación de la propiedad, y quedaría sin cumplirse la finalidad de la ley».

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma el retracto de colindantes, diciendo:

«Considerando que no son de estimar los motivos primero, sexto y séptimo del presente recurso referentes en su esencia a la falta de acción que se imputa a los actores, porque dado el carácter con que sucedieron unos y pueden suceder otros, al fallecimiento de don José Muíño, según el testamento de 11 de noviembre de 1887 otorgado por doña Manuela

Muiño, en ellos únicamente y en su totalidad residen las facultades necesarias para el ejercicio de los derechos dimanantes de la propiedad y el carácter de sucesores o causahabientes de la testadora doña Manuela; esto aparte de que bastaría el especialmente ostentado por doña Josefa Muiño para ejercitar la acción de retracto entablada, pues aunque la finca que sirve de base al retracto la tenga en comunidad con los demás, no por razón del éxito del mismo se puede considerar alterada la sustancia de la cosa poseída en común, porque no es en ella donde se hace la alteración a que se refiere el artículo 397 del Código civil de una finca a otra».

De la lectura de este «Considerando» se desprende lo que antes habíamos apuntado: que la *ratio decidendi* de primer grado de esta sentencia no hace referencia al problema de la cuota indivisa, ya que sólo por vía de refuerzo (pues dice: «esto aparte de que bastaría...») se alude a la citada cuestión del retracto ejercitado por quienes sólo tienen una cuota indivisa en la finca colindante.

Centrados en esa vía de mero refuerzo, hay que decir que resulta convincente la argumentación empleada por la sentencia frente a una de las alegaciones del recurrente. Este pretendía ver una alteración en el régimen de la comunidad respecto a la división de la cosa común, señalando que al dividirse la finca común en su día, habría que adjudicar al retrayente (comunero-colindante) la parte material de finca contigua a la finca retraída. El Tribunal Supremo señala que el éxito del retracto de colindantes no tiene por qué alterar la sustancia de la cosa poseída en común «porque no es en ella donde se hace la alteración a que se refiere el artículo 397 del Código civil... consistiendo como consiste el hecho en la mera agregación de una finca a otra». Y es que—añadimos nosotros—no hay ninguna regla sobre división de la cosa común que establezca de un modo necesario que ha de adjudicarse a uno de los comuneros la porción de finca que linde con otra de su propiedad privativa (39). El propio recurrente se contradice en cierto modo, al reconocer a renglón seguido que podría corresponder al retrayente parcela distinta de la que linda con la finca retraída.

(39) No obstante, MANRESA parece dar a entender que existe tal regla de división en un ejemplo que pone para demostrar que el fin que persigue la ley (en relación con el retracto de colindantes) se consigue de igual modo vendiendo o comprando un partícipe, que comprando o vendiendo todos: «A y B poseen, por mitad y proindiviso, una finca, A vende a C, y no conviniéndole a B retraer, ejercita el retracto D, propietario colindante. Si a éste se concede el derecho, aunque B no quiera vender, D exigirá la división material y aumentará determinada-mente su finca (este subrayado es nuestro). Si en el ejemplo propuesto vende D y B no quiere retraer, podrá hacerlo solamente A, consiguiéndose el mismo fin» (*ob. cit.* en la nota 32, pág. 363).

En lo que no se muestra muy preciso el Tribunal Supremo en esta sentencia es en la indicación de que se produce aquí «una mera agregación de una finca a otra», pues desde el punto de vista técnico no puede existir agregación de fincas cuando éstas pertenecen a distintos titulares, como ocurre en este caso. Pero es evidente que el Tribunal Supremo no quiere referirse a la agregación en su sentido técnico-jurídico (hipotecario), sino a la mera colindancia física, que no altera para nada el régimen jurídico de la finca contigua poseída en común.

A lo que ni siquiera alude la sentencia es a la finalidad del retracto de colindantes, a pesar de que el recurrente señaló que no se cumplía en este caso la finalidad del mismo consistente en corregir el minifundio. Pero respecto a esto, vale todo lo que dijimos antes cuando apuntamos que tal finalidad se cumple también, aunque de un modo indirecto, cuando se retrae una cuota indivisa, pues se produce en el caso de esta sentencia el mismo resultado de retracto de cuota indivisa, sólo que en un caso inverso de retracto de la finca entera por uno de los comuneros de la finca contigua.

Podemos concluir, por tanto, que hay dos sentencias que favorecen la tesis de que cabe el retracto del colindante cuando se vende una participación indivisa de la finca contigua: la sentencia de 20 de enero de 1917 (caso de la finca «El Lomito o La Cascabela»), que contempla directamente el supuesto y lo soluciona admitiendo el retracto de cuota indivisa; y la sentencia anterior de 30 de mayo de 1906 (caso del retracto del «Prado Dos Carballinos»), que contempla, por vía subsidiaria o de hipótesis, el supuesto de retracto ejercitado por uno solo de los comuneros de la finca colindante cuando se vende la totalidad de ésta, admitiendo tal posibilidad.

7. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN DISTINGUIR EL PUESTO JERARQUICO DEL COLINDANTE RETRAYENTE DE FINCA Y EL RETRAYENTE DE CUOTA INDIVISA. SU CRITICA

Otra alternativa para resolver la cuestión que estamos estudiando podría consistir en diferenciar el puesto jerárquico del colindante, según ejerce el retracto respecto de una finca entera (40) o de una participación indivisa. Los autores de la teoría anteriormente expuesta intuyen la diferencia entre uno y otro supuesto (41), pero exageran el resultado de la dife-

(40) Al caso de finca entera hay que asimilar, a estos efectos, el de parte material de finca, perfectamente deslindada, en virtud de segregación o división.

(41) Antes hemos visto cómo MUCIUS SCAEVOLA, refiriéndose al caso de retracto de cuota indivisa, se preguntaba: «¿No es cierto que (el retracto de colin-

renciación negando el retracto de colindantes, en relación con una participación indivisa.

En la presente alternativa, que exponemos a modo de hipótesis (ya que no ha sido defendida por ningún autor), se admite el retracto de colindantes en ambos supuestos, pero reconociendo un puesto superior en la escala jerárquica al colindante retrayente de finca entera, relegando al colindante que retrae una cuota indivisa a un puesto inferior, en relación con otros retractos. La razón de esta diferenciación podría ser el distinto modo de cumplir la finalidad de la institución del retracto de colindantes en uno y otro caso: cuando el colindante retrae una finca entera, se cumple plenamente la finalidad de la ley de corregir el minifundio; en cambio, cuando el colindante retrae una participación indivisa, lo único que se produce, de momento, es la entrada del colindante en la comunidad, aunque indirectamente y a la larga pueda producirse una corrección del minifundio.

Desde esta perspectiva podría llegarse a la conclusión de que no hay ningún conflicto ni contradicción entre el Código civil y la legislación de Arrendamientos Rústicos en relación con el retracto de colindantes, a base de entender que el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código sólo se refiere al colindante retrayente de cuota indivisa y, en cambio, el número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos sólo se refiere al colindante retrayente de finca entera.

Partiendo de este ámbito de aplicación de una y otra disposición legal, se señalarían en concreto los dos supuestos de concurrencia de retrayentes:

a) *Primer supuesto: venta de finca entera o de parte material segregada de ella.*—En este caso, la cuestión de la preferencia entre comuneros, colindantes y arrendatarios en el ejercicio del retracto, quedaría reducida al problema de la concurrencia entre colindantes y arrendatarios, interpretando que el comunero no puede ser nunca retrayente de finca entera, dado que el artículo 1.522 del Código civil sólo prevé el retracto de comuneros «en el caso de enajenarse a un extraño *la parte* de todos los demás condueños o de alguno de ellos», y resulta que en el caso de

dantes en tal caso) presenta caracteres tan anormales, tan desviados del tipo original, que no cabe reputarlo como una variedad del mismo?» Y PUIG BRUTAU también destaca la distinta valoración de uno y otro supuesto cuando dice que «el resultado que se obtendría con el ejercicio del derecho de retracto por parte del dueño de esta última (de la finca colindante de la que se vende en cuanto a una participación indivisa) sólo daría lugar, de momento, a que la comunidad se mantuviese en iguales términos, con la única diferencia de haber quedado sustituido uno de los comuneros», y que en el artículo 1.524 se trata «de una valoración hecha a base de tener en cuenta el momento en que ambos pueden tener efectividad». Véanse *obras citadas* en las notas 25 y 26.

enajenación de la totalidad de una finca o de parte segregada, tienen que vender todos los comuneros, cada uno su participación respectiva, por lo que no es posible que ejerciten el retracto de comuneros los propios vendedores. Por tanto, en este supuesto quedan frente a frente el colindante y el arrendatario, siendo preferente el primero por resultar así del número 5.º del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos (recogida en el vigente Reglamento de Arrendamientos rústicos). Habría que añadir que el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil no es ningún obstáculo, pues se parte de que su ámbito de aplicación va referido únicamente al supuesto de enajenación de participación indivisa de finca, ya que contempla la concurrencia entre comunero y colindante y ésta sólo es posible cuando se enajena una cuota indivisa, dado que, según se dijo, es el único caso en que el Código contempla el retracto de comuneros.

b) *Segundo supuesto: venta de participación indivisa.*—Aquí sí se daría la concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatario en el ejercicio del retracto, pero a diferencia del caso anterior, el colindante sólo va a retraer una cuota indivisa, por lo que se estaría en el ámbito del párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código, es decir, tendría que ocupar un puesto jerárquicamente inferior al comunero, cualquiera que sea la antigüedad de éste. Habría que partir de que el Reglamento de Arrendamientos rústicos no se refiere a este colindante retrayente de cuota indivisa, cuyo puesto ya resulta señalado en el Código civil, por lo que el orden de prelación sería el siguiente:

- 1.º El comunero que lleve más de tres años en la comunidad.
- 2.º El arrendatario.
- 3.º El comunero que lleve en la comunidad tres o menos años.
- 4.º El colindante.

Pero para aceptar esta solución habría que demostrar que la legislación arrendaticia sólo ha querido referirse al colindante retrayente de finca entera. Y esto es muy problemático ya que el número 5.º del artículo 16 *no distingue* y, encima, rodea al colindante con la expresión «en todo caso», que parece ser generalizadora. Claro que, actuando a la defensiva de esta solución, podría decirse que dicha expresión no es ningún obstáculo, pues aparece en el número 5.º como contrapuesta a la indicación de la antigüedad de más de tres años que se señala al comunero («*en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años*»), por lo que hay que interpretar que la expresión «en todo caso» hace referencia únicamente al aspecto temporal, en el sentido de que tratándose del colindante, da igual el tiempo que lleve como propietario de su finca. Resulta más lógico interpretar así dicha expresión—se diría, aceptando este

punto de vista—, que no referirla a todos los casos del apartado primero del artículo 16, dado que estamos dentro del contexto del apartado 5.º, del que no haría falta salir para interpretar una frase del mismo, si aparece contrapuesta a la expresión que acaba de emplear en el propio apartado.

Vamos a suponer que la observación es aceptable; pero con ello no se ha dado ningún argumento positivo en pro de que la legislación de arrendamientos sólo se refiere al colindante retrayente de finca entera o parte material de ella. Es más, hemos visto que no distingue supuestos, aun prescindiendo de la expresión «en todo caso».

Claro que todavía se podría decir que el aforismo «donde la ley no distingue, no debemos distinguir» es una regla jurídica cuyo valor no es absoluto, sino simplemente indiciario, careciendo de valor en el caso de existir indicios en pro de la distinción de supuestos, aunque la ley no distinga. Pero ¿qué indicios existen en favor de la distinción entre retrayente de finca y retrayente de cuota en la legislación de Arrendamientos rústicos? Supongamos que alguien sacara a relucir estos tres argumentos en pro de la distinción, que ahora expondremos; nosotros iríamos rechazando tales argumentos, del modo siguiente:

Primera alegación posible: argumento sistemático.—«Debemos distinguir y entender que la legislación arrendaticia sólo puede referirse al colindante retrayente de finca entera o de parte segregada, porque si no fuera así, se produciría una contradicción entre el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código y el número 5.º del artículo 16 de la ley, según se vio antes. Y como hay que evitar una interpretación que lleve a la contradicción entre textos legales, la unidad del sistema impone entender que la Ley de Arrendamientos, al regular la prelación del retracto de colindantes de modo distinto al Código, sólo se refiere al caso no previsto en dicho Código, que, además, *es el normal*, es decir, se refiere al colindante retrayente de finca entera y no al de cuota indivisa, que es el previsto en el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil».

Pero este argumento no nos convence, pues es meramente defensivo. No se da ninguna razón positiva, sino que se trata de una actitud meramente defensiva frente a quien dijera que *no es sistemática la solución* que estamos exponiendo. Pero resulta que nosotros no decimos que *no sea* sistemática, sino, simplemente, que va contra la letra de la ley especial en la que no hay rastro alguno de la distinción que se pretende.

Segunda alegación posible: argumento lógico.—«Debemos distinguir porque se trata de dos supuestos muy diferentes y no es lógico que reciban el mismo tratamiento jurídico. Ciertamente desde el punto de vista del «objeto retraído», ambos supuestos son cualitativamente idénticos según

se dijo antes; pero desde el punto de vista del resultado y de la finalidad del retracto de colindantes, también se ha dicho que se cumple mucho mejor y de modo más directo esa finalidad en el caso de retraerse la totalidad de una finca o parte segregada de ella, pues en tal supuesto se funden ambas fincas en una unidad jurídica, por pertenecer a un solo propietario dos fincas colindantes; y esto no ocurre cuando el colindante retrae una participación indivisa. Por ello, habría que señalar distinta jerarquía a dos supuestos de retracto que cumplen de modo muy diferente la finalidad de la institución.»

Pero con esta alegación tampoco se argumenta nada, sino que se explica o defiende una tesis obtenida *a priori*, exponiendo una serie de indicios que, aunque interesantes, no resultan concluyentes, pues falta el argumento clave consistente en deducir lo que resulta del tenor y sentido de la ley, que no es lo que se propone, ya que la ley no distingue. Y aunque haya algunas diferencias en uno y otro supuesto, no por ello se puede concluir que tales diferencias han de concretarse en un puesto distinto en la jerarquía de retractos, máxime teniendo en cuenta que, desde el punto de vista del objeto retraído, hay identidad de situaciones. A lo sumo, si la ley estableciera la distinción o resultara la misma de algún texto o de su sentido, podría apoyarse la idea aludiendo a todas esas explicaciones, pero éstas no cabe utilizarlas como razones de primer grado, sin soporte legal alguno.

Tercera alegación posible: el sentido del número 5.º del artículo 16.—

A pesar de todo, podría seguir esta otra alegación: «Debemos distinguir porque de la propia regulación del número 5.º del artículo 16 resulta esa idea de establecer un distinto puesto jerárquico para el colindante en uno y otro caso. En la venta de una participación indivisa, el colindante retraente lo único que va a adquirir, de momento, es la condición de comunero; ahora bien, se trataría de un comunero que acababa de ser comunero, es decir, de un comunero muy reciente. Y con este planteamiento, se podría utilizar el argumento *de maiore ad minus*, dentro del esquema del número 5.º del artículo 16: si el comunero que lleva un cierto tiempo en el condominio (aunque no superior a tres años) *no es preferente* al arrendatario en el ejercicio del retracto, no lo va a ser quien, como el colindante, lo único que va a conseguir al ejercitar el retracto es hacerse comunero, siendo, por tanto, su antigüedad en el condominio «inferior a cero» (si se permitiera emplear esta expresión), ya que cuando ejercita el retracto sólo tiene una expectativa de ser comunero. Concluyéndose que la interpretación del propio número 5.º del artículo 16 exige diferenciar los dos supuestos retrayentes, a efectos del orden jerárquico de retractos.»

Aquí aparece ya un argumento tomado del texto de la ley. Pero es insuficiente, e incluso hay que calificarlo como un sofisma, pues no hay que olvidar que el colindante retrayente de cuota indivisa, aunque va a adquirir la condición de comunero, seguirá siendo colindante, y en tal caso, no cabe utilizar el argumento *de maiore ad minus*, pues no puede calificarse de *maior* al que sólo es comunero, y de *minor* al que es colindante con la pretensión de ser, *además*, comunero. Será *minor* en cuanto a su expectativa de comunero, pero no tiene por qué serlo en cuanto a su posición de colindante, pues de la Ley de Arrendamientos más bien resulta que el *minor* es el comunero de tres o menos años de antigüedad en el condominio.

Aparte de no convencernos ninguna de las razones hipotéticas en favor de esta solución, hay una razón que nos lleva directamente a rechazarla, y es que con la misma se podría defraudar fácilmente el retracto del colindante, porque si el colindante retrayente de participación indivisa ocupa un puesto jerárquicamente inferior al arrendatario retrayente (a diferencia de la posición preeminente del colindante retrayente de finca entera), quien pretendiera vender una finca al arrendatario tratando de eludir el retracto preferente del colindante, vendería primero una mitad indivisa y con posterioridad, la otra mitad indivisa, consiguiendo de este modo, por vía indirecta y fraudulenta, la preferencia del arrendatario respecto al colindante, a pesar de que esta solución sólo lo admite en este caso excepcional. Se prestaría a especulaciones, combinaciones interesadas y fraudes, del mismo modo que la solución que da la teoría del doble orden de prelación, que rechazamos, precisamente, por dar lugar a todas esas posibles situaciones.

En conclusión, a pesar de que existen algunos indicios favorables a esta solución, carece de consistencia en el ordenamiento vigente.

8. HIPOTESIS QUE PARTEN DE SEÑALAR UN ASPECTO DE IMPOSIBLE VIGENCIA EN LA LEGISLACION ARRENDATICIA: VARIANTES Y EXAMEN CRITICO

Antes vimos que una de las posibles soluciones que ofrecía ALBALADEJO era prescindir de la pura literalidad del artículo 16, apartado 5.º del Reglamento de Arrendamientos rústicos, para buscar su sentido a través del conjunto de nuestro Derecho, razonando que «ni siquiera el legislador puede poner en vigor ciertos preceptos que contradigan otros vigentes» (42).

(42) *Ob. cit.* en la nota 9, pág. 585.

Por tanto, desde esta perspectiva todo se reduce a determinar cuál es el aspecto de la ley especial de arrendamientos rústicos que, a pesar de su pura literalidad, es de imposible vigencia, por oponerse a otros preceptos de nuestro ordenamiento que siguen teniendo vigencia.

Para comprobar la viabilidad de esta solución, hay que imaginar las alternativas que se ofrecen dentro de la misma, pues ALBALADEJO no tiene ocasión de señalar ningún ejemplo orientador acerca de ese concreto aspecto que ha de ser de imposible vigencia del Reglamento de Arrendamientos rústicos.

Creemos que las únicas hipótesis que podrían ofrecer algún fundamento, son las dos que exponemos a continuación, adelantando que, de todos modos, no nos convence ninguna de ellas:

a) *Primera hipótesis: la distinción de comuneros según su antigüedad en el condominio es el aspecto de imposible vigencia de la legislación arrendaticia.*—Relacionando el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil con el apartado 5.º del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos rústicos, podría interpretarse que el retracto de comuneros es siempre preferente al retracto de colindantes (artículo 1.524 C. c.) y al colono (artículo 1.524 C. c. y núm. 5.º art. 16 R. A. R.), sin distinguir para nada entre comunero de tres o menos años de antigüedad en el condominio, a pesar de que el citado Reglamento parte de esa distinción. Precisamente, ése sería el aspecto de la legislación especial que habría que considerar como de imposible vigencia a la vista del sentido del conjunto de nuestro ordenamiento. De modo que, aunque en el Reglamento no se diga, habría que hacerle decir, por necesidades de interpretación sistemática, lo siguiente: *El retracto regulado por este artículo (el del colono) es preferente a los demás, excepto al gentilicio, al de comuneros y al de colindantes.*

¿Cuál es la base concreta de esta hipotética solución? Podrían ofrecer ciertos argumentos en pro de la misma los siguientes preceptos:

— El repetido párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código, en el siguiente sentido: como el retracto de comuneros, según el mismo, excluye el de colindantes, y resulta que éste es preferente al del arrendatario según el número 5.º del Reglamento de Arrendamientos rústicos, la conclusión ha de ser que el retracto de comuneros «en todo caso» es preferente al arrendaticio; y ello a pesar de que dicho Reglamento distingue entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años, pues tal distinción es inoperante ante la vigencia del párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código, que no ha sido derogado.

- El párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil. He aquí otro precepto de nuestro ordenamiento que puede revelar la inoperancia de la distinción entre comuneros de diferente antigüedad, pues dice que «cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». En este artículo no aparece ningún rastro de la distinción a efectos de retracto, entre comuneros de tres o más años de antigüedad, de donde se desprende que en ese aspecto, el Reglamento de Arrendamientos rústicos no es conforme con el sentido general del ordenamiento.
- El artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos prescinde igualmente de la distinción entre comuneros, según su antigüedad, pues se limita a decir que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local del negocio transmitido».

Crítica de esta solución.—A pesar de todos estos indicios, se reconocerá que es exagerado no admitir la vigencia de la legislación arrendaticia rústica en un aspecto tan clara y tajantemente establecido como es el de la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años.

Y es que, a no ser que aparecieran abrumadores pruebas en contra, lo lógico y normal es pensar que la ley posterior deroga a la anterior, y no viceversa, como resultaría de esta solución. Concretamente, el artículo 1.524 del Código civil no puede impedir la vigencia de un precepto posterior al mismo que es de igual rango, como es el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 (hoy recogido en el Reglamento) que establece la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años en relación con la preferencia entre retrayentes de FINCAS RUSTICAS.

Por otro lado, el párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código lo único que revela es que *entre comuneros* (relación interna) no existe ninguna preferencia, quedando a salvo el problema del orden de preferencia respecto a otros retrayentes y siendo posible dar una solución coordinadora de ese aspecto interno a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.522 con el aspecto externo (relación con otros retrayentes) a que se refiere el número 5.º del artículo 16 del Reglamento según veremos después (43).

En fin, el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no tiene

(43) Más adelante, cuando expongamos la última alternativa (rectificación del párrafo segundo del artículo 1.524 del Código) y el orden de prelación que resulta de dicha solución, desarrollaremos esta distinción entre el aspecto interno y el aspecto externo del retracto de comuneros.

que ver con la legislación de Arrendamientos Rústicos, pues se refiere al inquilino, que ofrece distinta problemática que el colono. Además, el argumento podría ser reversible: también cabe pensar que un aspecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos de imposible vigencia es la NO DISTINCIÓN entre condueños de antigüedad superior o no a tres años, después de haberla establecido la ley de Arrendamientos Rústicos. Pero no hay necesidad de llegar a esta conclusión dentro de nuestro ordenamiento vigente, pues es perfectamente compatible, dado el distinto ámbito (lo urbano y lo rústico) de una y otra ley, mantener la distinción de comuneros según la antigüedad, en una y no en la otra. Sin perjuicio de defender la equiparación a efectos de la legislación futura.

Además, la distinción entre comuneros de antigüedad superior o no a tres años es interesante para evitar que se defraude fácilmente el retracto del arrendatario o del colindante, por lo cual no es convincente hacer desaparecer una distinción tan claramente establecida por una ley posterior al Código civil como es la Ley de Arrendamientos Rústicos.

b) *Segunda hipótesis: el aspecto de imposible vigencia de la legislación arrendaticia es la referencia al colindante.*—Situándonos en la misma orientación consistente en encontrar algún punto de la Ley de Arrendamientos que no ha podido entrar en vigor por oponerse al resto del ordenamiento no derogado, cabría pensar que no es la distinción entre comuneros de una u otra antigüedad el aspecto que debe ser excluido del contenido de la ley, sino la idea de que el colindante es prefrente, en materia de retractos, al arrendatario y al comunero de tres o menos años de antigüedad.

La argumentación podría ser la siguiente: como según el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil, el colindante es excluido por el comunero, sin distinguir la antigüedad de éste en el condominio, y es el Código civil y no la Ley de Arrendamientos Rústicos la normativa aplicable al retracto de colindantes, hay que prescindir de la referencia que dicha ley hace del colindante, por oponerse a lo que resulta del Código civil. Por tanto, el colindante ha de ocupar el último puesto, detrás del comunero de tres o menos años de antigüedad. Téngase en cuenta que la Ley de Arrendamientos Rústicos puede perfectamente situar al arrendatario entre comuneros de una u otra antigüedad, pues con ello no se opone al Código civil, dado que éste no regula el retracto del colono; pero se dirá que lo que no puede hacer es regular el retracto del colindante de un modo diferente al Código civil, que es el Cuerpo legal adecuado para ocuparse de un retracto que no es objeto de específica atención por la Ley de Arrendamientos Rústicos, que sólo se ocupa, por definición de la misma, del colono o arrendatario rústico.

Crítica de esta solución.—Tampoco nos convence esta solución, porque tropieza con el sentido y con la letra de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Si el problema de la preferencia del retracto de colindantes no tuviera ninguna conexión con el retracto del colono, sería válida esa idea de que la legislación arrendaticia no tiene por qué ocuparse de aquél. Pero es que resulta que está en juego la regulación de la prelación del retracto del colono, ya que la ley considera que éste debe quedar por debajo del colindante en esta materia. Y no se diga que el Código civil se opone a esta conclusión, pues no se ocupa del retracto del colono.

Por tanto, esta solución tiene el mismo fallo que la anterior al saltar por encima de la letra y sentido del artículo 16, apartado 5.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Téngase en cuenta que en la reforma del año 1949, el legislador tuvo en la mano dejar inoperante esa preferencia del colindante sobre el arrendatario ordinario, y sin embargo, la mantuvo, ya que relegó al colindante a un puesto jerárquicamente inferior SOLAMENTE en relación con el arrendatario «protegido». Y con la solución que hipotéticamente estamos exponiendo, quedan equiparados los supuestos de arrendatario protegido y arrendatario ordinario respecto a la prelación de retractos, a pesar de que el legislador de 1949 estableció expresamente la diferencia en relación con el retracto de colindantes.

Además, si se admitiera dicha solución, el retracto del colindante podría quedar defraudado con toda facilidad, pues bastaría que quien pretendiera comprar una finca eludiendo a los colindantes, firmara previamente un contrato de arrendamiento, obteniendo preferencia por este medio tan sencillo. Y no cabe pensar que una solución que se preste a eludir tan fácilmente el retracto del colindante, sea la querida por la ley, que precisamente para evitar esto coloca al colindante por encima del arrendatario (44).

En conclusión: no somos partidarios de aplicar ninguna de estas soluciones al presente caso, tan claramente regulado por la Ley de Arrendamientos Rústicos.

(44) Sin embargo, tratándose de arrendatario protegido, el párrafo 5.º del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos coloca al colono en lugar preferente al del colindante. En tal caso, también se presta al fraude, pero no tanto como en el caso del arrendamiento ordinario, pues en el arrendamiento protegido se exigen algunas condiciones para serlo, y, en cambio, respecto al arrendamiento ordinario basta la firma del contrato. A pesar de todo, nosotros somos partidarios de poner el límite de tres años al arrendatario tanto ordinario como protegido para que pueda ejercitar su derecho de retracto con preferencia al colindante. Pero esto es un problema *de iure condendo*.

9. LA SOLUCION QUE CONSISTE EN ENTENDER
RECTIFICADO EL PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 1.524
DEL CODIGO CIVIL POR EL ARTICULO 16 DE LA LEY
DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS AL DISTINGUIR ENTRE
COMUNEROS SEGUN SU ANTIGÜEDAD: VENTAJAS
DE ESTA SOLUCION

Sólo nos queda examinar la última solución de las que expusimos anteriormente como alternativas posibles. Consiste en interpretar que la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ser posterior al Código civil y de igual rango normativo que él, lo ha derogado en todo aquello en que sea incompatible con la misma. Ya vimos que ALBALADEJO indicaba esta solución como una de las dos posibles para resolver el conflicto entre el Código y las leyes especiales en materia de retractos, pero no desarrollaba esta alternativa dado el carácter general de su obra (45).

Por nuestra parte, entendemos que hay base para interpretar que la Ley de Arrendamientos Rústicos (recogida hoy en el Reglamento) ha derogado en un concreto aspecto el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código civil, o mejor dicho, dado el aspecto parcial de la derogación, que el citado párrafo ha sido rectificado por la ley. Donde el Código civil no distingue (pues no alude a la antigüedad de los comuneros), la ley especial de Arrendamientos Rústicos ha distinguido, y su distinción entre comuneros de más de tres años de antigüedad y de tres o menos años debe ser incrustada en el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código. En consecuencia, según esta idea, el párrafo segundo de dicho precepto del Código ha quedado tácitamente rectificado por el número 5.º del artículo 16 de la ley, en el siguiente sentido: «El retracto de comunero excluye al del colindante *cuando lleve en el condominio más de tres años, pero no en otro caso.*»

Decimos que se trata de una rectificación y no de una derogación del contenido total de dicho artículo, pues no se puede prescindir del artículo 1.524 del Código totalmente, ya que la ley especial no acaba de concretar cuál es preferente entre el comunero de más de tres años de antigüedad y el colindante, y para evitar la laguna hay que seguir recurriendo al Código civil, entendiendo que es preferente el comunero de tal antigüedad y que la ley especial lo único que ha rectificado es la prelación indiscriminada del Código, precisando que sólo puede admitirse la pre-

(45) Obra repetidamente citada. Véase nota 9.

lación del comunero cuando lleve en el condominio más de tres años de antigüedad.

Ventaja de esta solución.—Se comprenderá en seguida la conveniencia de llegar a esta solución, pues en materia de retractos siempre está acechando la figura del fraude de ley, al objeto de eludir el orden de prelación marcado por la misma, por la cual, cualquier prevención para evitar el fraude resulta interesante. Y la distinción entre esos dos tipos de comuneros, según su antigüedad, dificulta el propósito de hacerse comunero por el mero afán de adquirir una preferencia que de otro modo no se tendría. La exigencia de permanecer en la comunidad durante más de tres años para ejercitar con preferencia el retracto, dificultará la floración de comuneros «espontáneos», sin vocación alguna de comuneros. Precisamente, la *ratio* de la introducción de la distinción en la Ley de Arrendamientos Rústicos responde a esta idea, y así la explica RODRÍGUEZ SOLANO diciendo que «la preferencia antes indicada tiene la modalidad de que sólo goza de ella el comunero que lleve en la comunidad más de tres años, sin duda para evitar que de esta forma pudieran hacerse ilusorios los derechos del arrendatario sin más que constituir previamente a la transmisión del inmueble arrendado una copropiedad integrada por el propietario con un tercero que pudiera ser el propio adquirente» (46). La misma protección necesita el colindante, y con la presente solución queda debidamente protegido. No basta permitir el retracto del colindante cuando se venda una participación indivisa para hacer entrar en la comunidad al que va a adquirir posteriormente la finca (con fines de fraude, por tanto), pues puede pasar inadvertido para el colindante tal propósito fraudulento, no teniendo ya remedio en la segunda fase, cuando se venda al mismo que adquirió la participación indivisa la cuota restante.

Argumentación de esta tesis. Dificultades.—Una vez resaltada la conveniencia de llegar a esta solución, veamos la argumentación en favor de la misma.

Hay que partir del artículo 5.º del Código civil cuando dice que «las leyes sólo se derogan por otras posteriores». En el presente caso, la Ley de Arrendamientos Rústicos ha derogado el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código en el aspecto concreto que acabamos de indicar, pero no de una forma expresa, sino tácitamente, por incompatibilidad de preceptos. Efectivamente, si el artículo 1.524 del Código establece la preferencia del retracto de comuneros sobre el de colindantes, sin distinguir el tiempo que el comunero lleve en el condominio; si la Ley de Arrendamientos Rústicos, con posterioridad al Código estableció la distinción entre comune-

(46) *Ob. cit.* en la nota 19, pág. 28.

ros de antigüedad superior a tres años—preferentes al retracto del colono—y comuneros de tres o menos años de antigüedad—de rango inferior al retracto del colono—; y si dicha ley señala la preferencia del colindante sobre el arrendatario; partiendo de todo esto, no habrá más remedio que admitir que la distinción establecida por la ley arrendaticia es incompatible con la preferencia indiscriminada del comunero sobre el colindante, tal como se recoge en el párrafo segundo del artículo 1.524 del Código; y como no caben soluciones intermedias o diferenciadoras de los ámbitos de aplicación de la ley y del Código (tesis del doble orden de prelación) por las razones expuestas al principio de este estudio, la conclusión ha de ser que la Ley de Arrendamientos Rústicos, por ser posterior al Código, lo ha rectificado introduciendo la distinción de comuneros en el párrafo 2.º del artículo 1.524.

Reconocemos que esta argumentación ofrece inconvenientes, pues es sabido que hay que proceder con mucha cautela en materia de derogación tácita (47). Debe existir identidad de supuestos y una verdadera incompatibilidad de preceptos reguladores. Y en el presente caso, cabe preguntar: ¿existe tal identidad de supuestos e incompatibilidad de leyes?

Para contestar a esta pregunta, distinguiremos dos casos de concurrencia: el de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios y el de simple concurrencia de comuneros y colindantes. En principio, el párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código contiene una regulación referida a comuneros y colindantes que es aplicable en ambos supuestos, pues la presencia del arrendatario no cambia el problema de la relación de comuneros y colindantes en esencia, pues no se ve qué tipo de influencia puede producir ese elemento extraño en orden a la prelación entre comuneros y colindantes. Queremos decir que desde el punto de vista del Código civil, el tratamiento de la prelación entre comuneros y colindantes es idéntico, tanto si existen arrendatarios como si no, pues ni distingue ni lógicamente puede afectar a aquéllos.

Para concretar la derogación tácita acabamos de partir de una regulación unitaria del Código civil, que tiene el carácter de indivisible, pues

(47) Dice FEDERICO DE CASTRO, al hablar de la derogación tácita, que «se impone entonces una delicada tarea interpretativa, en la que se han de tener en cuenta las distintas disposiciones en cuestión, examinando sus preceptos, sistema y criterio informadores (sentencia del T. S. de 30 de agosto de 1924)». «Se puede señalar, como indicación orientadora, que para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva disposición respecto a otra anterior se precisan los siguientes requisitos: 1.º Igualdad de materia en ambas leyes; 2.º Identidad de los destinatarios de sus mandatos, y 3.º Contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos.» «No cabe inducir fácilmente la derogación de preceptos legales. Las leyes, como base de seguridad social, cuya desaparición dejaría en la incertidumbre tantas situaciones jurídicas, tienen una notable *vis inertiae*» (*Derecho Civil de España*, Parte General. I, 1955, págs. 701 y 702).

no hay razón para admitir un distinto trato en uno y otro supuesto de concurrencia. Retengamos, pues, esta identidad de regulación de supuestos de concurrencia, pues es la clave de la cuestión, frente a la tesis del doble orden de prelación.

Ahora entremos en la legislación de arrendamientos rústicos. No cabe duda de que ésta regula el supuesto de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios en el número 5.º del artículo 16, estableciendo un régimen que es incompatible con el del Código civil, pues mientras en éste el comunero es preferente siempre al colindante, en la ley especial el colindante, concurriendo con colonos y comuneros, es preferente a ellos si el tiempo de antigüedad de los comuneros en la comunidad es de tres o menos años. Por tanto, el resultado de este análisis es que, tratándose del primer supuesto de los dos que apuntábamos (concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios) existe una incompatibilidad de regulación entre el Código y la ley y que ésta lo ha derogado tácitamente en aquello que se le opone.

Pero recordemos que hemos partido de la identidad esencial entre el supuesto citado de concurrencia múltiple y el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes, por la sencilla razón de que el arrendatario es un elemento totalmente extraño y ajeno para el problema de la prelación entre comuneros y colindantes, no habiendo ninguna razón para que su presencia afecte a la prelación entre dichos retrayentes. Podrá quedar afectado el comunero en su relación con el arrendatario, o el colindante en relación con el mismo, pero no la relación entre comuneros y colindantes.

Partiendo de dicha identidad, y aunque a primera vista pudiera parecer que en el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes (sin arrendatario) no hay derogación tácita por entender que mal puede la legislación de arrendamientos rústicos derogar una materia ajena al arrendamiento, sin embargo, hay que llegar a la conclusión contraria: que por ser idéntico el supuesto de concurrencia simple de comuneros y colindantes al supuesto de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios, en lo relativo a la prelación existente entre comuneros y colindantes, por esa identidad, si admitimos la derogación tácita de la regulación de la prelación entre ambos retrayentes en el caso de concurrencia múltiple, hay que admitir la derogación tácita en el caso de concurrencia simple.

En definitiva, la derogación en este segundo supuesto de concurrencia simple no se produce por oposición directa de leyes, sino por vía de consecuencia, al partir de la identidad entre ese supuesto y el regulado de forma opuesta por la ley especial.

La crítica que antes hicimos de la tesis del doble orden de prelación está en línea con lo que venimos exponiendo y nos ayuda a concluir que, dados los absurdos a que llegamos con la admisión de una derogación parcial del Código civil (sólo respecto a la concurrencia múltiple), no hay más remedio que admitir una derogación *total* del Código respecto a la prelación del comunero de tres o menos años de antigüedad sobre el colindante, exista o no arrendatario. ¿Qué más da a efectos de la prelación entre comuneros y colindantes que exista arrendatario o que ejercite el retracto? Como no sabemos dar una respuesta diferenciadora entre el supuesto de concurrencia y el de no concurrencia del arrendatario, tenemos que ser unificadores a efectos de la derogación en bloque del párrafo segundo del artículo 1.524 del Código en lo relativo al comunero de tres o menos años de antigüedad. En otro caso, llegaríamos al callejón sin salida, al retruécano o círculo vicioso de la tesis del doble orden de prelación.

Por tanto, a pesar de las cautelas y restricciones con que hay que admitir la derogación tácita, admitimos aquí francamente dicha derogación en el sentido indicado.

El orden de prelación de retractos según esta tesis.—¿Cómo queda, pues, el orden de prelación de los retractos de comuneros, colindantes y arrendatarios?

Del modo siguiente:

- 1.º Comuneros de más de tres años de antigüedad (párrafo 2.º del artículo 1.524 del Código y núm. 5.º art. 16 R. A. R.).
- 2.º Colindante (conforme a los dos preceptos últimamente citados).
- 3.º Arrendatario (núm. 5.º art. 16 R. A. R.).
- 4.º Comuneros de tres o menos años de antigüedad (núm. 5.º artículo 16 R. A. R.).

Hay que advertir, a diferencia de lo que señala la tesis del doble orden de prelación, que la escala que acabamos de exponer tiene aplicación no sólo a los casos de concurrencia múltiple de comuneros, colindantes y arrendatarios, sino también respecto a la concurrencia de comuneros y arrendatario, o comuneros y colindantes o colindantes y arrendatario. Bastará, según los casos, prescindir del retrayente correspondiente y mantener en lo demás el orden jerárquico de dicha escala.

Pero la misma no la consideramos aplicable a la prelación de los comuneros entre sí, ya que no hay que entender que los comuneros de más de tres años de antigüedad tienen preferencia sobre los de menor antigüedad, debido a que el párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil sienta

la conclusión contraria diciendo que «cuando dos o más copropietarios quieran usar el retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común». Claro que se nos podría decir que frente a dicho precepto del Código está el número 5.º del artículo 16 de la legislación especial de arrendamientos, que coloca al comunero de tres o menos años de antigüedad en el último puesto, por debajo del retracto arrendaticio, y si el comunero de más de tres años de antigüedad es preferente al arrendatario, ha de serlo también al comunero de menor antigüedad, por deducción lógica. Pero contestaríamos diciendo que en este caso no hay que proceder con la misma argumentación que en el caso del párrafo segundo del artículo 1.524, pues estamos en presencia de un problema distinto. En relación con el párrafo segundo del artículo 1.522 está todo el problema del régimen interno de la comunidad y, concretamente, el artículo 393 del Código civil que dice que «el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas». Y todo esto puede compatibilizarse en esta ocasión con la regulación del número 5.º del artículo 16 de la ley de Arrendamientos, sin necesidad de llegar a la derogación tácita del párrafo segundo del artículo 1.522. Este último es aplicable a la relación interna entre comuneros (distribución del objeto retraído «a prorrata»). En cambio, el número 5.º del artículo 16 del Reglamento de los comuneros con otros retrayentes (aspecto externo) distinguido, a esos únicos efectos, entre comuneros según su antigüedad.

Concretaremos nuestro punto de vista en esta materia, distinguiendo todos estos supuestos: *a)* si concurren en el ejercicio del retracto comuneros de más de tres años de antigüedad con otros de tres o menos años de antigüedad, debe aplicarse el párrafo segundo del artículo 1.522 del Código civil (distribución «a prorrata»); *b)* si concurren comuneros de más de tres años de antigüedad con colindantes o arrendatarios, debe aplicarse el número 5.º del artículo 16 R. A. R., y el párrafo 2.º del artículo 1.524 Código civil, de los que resulta la preferencia del comunero sobre dichos retrayentes; *c)* si concurren comuneros de tres o menos años de antigüedad con colindantes o arrendatarios, los comuneros ocuparán el último puesto, según resulta del número 5.º del artículo 16 R. A. R.; *d)* y por último, si concurren comuneros de más de tres años de antigüedad con otros de tres o menos años de antigüedad y con colindantes y arrendatarios, la preferencia de los comuneros de más de tres años sobre colindantes y arrendatarios (aspecto externo) aprovecha a los comuneros de menor antigüedad, según se desprende del párrafo 2.º del artículo 1.522 del Código civil (aspecto interno).

Tampoco consideramos aplicable la escala jerárquica reseñada ante-

riormente en materia de arrendamientos urbanos, pues, aparte de que en ese campo no cabe hablar de retracto de colindantes, ha de tenerse en cuenta que el artículo 50 de la Ley de Arrendamientos urbanos prescinde de la diferenciación entre comuneros de más o menos de tres años de antigüedad, pues dice que «el derecho de tanteo o retracto del inquilino o arrendatario tendrá preferencia sobre cualquier otro derecho similar, con excepción del de retracto reconocido al condueño de la vivienda o local de negocio transmitido».

Conviene aclarar que esta diferencia de regulación de la legislación de arrendamientos urbanos no es ningún obstáculo para la tesis que hemos mantenido, referida sólo al ámbito de lo rústico, ya que la propiedad rústica y la urbana responden a distintas orientaciones y, aunque *de iure condendo* consideramos preferible establecer una regulación uniforme de esta cuestión de retractos, diferenciando la preferencia del comunero según su antigüedad, lo cierto es que *de iure conditio* no es así, sin que pueda verse un contrasentido legal, dada la diferente *ratio* de la legislación urbana y rústica. Baste señalar, a título de orientación, que el inquilino goza de la facultad de prórroga indefinida, a diferencia del colono, lo cual podría explicar (aunque no justificar) que el legislador no se haya preocupado de ponerlo a cubierto del retracto de un comunero cuya antigüedad en el condominio sea de tres o menos años.

10. CONCLUSION

Por tanto, una vez analizadas todas las alternativas, consideramos preferible la última solución expuesta, a pesar de los inconvenientes apuntados. Pero patrocinamos que en un futuro próximo se regule el orden de prelación de retractos con la debida claridad y uniformidad. Aparte de otras precisiones, adelantamos que debería extenderse la diferenciación de jerarquía por la antigüedad, con objeto de que pudiera aplicarse no sólo al caso de los comuneros de fincas rústicas como ya resulta actualmente del número 5 del artículo 16 del R. A. R., según la tesis que hemos defendido), sino también a los condueños de fincas urbanas (rectificándose el artículo 50 de la L. A. U.) y a los propios arrendatarios (tanto inquilinos como colonos), pues existe la misma *ratio* para establecer la distinción de jerarquía según su antigüedad como arrendatarios, que en el caso de los comuneros. De esta forma, se evitaría la proliferación de arrendatarios que sólo tienen de tales el nombre, pues su único propósito es aparecer con dicha condición para obtener una preferencia en una posterior enajenación.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad

La norma jurídica y el Derecho de Familia

SUMARIO: *Consideraciones generales.—El Derecho de Familia y el no derecho: esbozo histórico.—Las reglas jurídicas internas o autónomas que crea la propia familia y las externas o heterónomas que dicta el Estado.—Clases de reglas jurídicas internas de la familia.—Usos sociales familiares y su conversión en costumbre jurídica: el desuso y la norma de Derecho de Familia.—La ética y el Derecho de la Familia.—Fuentes del Derecho externo de la Familia: el Código civil de 1888-1889.—Otras fuentes de Derecho externo de la Familia: 1) Derecho mercantil de la Familia. 2) Derecho administrativo familiar. 3) Derecho jurisdiccional familiar.—Los principios generales del Derecho y el Derecho de Familia: 1) Importancia de los principios generales del Derecho en el Derecho de Familia. 2) ¿Existen principios generales característicos del Derecho de Familia, separados o autónomos del resto de los principios generales del ordenamiento jurídico. 3) Conexión del Derecho de Familia con los principios generales del Derecho relativos a la persona humana y al Derecho patrimonial. 4) Funciones de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico familiar.*

CONSIDERACIONES GENERALES

Cualquier jurista dogmático que aplicando su peculiar método pretenda captar la realidad del funcionamiento de la norma de Derecho de Familia, su efectiva incidencia en la vida de los componentes del grupo, se verá defraudado porque su análisis se perderá en el vacío: la familia se rige muy incidentalmente por normas jurídicas, que casi sólo presiden los actos solemnes de su fundación—por ejemplo, la celebración del matrimonio, los contratos matrimoniales, la atribución del título de estado civil de hijo legítimo por su nacimiento en el seno de un matrimonio—y su extinción: disolución del matrimonio, y sus consecuencias patrimoniales.

El jurista tendrá que recabar el auxilio de la Psicología, de la Sociología de los grupos institucionalizados, de la Ética, de la Etnografía, de la Antropología—dialéctica, cultural, social—, incluso de la Religión do-

minante en el grupo a considerar, y, por supuesto, de la Filosofía si quiere captar la compleja realidad de la regulación de la vida familiar.

El enfoque interdisciplinario es absolutamente preciso, ya que la dogmática jurídica le ofrecerá un seco esqueleto de derechos y deberes que ligan entre sí a los miembros de la familia. Creyendo captarlo todo, no habrá captado nada, ni siquiera lo puramente jurídico de dicha vida.

Se objetará a dichas consideraciones que al jurista sólo interesa el aspecto jurídico, cogente, de esos fenómenos. Que al Derecho no le interesa toda la Ética de la familia, sino sólo el mínimo que exige el Estado para el recto funcionamiento de la institución. Que el carácter ético de las reglas familiares es un postulado que todo Derecho familiar civilizado acata, en el que no tiene por qué profundizar, ya que el jurista no tiene por qué ser un moralista.

Sin embargo, todas estas objeciones al enfoque interdisciplinario de la norma de la vida de la familia no pueden oscurecer el hecho fundamental de que no es posible afirmar que este Derecho se funda sobre la moral, que «en ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico, la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos» (1) y no explorar esas realidades que sirven de sustrato a la norma jurídica familiar.

Ello, además, supondría, en nuestro Derecho positivo, un enorme error por cuanto el mismo concede un papel primordial a los principios generales del Derecho (art. 6. C. c.), que obviamente, hacen referencia a esas realidades infraestructurales (2) de la norma jurídica familiar.

Por ello la concepción tridimensional del Derecho permite una aproximación fructuosa a la comprensión de la estructura y funcionamiento de la norma de Derecho de familia.

Para esta concepción, la realidad jurídica familiar debe ser explorada al triple nivel del Derecho considerado: como hecho social—objeto de estudio por la Sociología jurídica—, como norma—por la Dogmática jurídica—y como objeto de un juicio de valor—por la Filosofía jurídica.

Las Ciencias humanas en general, como disciplinas auxiliares, han de prestar a las Ciencias normativas una inapreciable ayuda para captar totalitariamente la realidad familiar, un parte minúscula de la que es su realidad jurídica.

(1) ALBALADEJO y LACRUZ BERDEJO: *Derecho de Familia: el matrimonio y su economía*. Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 19.

(2) En el sentido vulgar, de sustrato o base, no en el sentido técnico en que se utiliza tal palabra por el materialismo histórico.

Por supuesto, que al jurista como tal no puede exigírsele una verdadera especialización en tales Ciencias humanas, pero sí como afirma ANGEL LATORRE (3) «... es preciso tener una formación inicial en ciencias sociales, que no irá dirigida, naturalmente, a convertirle en un especialista de ellas, sino a hacerle adquirir la actitud mental necesaria para captar la dimensión sociológica del Derecho y a darle un conocimiento claro, aunque sea forzosamente elemental, de los principios básicos del método de trabajo de estas ciencias».

Creo, por tanto, que un análisis de la norma familiar por la Sociología jurídica y su enjuiciamiento por la Filosofía del Derecho arrojará luces inesperadas que dotarán de sentido, de cálida carne y sangre, al seco esqueleto de derechos y obligaciones que vinculan a los singulares miembros de la familia y que desvela la Dogmática jurídica.

EL DERECHO DE FAMILIA Y EL NO DERECHO: ESBOZO HISTÓRICO

La regla de la vida familiar es, antes que una regla jurídica, una regla de vida. Las consideraciones de Sociología jurídica acerca de la norma familiar son por ello fundamentales: intentan hallar el sustrato sociológico de la norma jurídico-familiar.

«Los juristas dogmáticos—afirma CARBONNIER (4)—piensan que si no todo es Derecho, al menos que el Derecho tiene vocación a estar en todo, a envolverlo todo, a sostener, como un dios, todo el universo habitado. Hay en el Derecho dogmático, a la vez un ideal y un postulado del pan-juridismo...

La Sociología del Derecho, al tiempo que daba sus primeros pasos, se inclinó a la misma actitud. Por cuanto veía en lo jurídico la forma de lo social, a causa de la sanción organizada, le parecía que, siendo la sociedad todo, el Derecho no debía estar ausente de nada, y lo conceptuaba como un continuo sin falla.

Llevada por la madurez a más comprensión, la sociología jurídica de hoy ha cesado de reivindicar para el Derecho esta ubicuidad divina. Reconoce que todo lo social no es jurídico, aparte de que en las relaciones entre los hombres, se encuentran quizá los que escapan al derecho porque ellos mismos no están socializados. La Sociología admite que el Derecho

(3) *Introducción al Derecho*, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1971, págs. 228-229.

(4) *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans rigueur*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1971, pág. 20.

no llena toda la atmósfera humana y pone, al menos como una hipótesis, al lado del Derecho, el no Derecho.

El no Derecho, si es preciso dar de él una primera aproximación, es la ausencia del Derecho en un cierto número de relaciones humanas donde tendría la vocación teórica de estar presente.»

La aplicación práctica de tal doctrina es el carácter secundario de los fenómenos jurídicos. «El no Derecho no es la nada ni el caos. Es un mundo de relaciones que el Derecho no abandona, cuando se retira, a la disolución y al desorden... El terreno que evacua será simplemente ocupado de nuevo por los antiguos ocupantes...»

Tales principios fluyen, ante todo, de todo lo social no jurídico, que tiene vocación, en cierta zona a tomar el relevo del Derecho, de todos los sistemas de normas que no son sistemas de Derecho: *folkways*, *mores*. por hacer referencia a las categorías de la sociología americana; ...o simplemente, reglas de costumbres, de conveniencia, de cortesía, imperativos de la ética y de la religión...» (5).

Finalmente, muchas de las relaciones interindividuales escapan de las reglas sociales y se rigen por la ternura, por la simpatía por el semejante, por la amistad.

Aplicando estas consideraciones al Derecho de familia histórico, se aprecia que el pater familias romano no tenía freno alguno a su poder omnímodo. Freno jurídico, se entiende... «Antes que hubiera Estado—afirma ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE—era la familia... Efectivamente, la familia dictaba la ley... Y dentro de cada familia alguna autoridad (el patriarca, el padre)» (6). «En la economía primitiva... se confundía el poder de disponer de las personas y el poder de disponer de las cosas, pues unas y otras tenían valor pecuniario. Para el jefe de la *domus*... ningún freno legal constituía para él la opinión de los componentes de la familia» (7).

Las *mores*, y la institución consoria introdujeron limitaciones morales a tal poder absoluto, y sólo en una época relativamente tardía puede pensarse en una limitación jurídica a dicha potestad. Parece, pues, que en Roma primero fue el no Derecho, en las relaciones familiares: sólo en un período posterior, relativamente tardío, el Derecho estatal introdujo algunas reglas jurídicas donde antes sólo había *mores*.

Sin embargo, tal tesis, aparentemente clásica e incontrovertida, no deja de presentar dificultades. Jurídica era la *manus* del pater familias romano, siquiera sin límites jurídicos. Al hacer uso del *ius vitae necisque*, sobre la mujer o el hijo *in potestate*, repudiar a la esposa, o ejercitar, en general,

(5) Idem, *íd.*, pág. 34.

(6) *Introducción al Derecho*, Ediciones Anaya, S. A., Salamanca, 1971, página 110.

(7) Idem, *íd.*, pág. 111.

las facultades inherentes a la *manus*, el Derecho estatal consideraba legal su actuación. Decir que nos hallamos en la esfera del no Derecho parece excesivo. No Derecho era la limitación a dichos poderes introducida por las *mores*, no el ejercicio de la *manus* en sí.

La prueba la tenemos en la brillante afirmación de SCHULZ—criticada por SANTA CRUZ TEIJEIRO, que sigue la vieja tesis de IHERING—de que «El Derecho Clásico del Matrimonio es, sin duda, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad...» (8). La alta sociedad romana rehusaba celebrar matrimonios con *manus*; prefería el matrimonio libre.

¿No es esto un retroceso del Derecho al no Derecho, al menos desde el punto de vista del matrimonio *cum manu*? La carga jurídica que llevaba inherente la posición del pater familias y la sujeción de la esposa *in manu* a la potestad de aquél, fueron aligeradas, suprimidas más bien con la concepción humanista del matrimonio *sine manu*, fundado en la filosofía estoica y en las *mores* más libres del Derecho Romano Clásico.

Sin embargo, hay un claro desfase entre este Derecho matrimonial clásico, fundado en la humanitas, amparado en las *mores* y difícilmente equiparable al primitivo, y el Derecho de la filiación. Cualquier tipo de matrimonio legítimo, *cum manu* o *sine manu*, atribuía al pater familias la patria potestad sobre los hijos habidos de la unión. La patria potestad era la esencia del Derecho de Familia romano, y no dejó de serlo en ningún momento.

El matrimonio perdió, pues, en el tránsito del Derecho Romano arcaico al Clásico, parte de su carga jurídica, y en cierto modo derivó hacia el no Derecho, hacia las *mores* familiares humanas, pero la patria potestad, en lugar de humanizarse por el influjo de costumbres que pasaran a ser luego Derecho Civil, lo fue por una legislación protectora postclásica de clara influencia cristiana.

En suma: en ningún momento la patria potestad dejó de ser una institución preponderantemente jurídica, a diferencia del matrimonio.

Resulta sumamente difícil discriminar el peso relativo del Derecho y del no Derecho a lo largo de la Historia del Derecho de Familia. Habría que distinguir cada una de las sociedades civilizadas que conocemos y cada una de las instituciones familiares en ellas, pues la peculiaridad del Derecho Romano que he apuntado no es posible predicarla de las restantes.

(8) *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 99

Pero siempre habrá que rechazar la tesis aparentemente obvia de que en el principio fue el no Derecho, y como por condensación de una nebulosa, las costumbres prejurídicas de una sociedad dieron lugar al nacimiento del Derecho. Tal tesis tiene en contra de sí la autoridad de la Antropología de CLAUDE LÉVY STRAUSS.

En efecto, para este autor, las únicas características humanas absolutamente universales residen en la prohibición, en un grado más o menos amplio, de las relaciones incestuosas. Para este autor, esta prohibición constituye el rasgo cuya impronta marca todas las formas conocidas de sociedades humanas y que parece diferenciar naturaleza y cultura. Al regular de alguna forma las relaciones sexuales y por lo mismo, las relaciones sociales, la cultura se superpone al estado de naturaleza, en la que las relaciones sexuales son, por el contrario, la principal fuerza de cohesión de la sociedad (9).

Pues bien; si la internalización en el subconsciente colectivo del tabú del incesto forma parte esencial, es ingrediente constitutivo del proceso de hominización de una horda de primates homínidos, es claro que en su origen fue primero el Derecho, y el no Derecho fue posterior.

CARBONNIER (10) no deja de plantearse el problema, afirma que para LÉVY STRAUSS, en el tabú del incesto reside el origen de todo derecho, y aunque reconoce la objeción que a tal tesis puede oponerse—el tabú tiene un contenido religioso, no jurídico—no deja de desatlarla: «nuestra separación neta de la religión y el Derecho no tiene sentido para las sociedades que practican el tabú».

En términos más generales, el mismo CARBONNIER (11) afirma que «La etnología seduce en contra de la pretendida pobreza de los derechos primitivos. Estos derechos son por el contrario, de una gran riqueza, no solamente por su formalismo, sino por la sutileza de sus combinaciones. Más cerca de nosotros, ¿no es acaso patente que el Derecho antiguo ha sido más complicado, más lujurante que el Derecho del Code Civil? No es uno de los menores defectos del esquema hacer a nuestra Revolución infaliblemente ridícula... porque, soñando en un Código lapidario y despojado de técnica, sustituyendo a veces la conciliación a la justicia, ha ensayado otorgar a los franceses las primicias del No Derecho.»

En la sociedad contemporánea sería erróneo entender que las relaciones familiares jurídicamente establecidas son más numerosas, estadística-

(9) Citado en S. ZUCKERMANN: *La hominización de la familia y de los grupos sociales*, obra colectiva de H. VALLOIS, A. VANDEL y otros, titulada *Los procesos de hominización*, Colección Grijalbo, S. A., México, 1969, págs. 90-91.

(10) *Ob. cit.*, págs. 66 y 67.

(11) *Ob. cit.*, págs. 38 y 39.

mente hablando, que las no jurídicas: Es cierto, dice el autor, que los matrimonios, las separaciones personales de los cónyuges, las adopciones *de iure*, son más numerosos, a veces de un modo estadísticamente aplastante, que los concubinatos, las separaciones de hecho, las adopciones jurídicas. «No debiera sorprendernos *a priori* tal fenómeno, porque la presión social arroja todo su peso en favor de las situaciones jurídicas. En el Estado burocrático, es diariamente más simple, para el individuo, vivir en situaciones de Derecho, con los «papeles bien en regla». Sería temerario concluir que las situaciones de derecho tienen algo sociológicamente de más normal que las situaciones de hecho; y sobre todo, de figurarse que han llegado a ser para el hombre en sociedad, como una nueva naturaleza» (12).

Significa todo esto que el jurista dogmático difícilmente conocerá a la familia y el Derecho de Familia si no atiende a estos fenómenos de no Derecho que en modo alguno son marginales, ni históricamente superados: fenómenos de todos los días, de los hogares felices, «los hogares felices no conocen el Derecho»—mejor el Derecho estatal, pues luego veremos cómo crean verdadero Derecho.

Resulta muy cómodo para el jurista dogmático parapetarse en el conocido estribillo: el Derecho de Familia no es el único regulador de la familia, pues la Religión, la moral, la costumbre influyen en él; los preceptos éticos son a veces apropiados por el Derecho y transformados en preceptos jurídicos.

Pero ¿qué papel juegan la ética, la costumbre, la religión, en la fundamentación del Derecho de Familia? ¿Cómo se distinguen tales conjuntos de reglas no jurídicas entre sí, y de las que luego llamaré «reglas internas de la familia», jurídicamente vinculantes, que la misma se dicta en uso de su propia potestad autónoma? ¿Cómo distinguir el uso convencional o uso no jurídicamente vinculante de la costumbre jurídica? ¿Cabe evolución en los preceptos éticos de la familia o debemos sólo estudiar la familia «cerrada», «institucionalizada», anclada en el pasado, sacralizador del tiempo pasado y de las reglas pasadas?

Preguntas éstas a las que responderá no sólo el sociólogo de la familia, sino el filósofo del Derecho, pues no hay otro campo del Derecho de Familia en que se aprecie con mayor claridad la necesidad de una reflexión radical sobre la regla de la vida de la familia, en su triple vertiente dogmático—jurídica, sociológica y filosófico-jurídica.

(12) *Ob. cit.*, pág. 36.

LAS REGLAS JURIDICAS INTERNAS O AUTONOMAS QUE CREA LA PROPIA FAMILIA Y LAS EXTERNAS O HETERONOMAS QUE DICTA EL ESTADO

BONET RAMÓN (13) distingue brillantemente entre Derecho interno y Derecho externo de la familia. «No hay duda—dice el autor—que la familia vive un Derecho propio suyo, que en derredor de esa entidad social se agrupan una porción de derechos de que la familia es sujeto o que ejecutan los miembros en cuanto tales. Y por encima de esas relaciones flota su norma propia y su regla de la que aquellos derechos no son más que emanación o manifestación»... «Surge la cuestión de si abdica por completo el Estado de su inalienable prerrogativa de soberanía, como órgano supremo del Derecho, y deja a las familias pleno e intacto su círculo jurídico, o si entra allí también para dictar sus leyes y normas obli-injerencia».

La solución de tal dilema es la distinción antes apuntada: el Derecho interno, «el que la familia vive, concibe y practica sin intervención extraña; el externo, el que dándose también en las relaciones interiores o exteriores de la familia marca la intervención de extraño poder o ajena ingerencia».

La misión del Estado, en cuanto a Derecho interno de la familia, «es reconocer toda esta esfera autárquica en que se mueve la familia. Pero, en cambio, en esas mismas relaciones habrá de cuidar y garantizar y protegerlo en las transgresiones y por otra parte, tendrá que condicionar su efectividad en el exterior para que no sean negadas por nadie».

Dos observaciones respecto de la teoría del profesor Bonat, por lo demás fundamentalmente exacta. Primera, que hay que distinguir la esfera del Derecho interno de la familia, del no Derecho familiar. Conceptualmente es fácil la distinción, pues mientras el primero lo constituyen las reglas jurídicas autónomas que vinculan a los miembros de la familia entre sí y con el grupo familiar, la esfera del no Derecho es el vacío jurídico, entregado a reglas no coactivas (de etiqueta, usos sociales, normas éticas o religiosas-matrimonio canónico en los regímenes matrimoniales de matrimonio civil obligatorio). Ciertas prácticas familiares—las personas con las que los padres permiten casar a los hijos, verbi gracia—suelen emigrar del no Derecho, de la simple coacción moral, consejo, acto singularizado, a la costumbre familiar. Un estudio sociológico de

(13) *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs 16 y 17.

las familias de la nobleza permitiría apreciar la existencia de tales leyes no escritas, que tienden a convertirse en Derecho interno familiar.

Sin que ello prejuzgue la tesis antes expuesta sobre la prioridad cronológica del Derecho sobre el no Derecho, no cabe duda que históricamente una de las fuentes del Derecho familiar debió ser la conversión del no Derecho en Derecho.

De costumbres extrajurídicas—verbi gracia, constituir un mayorazgo—que se exteriorizaban mediante actos jurídicos singulares—contrato, testamento, capítulos matrimoniales, etc.—sin que nadie obligara a los padres a vincular los bienes en provecho del varón de mayor edad, se pasó a una regla, consuetudinaria de las familias hidalgas castellanas, que la consideraban como jurídicamente vinculante.

Finalmente, la regla interna familiar pasó a ser Derecho Familiar externo: juzgó el legislador de Toro que convenía a la paz de las familias dictar reglas coactivas que dirimieran las contiendas que se suscitaban en la sucesión de los bienes amayorazgados.

El estudio de las reglas internas de la familia obligaría a una interpretación historicista de nuestro Derecho Familiar que ni siquiera está esbozada por nuestros investigadores.

Otra observación importante a la tesis de BONET RAMÓN es que el Estado—en nuestro ordenamiento jurídico—o el poder público o los centros decisores o políticos que se atribuyen el poder supremo en cada ordenamiento, deben fijar límites a la autonomía de la familia. Es imposible que la familia sea absolutamente autónoma, y se dicte sin ninguna traba la ley que más convenga a la peculiar filosofía de sus miembros. Es obvio, pues el orden público español lo impide, que no cabe un matrimonio polígamo o a prueba, o «en arriendo», o con pacto de impedir la concepción, o de separarse a capricho, o una familia en que no se admita ninguna potestad a los padres sobre los hijos menores, etc.

Pero es menos obvia la ilegalidad del pacto de educar a los hijos en el odio o lucha de clases, o en el elitismo absoluto (14) o de no acudir a los remedios de la ciencia médica en el cuidado de los hijos enfermos (15), o de no seguir en la educación de los mismos las pautas mínimas de escolarización que impone la ley.

(14) AMANDO DE MIGUEL, en *España, marca registrada*, Editorial Kairós, Sociedad Anónima, Barcelona, 1972, págs. 121 y 122, transcribe las páginas de un llamado *Manual de educación cristiana* en que se leen cosas como éstas, verdaderamente reglas de etiqueta familiar, tendentes a convertirse en reglas internas de las relaciones amo-criado de la España de los años 20 de este siglo: «Jamás usaré de franqueza con los criados. Entre el hijo y el criado debe mediar una respetable distancia.. El joven que a ciegas se confía a un criado no hace más que empezar a bajar la escalera del crimen...» (!!).

(15) La jurisprudencia francesa ha condenado por malos tratos a los padres miembros de extrañas sectas que confiaban los hijos enfermos a un curandero.

La delimitación de la autonomía familiar debe realizarse con la debida cautela.

El Estado no debe negar el legítimo pluralismo de las reglas internas familiares: siempre que éstas permitan el despliegue de las personalidades de los miembros de la familia en el seno del orden público, esto es, la convicción moral dominante y progresiva de la comunidad, deberá acatarlas, respetarlas y sancionar su inviolabilidad. Pero donde el plan de la sociedad y la convicción dominante, la opinión jurídica de la mayoría entendida en un sentido progresivo, evolutivo rechacen los pactos del Derecho interno familiar, será legítima la intervención del Estado, «ayudando, supliendo o corrigiendo» las reglas de dicho Derecho interno.

¿Cuáles son las fuentes del Derecho interno familiar? Reconocida la legitimidad del concepto por la Filosofía jurídica, que declara prioritario el orden público del país donde radique la familia, urge estudiar las posibles fuentes de tal Derecho. Pero es aquí donde de nuevo hemos de apelar a la Sociología jurídica.

En efecto, la respuesta de la dogmática jurídica es muy simple: no cabe Derecho interno familiar, con el carácter de fuente del Derecho. No hay más Derecho positivo que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho: el Derecho interno familiar no es ninguna de tales figuras jurídicas, luego no cabe hablar sino de Derecho paccionado familiar, o de costumbre familiar individualizada.

Pero respecto de esta última, nuestro Derecho sólo admite la costumbre del lugar, no la costumbre de un grupo social individualizado de ese lugar como por definición es la familia. El pacto familiar—verbi gracia, las capitulaciones matrimoniales en las regiones de Derecho Civil especial—no tiene eficacia jurídica organizadora, luego no puede ser fuente de Derecho interno familiar. En tanto será Derecho tal pacto, en cuanto el Estado reconozca su validez al establecer que los contratos «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.091 C. c.). Las reglas del Derecho interno familiar tienen un carácter vicario, en cuanto nacen de un pacto—expreso o tácito—que es reconocido por la ley del Estado.

No es admisible tampoco la *potestas statuendi* de un grupo familiar, como a fines del siglo XIX defendió GIERKE para las familias de la alta nobleza alemana (16).

Tal teoría demoledora del Derecho interno familiar es filosóficamente errada, plantea un seudoproblema al tener presentes sólo las fuentes de origen de la norma suprema de la comunidad jurídica moderna, despre-

(16) FEDERICO DE CASTRO en *Derecho Civil de España*, tomo I, vol. I, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1949, págs. 338.

ciando la existencia de normas de inferior categoría—vinculantes para los miembros de los grupos infraestatales—y propende a destruir la familia, pues consagra un absoluto totalitarismo estatal, que asfixia toda posibilidad de reglas jurídicas privativas de los grupos sociales infraestatales. O lo que es peor, permite que sean las «familias cerradas» (17) las que dicten las pautas de vida de la familia, e influyan en las restantes para que tales pautas se difundan en la sociedad. El resultado de tal práctica, unido quizá a una política familiar de signo clientelista—promocionar aquellas familias que constituyan la base sociológica del grupo dominante del poder político, olvidando a las restantes—, puede dar lugar a una exacerbación de la estratificación elitista de la sociedad.

Sólo una recta autonomía familiar, enmarcada en el ámbito de un genuino Estado de Derecho (18), puede ser factor de auténtica promoción de las singulares familias que integran el cuerpo social. Autonomía que no excluye, sino presupone, la existencia de una política familiar, sin que sean de admitir las opiniones de algunos conservadores que consideran que la existencia de tal política pueda constituir una mengua de la autonomía familiar. Tal mengua es inconcebible si el Estado de Derecho funciona adecuadamente: el análisis sociológico de la realidad familiar niega tal control totalitario de la vida familiar por el Estado de bienestar.

Además, para el sociólogo del Derecho, tales consideraciones dogmático-jurídicas carecen de trascendencia, pertenecen a otro orden de consideraciones del que es habitual a su orbe mental. «Todo grupo de alguna consistencia puede darse—y a menudo se da—normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para adquirir el alcance de verdaderas normas jurídicas...» (19). «Cuando en el seno de una sociedad global una agrupación se da normas diferentes de las observadas comúnmente y cuando estas normas se aplican sin oposición por parte de los interesados, nos encontramos en presencia de normas jurídicas que permanecen a menudo en estado latente o aun clandestino,

(17) «... Como toda sociedad cerrada, la familia tiene sus tentaciones propias, de forma que el imperialismo familiar—que a menudo no es más que un egoísmo colectivo y que es la principal tentación de la familia numerosa—supone peligros para la ciudad misma...» «Una comunidad abierta a lo Absoluto personaliza al hombre; una sociedad cerrada sobre sí mismo lo deshumaniza... La familia sólo puede desempeñar su oficio si permanece abierta: abierta a lo Absoluto, sin duda, pero también abierta a las otras comunidades...» (JEAN LACROIX: *Fuerza y debilidades de la familia*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1967, páginas 135 y 139).

(18) Para la noción de estado de Derecho—burgués liberal, social y democrático—, véase ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., Madrid, 1969.

(19) LÉVY BRÜHL: *Sociología del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, septiembre de 1971, pág. 13.

pero que otras veces adquirirán gran importancia y serán incorporadas al conjunto del sistema jurídico» (20).

Para ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (21) «la pregunta: ¿Quién hace la ley? ha de trasformarse en esta otra pregunta, compuesta de dos términos distintos. Primero: ¿Hay clases de disposiciones normativas jurídicas que constituyen como diversas modalidades y alcances de la ley? ¿Qué denominaciones más particulares tienen esas disposiciones normativas, según cuál sea el tipo de poder de que procedan?»

«El ordenamiento jurídico está expresado en «leyes». Estas son de muy variado origen, pues son múltiples los centros de organización del poder que existen simultáneamente en una sociedad determinada. Ahora bien: «ley» en sentido estricto, será algo así como «ley de leyes», la ley del poder supremo de la organización estatal, una «superley». Actualmente decimos que esta «ley» es la procedente del poder legislativo del Estado. Pero esto sólo es cierto ahora y actualmente. Por ello todas las manifestaciones de un poder legislador, de nivel actualmente subordinado, nos merecen tanta atención como las del poder legislativo estatal. Pues si ésta ha prevalecido al llegar al momento actual del desarrollo social, otras han prevalecido en otros momentos, y otras nuevas o renovadas podrán prevalecer en el futuro.»

Sigue afirmando dicho autor que el ordenamiento jurídico actual está fraguado bajo la preeminencia de las normas estatales, las cuales fijan a veces el ámbito de aplicación de las restantes y a veces afirman o niegan la cualidad jurídica de las mismas. El ordenamiento positivo no es más que la expresión momentánea que refleja el punto actual de equilibrio de los poderes sociales. Puede muy bien suceder que la positividad futura será una positividad de una organización supraestatal de tipo federal, implicando un descenso correlativo de la hegemonía de cada Estado particular, en cuyo seno los actuales centros de poder actualmente minimizados y casi estrangulados por el centralismo, absorbente en la intención, pero casi inoperante en la ejecución, resurgirán de sus propias cenizas, y volverán a mostrar en forma renovada y renovadora muchas aportaciones jurídicas, orgullo en otro tiempo de las Corporaciones, de las Diputaciones, de los Ayuntamientos...

La simplificación pseudocientífica del jurista positivo cuando piensa que sólo importan ciertas manifestaciones de la legalidad jurídica, puede ser un expediente cómodo para sus actuaciones ante los Tribunales, y sólo si éstos se hallan excesivamente sometidos a las organizaciones gubernativas. Siendo así que tal sistema judicial no es ni tan seguro, tan

(20) *Ob. cit.*, pág. 15.

(21) *Ob. cit.*, pág. 90.

bueno o duradero como creen los que no han reflexionado sobre el asunto, más vale que preveamos un horizonte plenario de positividad capaz de abarcar todas las futuras evoluciones de la positividad actual y sin olvidar tampoco a ésta.»

Para el autor, «El Derecho mira a la familia como una entidad autónoma... El ordenamiento jurídico no ordena interiormente la vida familiar, sino que, cuando la familia está desordenada y funciona desordenadamente, viene desde fuera el Derecho a imponer una serie de derechos y deberes, que traten de solucionar el problema aplicando a los afectados una serie de normas que tienden a asegurar el núcleo esencial de las finalidades objetivas del grupo familiar: el bien de la prole... pero sin inmiscuirse arbitrariamente cuando las cosas marchan ya adecuadamente... La familia es autónoma y crea sus propias normas de funcionamiento» (22).

Creo que la argumentación de SÁNCHEZ DE LA TORRE es certera y pone al descubierto todas las contradicciones internas del positivismo dogmático jurídico que se abstiene de reconocer la recta autonomía familiar. Que la familia crea Derecho en su funcionamiento interno, es indudable. Y está mal planteado el problema de su jerarquía, en relación con la legislación estatal: allí donde el orden público familiar no lo exija, el Derecho interno que crea la familia es preferente al estatal.

Otra cuestión distinta, que en parte deriva de la concepción que se tenga del puesto de la familia en relación con el Estado, es cuáles sean los límites del orden público familiar.

Creo que las modernas concepciones de libertad civil de los ciudadanos y pluralismo de los organismos y cuerpos intermedios de la sociedad, deben inducirnos a ser cautos y no crear una presunción de ser imperativas las normas externas de Derecho de Familia. El carácter imperativo o no de dichas normas dimanará del carácter organizativo primario de que haya querido dotarles el Estado. Salvado el *minimum ético* que deba ser tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico general—obligaciones de fidelidad, convivencia y mutuo auxilio de los esposos, obligaciones de asistencia y educación de los padres hacia los hijos menores, obligaciones de los parientes hacia los alimentistas, verbí gracia—la libertad civil y la autonomía de la familia deben primar sobre las normas del Estado.

¿Quién dicta la norma interna en el seno de la familia? Porque la expresión «normas internas de la familia» encubre la realidad de que la familia no es una persona moral a la que puedan atribuirse tales reglas jurídicas, sino un conjunto de personas naturales que no ostenta personalidad jurídica. Decir norma autónoma de la familia es decir norma

(22) *Ob. cit.*, págs. 59 y 60.

impuesta por ciertos miembros de la misma, a los que el ordenamiento jurídico, en cada época, confiere el mando en la esfera familiar de que se trate.

Con lo dicho, queda prejuzgada la cuestión. El ordenamiento jurídico, en cada caso, atribuye a unos u otros miembros la facultad de dictar tales reglas autónomas.

En los Derechos primitivos, de contextura patriarcal, es al patriarca, al jefe de la familia—*pater familias*—, a quien compete el mando absoluto, despótico, de la vida familiar (*manus Munt*). El ordenamiento jurídico reconoce tal potestad patriarcal, y remite la ordenación familiar a su libre arbitrio. No obstante, al menos en Roma, era preciso para resolver los casos más graves que se presentaban en la vida de la familia, convocar el consejo de parientes, en el que tenían cabida los parientes cognaticios o de sangre de la persona afectada (verbi gracia, para imponer castigos graves a la mujer casada *in manu*, debía convocarse tal consejo).

Posteriormente, el matrimonio *sine manu* funcionó bajo la regla del libre acuerdo de los esposos, si bien la patria potestad sobre los hijos habidos de dicha unión se atribuyó en exclusiva al esposo.

En la familia nuclear moderna, de corte patriarcal individualista (la regida por el Code Civil francés de 1804 y por la familia de Códigos que de él derivan), es al jefe de familia, al que deben obediencia mujer e hijos no emancipados, a quien compete dictar tales normas internas y regir la vida de la familia.

Las modernas tendencias igualitarias—vigentes en las legislaciones de toda Europa, occidental o socialista, con la excepción de Luxemburgo, Portugal, España e Italia—establecen el principio diárquico para el régimen de la familia y la educación y representación de los hijos: marido y mujer deben actuar de mutuo acuerdo, y en defecto de tal acuerdo, decide el juez, a petición de cualquiera de los esposos.

Creo que el final de la evolución jurídica será—en un futuro no demasiado alejado—que los hijos aún no emancipados, dotados de suficiente juicio y desarrollo, tendrán una participación en las decisiones de sus padres, sobre todo aquellas que les afecten personalmente, y eventualmente podrán vetarlas.

Lo que la Sociología jurídica advierte ya—una dulcificación de la patria potestad, una coparticipación fáctica de todos los miembros de la familia en las graves decisiones de los padres—, el Derecho interno familiar lo consagrará en no muchos decenios, dada la aceleración del ritmo de la historia, el imparable cambio social e ideológico de la sociedad de la revolución científico técnica de nuestras décadas.

Cuáles sean los límites de tal coparticipación y veto de decisiones,

y eventuales recursos judiciales que competen a los singulares miembros de la familia frente a la voluntad de los demás, de qué manera puedan articularse estas consideraciones con la conservación en la familia de un mínimo de autoridad, esencial para su recto funcionamiento, es un difícilísimo tema en que los esfuerzos mancomunados de sociólogos, juristas dogmáticos y filósofos del Derecho deberán dar la medida de su formación y vocación jurídica.

Porque el problema está ahí, y de nada sirve reforzar la autoridad paterna—siquiera con la complicidad de la madre, tardíamente ganada para la causa de la familia patriarcal autoritaria—. Es imposible emancipar a la mujer y hacerla copartícipe de las decisiones familiares, sin emancipar a los hijos que tengan suficiente discernimiento. La democratización de todas las relaciones familiares es, a largo plazo, imparable e indivisibles sus efectos.

CLASES DE REGLAS JURIDICAS INTERNAS DE LA FAMILIA

El fundamento de la necesaria autonomía de la familia para establecer sus propias reglas jurídicas se basa en los propios fines de la institución en la sociedad procrear, educar y socializar a los hijos: satisfacer las necesidades afectivas de todos sus miembros, y las sexuales de los originadores del grupo. Los fines de éste—funciones, en términos sociológicos—fundamentan que el Derecho estatal deba retroceder ante la familia bien ordenada y reconocer el ámbito de su autonomía.

Para SÁNCHEZ DE LA TORRE, «estos dos principios, el del ámbito autónomo de la familia, constituida y constituyente de reglas internas y el principio de libre determinación de los individuos para constituir un nuevo grupo familiar conforme a sentimientos, perspectivas y proyectos existenciales propios, aunque compartidos en el seno de la vinculación sexual y paterno filial, son los dos polos explicativos de la distinta configuración interna que puede alcanzar el grupo familiar. Unas reglas proceden de la propia finalidad del grupo (reglas de la familia en cuanto institución). Otras surgen en la concreta determinación de sus componentes (reglas de la familia en cuanto contrato). Esta doble tensión, que responde a sendos focos de influencia social, como son el grupo social y las personas individuos, explican las diversas evoluciones que consigo lleva la institución del matrimonio (indisolubilidad o litud del divorcio, patria potestad unilateral o conjunta de ambos cónyuges)» (23).

(23) *Ob. cit.*, pág. 112.

Lo que para el jurista dogmático, ajeno a consideraciones de sociología familiar resulta un arduo problema—el influjo de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia; la posibilidad del negocio jurídico familiar; el espinoso problema del negocio familiar atípico—, se resuelve por sí solo—o al menos encuentra una buena base de solución—a la luz de la fecunda distinción entre Derecho interno y Derecho externo de la familia.

Es obvio que si el Derecho externo de la familia sólo regula las grandes líneas de aquel *mínimum* ético que ha de presidir las relaciones familiares, si pretende salvar de la desunión, del conflicto, del desamor a los miembros de la familia con unas normas que nunca serán tan cálidas como las internas de la familia, su regulación presentará cierta dificultad para la derogación.

Sin embargo, el Derecho interno familiar es infinitamente más dúctil que el externo a la acción de las voluntades de sus miembros. La ley del amor está mucho más cerca de tales reglas, que aun siendo jurídicas, y por tanto distintas del no derecho familiar—amor, ética, amistad, costumbres, religión—están todavía más empapadas de ética que los fríos preceptos de los Códigos Civiles. Por eso cabe que los miembros de la familia pacten entre sí lo más conveniente a sus intereses.

En ocasiones tal pacto será un simple «pacto entre caballeros», expresión de esas relaciones afectivas, amistosas entre los miembros de la familia. Difícilmente entrarán tales pactos en el campo jurídico: los servicios laborales teñidos de contenido familiar, en principio están excluidos del campo del Derecho del trabajo. En principio, y cuando la legislación no está demasiado atenta al nacimiento de los problemas sociológicos modernos. Sin embargo tales servicios o prestaciones laborales que redundan en beneficio de una explotación familiar, han tenido que ser regulados en Francia bajo la forma del llamado «contrato de trabajo con salario diferido» (24).

Prácticamente, igual presta servicios de asistencia a sus padres ancianos que lo hace sin contrato ni contraprestación alguna, como quien concierta un contrato de asistencia remunerada—cesión de bienes en nuda o en plena propiedad, cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos—. Pensar que tal relación de asistencia estipulada contractualmente, deja de ser «no Derecho» familiar y pasa a ser un contrato más

(24) Un Decreto-ley de 29 de julio de 1939 establece que «los descendientes de un empresario agrícola de más de dieciocho años de edad que participan directa y efectivamente en la explotación, sin estar asociados en los beneficios y en las pérdidas y que no reciben salario en dinero en contrapartida de su colaboración, son reputados legalmente beneficiarios de un contrato de trabajo con salario diferido». Tal crédito se hace efectivo al abrirse la sucesión del empresario familiar.

de Derecho Patrimonial, que pierde toda relación con el Derecho de Familia, creo que es operar con una mente dogmática que desconoce la naturaleza de las cosas.

Los principios del Derecho Familiar—otro problema será el determinar la especificidad o no de tales principios en el seno del Derecho Civil general—, deben inspirar multitud de atribuciones patrimoniales teñidas de un móvil familiar que de otro modo serían regulados exclusivamente por el Derecho Patrimonial puro (25).

El móvil causalizado en tales casos es una consideración de carácter familiar que desvía la atribución patria normal del cuadro típico de reglas del Derecho Patrimonial.

Pero—se objetará—que si bien la regla familiar interna tiene su aplicación en el campo del Derecho patrimonial familiar, no así en las relaciones personales de los cónyuges y de los padres e hijos, en los que rige inviolablemente la ley del Estado.

¡Peligrosa ilusión, característica de la mente de un jurista dogmático! La autonomía familiar, como el agua en una cesta, se filtra a través de las mallas de la legalidad estatal. El problema para el legislador familiar no es que ésta o aquella familia «legisle» por su cuenta y derogue, mal que le pese al Estado, mezclando no Derecho y reglas internas, instituciones fundamentales de la relación familiar. El problema existe cuando todas o la mayoría fundamental, progresiva de las familias de la sociedad, adopten un determinado talante y decidan darse—derogando tácitamente las reglas estatales que le son adversas, desacatando la regla de la potestad marital o de la patria potestad unilateral del varón—un nuevo Derecho más humano, más conforme con las funciones modernas de la familia (26).

(25) Cuando se ha pactado una pensión de alimentos convencionales, parece que no debe aplicarse la regla del artículo 147—aumento de la pensión en función de las necesidades del alimentista—, que sólo se aplica a los alimentos propiamente legales. Sin embargo, el matiz familiar que tiñe el pacto y la consideración de que, en definitiva, el mismo sólo se limita a concretar en un momento histórico determinado el nivel de vida del alimentista, pero sin hipotecar su futuro, impiden la aplicación rigurosa del *pacta sunt servanda* y la congelación de la capacidad adquisitiva del alimentista. Una participación en el nivel creciente de vida del obligado a prestar alimentos parece, pues, justa y necesaria—prescindiendo de la necesaria revalorización monetaria de la pensión, que es problema aparte.

El móvil familiar, el «regocijo familiar», hace lícita la donación entre cónyuges que de otro modo sería ilícita (art. 1.334).

La atribución patrimonial realizada a un hijo varón al tiempo de contraer matrimonio, por creer erróneamente el padre que estaba obligado a dotarlo, no es repetible, pese al error sufrido, pues es honesto y acostumbrado que se realice tal atribución: el hijo puede aducir la «justa causa»—norma interna de todas las familias—de que habla el artículo 1.901.

(26) 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 en el seno de la

No cabe duda que la costumbre contraria a la ley estatal ha empezado primero por ser una regla de no Derecho familiar: las familias felices no hacen uso del Derecho. Luego por un proceso de interiorización, la familia moderna ha juzgado que las reglas que en el campo del Derecho familiar le estorbaban, debían ser desechadas y sustituidas por otras más humanas.

Nos guste o no, la realidad es que la costumbre en contrario o el desuso, pese al Código civil (art. 5.º), destruye el plan orgánico del Estado —el antiguo plan— y reconstruye un edificio de perfiles más humanos, más adecuados a las nuevas funciones familiares.

«Se acata, pero no se cumple», la vieja norma. Labor del sociólogo es constatar qué normas del viejo plan del Estado han caído en desuso y cuáles conservan su vigencia. Siguen vigentes la ordenación del matrimonio, sus impedimentos, su forma y publicidad, la relación de protección del padre respecto al hijo, pero no la autoridad despótica; la convivencia, fidelidad y socorro entre los cónyuges—artículo 56—pero no la potestad marital—artículo 57—; los alimentos entre parientes, siquiera muy limitados en cuanto a los tutores de los mismos; la noción de que hay que proteger al huérfano de la familia, pero no constituir la tutela a menos que haya bienes o lo exija la seguridad social. Sufre profundas modificaciones la dote obligatoria. Ninguna hija bien nacida exige al padre «la mitad de la legítima rigurosa presunta», en concepto de dote obligatoria ni lleva al juzgado al padre para reclamarla, y sin embargo cree exigir un derecho, y el padre cumplir un deber al reclamar algún dinero para la entrada del piso o el ajuar de la boda: al aceptar lo que es fruto de un acomodo, de un regateo familiar, el padre y la hija están creando una norma interna paccionada, no limitándose a establecer una simple relación obligatoria de donación que luego se transmutará en anticipo de legítima y colación (artículo 1.033 C. c.) en la partición hereditaria. El Derecho del Estado poco o nada tiene aquí que ver: la motivación familiar lo empapa todo, y las *mores* influyen decisivamente en la atribución patrimonial.

La regla familiar precedente dictada para casos anteriores, ha sido recogida por el legislador extranjero, como auténtico *pattern* o modelo de conducta, que ha de ser tenido en cuenta por el juez que resuelve un conflicto familiar. Así, el artículo 372 del Code Civil francés, según la redacción dada por la Ley de 4 de junio de 1970, establece que durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad. Y

familia están experimentando una considerable evolución (SALUSTIANO DEL CAMPO URBANO: *El reto del cambio social en España*, epílogo a la obra colectiva dirigida por MANUEL FRAGA IRIARNE, VELARDE FUENTES y el mismo DEL CAMPO URBANO: *La España de los años 70*, tomo I, *La sociedad*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1972, pág. 980).

el 372,1, «si el padre y la madre no llegan a ponerse de acuerdo sobre lo que exija el interés del hijo, quedarán obligados a la práctica que hubieran seguido en ocasiones semejantes».

La concepción democrática de la familia y la superación de la vieja concepción privilegiada de la dote obligatoria, permiten que los hijos puedan reclamar a los padres una dotación similar a la de las hijas, o que en todo caso, no se traigan o colación los gastos de la carrera de los hijos, compensados por la dote o ajuar de boda de aquéllas.

USOS SOCIALES FAMILIARES Y SU CONVERSION EN COSTUMBRE JURIDICA: EL DESUSO Y LA NORMA DE DERECHO DE FAMILIA

La existencia de usos sociales familiares y su distinción de las costumbres propiamente jurídicas es uno de los problemas—y no el menor—que tiene planteado la Sociología jurídica y la Teoría General del Derecho.

Aparentemente, la distinción es simple: «Las reglas de trato social tienen la pretensión de normas, es decir, pretenden validez normativa, constituyen mandatos para sus sujetos. Además, el incumplimiento de las reglas del trato social desencadena una sanción de reprobación social, o de exclusión de un determinado círculo colectivo, sanción que puede resultar gravísima para el sujeto... Ahora bien, esa sanción por el incumplimiento de las reglas de trato social es sólo expresiva de una censura... pero no es jamás la imposición forzada de la observancia de la norma... La sanción jurídica como ejecución forzada de la conducta prescrita—lo cual constituye la forma primaria y normal de la inexorabilidad del Derecho—es una nota esencial de lo jurídico, y por el contrario la ausencia de esa forma de sanción consistente en forzar al cumplimiento, es lo que caracteriza esencialmente a las reglas de trato social, como diferencia de éstas frente a las jurídicas» (27).

No cabe duda que históricamente, lo que fueron reglas de trato familiar, usos sociales familiares, han pasado en muchos casos a convertirse en costumbres jurídicamente vinculantes, cuando la convicción social consideró coactivo el mandato normativo meramente social, no jurídico. Sin embargo, la distinción en la práctica adolece de imprecisión: porque como antes apunté y luego expondré con más detalle, múltiples regulaciones estatales de la familia ven socavada su eficacia por el desuso, la costumbre o la práctica en contrario; porque el uso modaliza muchos

(27) RECASENS SICHES: *Tratado general de filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, págs. 208 y 209.

actos jurídicos familiares (regalos de costumbre, art. 1.041, regalos de boda, art. 1.044); porque el uso es cambiante, evolutivo: lo que al principio fue práctica de esta familia o este grupo de familias, pasa luego a ser uso general, escasamente distinto de la costumbre jurídica y quizá más tarde es un uso residual, casi una reliquia jurídica (28).

Hacer una recopilación de los usos sociales familiares sería tanto como traer a colación la mayor parte de las pautas del comportamiento familiar que estudian los tratados de Sociología familiar, y exponer la peculiar posición ante la vida de los diversos tipos o modelos de familia campesina autónoma, rural proletaria y urbana industrial que pueden apreciarse en nuestra patria (29).

Creo que del mismo modo que la Ética familiar presenta en el mundo en cambio variedad de códigos de conducta que demuestran la existencia de un pluralismo en esta materia, las pautas de vida familiar no pueden reconducirse a un modelo único, ni ser inmunes al cambio social.

CARBONNIER (30), por el contrario, afirma que «en la construcción de todo modelo familiar, una parte está trazada ante todo por la naturaleza—un conjunto de datos biológicos fijos—. Sobre estos datos, los descubrimientos de la biología en nuestra época no han tenido consecuencias demolidoras... En total, el esquema ha variado poco desde el Derecho Romano: *coire, gignere*, entre nacer y morir (sobre todo morir). Este orden que parece eterno, y que dura tanto más cuanto parece eterno, confiere su profundidad, su continuidad, a la institución, a despecho de todas las modificaciones posibles en la superestructura.

Pero incluso es preciso que estas modificaciones hayan tenido lugar. De esta inercia persistente de las costumbres familiares, y en segundo grado, del Derecho de Familia, buscaremos la causa principal en los interesados mismos, en el rechazo, inconsciente, o quizá deliberado, que oponen al cambio. Ocurre como si la familia fuera el teatro de uno de estos fenómenos de contramodernidad, de retorno a una vida primitiva más o menos idealizada, que se señala en las sociedades industrializadas frente a las mutaciones... El hombre moderno acepta de buen grado abandonar al cambio su vida profesional o su parte de vida colectiva, pero

(28) La evolución histórica de los esponsales creo ilustra lo dicho: de ser una costumbre singular pasó a ser casi un uso generalizado, integrado de modo en ocasiones obligatorio en la forma—canónica o germánica—del matrimonio. En la actualidad han caído prácticamente en desuso.

(29) Sobre las funciones sociales y psicológicas, posiciones y papeles familiares y los problemas, conflictos y cambios de los tres esquemas familiares enunciados, véase DEMETRIO CASADO: *¿Hacia dónde va la familia española?*, en el número 4 (octubre-diciembre de 1971) de la «Revista Documentación Social», páginas 7 y sigs.

(30) *Flexible Droit.*, citado, pág. 141.

pide a su vida familiar conservar un oasis fuera del tiempo, un paraíso perdido y reencontrado».

Creo que el ilustre profesor hace demasiadas afirmaciones en los párrafos transcritos y conviene detenerse un poco a desentrañar la más importantes.

Si tomamos en consideración únicamente el aspecto biológico de la familia—la función de procrear y socializar a los hijos—no cabe duda de que el cambio social y consiguiente cambio de las costumbres familiares no ha podido ser sino muy limitado. La infraestructura biológica y psicológica de la familia—en cuanto creadora de la *urdimbre* o trama vital de sus nuevos miembros—no ha variado esencialmente, pese a todos los fenómenos de modernidad. La ideología del regreso a la familia como a un paraíso perdido y recobrado, típicamente conservadora, encubre la afeción de CARBONNIER por tal tipo de familia.

Pero si de las grandes síntesis históricas, de los grandes rasgos de la evolución familiar en su estructura naturalística—un hombre, una mujer, un niño, como puros datos biológicos—pasamos a la supraestructura de las relaciones familiares—los diversos papeles que desempeñan las personas en la familia, las diversas personas que se entiende integran una familia, el menor número de hijos que estadísticamente conviven hoy en un hogar—, y desde dicha supraestructura social examinamos las costumbres y el Derecho de Familia, el fenómeno de contramodernidad de las *mores* familiares que puede ser nostalgia de algunos—o muchos—miembros de la sociedad, se localiza y se contempla en sus reducidas dimensiones casi folklóricas.

Poco importa que se anhele la familia extensa cuando con los hechos sociales se la expulsa definitivamente del panorama histórico inmediato—ignoramos lo que ocurrirá en el año 2050: es posible que renazca la familia extensa y se cierre un ciclo histórico completo, de retorno a los orígenes familiares. Pero por supuesto, con rasgos muy diversos a los de la familia extensa tradicional.

El retorno a la vida primitiva, a la vida familiar primitiva típico de las modernas comunas familiares, no significa una vuelta a la familia autoritaria del pasado inmediato—nuclear y a la par autoritaria del siglo XIX—ni a la patriarcal extensa del pasado más remoto—siglo XVI y anteriores. Significa la reviviscencia de las utopías de Platón, de Tomás Moro, de los falansterios de los socialistas utópicos. La familia burguesa decimonónica autoritaria y paternalista en modo alguno ha servido de pauta para tal retorno.

La filosofía de los nuevos usos familiares está impregnada de democracia: igualación de los esposos entre sí y de los padres e hijos; padres

compañeros de juegos de los hijos; concepto del padre como un amigo del hijo; camaradería entre los hermanos (31). Las viejas reglas de etiqueta familiar se reducen al mínimo, cuando en otras épocas históricas tuvieron una importancia trascendental. La amistad, el juego y la moral del ocio, ocupan o tienden a ocupar buena parte del «no Derecho familiar», de esa zona idílica en que el Derecho permanece en silencio.

De la norma ética y la norma jurídicosfamiliar trato en otra parte de este estudio.

¿Es admisible el desuso y la costumbre *contra legem* en Derecho de Familia? Si examinamos las dogmáticas fuentes de nuestro Derecho positivo, es evidente que el artículo 5.º del C. C. impondría una solución negativa. Sin embargo, del hilo de las consideraciones que he expuesto anteriormente, haré alusión a la opinión de diversos autores que otorgan un rango importantísimo a tales instituciones en el campo del Derecho de Familia.

Frente al rigor dogmático de los Derechos codificados que imponen una total proscripción al desuso, a la costumbre *contra legem* o a la práctica contraria a la ley, hay que hacer resaltar que la importancia de los mismos en el ámbito familiar es inmensa.

En el campo del no Derecho Familiar, el cambio de las *mores* familiares, el distinto papel de los miembros de la familia en los diversos momentos históricos, hacen que la adaptación de la institución familiar al

(31) Sobre la innegable democratización de las costumbres familiares, con la secuela de la debilitación de la posición autoritaria del padre esposo, tendencia hacia la igualación de la mujer con el varón y de autonomía de los hijos, deben tenerse en cuenta las esclarecedoras palabras de DEMETRIO CASADO, *ob. cit.*, página 22: «La posición del padre tiende a debilitarse: no tiene ninguno de los soportes materiales y culturales de dominio que se daban en la familia rural o en la familia tradicional en general; no es el jefe de la empresa familiar, su experiencia puede verse contrarrestada por la mayor formación y actualidad cultural de los hijos, el igualitarismo socava las bases del paternalismo, etc.; por ello, cuando pretende adoptar el papel autoritario tradicional, es normal que encuentre resistencias.

La posición de la esposa se ve favorecida por el movimiento igualitarista, lo cual supone una tendencia de la pareja hacia relaciones no jerárquicas, sino de compañerismo, debe notarse que, en muchos casos, el movimiento de emancipación de la mujer le conduce a una trampa consistente en soportar simultáneamente los deberes de esposa y madre tradicional y los de mujer activa fuera del hogar.

Los hijos tienen una posición subordinada, pero la base estructural de la misma es mucho más débil que en la familia tradicional, ya que su dependencia real de la familia es limitada y temporal: acaba con su capacitación, e incluso antes. La evolución de su *status* se caracteriza por el progresivo predominio de los derechos sobre los deberes y éstos son predominantemente formales.»

Sobre la vinculación familiar y la amistad—amistad entre esposos, padres e hijos y hermanos—, véanse las breves y profundas páginas de LAÍN ENTRALGO, *Sobre la amistad*, Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, págs. 355-357.

cambio sea gradual, y flexible, y que, salvo casos de crisis histórica, no produzca conflictos o crisis importantes.

Las reglas jurídicas internas de la familia, íntimamente saturadas de no Derecho, de ética, religión, costumbres, normas de etiqueta, etc., tampoco es preciso decir que se ven afectadas por el cambio social.

En la doctrina extranjera, los autores reconocen el papel relevante de la costumbre *contra legem* en la evolución del Derecho familiar, sobre todo a partir del rígido Derecho de los Códigos liberales del siglo XIX.

LEVY BRÜHL (32) afirma que «las costumbres no concuerdan a menudo con el Derecho vigente... Son siempre costumbres paralegales, a veces francamente ilegales. Por intermedio suyo nuevas ideas se introducen en la legislación de un país y se crean nuevas instituciones... En cuanto al Derecho de familia, los redactores del Código civil de 1804, concebían el matrimonio como una asociación, es cierto, pero en la cual la mujer está lejos de ser igual al marido, que es el jefe de la comunidad conyugal, no pudiendo la esposa ejecutar la mayor parte de los actos de la vida jurídica sino con su autorización. Además, se considera a la mujer, en ciertos aspectos, como un elemento extraño introducido en la familia, sin integrarla completamente... Es evidente que debía producirse una evolución en su favor en el curso del siglo y medio que nos separa de la redacción del Código Civil y especialmente en el curso de los últimos años. Nuevas leyes y osadas decisiones jurisprudenciales introdujeron en el sistema jurídica francés una concepción mucho más liberal de los derechos de la mujer casada: evolución que había sido expresada en la práctica diaria de la vida... Las innovaciones que acabamos de anotar y que modificaron tan profundamente nuestro sistema jurídico, parecen de origen legislativo o jurisprudencial, mas en realidad, son consuetudinarias, producto de la práctica... cuando corrientemente se dice que casi siempre la ley consagra un estado de hecho, se expresa la misma idea, a saber: que el grupo social ejercitaba ya prácticas semejantes...»

GIORGIANNI (33) afirma que «en cuanto se refiere a la extensión o a la intensidad de los poderes, la intervención del legislador ha sido siempre sobre todo simbólica, en cuanto ha venido determinada sobre todo por la costumbre social.

No se puede afirmar seriamente que la pérdida de algunas facultades del marido, por ejemplo, en orden al control de la correspondencia de la mujer o al ejercicio de la actividad profesional de ésta, haya sido determinado por limitaciones que a la potestad marital hayan sido puestas

(32) *Sociología del Derecho*, cit., pág. 23.

(33) «La disciplina dei rapporti personali nel disegno di legge governativa sulla riforma del diritto di famiglia», en *Aspetti della Riforma del Diritto di Famiglia*, Milán, Giuffrè, 1968, pág. 11.

por la ley. La evolución jurisprudencial constituye al efecto el índice más precioso del cambio de las costumbres sociales».

ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE (34) sostiene que las reglas familiares son evolutivas en función del cambio de la estructura de la familia tradicional extensa a la nuclear moderna, y de la rapidez del cambio del *status* del individuo dentro del medio familiar (niño pequeño, adolescente, adulto casado).

La historia de la institución familiar permite afirmar que el Derecho de la familia cambia a compás de los cambios sociales, éticos, tecnológicos y económicos. Pretender que la familia ha estado siempre ahí; que el Derecho de familia ha sido inmutable; que el papel de las reglas del Derecho interno familiar ha sido siempre el mismo, es una peligrosa ilusión. La costumbre *contra legem*, el desuso, el nacimiento de nuevas costumbres extra-legales—el primer matrimonio que se contrajo contra la prohibición de los padres, no cabe duda que violó una regla familiar, pero sentó las bases de otra diversa—, han existido siempre.

El ritmo del cambio familiar, el influjo de los factores diversos en la estructura de la institución, las consecuencias de uno y otros en el Derecho de la Familia, es lo que ningún historiador del Derecho, que yo sepa, ha estudiado suficientemente. Los sociólogos lo han intentado, pero la Sociología histórica o retrospectiva está en sus comienzos. Todo un sinfín de problemas abiertos a la investigación impiden una conclusión sintética iluminadora. Creo simplemente poder afirmar como hipótesis: que las reglas internas familiares son una primera avanzadilla del que podríamos llamar «Contraderecho de Familia» que suscita, primero, una jurisprudencia y una práctica administrativa más abiertas que la ley en materia familiar (35) y en segundo término, la reforma del Derecho le-

(34) *Ob. cit.*, pág. 113.

(35) CASTÁN TOBEÑAS (*La conducción social y jurídica de la mujer*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1953, pág. 179) afirma: «Aunque nuestras leyes civiles no hayan variado, en lo más esencial, durante estos últimos tiempos, y aunque el movimiento feminista no haya tenido entre nosotros la pujanza que en otros países, no cabe duda que, insensiblemente, las ideas y las costumbres han ido modificando, a través de una evolución progresiva, la situación de la mujer, tanto en la esfera social como en la jurídica... La orientación de que se trata tiene un reflejo en muchas disposiciones modernas, de tipo administrativo o social, que amplían los dominios de la capacidad de la mujer y está además en la actualidad, seguida sin vacilaciones por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ni una ni otra interpretan y aplican los principios del Código civil sobre capacidad de la mujer casada con criterio riguroso. Lejos de ello, tratan de suavizarlos y humanizarlos.»

En materia de corrección paterna—piedra de toque del sentido de la patria potestad—, CASTÁN VÁZQUEZ—*La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 228—afirma que «el texto legal no dice en qué consiste el castigo moderado. En las costumbres se ha evolucionado considerablemente y hoy no se tolerarían castigos que antaño se daban a los hijos. De acuerdo con

gislado familiar, como consecuencia ineludible de esas reglas internas y de esa jurisprudencia.

En tal sentido las reglas internas familiares, el Derecho interno de la familia en muchas ocasiones no sólo no es legal, sino más bien, precursor de la nueva legalidad, augur de los tiempos nuevos y del Derecho estatal nuevo de la familia. El papel del desuso y de la costumbre en contrario es pues trascendental en el Derecho de Familia. El Derecho Interno de la familia en ciertos casos, llena la oquedad que la costumbre ha producido en los flancos, no sólo del propio derecho interno familiar, sino, lo que es más importante, en el Derecho legislado.

¿Cuál es la fuente interna de la dinámica del cambio familiar? Básteme aducir para responder a tal pregunta la opinión de RECASÉNS SICHES y de JULIÁN MARÍAS.

«En la familia—afirma el primero de los citados (36) hallamos la coexistencia simultánea de personas de diversa edad, de personas pertenecientes a diferentes generaciones históricas, a distintos niveles históricos, y esto le da, a la familia aunque en diverso grado, siempre en alguna medida, una especial dinamicidad, así como es, comprensiblemente, el origen de conflictos inevitables—unas veces manifiestos y otras latentes entre padres e hijos—en la familia conyugal contemporánea, y entre abuelos, padres e hijos en la familia extensa del pasado.

Debemos a JULIÁN MARÍAS (Estructura de la Sociedad. Teoría y Método) (37) el haber atraído la atención sobre este punto. Dice: «Aunque parezca increíble, la Sociología, cuando trata de la realidad familiar, pasa obstinadamente por alto su componente histórico: estudia su carácter biológico... económico, jurídico o contractual, pero se olvida de su condición histórica, patente en el hecho, de puro elemental casi inadvertido, de que sus miembros tienen edades distintas, es decir, proceden de diferentes niveles cronológicos, vienen de mundo históricamente diver-

las costumbres y orientaciones actuales, creemos que habrá que reputar como castigos lícitos los azotes leves y encierros que no pongan en peligro la salud del menor, la privación a éste de cosas no necesarias, etc.» No se ha cambiado el texto legal, sino sólo se ha rellenado de contenido moderno el adverbio «moderadamente» del texto legal. Las *mores* familiares que hace ochenta años toleraban, mal que bien, castigos crueles, azotes con látigos o varas—usados hasta hace pocos años en las escuelas inglesas, reducto arcaico de las costumbres victorianas—, o encierros prolongados, hoy no sólo no lo toleran, pero ni siquiera se puede decir que es una simple norma moral la que prohíbe el exceso en el derecho de corrección paterna: es una auténtica regla de derecho interno familiar que se ha dictado a sí misma la familia occidental moderna cuya contravención desencadenaría incluso la intervención del Tribunal tutelar de menores

(36) *Sociología*, Porrúa, S. A., México, 1970, pág. 478.

(37) RECASÉNS SICHES debe circunscribir tal afirmación a España, pues los sociólogos modernos han estudiado el cambio y el conflicto familiar mucho antes que JULIÁN MARÍAS.

sos, de distintas generaciones históricas. Este desnivel, esta simultaneidad en un presente de tiempos distintos, es el motor de la historia y es la condición misma de todas las estructuras, grandes y pequeñas, en que se articula y realiza la vida humana».

Hallar el sentido del cambio de la familia—y consiguientemente del Derecho de Familia—es casi entrar en la polémica filosófica, inacabada e inacabable, sobre el sentido mismo de la Historia del hombre.

LA ETICA Y EL DERECHO DE LA FAMILIA

Es un lugar común afirmar que el Derecho de Familia no se agota con la enumeración de las normas jurídicas, sino que en gran parte se remite en su regulación y disciplina de las relaciones familiares a la Moral, a la Naturaleza. «La materia de cada una de las relaciones familiares—afirma SAVIGNY—(38) es un lazo natural que, como tal, está por encima de la humanidad misma, *ius naturale*. Por esta razón tienen un carácter de necesidad independiente del Derecho positivo, cualquiera que sea la forma bajo la cual nos aparezcan y cualquiera que sea la variedad de formas que revistan entre los diferentes pueblos. Esta relación natural es a la vez, y necesariamente para el hombre, una relación moral, y cuando viene, por último, a unírsele la forma jurídica, reúne la familia tres elementos inseparables, a saber: el elemento natural, el moral y el legal. De ahí resulta que las relaciones de familia sólo bajo un aspecto pertenecen al derecho positivo, y aun puede decirse que en él se comprende la menor parte, pues la más importante pertenece a un dominio muy distinto del jurídico.»

Se ha afirmado hasta la saciedad que la norma familiar presupone la norma moral, que a veces el Derecho se limita a apropiarse de preceptos morales y dotarlos de sanción jurídica (deber de respeto de los hijos hacia los padres, deber de fidelidad, de los esposos), por lo que abundan en el Derecho de Familia los preceptos sin sanción o con sanción atenuada *leges imperfectae*.

Las remisiones a la moral no son como en otras partes del ordenamiento positivo, expresas (verbi gracia arts. 1.255 y 1.691), sino tácitas: el ordenamiento jurídico familiar descansa al parecer en un orden moral inmutable, que se da por sobrentendido.

Sin embargo, como los juristas no se han preocupado—como antes dije—de precisar el alcance de la moral familiar, base del Derecho de

(38) *Sistema del Derecho Romano actual*, tomo I, 2.^a edición (traducción de Jacinto Messía y Manuel Poley. Madrid, s/a., págs. 265-266).

Familia, será preciso estudiar este sustrato a fin de desvanecer el lugar común.

Creo que la Moral familiar no puede ser sino una parte especializada de la Moral General.

Si el ordenamiento jurídico familiar descansa en una remisión en blanco a la Moral, entendiendo por Moral el conjunto de prescripciones que pretenden desarrollar el valor de la bondad en el hombre, habrá que plantearse necesariamente el problema de si la Moral es una, inmutable, válida para todos los pueblos y todas las sociedades, o si está adecuada a las sociedades en las que se desarrolla, influye sobre las estructuras socioeconómicas de las mismas, y es influida por las mismas estructuras.

¿Cuál es el orden moral al que implícitamente se refiere SAVIGNY, y en el que fundamenta la especialidad del Derecho de Familia? ¿Ha variado sensiblemente la noción de la Moral de los juristas que después de él han venido reafirmando su planteamiento? ¿Cuál es la moral familiar que postula el Derecho de la nueva sociedad en proceso de transformación? ¿Qué valores morales, de los existentes en la época de la Codificación deben ser conservados y cuál ha de ser la nueva constelación de valores familiares de la sociedad moderna?

El orden moral contemplado por SAVIGNY es el característico de una sociedad estamental jerarquizada en tránsito a convertirse en una sociedad burguesa individualista.

Caracteriza la ética de una sociedad estamental, el estar fundada sobre una cosmovisión trascendente, abierta a la trascendencia: en su pináculo, Dios, creador, del cosmos y de la sociedad, infunde una ley natural, cognoscible por la razón, al hombre, quien así aprecia la distinción entre el bien y el mal.

Toda autoridad viene de Dios: a imagen del padre de familia, dotado de un poder despótico, inapelable, se contempla al Padre Eterno, al maestro, al soberano absoluto. El símbolo del padre representa toda suerte de autoridad.

Todo ser humano internaliza una noción de autoridad, en que ésta se sacraliza, pues familia, religión, poder político, educación, relaciones laborales, todas las relaciones humanas en suma, se vacían sobre la pauta autoritaria de la patria potestad y autoridad marital absoluta. Alzarse contra el padre, contra el marido o contra el monarca absoluto, es tan sacrílego como blasfemar de Dios.

El honor familiar significa el reconocimiento por la sociedad de la perfecta adaptación de esta familia, a tal pauta de conducta autoritaria y conformista. Se da una gran importancia al tabú sexual y la disciplina de las relaciones sexuales es uno de los fines fundamentales de la insti-

tución familiar. El adulterio, el rapto, el estupro, etc., están severamente castigados en el seno de la familia mucho antes que por el poder civil y se consideran como delitos privados.

No se tiene en cuenta por tal ética estamental el ser individual concreto ni su derecho a la felicidad. Alegar este derecho sería, para la sociedad estamental, incorrecto cuando no risible.

Los fines de la institución familiar priman de un modo absoluto sobre las motivaciones subjetivas de las personas integradas en la misma: recordemos la clásica distinción, típica de la ética estamental, de fines primarios y secundarios del matrimonio.

El fin general del Derecho, para SAVIGNY, está en la íntima conexión con la ley moral del hombre, desde el punto de vista cristiano. «El Cristianismo—dice DURÁN y BAS—(39) no existe sólo como regla de nuestras acciones; de hecho ha modificado la Humanidad y se encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aun de las que parecen serle más extrañas y hostiles.»

Sin embargo, el sistema ético que presupone SAVIGNY no es pura y simplemente el de la sociedad estamental. En toda su obra se vislumbra el influjo de la ética protestante individualista, que en su época se desarrollaba de modo pujante, dio lugar a la floración de las codificaciones ius-naturalistas y fue un factor ideológico fundamental para la articulación de los derechos naturales y las libertades políticas fundamentales y su triunfo en las Revoluciones Americana y Francesa.

Creo que dicha ética individualista familiar está perfectamente expresada cuando afirma: «... el hombre es un ser defectuoso que tiene necesidad de completarse en el seno de su organismo general. Dichas limitaciones y el complemento que ellas exigen se nos revelan bajo dos fases principales: por un lado, la diferencia de los sexos hace que el individuo represente a la humanidad de una manera imperfecta, y de ahí la necesidad de completarla por medio del matrimonio; por otro lado, la existencia del individuo está limitada por el tiempo, lo cual exige, y engendra en efecto, una multitud de relaciones supletorias, y de este modo la vida temporal del hombre se completa por la reproducción, que no solamente perpetúa la especie, sino también y hasta cierto punto, el individuo» (40). ¡Individuo, siempre el individuo, siempre los problemas del individuo que se integra en la familia como el menesteroso que enajena su libertad en la sola medida en que dicha enajenación le es beneficiosa, y completa así su individualidad, *a priori* autosuficiente! Podrá ser natural la relación

(39) Prólogo de DURÁN y BAS al *Sistema*, citado, págs. 23 y 24.

(40) *Sistema*, citado, pág. 263.

familiar que define SAVIGNY, pero no cabe duda que su ropaje es individualista.

La ética individualista burguesa pone en el centro de sus preocupaciones al individuo. Este, hombre racional, es capaz de proyectar por sí mismo su futuro. Puede ser creyente, pero—y ésta es una distinción muy importante de la ética estamental—su religión no influye en su ética. La religión pertenece a la vida interior, sacral; la Moral está disociada de la religión.

La Moral a su vez se divide en compartimientos estancos: Moral Familiar, Moral de los negocios. Se cuestiona seriamente si existe regla moral en las relaciones internacionales o en el ejercicio del poder político (41). Las frases «razón de Estado», el «egoísmo sagrado del Estado», reflejan perfectamente el amoralismo de la vida pública y política.

El puesto del hombre en el mundo no viene fijado ya de un modo absoluto y para siempre, pegado como la piel a la carne del hombre desde su nacimiento, como en la sociedad estamental. Todo hombre puede, desarrollando el sagrado egoísmo o interés individual, aspirar a progresar en la escala social, que le está abierta. Del conjunto de egoísmo concordantes, se llegará a un óptimo social, a una armonía perfecta: la moral individualista es optimista.

La Moral individualista se convierte en un Código de conductas tipificadas, estilizadas, de mandatos y prohibiciones de contenido cuasi jurídico. (Ética de proposiciones).

Leyendo manuales de moral a la antigua usanza se ve, sorprendentemente, una analogía con un Código de prescripciones y prohibiciones. Sólo se diferencian en el criterio casuístico, y en las sutiles distinciones y subdistinciones que chocan tal vez con la técnica jurídica más moderna de

(41) «La contradicción entre el cristianismo y la concepción egoísta del hombre y del equilibrio social es tan patente, que los cristianos para aceptar la filosofía social del capitalismo hubieron de recurrir a un expediente: el de la distinción entre el plano de las relaciones macrosociales y el plano de las relaciones microsociales (familiares, etc.). Todo esto se hizo de una manera inconsciente, implícita, tácita. En el plano macrosocial de las relaciones socioeconómicas propias de la época industrial y de la economía de mercado objetivado y universalizado, los cristianos aceptaban acríticamente (y egoístamente) la concepción económica liberal del mercado de egoísmo. En tanto, los valores cristianos se reservaban para la familia cristiana, para el plano personal estrictamente privado. De este modo, tampoco veían los cristianos que las posibilidades de vivir de veras los valores cristianos evangélicos en el plano familiar y privado están condicionados por la necesidad de plantear los principios de comunidad y solidaridad en el plano social. Porque quien acepta la filosofía del egoísmo en el plano macrosocial no puede pretender vivir evangélicamente en el plano microsociales. Porque el amor cristiano no puede quedar circunscrito en el ámbito personal y familiar» (DÍEZ ALEGRÍA: *Teología frente a sociedad histórica*, Editorial Laia, Barcelona, 1972, pág. 281).

los actuales Códigos. Son estadios distintos de una Ciencia que obedece a reglas semejantes y tiene un mismo origen (42).

Pero no se crea que la ética individualista elimina totalmente los principios de la ética estamental. Las relaciones de autoridad, al menos en el Derecho Familiar, permanecen invariadas: sabida es la influencia del Code Napoleón en el mantenimiento de una institución tan típicamente *ancien Régime* como es la *puissance maritale*, el carácter paternalista, no promotor, de la patria potestad en dicho Código y la escasa ayuda que de las convicciones éticoburguesas obtuvieron las mujeres en su proceso de emancipación a lo largo del siglo XIX (43). El concepto del honor familiar de ninguna manera desaparece de los Códigos burgueses del siglo XIX: el Derecho Penal y su regulación de los delitos contra la honestidad son un curioso ejemplo de la supervivencia de tal noción que pertenecía a un estadio histórico de la sociedad que parecía definitivamente enterrado. La íntima conexión de la Ética y el Derecho, existente en la antigua sociedad subsiste de un modo curioso: se hace una reve-

(42) «La moderna reflexión sobre el problema ético, tanto teológica como filosófica, ha llevado a distinguir entre una «ética de proposiciones» y una «ética de principios». La primera pretende definir *a priori* la conducta moral por medio de una serie de proposiciones estáticas, válidas de una vez para siempre, en que se describirían los comportamientos debidos o prohibidos. Algo así como los artículos de un código, en que se tipifican los contratos o los delitos. Estas proposiciones habrían de ser aplicadas a la realidad casuísticamente» (DÍEZ ALEGRÍA, *ob. cit.*, pág. 284).

(43) ARNAUD (*Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pág. 66) afirma que «¿es preciso insistir sobre el hecho de que el "Código de la libertad" no fue el de la emancipación de la mujer? Arrastramos muchas expresiones en nuestro lenguaje cotidiano, que nos vienen de una observación más o menos consciente de la mujer, tal como la quiere el Code Napoleón. "Sexo débil", "mujer al hogar": la mujer no tiene derecho a un asiento alrededor de la mesa del juego de la sociedad. Confinada en la sombra de su "señor y dueño", ella atrae las iras de los miembros del grupo si intenta salir de su condición. Se le reprocha entonces "conquistar" un feudo de los hombres. Intenta ella "emanciparse" "huye" de la familia, "deserta de su puesto", "abandona su hogar". Es tenaz la concepción que nos ha sido legada de la mujer inferior; es perniciosa esta misoginia—que se aproxima al racismo—, responsable de un autoritarismo reivindicado por el hombre como un privilegio innato».

Respecto de los hijos menores, «que se sabe que el Code Napoleón considera la minoridad menos como un período de educación que como un tiempo de debilidad y, por tanto, de sumisión... El Code no está pensado para los pobres (traduiremos: para ser "jugador" es preciso efectuar "jugadas"), y, por otra parte, que en el sistema la importancia de la educación está íntimamente ligada a la de la fortuna, de la que ella es una función. Esto es, que la educación es "otorgada" al niño, lo que implica el paternalismo. Esta concepción es la contraria del reconocimiento de un derecho del niño a la educación. Incluso el principio, sentido claramente por KANT, de la esencial libertad del niño en cuanto "persona", no llevará consigo jurídicamente el reconocimiento de este derecho. El niño es, en el Code Napoleón, un ser enteramente sometido a la autoridad paterna o a su representante» (págs. 66-67).

rencia a la noción de la Moral, se la considera como base de la sociedad y del Estado, pero no se preocupa nadie de definir de qué manera la Etica debe regular las relaciones familiares que se pretende sean inmunes al cambio social.

Surge un abismo entre las relaciones familiares como son, y la Etica de proposiciones estamental-individualista que pretende regularlas.

ARANGUREN distingue (44) en el ámbito de la cultura occidental, la existencia de dos morales diferentes: una protestante, secularizada, y otra católica latina. La segunda continúa teniendo una raíz religiosa y por eso tienen un valor central dentro de ella la virginidad, la indisolubilidad 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. El matrimonio es un compromiso libremente contraído, y por tanto, su transgresión—el adulterio—moralmente censurable. Pero en cambio, la voluntaria separación, el divorcio que retira la palabra dada, debe ser admitido según esta moral. Lo que no impide que subsista o pueda subsistir la aspiración al matrimonio único, pero como *desiderátum*, casi en el sentido de los consejos evangélicos.

Un peligro de la moral católica latina—sigue diciendo este autor—es ciertamente, la tentación de salvar los principios, aun cuando la práctica real quede a una distancia abismal de aquéllos. Otro aspecto de la práctica moral católica latina es el de su unilateral «espiritualismo» individualista. Su fundamentación es una religiosidad de tipo individualista; ha hecho que los países a que se extiende el ámbito de su vigencia se encuentren, desde el punto de vista de la justicia social, moralmente más atrasados que otros. Y no sólo en esto, sino en general en todo lo que concierne a la moral en su relación con la economía.

Modernamente, y por influjo de filosofías de muy diverso signo, surge la noción de ética social frente a la tradicional Etica individualista.

El mismo ARANGUREN afirma que «si el hombre es, como nos hace ver todo el pensamiento actual, constitutivamente social ¿cómo no habría de serlo su moral? La moral individualista surgió ante la crisis del anterior ordenamiento moral comunitario, al ser vivido éste como anacrónico, inadecuado e injusto. Y frente a esta «pérdida de la moral» el repliegue a la interioridad pudo valer como una solución provisional.

El individualismo moral, lejos de constituir una actitud primaria, significó el intento de hacernos, cada cual, a nosotros mismos, al no poder contar ya con los demás. El hombre ante una situación de «emergencia» se refugió en la «buena voluntad». Pero la «buena voluntad», ejercitada

(44) *Etica*, Revista de Occidente, S. A., Madrid, 1972, págs. 437-438.

al nivel individual, es insuficiente. La moral ha de ser realizada en la sociedad y por la sociedad. La moral es constitutivamente social. La «ética social» no es un aditamento, o una aplicación de la «ética general», concebida primariamente como individual. La ética, es, en cuanto tal, personal y social. Lo personal y lo social son primarios en ella, e inseparables de ella» (45).

La ética debe ser a la vez personal y social: por tanto, fracasan en el plano ético, la sociedad comunista—que descuida el aspecto personal de la ética—como la sociedad del consumo, del bienestar occidental—egoísta e impracticable, pues está fundada en la distinción entre países ricos y países pobres, cuyo foso de separación aumenta de día en día.

Propugna el autor citado, una democratización real, económica, social y política, una limitación de la libertad a su núcleo esencial—económico, político, intelectual y cultural, religioso—, compatible con la libertad de los demás, y una institucionalización de la ética, hasta donde se pueda en la estructura misma del aparato político social.

La Constitución del Concilio Vaticano II, GAUDIUM ET SPES, claramente enseña que hay que superar la ética individualista: «La profunda y rápida transformación de la vida exige con suma urgencia que no haya nadie que, por despreocupación frente a la realidad o por pura inercia, se conforme con una ética meramente individualista. El deber de justicia y caridad se cumple cada vez más contribuyendo cada uno al bien común según la propia capacidad y la necesidad ajena, promoviendo y ayudando a las instituciones, así públicas como privadas, que sirven para mejorar las condiciones de vida del hombre...

»La aceptación de las relaciones sociales y su observancia deben ser consideradas por todos como uno de los principales deberes del hombre contemporáneo. Porque cuanto más se unifica el mundo, tanto más los deberes del hombre rebasan los límites de los grupos particulares y se extienden poco a poco al universo entero. Ello es imposible si los individuos y los grupos sociales no cultivan en sí mismos y difunden en la sociedad las virtudes morales y sociales, de forma que se conviertan verdaderamente en hombres nuevos y en creadores de una nueva Humanidad...»

Hace alusión el mismo epígrafe de la Constitución del egoísmo de quienes no tienen cuidado ninguno de las necesidades sociales, de los que resisten el pago de los impuestos, o de los que infringen las reglas de higiene o las normas de circulación.

Creo puede apreciarse hoy día la existencia de un pluralismo moral, la existencia de varios códigos morales: burgués ilustrado, heredero del

(45) *Ética y política*, Ediciones Guadarrama, S. A., Madrid, 1968, pág. 25.

estamental individualista que he criticado; cristiano renovado; materialista histórico (46).

Examinando la que me atrevo a llamar «moral cristiana renovada», consecuencia de las enseñanzas del Concilio Vaticano II, interesante a mi estudio por la innegable realidad del «cristianismo sociológico» en nuestra patria, y el reconocimiento de los principios de la doctrina social de la Iglesia católica romana como principios fundamentales del Movimiento por la Ley de 17 de mayo de 1958, aparte del carácter netamente social de su inspiración, vemos que debe encuadrarse en el campo de la llamada Ética de los principios.

«La concepción de una ética de «principios» hace consistir la norma moral en una serie de principios de valor (o «direcciones de valor») de contenido material (es decir, con exigencias concretas de contenido) pero dinámicos y plásticos, que marcan, como «los vectores», una dirección, en un campo de valores de contenido material muy exigente, pero que, por otra parte, no dan, por lo general, tipificaciones rígidas o estáticas de comportamientos, congeladas y válidas independientemente del tiempo y de la circunstancia histórica. Por ejemplo, el principio de respeto a la dignidad de la persona no es un formalismo vacío, que pueda cubrir cualquier contenido, pero tampoco me da, de una vez para siempre, en forma de «receta», lo que hay que hacer aquí y ahora, en el campo de la actividad privada y pública, para hacer efectivo el reconocimiento positivo de la dignidad de la persona» (47).

En este orden de ideas, el principio del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, no puede quedar reducido a una mera declaración programática de nuestra legislación constitucional (Fuero del Trabajo), sino informar la legislación y la práctica social toda. Del campo de la Ética de los principios debe derivar al de los principios generales del Derecho, y cumplir las trascendentales funciones que los mismos desempeñan en el ordenamiento jurídico, y que examinaré detenidamente en el capítulo correspondiente de este estudio. Allí también hará referencia a las exigencias que el mismo principio plantea al ordenamiento jurídico positivo, y las necesarias reformas institucionales a que deba dar lugar.

La ética familiar no sería, según esta concepción que propugno, un código frío de mandatos y prohibiciones abstractos, estáticos, inmovili-

(46) «Lo que nos importa es que su resultado inmediato es el hecho empírico de la pluralidad irreducible 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» (ARANGUREN: *Moralidades de hoy y de mañana*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1973, pág. 164).

Sobre el carácter del materialismo histórico como moral, véase *El marxismo como moral*, Alianza Editorial, S. A., 1968, del mismo autor.

(47) DÍEZ ALEGRÍA, *ob. cit.*, págs. 284-285.

zados, promulgados de una vez para la sociedad estamental o la burguesa individualista de siglos definitivamente fenecidos, sino un conjunto de grandes directrices morales, que pondrían en primer lugar como valor dominante el de la recta conciencia. Esta permanencia abierta a todas las tensiones y las necesidades de la sociedad concreta en que se vive, formada en el marco de una concepción societaria, en que el valor «nosotros» preponderara frente al escueto «yo», sería dinámica, evolutiva, en el seno de un proceso social democrático siempre inacabado e insatisfecho consigo mismo.

Para el perfeccionamiento de las exigencias de la Etica familiar aquí propugnada, el conocimiento de las Ciencias del hombre de que di cuenta en el primer capítulo del presente trabajo, sería de primerísima necesidad para los interesados todos en la reforma familiar (48).

Concluyo afirmando que el Derecho de Familia debe seguir basado fundado en la Etica, sólo que en una ética humanista y social renovada, abierta al progreso científico y al cambio social e ideológico.

FUENTES DEL DERECHO EXTERNO DE LA FAMILIA: EL CODIGO CIVIL DE 1888-1889

La base fundamental del Derecho de Familia español es el Código Civil.

No quiero traer aquí a colación la evolución de la Codificación de nuestro Derecho de Familia. Me basta apuntar que el Código fue obra de una transacción entre opuestas tendencias, tradicionalistas y extranjerizantes, unitarias y foralistas. Sin embargo, no cabe duda que la esencia de la organización familiar del Derecho castellano pasó a dicho cuerpo legal, sin más que accidentales retoques.

Es importante la crítica que, del Derecho de Familia contenido en el Código, hace LACRUZ BERDEJO (49).

«Como señala el profesor HERNÁNDEZ GIL, no se halla el Código civil exento de méritos. Concretamente, es de alabar que reconozca como obligatorio para los católicos el matrimonio canónico (art. 42)); que acate la potestad de la Iglesia para legislar sobre el matrimonio canónico y para conocer de los pleitos de nulidad y divorcio del mismo (arts. 75 y 80), y que en las materias comunes al matrimonio civil y al canónico, así como

(48) *Moralidades...*, cit., pág. 164: «El contenido de la moral ha de ser estudiado, al menos por de pronto, por las ciencias sociales y, en particular, por la antropología cultural.»

(49) *Ob. cit.*, pág. 15.

en la regulación civil complementaria de éste, siga un criterio ortodoxo. Es también digna de alabanza la regulación del matrimonio civil, calcada del Derecho canónico. En lo referente a la filiación es equitativa la presunción de legitimación de los hijos, y en materia de patria potestad su concesión subsidiaria a la madre, así como el papel que se asigna al Estado de simple ayuda de los padres o, en casos excepcionales, de defensa de los hijos contra éstos (arts. 156, 164 y 165). Incluso la organización de la tutela, criticable en cuestiones de detalle, obedece a un principio de tutela familiar más de acuerdo con nuestras concepciones que la tutela de autoridad. Son, finalmente, aciertos del Código Civil el derecho de alimentos entre parientes y los principios que informan la regulación del régimen matrimonial de bienes, especialmente el de libertad de capitular, y el establecimiento, como régimen matrimonial, supletorio, de la comunidad de gananciales.

Pero padeció el Código civil un error de sistematización al fraccionar el Derecho de familia, estudiándolo en los libros I y IV (en éste, el Derecho matrimonial de bienes), y en el pasivo del legislador del 88 hay que anotar también el no haber sabido llegar a un equilibrio más perfecto entre las normas del nuevo Código y las instituciones forales; la excesiva superioridad del marido en la comunidad conyugal y en la familiar, donde la mujer hubiera debido participar en la patria potestad; la diferencia de trato en materia de adulterio (art. 105 antiguo), etc. Pero más que en su aspecto axiológico es censurable el Código por su técnica deficientísima, según iré poniendo de relieve a lo largo de este libro.

Fuera de ello, una importante censura al Derecho familiar del Código Civil en su escasa influencia sobre el Derecho sucesorio, cuyo centro debió ser, y no es, la familia.»

Me permito hacer yo mi propia crítica del Derecho de Familia contenido en el Código Civil, desde el punto de vista de la concepción tridimensional del Derecho.

Dicha crítica debe necesariamente hacerse desde dos niveles cronológicos: si originariamente supuso tal cuerpo legal un atraso o un progreso en relación con la técnica jurídica y la inspiración filosófica europeas de su tiempo, y los defectos que el vivísimo cambio socioeconómico originado en nuestra patria en los últimos ochenta años ha dejado entrever en su articulado legal.

El cuadro sobre el que se articulaba la familia del Código Civil no desentonaba del resto de las codificaciones burguesas del siglo XIX. El modelo de la familia para dicho Código es, inconscientemente, el de la mesocrática o burguesa, en la que el padre es el único proveedor al sustento de sus miembros, probablemente a través de la propiedad terri-

torial, rústica o urbana, o de alguna artesanía o profesión. Las capitulaciones matrimoniales prevén las aportaciones de capital de los contrayentes, cuya constitución se pretende facilitar incluso con una forma especial no notarial (art. 1.324 Código civil), cuando su cuantía es inferior a la que se estima necesaria para constituir un patrimonio suficiente, a los precios de 1889, para alimentar una familia de clase media.

La esposa participa de la patria potestad, que se le otorga, de acuerdo con la progresiva fórmula de la ley del matrimonio civil de 1870, «en defecto del padre», fórmula que recoge la orientación tradicional del Fuero de Cuenca.

Pese a tal participación en la patria potestad, la familia toda se halla sometida a la autoridad del varón, ya que la potestad marital se reconoce bajo la fórmula del deber de obediencia de la esposa, unido al deber de protección del esposo (art. 57). Deber aquél jurídico, y éste moral que consagran jurídicamente la incapacidad de la mujer en términos generales, para realizar actos jurídicos sin licencia o poder de su marido (50).

Son excepciones notabilísimas a esta incapacidad que mejoran el sistema del Proyecto de Código civil de 1851, el reconocimiento de los parafemales de administración retenida por la mujer (art. 1.384) y la potestad doméstica de la mujer casada (art. 63), preferible en mucho al sistema francés de «mandato tácito» del marido para realizar los gastos necesarios para el normal funcionamiento del hogar.

El feminismo, ya existente y actuante en otros países en el penúltimo decenio del siglo XIX, donde incluso había producido cambios legislativos favorables a la condición de la mujer (Ley de 21 de mayo 1878 del Estado de Nueva York y de 18 de agosto de 1882 de Inglaterra, que abolieron la incapacidad de la mujer casada y establecieron el régimen de separación de bienes en el matrimonio, conquistas históricas trascendentales para la fecha) no influyó en nada en nuestros codificadores. La regulación restrictiva, patriarcalista de la ley del matrimonio civil de 1870, se infundió íntegra en el Código Civil. No podía ser de otro modo cuando en plena re-

(50) En brevísima síntesis, ESPÍN CÁNOVAS, *La capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969, pág. 26, la define 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 a sus bienes privativos a través de la licencia marital para los actos dispositivos y comparecencia en juicio.» Es muy objetable, a la luz de las contrarias opiniones de DE LA CÁMARA y DE CASTRO, su opinión de que «nuestro Código... siguió en general en esta materia el modelo francés.»

volución de 1868, PI y MARGALL afirmaba (51): «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 comercio. Pero en esos pueblos puede observarse que los lazos de la familia se relajan de día en día, que la mujer pierde sus bellas cualidades, de su sexo, sin adquirir las del hombre, y que, lejos de ser un elemento civilizador, pasa a ser un elemento perturbador... 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.»

El matrimonio se basa en la confesionalidad católica del Estado, consagrada en el artículo 11 de la Constitución de 1876. Ello se aprecia en la redacción primitiva de los artículos 75 a 82, del Código Civil que establecen, desenvolviendo la fórmula del artículo 42 del Código, la plena competencia de la Iglesia para cuanto se refiera a las causas de nulidad y divorcio del matrimonio canónico. La dualidad de formas matrimoniales—canónica para los católicos, civil, para los que no profesen la religión católica, noción ésta de profesión cargada de implicaciones políticas según la diversa ideología de los partidos turnantes en el poder—se traduce en disposiciones administrativas posteriores que definen quiénes, y con qué requisitos pueden contraer el matrimonio civil.

El sistema de la Ley del Matrimonio civil de 1870, con la variante de ser el matrimonio civil subsidiario y no obligatorio, se considera una conquista histórica y según él se delinea la regulación del matrimonio civil por el Código.

El matrimonio sigue siendo indisoluble en su versión civil (art. 52), no admitiéndose la posibilidad del divorcio vincular que existía ya en Inglaterra y Estados Unidos, y que leyes recientes (6 de febrero de 1875 para el Segundo Reich Alemán; 27 de julio de 1884, para la Tercera República Francesa) habían introducido en otros países de Europa.

Hay que apuntar que, aparte de la mentalidad conservadora en materia familiar de los codificadores españoles, ni el Código Italiano de 1865, ni el Portugués de 1867, ni nuestra ley del matrimonio civil de 1870 conocieron tal institución que parecía a los ojos de la opinión pública como disolvente de la familia y de la sociedad.

Es muy posible que en el subconsciente de nuestros codificadores, la convicción de la vigencia sociológica de la profesión de catolicismo por la aplastante mayoría del pueblo español al tiempo de la codificación, influyera en la redacción de los preceptos del matrimonio civil. Parecía casi superfluo regular con detalle dicha institución, que sólo contraían

(51) *Informe sociológico sobre la situación social de España*, 1970, pág. 491.

grupos menos que minoritarios: marginales y casi marginados, de la sociedad de aquel entonces.

La parvedad casi esquemática del Código Civil en este punto, deja sin tratar innumerables problemas, sobre todo en materia de nulidad del matrimonio. Parece que con esta concisión, el legislador ha querido establecer una versión secularizada de la indisolubilidad sacramental del matrimonio canónico. Pero paradójicamente ha acentuado tal indisolubilidad, al hacer de imposible aplicación algunas causas de nulidad sobradamente consagradas en la jurisprudencia canónica y suprimir las válvulas de seguridad que para el matrimonio sacramental suponen la dispensa pontificia del matrimonio rato y no consumado, la anulación del matrimonio no consumado por profesión religiosa, y la práctica de los privilegios paulino y petrino, evidentes divorcios vinculares aunque el ordenamiento canónico repudie esta expresión. El sistema civil lleva al máximo rigorismo el principio canónico «el matrimonio goza del favor del Derecho», y prácticamente hace imposible la nulidad de un matrimonio contraído bajo la forma civil, por presumirse, vehementísimamente, su validez y ser de casi imposible apreciación las taxativas causas de nulidad que prevé el artículo 101 del Código.

La escasez de jurisprudencia que existe en la actualidad, después de más de ochenta años de vigencia del Código Civil, en materia de nulidad del matrimonio civil creo obedece, aún más que a la escasa vigencia sociológica del mismo, al convencimiento de los eventuales litigantes de la enorme dificultad de superar los obstáculos que el sistema del Código Civil opone al intento de obtener la nulidad de tal matrimonio.

La emancipación por matrimonio es una conquista progresiva de la Ley de Matrimonio Civil que se conserva en el Código.

La articulación del régimen económico matrimonial merece elogios por cuanto consagra una libertad de pactos verdaderamente flexible. La libertad capitular del artículo 1.315 ha sido unánimemente apreciada por todos los autores.

Casi unánimemente también se ha pretendido que tal libertad venía a aproximar el Código Civil a las legislaciones forales en las que regía un principio semejante (52).

(52) LACRUZ BERDEJO (*ob. cit.*, pág. 270, nota 3), por el contrario, afirma que GARCÍA GOYENA desconocía absolutamente los Derechos Forales, y el artículo 1.236 del Proyecto de 1851 lo único que hace es aplicar al régimen de bienes matrimonial la disposición general de tal proyecto que admitía que podían ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Lo prueba el hecho de que omita cualquier alusión a los Derechos Forales, que no fueron tenidos en cuenta a pesar de la experiencia que podían haber aportado al respecto en la regulación de la materia. Tampoco la base 22, de la cual arranca el artículo 1.316, pudo inspirarse en los Derechos Forales.

Con ello se introducía una progresiva mejora en el rígido sistema tradicional de las Partidas y en general de nuestro Derecho histórico que establecían con carácter forzoso el régimen de la sociedad legal de gananciales. Las capitulaciones matrimoniales castellanas sólo tenían sentido, en la opinión de los juristas tradicionales, para hacer constar en ellas aportaciones de los esposos e introducir ciertas variantes en el imperativo sistema legal matrimonial de bienes.

En la regulación de capitulaciones matrimoniales se aprecia claramente que no podrá pactarse nada que sea depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda a los cónyuges en el matrimonio (art. 1.316 Código Civil). La concepción autoritaria del matrimonio y de la familia queda perfectamente delineada.

Fundándose en la autoridad del Code Civil francés, el legislador no admite la posibilidad de pactar capítulos después del matrimonio ni variar después del matrimonio los ya otorgados (arts. 1.320 y 1.321). Ello parece contradecir la tesis de que se pretendió equiparar en libertad capitular al régimen del Derecho Común con el de los Derechos forales, donde Aragón, Cataluña y Navarra reconocían la posibilidad de mudar los capítulos matrimoniales u otorgarlos después del matrimonio.

El régimen legal de bienes supletorio de primer grado es el tradicional de la comunidad legal de gananciales. Nuestro legislador, pese a consagrar la inferioridad de la mujer en el matrimonio, reconoció a ésta la participación en las ganancias del mismo.

No pudo ser ajena a esta consideración, aparte del respeto de la costumbre tradicional castellana, que reconocía a la mujer una cierta dignidad y consiguiente participación en las ganancias de la vida matrimonial (53),

(53) Creo que el hecho de que durante la Edad Media «las Españas» fueran una movable frontera donde a bote de lanza se granjeaban honra y hacienda —«a más moros, más ganancia»—, y donde la mujer—como la americana en la conquista del Oeste en el siglo XIX—tuvo forzosamente que participar en vida tan azarosa, en este «vivir desviviéndose» de su marido o padre, para asegurar la supervivencia de la familia, tuvo que influir decisivamente en la conservación de las comunidades matrimoniales de bienes características de las costumbres germánicas frente a la tendencia de establecer el régimen dotal romano de las Partidas y demás cuerpos legales romanizados—Forum Regni Valentiae, v. gr—

No cabe duda que aunque la dote romana fue conocida en la Península a partir de la recepción del *ius commune*, tal hecho no eliminó las diversas dotes germánicas o maritales—arras, exerceix, etc—ni las comunidades matrimoniales de bienes. La peculiar denominación de la comunidad matrimonial de bienes de Navarra—«conquistas»—explica gráficamente cuanto he querido decir en esta nota.

Pero es que España además, durante gran parte de la Edad Moderna, continuó siendo frontera abierta—las Indias—.

Las peculiaridades de nuestra morada vital explican, como quiere AMÉRICO CASTRO, el sentido de nuestras instituciones.

El reforzamiento del régimen de gananciales por la abolición por Carlos IV de las llamadas costumbres holgazanas cordobesas debe insertarse en este orden de consideraciones.

la consideración que el régimen de gananciales era el único justo para la mayor parte de los matrimonios que se contraían sin aportación de bienes alguna, contando los esposos con las fuerzas de su trabajo y con su capacidad de ahorro para levantar las cargas del matrimonio y granjear un patrimonio suficiente.

La existencia de una abrumadora clase proletaria y burguesa profesional o artesana sin bienes de fortuna al contraer matrimonio, típica de la España de la codificación civil, que innovaba el esquema de la familia propietaria territorial sobre el que se asienta su regulación, obligaba al legislador a prever su régimen de bienes, otorgándole un estatuto legal matrimonial que podemos calificar, en su filosofía fundamental—no tanto en su regulación concreta—como innovador frente al Derecho europeo entonces vigente, flexible, plenamente adaptado a la realidad socioeconómica de la España de la Restauración (54).

La ventaja del sistema español frente al legal francés—comunidad de muebles y adquisiciones—, italiano—separación de bienes y regulación de la dote romana inalienable—y portugués—comunidad absoluta de bienes—lo demuestra el hecho de que con posterioridad a nuestro Código Civil, Francia en su reforma de 1965, Portugal en su Código de 1967, y la mayor parte de los países socialistas, han establecido como legal—estos últimos como imperativa—la comunidad matrimonial de adquisiciones, sustancialmente, nuestra sociedad legal de gananciales. Italia ha pretendido otro tanto en su proyecto de ley unificado de reforma del Derecho de Familia presentado a la Cámara de Diputados en 1 de diciembre de 1971.

La adaptación de la comunidad restringida de bienes a la sociología de la familia nuclear urbana moderna es casi perfecta, y sólo puede competir con ella el régimen de separación de bienes con comunidad de adquisiciones, *Zugewinnngemeinschaft* de los parágrafos 1.363 y siguientes del B. G. B., redactados por ley de 21 de junio de 1957, de equiparación jurídica del varón y de la mujer; leyes sueca de 11 de junio de 1920 y finlandesa de 13 de junio de 1929, entre otros (55).

(54) ARANGUREN, en *Erotismo y liberación de la mujer*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, S. A., Esplugues de Llobregat, 1973, pág. 132, afirma que «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 por 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».

(55) DÍEZ PICAZO, en Prólogo a *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, de FERNÁNDEZ CABALETRO, publicado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1969, pág. XII, parece hallar la posibilidad de construir en nuestra sociedad legal de gananciales el régimen de separación de bienes con comunidad en las ganancias. «En el sistema hacia el que se apunta,

Ello no quiere decir que nuestro Código fuera perfecto al tiempo de su publicación, pues dejaba escasamente protegidos los derechos de la mujer, que sólo podía hacer valer sus derechos al consorcio cuando el marido, en uso de sus facultades de administrar (art. 1.412) y disponer y obligar a la sociedad por actos a título oneroso (art. 1.413) hubiera realizado

cada cónyuge conserva la titularidad y el poder de gestión no sólo de los bienes aportados, sino de sus productos y de los rendimientos de su propio trabajo. La «comunicación» de las ganancias es una operación contable que se realiza al disolverse la sociedad.

Hasta qué punto ello representa una completa novedad es algo que yo por lo menos no sé muy bien. El sistema de comunicación de las ganancias está latiendo en nuestro Código civil y representa en él el estrato geológico más antiguo, al cual se superpuso posteriormente el sistema de comunidad de bienes. El artículo 1.392 es un reflejo fiel de aquella idea, lo mismo que el artículo 1.675. La idea primitiva de «partición de ganancias» se oscurece, sin embargo, a través de la exigencia de formación de un «fondo común» (bienes gananciales)...

La idea de DÍEZ PICAZO es sugestiva y puede servir de precedente para una futura reconstrucción del régimen legal de bienes en el matrimonio. La separación de bienes con participación en las ganancias debe ser uno de los regímenes paccionables en las capitulaciones matrimoniales: respeta al máximo la personalidad de los esposos y conserva la idea fundamental de la comunidad de bienes: la participación en las ganancias. Evita los problemas que presenta la cotitularidad en la gestión y la disposición cuando los matrimonios están bien avenidos, como agudamente apunta DÍEZ PICAZO.

La reforma del artículo 1.413 por Ley de 24 de abril de 1958 ha sido casi unánimemente repudiada por la doctrina: por supuesto que la filosofía que la inspira es correcta, superar la inferioridad de la mujer en el régimen de la sociedad legal de gananciales. Pero su aplicación práctica es engorrosa para los matrimonios bien avenidos—la mayoría—y nociva para los no avenidos—bloqueo por la esposa de la facultad de disposición del esposo de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles—.

Sin embargo, para una futura reforma de los regímenes matrimoniales de bienes no parece prudente articular un sistema de separación con participación en las ganancias, con carácter de legal supletorio, en defecto del paccionado. Francia ha repudiado categóricamente tal sistema por estimarlo contablemente muy complicado y carente de aplicación práctica. Alemania tenía motivos especiales para intentar un vuelco tan decisivo—pasar del régimen de unidad de administración por el marido a separación con participación en las ganancias—: aplicar el principio constitucional de equiparación de sexos hasta sus últimas consecuencias: respetar la dignidad de la mujer y desenvolver jurídicamente tal principio filosófico, hollado bajo la legislación nacionalsocialista.

Si hemos de crear un Derecho evolutivo, el primer paso será reformar el régimen de la sociedad legal de gananciales, atribuyendo la gestión conjunta de ambos cónyuges, presumiendo que lo que hace uno de ellos en la ordinaria administración de la sociedad obliga a la comunidad cuando el otro no lo impugna, y, sobre todo, articulando un régimen matrimonial primario o de base, donde los intereses de los esposos, del consorcio conyugal y de los terceros quedan armoniosamente reglamentados.

La reforma del Derecho sucesorio deberá ir unida a la reforma del régimen matrimonial de bienes.

La separación con participación en las ganancias deberá ser uno de los regímenes paccionables en las capitulaciones, que, por supuesto, podrán otorgarse o modificarse, antes o después de contraer matrimonio, aunque habrá que pensar para ello en cumplir ciertos requisitos de plazo, publicidad y tal vez de autorización judicial.

actos «en contravención al Código o en fraude a la mujer». Tales derechos eran ilusorios, pues con posterioridad la jurisprudencia no otorgó ningún derecho a la mujer a controlar tales actos, sino a hacer valer sus derechos a la liquidación del consorcio.

La regulación de la dote era en exceso prolija e inadaptada al momento histórico en que fue redactado el Código. El régimen dotal fue declarado supletorio de segundo grado, en defecto del de la sociedad legal de gananciales, para los casos en que se contrajera el matrimonio contra las prohibiciones del artículo 45 del Código civil. Sin embargo, la enajenación de los bienes dotales—contra la técnica del Derecho francés e italiano de aquel momento—fue una medida progresiva de nuestro Código.

La dote obligatoria de las hijas, consagradora de una práctica antigua castellana, no era ni es muy adecuada a la moderna familia nuclear, fundada en el trabajo de los esposos, y podría despedazar el patrimonio familiar con la atribución de un capital o de una renta a la hija. Ello me confirma en la idea de que el Código contempla por lo general la familia burguesa propietaria, que constituye su modelo sociológico y tiene en poca consideración la familia proletaria o profesional que sólo dispone de sus fuerzas de trabajo.

Las normas internas familiares posteriores al Código han resuelto el problema sin mengua para el patrimonio familiar atribuyendo a la hija que se casa un ajuar doméstico o más modernamente «la entrada» de un piso. Si la familia es más modesta, la dote—tanto para las hijas como para los hijos—consiste en permitirles, durante un período más o menos largo, antes del matrimonio, que detraigan de los sueldos de su trabajo una cantidad para estos menesteres.

Lo que era apenas un intento de última hora del Código de corregir un error histórico—la introducción de la regulación de los bienes parafernales de la mujer en el sistema del Código, artículos 1.381 y siguientes, contra el criterio de los Proyectos de 1851 y 1882 que entregaban la administración de los bienes de la mujer al marido—merece elogios en su filosofía fundamental, aunque cree el complicado y bizantino sistema de los bienes parafernales de administración entregada al marido—resulta artificioso y poco práctico distinguirlos de la dote inestimada—y de administración retenida por la mujer, y éstos a su vez, administrados de hecho muchas veces por el marido, en unas condiciones distintas—¡cómo no!—de un administrador ordinario. Ello unido a la desconfianza del legislador en las facultades administrativas de la mujer (art. 1.388) y a la parquedad de sus preceptos, hacen que su regulación adolezca de fuertes contradicciones internas: administración libre por la mujer, pero intervención del marido en la enajenación de los bienes, por el instituto de

la licencia marital (art. 1.387), control de la administración de la mujer (artículo 1.388), entrega de la administración al marido (art. 1.384).

La contradicción sube de punto por cuanto que la dote, tanto la obligatoria como la voluntaria, han caído en absoluto desuso en las regiones de Derecho Común, y los bienes privativos que la mujer aporta al matrimonio son casi siempre parafernales. Su denominación y régimen legal, configurados como una excepción del régimen dotal, carecen de sentido hoy día.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, la de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina de los autores se han visto coartadas por las contradicciones que apunto y por el excesivamente tímido intento de nuestro legislador de atribuir un ámbito patrimonial libre a la mujer casada. No ha sido el menor de los problemas la presunción de ganancialidad de los bienes matrimoniales que estableció el artículo 1.407 y que la jurisprudencia registral y la doctrina de los autores en general interpretaron de un modo demasiado rígido, y a veces contrario a la buena fe, cuando el marido confesó, sin probarlo fehacientemente, el carácter privativo de la mujer de determinado biendo precio que en el bien se invierte, sin probar concluyentemente tal carácter.

Con arreglo al tradicional principio *pater est is quem iustae nuptiae monstrant*, se presume hijo legítimo al nacido dentro de los plazos legales de la concepción, no admitiéndose contra dicha presunción más prueba que la imposibilidad del padre de haber tenido acceso con su mujer. Se regulan los supuestos en que el padre puede desconocer la filiación del hijo pretendidamente legítimo y en el que el hijo puede reivindicar tal paternidad.

La patria potestad se establece, sobre todo, a tenor de una tempranísima jurisprudencia interpretativa del Código, en beneficio del hijo, no del padre, como en el antiguo Derecho romano, aunque tal beneficio del hijo pertenece ya al histórico castellano, no menos que a la concepción liberal del Derecho foral aragonés.

Se dispone que el padre, y en su defecto la madre deben «alimentar, tener en su compañía, educar e instruir a sus hijos» y «corregirlos y castigarlos moderadamente» (art. 155).

Limitándome al capital deber de educación de los padres, debo hacer notar la enorme contradicción entre las palabras de la ley y la realidad socioeconómica de la familia española de fines del siglo XIX e incluso del momento actual.

La obligación legal se cumplía por la familia burguesa escolarizando a sus hijos en las elitistas escuelas de pago, predominantemente religiosas,

que existían ya en dicha época y que precisamente a partir de la misma se desarrollaron de un modo esplendoroso.

La educación de los hijos de las familias proletarias era otra cuestión. Como afirma el Informe Foessa (56) «no ha sido la falta de preceptos legales lo que ha impedido la total escolarización elemental en nuestro país.

Desde hace más de un siglo, los políticos no han dejado de prometer la solución al problema de la escolarización de todos los niños españoles a nivel primario, sin que sus previsiones se hayan cumplido desde entonces. Parece como si con la inclusión en la Gaceta de las disposiciones legales se considerase ya solucionado el problema... Por un lado caminaba con paso cansino la dura realidad de cada día y por otro, giraba el rigodón de leyes y decretos.»

La dura realidad era el porcentaje aterrador de analfabetos de la población española, que alcanzaba según TUÑÓN DE LARA (57) en 1887 al 71,50 por 100 de la población total.

Ello no significaba el total abandono por el Estado de la cuestión de la enseñanza: significaba que el Código contempla en su origen una educación de élites (58) adecuada a la estructura socioeconómica burguesa de la España de la Restauración. El Estado canovista pretende renovarse sin innovar nada de su estructura de poder: para ello crea un aparato educativo que cumple perfectamente este fundamental designio.

Ideas como la democratización de la enseñanza, el principio de igualdad de oportunidades, el derecho de todo niño a la educación, escapan totalmente al horizonte de los codificadores, pero no así al de los políticos regeneracionistas y de los pedagogos iluminados.

El derecho de corrección del padre se reconoce limitado, aunque la facultad del padre de poder detener al hijo por simple mandato no motivado no puede considerarse acertado ni siquiera a nivel de las ideas imperantes en el momento de la codificación. Se trata, en definitiva, de entregar, de hecho, el poder de corrección al padre para que éste lo ejercite según su conciencia, que se supone recta. El Estado interviene lo mínimo posible en el instituto de la patria potestad, y lo considera regulado por las pautas familiares—ciertamente autoritarias y paternalistas: moral victoriana—del momento.

(56) *Ob. cit.*, pág. 845.

(57) *La España del siglo XIX*, Librería Española, París, 1968, pág. 304.

(58) En 1860, según el *Informe sociológico* dicho, estudiaban bachillerato 20.000 niños en toda España (pág. 858), y en 1863, 8.770 jóvenes carreras universitarias (pág. 869). No obstante lo cual, la enseñanza de fines del siglo XIX, gracias a esfuerzos tan estimables como los de la Institución Libre de la Enseñanza, lleva a España a niveles culturales plenamente europeos y crea una *élite* intelectual que origina en el primer tercio de este siglo «la Edad de Plata» de la cultura española.

Se mejora algún tanto con relación al anterior Derecho el esquema de la filiación natural. Se concibe como derivada de una unión entre personas libres que no tiene por qué ser concubinaria, como exigía el Derecho tradicional castellano, sino puede ser circunstancial. Se establece por reconocimiento voluntario o forzoso de ambos padres o de uno de ellos.

El reconocimiento forzoso está rígidamente limitado para el padre, por el artículo 135. Por el contrario, el 136 permite investigar libremente la maternidad. Uno y otro atribuyen la patria potestad al padre o madre que reconoce al hijo, y atribuyen alimentos, apellidos y derechos sucesorios al hijo natural respecto al padre o madre, inferiores y derechos sucesorios a los del hijo legítimo, y sólo exigibles respecto del padre natural, nunca respecto de los parientes legítimos de éste.

Los hijos ilegítimos, esto es, aquellos que fueron engendrados por personas que no pudieron casarse al tiempo de la concepción, ni siquiera, con dispensa, carecen de *status* familiar y sólo pueden reclamar alimentos naturales—«auxilios necesarios para la subsistencia»—cuando la paternidad o maternidad se infiera de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil, o resulte de un documento indubitado del padre o madre en que expresamente se reconozca la filiación, o cuando se pruebe, respecto de la madre, el hecho del parto y la identidad del hijo.

El sistema de la filiación ilegítima del Código en su conjunto era restrictivo, incluso al nivel de las ideas de su época (59). Tuvo en cuenta sólo la regla prohibitiva de la investigación de la paternidad natural del Code Civil francés, olvidando la permisiva contenida en el Foral catalán. Sin embargo, afirma CARBONNIER (60), «esta prohibición fue criticada en el siglo XIX como moralmente chocante, permitiendo a los hijos de familia libertinos huir de sus responsabilidades y socialmente injusta dejando sin recursos a la madre soltera. La jurisprudencia había temperado el rigor de la ley utilizando los recursos del Derecho Común: ya dando validez como novación de una obligación natural el compromiso adoptado por el padre de atender el mantenimiento del niño, ya autorizando a la madre dolosamente seducida a reclamar a su seductor en virtud del artículo 1.382 (equivalente a nuestro 1.902) (comprendido el perjuicio sufrido por la carga del niño). Pero estos temperamentos no se aplicaban siempre, y al principio del siglo, la modificación del artículo 340 *la recherche de la paternité est interdite*

(59) Para una crítica del Derecho del reconocimiento de la filiación natural en nuestro Código, véase Díez PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, citados, vol. II, págs. 443 y sigs., y especialmente las conclusiones en págs. 460 y 461.

(60) *Droit Civil*, cit., tomo II, pág. 247.

era una de las reformas del Code Civil que reclamaba más vivamente la opinión de la izquierda».

En tal sentido, la ley francesa de 25 de marzo de 1896, mejoró la cuota sucesoria atribuida a los hijos naturales. Posteriormente, la reforma del artículo 340 del Code Civil estableció como causas que podían justificar la investigación de la paternidad natural, la violación o rapto, la admisión por escrito de la paternidad, concubinato notorio del padre y la madre durante el período legal de la concepción, la participación del padre, en calidad de tal en la educación y mantenimiento del hijo (Ley de 16 de noviembre de 1912).

En Italia, en que la regla de la prohibición de la investigación de la paternidad natural fue establecida por el Código de 1865, afirma UNGARI (61) que tanto los socialistas como los católicos a principios de nuestro siglo reivindicaron la investigación de la paternidad, partiendo de sus diversas filosofías. No obstante sólo el Código civil de 1942 estableció parecida regulación que la Ley francesa de 1912.

Hay que reconocer que nuestro Código no era excesivamente generoso en la regulación de la condición de los hijos ilegítimos no naturales, pero en todo caso la mejoraba con relación a las ideas imperantes en el siglo XIX. Porque el Code Civil francés, consagraba la regla de prohibición absoluta de la investigación de la paternidad y maternidad en aquellos casos en que el hijo era incestuoso o adulterino (art. 342). Ha sido preciso llegar en dicho país a la ley de 15 de julio de 1955, para reconocer a los hijos ilegítimos el derecho de alimentos que nuestro Código ya les reconocía.

En la redacción primitiva del Código Civil se seguía la tendencia restrictiva de la adopción, característica del Code Civil y del Código Italiano de 1865. Sin embargo, se mejoraba algún tanto la regulación del primer cuerpo legal, porque no se prohibía la adopción de menores y se atribuía la patria potestad sobre los mismos al adoptante. La regulación del instituto, no obstante, era deficiente, sus requisitos excesivos, sus efectos, oscuros—verbi gracia, el célebre pacto de institución de heredero del adoptado—e insuficientes. No creaba un estado civil que fuera equiparable al que originaba la filiación, legítima o natural—en lo que seguía al modelo francés—ni sentaba una base para mitigar el problema de los expósitos y abandonados.

Mucho se ha criticado por los autores el sistema de la tutela del Código Civil. Frente a los principios de tutela familiar, tutela orgánica y unidad de la guarda legal, se ha dicho que la unificación se ha conseguido de un modo

(61) *Il diritto di famiglia in Italia*, Società Editrice il Mulino, Bolonia, 1970, páginas 152 y 154.

muy relativo, y que hay grandes variantes en los diversos tipos de tutela del Código. La tutela orgánica se funda en la preeminencia del Consejo de Familia, órgano soberano y clave del sistema, que entorpece la labor del tutor, haciéndolo ejecutor de los acuerdos del mismo, y por otra parte, carece de competencia técnica jurídica característica del órgano judicial. Finalmente, la tutela familiar, basada en el parentesco—real o presunto—del tutor, protutor y miembros del Consejo de Familia con el pupilo, carece de arraigo en nuestro Derecho patrio, siendo una implantación directa del Código Francés. En conjunto el sistema es inoperante y la tutela sólo se constituye cuando hay que enajenar bienes del menor, no siendo vivida no constituida en los casos en que el pupilo carece de bienes.

Sin embargo, en descargo del Código puede afirmarse que si el sistema de tutela familiar ha sido un fracaso, no fue mejor en el antiguo Derecho el de la tutela de autoridad (tutor y juez). La falta de aplicación práctica de la institución en los casos en que el pupilo carece de bienes es también apreciada por los autores franceses. «La tutela del Código Civil, afirma SAVATIER, protege un patrimonio más que la persona de un menor.»

«En la tutela, especialmente, o a propósito de la interdicción judicial de los locos, el Código se interesa más por la fortuna que por la persona del incapaz. Y cuando se trata del menor emancipado o débil de espíritu, no protege sino los bienes (arts. 471 y siguientes, 513 y siguientes), dejando, si se da el caso, la persona a la deriva» (62).

De modo más terminante CARBONNIER (63) señala que «la idea primitiva de una tutela destinada a asegurar los intereses de los herederos presuntos no era tan extraña al Code Civil de 1804 como lo es a nuestra sensibilidad. No hay sino pensar en el papel del Consejo de Familia donde las dos líneas se supervisan y en la prohibición de enajenar sin su autorización los inmuebles del menor (esto es, prácticamente los que le habían sido deferidos por sucesión de sus padres). La clave del sistema era más bien la conservación de los bienes en las familias que la protección del niño.» Ha sido preciso llegar a la Ley de 14 de diciembre de 1964 para ver definida la tutela como «protección debida al niño.»

Frente a tal filosofía materialista del Code, la afirmación del artículo 199 de nuestro Código Civil, de ser el objeto de la tutela, «la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes» del pupilo, destacando el aspecto personal de la relación entre tutor y pupilo, la obligación del tutor contenida en el artículo 264,2 de procurar por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran la capacidad, las determinaciones personales que contienen los tres pri-

(62) *Las métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*, Seconde Série, Paris, Dalloz, 1959, pág. 9.

(63) *Droit Civil*, cit., II, pág. 400.

meros párrafos del artículo 269, demuestran que no es tan denostable ni tan carente de méritos en este punto, en su pensamiento fundamental, nuestro Código Civil. La intervención de la autoridad judicial no es en su sistema puramente formularia y carente de trascendencia, sino «se le atribuyen explícitamente por la ley funciones importantísimas y a fondo, dentro de la vida tutelar... A nuestra jurisprudencia se debe el desenvolvimiento dado a la tutela de familia, evitando los estragos que el exceso de autonomismo familiar podría haber producido, e infiltrado armónicamente dentro del sistema las funciones de la Autoridad judicial, suprema garantía del orden jurídico» (64).

La regulación del Derecho de Familia por nuestro Código civil era, en cierto modo, adaptada a la realidad familiar española del último decenio del siglo XIX, y más progresiva que el antiguo Derecho castellano y que la mayor parte de las codificaciones demimonónicas. Puedo hacer mías las palabras de FEDERICO DE CASTRO (65) al afirmar que el Código, «es, en todo caso, uno de los textos mejores de la excelente legislación civil decimonónica; superior siempre a la producción científica del tiempo. Sus autores tenían gran experiencia práctica y, a pesar de lo desfavorable de la época, supieron conservar la esencia tradicional del Derecho civil y hacer elegantemente, con mínimos medios, una obra útil y española».

Creo que el reproche máximo que puede hacerse al Código es el que podríamos llamar su inmovilismo. Se le podrían aplicar las palabras que dijo en el siglo XVII Gracián en *El criticón*, al afirmar que España «se está como salió de las manos del Creador sin que lo hayan mejorado cosa alguna desde entonces sus moradores». Nada ha cambiado para el legislador en la familia española, pese a que los sociólogos afirmen lo contrario y creo haber dejado constancia de sus opiniones en los capítulos anteriores. Los usos familiares se han revolucionado desde fines del siglo XIX, pero por lo visto el legislador cree que es mejor continuar apegado a viejas fórmulas familiares autoritarias, quizá por razones de estabilidad y paz social.

Me remito a lo que dije en «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» (66):

«El Derecho familiar español está en crisis. La vestidura jurídica que la familia española se endosó en la penúltima década del siglo XIX pese a algunos zurcidos y reparaciones de detalles, estalla por todas sus cos-

(64) BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 754-755.

(65) Compendio citado, pág. 50.

(66) Separata del *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 1160 y 1161.

turas y no puede seguir regulando con justicia las relaciones familiares de una sociedad en agudo proceso de cambio.

Si como consecuencia de la ley que comentaré el legislador español toma conciencia de tal crisis, y que urge actualizar dicho Derecho, bienvenida sea. Si por el contrario 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.

Pero en este último caso es preciso que los sociólogos evalúen empíricamente los «costos humanos» que tal disparidad lleva consigo. 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».

OTRAS FUENTES DE DERECHO EXTERNO DE LA FAMILIA

1) *Derecho mercantil de la familia*

De antemano excluyo de mi análisis extremos de importancia para el Derecho de Familia Patrimonial, como son los referentes a la capacidad de la mujer casada, menores e incapacitados para ejercer el comercio, los créditos dotales y parafernales de la mujer y su preferencia en la del comerciante, la inscripción de las capitulaciones matrimoniales y de las aportaciones matrimoniales de la mujer en los diversos registros públicos, y sus efectos, extremos todos contenidos en el Código de Comercio de 1885.

En la medida en que existe una disciplina especial, separada y autónoma del Derecho Civil, como es el Derecho Mercantil escapan de la competencia directa del civilista, aunque creo que un análisis totalizador del fenómeno jurídico familiar, en modo alguno puede preferir tales problemas, cuando materias no estrictamente dogmáticas jurídicas, como son la Filosofía del Derecho o la Sociología jurídica, no son extrañas a su examen. El Derecho es uno, y no puede ser compartimentado artificialmente, con mengua de la intrínseca unidad de los problemas concretos, por los diversos especialistas.

Aparentemente; la línea de demarcación de dichos cuerpos legales es clara: en la medida en que supongan tales preceptos una innovación respecto de las reglas de Derecho Común pertenecerán al Derecho Mer-

cantil; en aquellos puntos en que el Código de Comercio calle, el Derecho Común, esto es, el Código Civil, y en definitiva su elaboración científica, el Derecho Privado general suplirá sus deficiencias, unas veces no intencionadas y muchas veces, conscientes (art. 2.º y 50 CCom).

El Derecho Mercantil no puede permanecer ajeno, por lo demás, a los análisis del Derecho Privado general en esta materia. Hay un evidente riesgo de que los civilistas y mercantilistas den de lado tales estudios, precisamente por su carácter fronterizo entre dos grandes cuerpos del Derecho Privado. La coordinación interdisciplinaria en la investigación de esta materia debiera ser lograda, y creo puede ser un buen augurio en tal sentido, la existencia en nuestras facultades del Derecho de Departamentos de Derecho Privado, en que se integran el Derecho Mercantil y el Civil.

Es evidente que el Derecho Mercantil en este punto ha de recoger la técnica más avanzada del Derecho Civil, elaborado con los importantes aportes de la Sociología jurídica, de la Historia del Derecho y de la Filosofía jurídica. Es claro que los mercantilistas no tienen por qué duplicar las investigaciones de los civilistas al respecto, y sí sólo aprovechar sus conclusiones para lo que es su cometido específico: hallar aquel sustrato mercantil, irreducible al Derecho Común, en las normas a que me he referido.

¿Cuáles son las exigencias que el tráfico mercantil, singularmente el profesional del comerciante o de la empresa comercial societaria, impone a las normas del Derecho de familia? ¿De qué modo influyen los principios de formalismo, agilidad en la contratación, seguridad en el tráfico, tendencia al negocio a plazo fijo y demás características del Derecho Mercantil en el Derecho patrimonial familiar, y en los estados civiles de la mujer casada, menor de edad o incapacitado, conectados indisolublemente con el *status* familiar de sus miembros?

¿De qué manera el cambio social del tiempo presente puede producir trastornos en la seguridad jurídica del tráfico mercantil, si las normas del Derecho Común en las que se asienta el Derecho Mercantil familiar resultan inadecuadas a tal cambio? ¿Puede por más tiempo, ser dudoso que la mujer casada pueda ejercer el comercio con autorización judicial, supletoria de la licencia marital? ¿Cómo ha incidido la Ley de 22 de julio de 1961 en el Derecho Mercantil familiar? ¿Puede seguir siendo dudosa la capacidad del menor de edad emancipado para ejercer el comercio? ¿Pueden quedar olvidados los intereses familiares de los pequeños comerciantes de mantener indivisa la empresa a la hora de abrirse la sucesión de la empresa familiar, porque una legislación sucesoria poco flexible no los tenga en consideración?

Es evidente que el mercantilista debe plantear reivindicaciones al De-

recho Común familiar, en la medida en que los intereses generales del tráfico mercantil se vean atrapados en la tenaza que forman las anticuadas normas de nuestro Derecho de Familia y las exigencias vehementes del vivísimo proceso de cambio social e ideológico del tiempo presente. Y creo, que prescindiendo de «capillismos», la coordinación interdisciplinaria en la investigación del Derecho Mercantil familiar debe ser lograda, y las demandas al poder público de que sea reformado el Derecho de Familia español, hechas conjuntamente por juristas civilistas y mercantilistas.

2) *Derecho administrativo familiar*

Tampoco es mi propósito hacer un análisis detallado de la legislación relativa a la materia familiar o que de algún modo tiende a proteger el interés de la familia, posterior a la promulgación del Código Civil. Definidas las grandes relaciones familiares en el Código civil—relación conyugal, paternofilial, tutelar, parental—, las leyes posteriores «extravagantes» no pretenden delinear una familia diversa de la estereotipada en tal cuerpo legal, sino subvenir a sus necesidades, otorgándole la protección del ordenamiento jurídico implícita en el milenario principio de «favor *familiae*».

Principio que ha sido recogido, ya en plano constitucional, por todas las leyes fundamentales de los países civilizados, a partir de la primera guerra mundial, cuando las exigencias del cambio social, el fenómeno del urbanismo, y la proletarización creciente de los países más adelantados, hacían absolutamente imprescindible la articulación de una política familiar en el cuadro del reconocimiento de los derechos sociales por las Constituciones.

En tal sentido fue modélica la Constitución de Weimar de 11 agosto 1919 al considerar el matrimonio como base de la vida familiar, y de la conservación y desarrollo del pueblo, colocándolo bajo la protección de la Constitución (art. 119), al declarar que el matrimonio descansa sobre la igualdad de derechos de ambos sexos (art. 119, ap. 1, proposición 2.^a) y al prever una mejora del derecho de los hijos habidos fuera del matrimonio (art. 121).

Nuestra Constitución republicana de 1931, se hizo eco de esta tendencia del Derecho comparado de su tiempo. Es sabido que la redacción de la alemana de Weimar influyó decisivamente en ella. El artículo 43 proclamó que la familia estaba bajo la salvaguardia especial del Estado, que el matrimonio se funda en la igualdad de sexos y que era disoluble. Se equiparaba los hijos habidos del matrimonio y los extramatrimoniales. Las leyes civiles regularían la investigación de la paternidad.

El nuevo Estado reafirmó—desde su punto de vista de la teoría orgánico-institucionalista—su protección a la familia (vid. Declaración XII, punto 3.º del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938; art. 22 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945 y Ley promulgadora de los principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958).

Interesa, más que un estudio de los textos, de evidente carácter programático, el desarrollo de los mismos en la legislación ordinaria (67).

Aunque no cabe duda que algunas de las disposiciones posteriores al Código pueden considerarse genuino Derecho Privado. Derecho Civil, por regular la esfera íntima de las relaciones familiares y no su economía externa, lo cierto es que la parte más importante de las mismas son disposiciones administrativas o, en su caso, pertenecientes al Derecho laboral, nueva rama desgajada del viejo tronco del Derecho Común.

¿Cuál ha de ser la postura del civilista ante tales disposiciones legales que afectan a la familia?

¿Es admisible decir: «ahora bien, por importante que sea esta legislación favorable a la familia, no es Derecho de Familia (68)», y por tanto, no ha de ser estudiada en los tratados doctrinales que estudien predominantemente el Derecho privado familiar?

Creo que de nuevo el civilista ha de adoptar una posición semejante a la que resalté respecto del Derecho Mercantil familiar. No es admisible que por más tiempo el Derecho Administrativo familiar (69) permanezca descuidado por civilistas y administrativistas, como materia situada a caballo de dos ordenamientos. Aquí es evidente que la colaboración interdepartamental de la investigación de los civilistas y administrativistas es más indispensable que en el caso del Derecho Mercantil familiar, pues al fin y al cabo, el Derecho Mercantil sigue siendo Derecho Privado, lo que no ocurre con el Derecho administrativo.

El civilista no puede, en modo alguno, dejar de lado el estudio del Derecho administrativo familiar, pues la familia española del momento actual, sobre todo la de clase media o proletaria, desde su fundación por el matrimonio hasta su extinción por la muerte de cualquiera de los cónyuges, pasando por todas las vicisitudes de enfermedad, maternidad, educación de los hijos, adquisición de una vivienda protegida por el Estado, en suma, para casi todos los actos que no sean de consumo corriente, tropieza con normaciones administrativas, que pesan de un modo

(67) Para una síntesis de dicha legislación, vid. BONET RAMÓN, *ob. cit.*, páginas 32-37.

(68) LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pág. 19.

(69) Emplea esta denominación W. G. FRIEDMANN en su obra *El Derecho en una sociedad en transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, página 273. Es la traducción de la obra mundialmente famosa *Law in a changing society*.

abrumador en la economía doméstica, y que son tenidas cada vez más en cuenta por los miembros responsables de la misma.

Una visión totalizadora del fenómeno jurídico familiar obliga al civilista: en primer término, a denunciar el problema, la nebulosa doctrinal del Derecho Administrativo familiar inconcebible cuando una fracción importantísima de las «transferencias sociales» o redistribución de la riqueza por el Estado se realiza en el marco de tal Derecho (70); y en segundo a prestarse a facilitar al jurista administrativista las bases sociológicas, dogmático-jurídico privadas y filosófico-jurídicas sobre las que ésta pueda realizar su análisis publicístico específico. La noción de familia moderna—creo que el Derecho administrativo familiar no contempla sino la familia nuclear o conyugal—sus fines, las diversas filosofías familiares, las *mores* familiares del momento, el influjo del cambio social en la estructura familiar—democratización de la familia, emancipación de la mujer y de los hijos adolescentes—, y la dogmática jurídica de las relaciones familiares, deben ser suministrados por el civilista al administrativista para que éste sistematice el Derecho Administrativo familiar.

Creo que en la configuración de tal rama singular, especializada del Derecho Administrativo se deben decantar los principios adecuados a la realidad familiar que no sean a su vez contradictorios con los que presiden el Derecho Administrativo común.

El principio básico de tal rama especial del Derecho Administrativo debe ser el de respeto a la autonomía familiar. Creo haber dejado suficientemente aclarado que el Derecho interno familiar debe ser consagrado, respetado, por el ordenamiento jurídico, y consiguientemente, por el administrativo. La recta autonomía familiar debe ser inviolable, siempre que la familia tenga medios de expresión de una voluntad real, sustancial, no viciada por la escasa formación de sus miembros responsables, la presión propagandística de los medios de masas incontrolados, la constante incitación de la sociedad de consumo o su desfavorable colocación en la pirámide de la estratificación de la sociedad. Tales obstáculos a la formación de una voluntad sustancial de la familia deben ser removidos por los medios de un Estado de Derecho de una sociedad pluralista.

Conciliar el principio de la subsidiariedad de la acción administrativa, corolario del reconocimiento de la autonomía familiar, con el principio del orden público familiar, que impide que se descarte el *minimum* ético consagrado por el Derecho estatal de la familia—abandono de sus

(70) No sería excesivo calcular en un 10 por 100 del total volumen del producto nacional bruto la parte del rendimiento económico nacional que se transfiere a la familia por medio de la seguridad social y por otros conductos (desgravaciones de impuestos, pensiones, becas, transportes públicos bonificados, atribución de viviendas de protección oficial, etc.).

deberes por los padres y esposos, ineducación de los hijos, conculcación grosera del deber de alimentos hacia los parientes más próximos—dará la medida de la prudencia de una política familiar.

Pero es obvio que sólo los juristas—civilistas y administrativistas conjuntados—pueden facilitar al legislador los cauces jurídicos para una tal política familiar, fundados en una filosofía humanista (71). De la clarividencia y preparación de tales juristas—y del control de su quehacer en el marco de un Estado de Derecho—pueden derivar, bien el bienestar, bien una peligrosa anomia de la familia española (72).

Problema característico del Derecho Administrativo familiar español, que quizá haya contribuido en gran manera a que permanezca en la nebulosa doctrinal que he apuntado, radica en que un sector importantísimo de sus disposiciones se halla, a su vez, discutido por los administrativistas y los especialistas en Derecho laboral. Me refiero al Derecho de la seguridad social, en gran parte influido por consideraciones y motivaciones de protección a la familia del trabajador asegurado.

En los países extranjeros en que la seguridad social está más avanzada que en España, esta rama del Derecho se aleja más y más del Derecho laboral clásico, y conquista progresivamente su autonomía. La seguridad social no concierne sólo a los asalariados, sino a categorías sociales progresivamente en aumento, al margen de su calificación de trabajadores por cuenta ajena. Es evidente que en tales países, el Derecho de la seguridad social no puede considerarse como una simple rama especializada del Derecho laboral.

Por otra parte, «la ambición de las políticas contemporáneas implica una intervención creciente de los poderes públicos en los mecanismos de la seguridad social, cuyas instituciones deriven de la noción de servicio público y cuyo derecho bascula por tanto, poco a poco, en el Derecho público». En suma, «aun cuando esta doble evolución esté todavía en curso, se puede, por tanto, considerar que el derecho de la seguridad social no es un compartimiento particular del Derecho del

(71) ERNEST WOLF (en su artículo «Das Begriff Familienrecht», publicado en 1968 y citado en RIGAUX, *Les personnes*, tome I, Bruselas, Maison Ferdinand Larcier, S. A., 1971, pág. 89, *Les relations familiales*) afirma que lo que en las relaciones familiares bajo sus dos formas (esposos y padres e hijos) constituyen a la vez el derecho y la obligación de cada uno de sus compañeros, es de contribuir a que el otro pueda, conforme a sus disposiciones naturales y a sus cualidades adquiridas, siendo hombre, mujer o niño, existir en cuanto persona. Existir como persona significa tomar sus decisiones libremente, sin estar dependiente en virtud de un vínculo causal.

Creo que en tal sentido debe orientarse una política humanista de la familia.

(72) Sobre el Derecho Administrativo familiar—principios, autonomía pedagógica o docente, legislativa y científica—véase mi trabajo, publicado en esta Revista, «Notas para una introducción al Derecho de Familia», año XLIX, septiembre-octubre 1973, núm. 498, págs. 1105 y sigs.

trabajo y tiende a constituir una rama particular del Derecho Público (73).

Sin embargo, esta doble evolución todavía no se ha producido en España con los caracteres de nitidez que presenta en Francia y en general, en el resto de Europa Occidental. Así, ALONSO OLEA (74) afirma que «si la seguridad social es, o deja de ser, parte integrante del Derecho del Trabajo o del administrativo, o si tiene entidad bastante para prestar su base a una disciplina jurídica autónoma, es tema a plantear con referencia a cada ordenamiento jurídico en particular. Respecto del nuestro en concreto, aun después de promulgada la Ley de Seguridad Social, es tan notorio, que tanto el sistema como el régimen general de la seguridad social están ligados en sus líneas esenciales al trabajo por cuenta ajena, que subsisten riesgos específicos sólo pensables respecto de éste y que, aunque haya extensiones de la cobertura... opera como aspiración a lograr respecto de las demás personas protegidas, que resulta artificiosa la autonomía y sumamente aventurado en una fase crítica de la noción del servicio público impostar en ella algo tan especializado, tan complejo y se insiste, tan ligado a la relación de trabajo, como es nuestro régimen de Seguridad Social».

No debe sino lamentarse tal panorama de nuestro Derecho de la seguridad social. El peso e incidencia de la seguridad social en nuestra economía es creciente. El porcentaje del presupuesto público en los gastos de la misma, es totalmente inadecuado.

La necesidad de que la familia se vea protegida frente al infortunio por una adecuada seguridad social, cada vez más apremiante. La regulación de tal protección en el marco del Derecho laboral, como un simple apéndice de un contrato de trabajo, totalmente anacrónica e inadecuada. De nuevo el Derecho ha quedado desbordado ante el cambio social, que demanda del poder público una seguridad social consecuente con la condición de administrado de su beneficiario, de persona físicamente residente en el territorio nacional, trabaje bajo contrato de trabajo o de otra forma o incluso no trabaje. La seguridad social debe ser un servicio público, extensible a todos los administrados y no un privilegio compensador de las desventajas de una clase social específica como es la asalariada. Nociones como la del «impuesto negativo», que dotaría a todo administrado de un complemento de sus ingresos insuficientes, inserto en la regulación del impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal, dejan obsoleto, periclitado, el viejo concepto de la seguridad social, como mero apéndice del Derecho laboral.

(73) JEAN JACQUES DUPEYROUX: *Sécurité sociale*, París, Sirey, 1963, pág. 24.

(74) *Instituciones de Seguridad social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, pág. 32.

Es claro que tal noción puesta al día del Derecho de la Seguridad Social permitiría agrupar sus preceptos protectores de la familia con los restantes que integran el Derecho Administrativo familiar.

3) *Derecho jurisdiccional familiar*

Creo importante hacer una referencia a lo que podía llamar «Derecho jurisdiccional familiar», en su doble vertiente orgánica y procedimental.

No basta conocer las normas positivas que regulan el ámbito interno, la estructura de la familia, y su funcionamiento externo, sigularmente en el ámbito económico. Es preciso conocer también las distintas instancias judiciales o arbitrales que pronuncian el derecho en los conflictos familiares y dictan la regla adecuada al caso concreto.

En nuestro Derecho, el conocimiento de las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos de la dispensa del matrimonio rato y consumado, y del uso y aplicación del privilegio paulino, corresponde exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil (art. 80 C. C.).

Corresponde, por el contrario, a la jurisdicción civil, dictar las medidas provisionales durante la tramitación del proceso canónico (art. 81), y ejecutar las sentencias y resoluciones firmes que emanen en dicha jurisdicción (art. 82). Asimismo conocerán los tribunales civiles de los pleitos de nulidad de los matrimonios civiles, adoptando las medidas provisionales y fallando y ejecutando lo juzgado (art. 103), y de los de separación y sus incidencias (art. 107).

La jurisdicción ordinaria civil aplica asimismo el Derecho Familiar no matrimonial, si bien lo relativo a la protección de los menores de dieciséis años compete a los Tribunales de menores, organismos especializados en el seno de la jurisdicción ordinaria, pero que funciona al margen de las normas de procedimiento clásico de los procesos civiles.

Salta a la vista la complejidad de nuestro Derecho jurisdiccional familiar, que es sólo un nombre, en nuestro ordenamiento jurídico. No es posible hoy por hoy hallar normas homogéneas, principios jurídicos coherentes, entre dos cuerpos jurídicos tan dispares en su evolución histórica y sentido institucional, como son el ordenamiento español y el Derecho canónico.

El extremo arcaísmo del procedimiento canónico, bueno quizá ¡para el siglo XIII!, pero de ninguna manera equiparable al bien organizado aparato de la justicia española, la dispersión de los tribunales canónicos—uno para cada diócesis, hasta para algunas minúsculas del centro

y norte de España, en proceso de desertización—que impide la especialización de los jueces canónicos en la materia matrimonial, la forma de retribución de los jueces diocesanos, la intervención aplastante del defensor del vínculo en los mismos, la aplicación del principio *matrimonium gaudet favore iuris*, que hace sumamente difícil la declaración de nulidad, crean en unión de la religiosidad sociológica de la inmensa mayoría del pueblo español y el hecho estadísticamente incontrovertible que la inmensa mayoría de los matrimonios hoy constituidos en España sean canónicos, una situación verdaderamente grave para los esposos que pretenden anular su matrimonio o, simplemente, separarse legalmente.

La Sociología jurídica debe constatar la incidencia que tales deficiencias provocan en la observancia de la Ley canónica en caso de conflicto conyugal. Pero es consternadora la carencia de noticias acerca del número de esposos separados de hecho, en relación con el de separados legalmente.

No parece que en España tengan acogida en un futuro próximo la idea de que el conocimiento de las causas de separación del matrimonio, canónico o civil, sea de competencia de los Tribunales civiles. Tal idea, que no sería sino la actualización de la solución dada al problema por el proyecto de Código Civil de 1851, artículo 75, permitiría posiblemente reducir la incidencia de la separación de hecho de los esposos en la vida social española, evitando las numerosas situaciones de anomia al respecto, que crecen de día en día en número.

Probablemente, tal ampliación de la esfera de las atribuciones de los tribunales ordinarios en materia matrimonial, permitiría un cierto desdoblamiento de la jurisprudencia matrimonial de los Tribunales civiles, tan escasa y sin contenido en la actualidad, y daría ocasión a que el Derecho procesal familiar saliera de la nebulosa en que se encuentra.

Los estudios científicos de la realidad familiar sentarían las bases de un proceso dotado de principios *sui generis*, en modo alguno plegado al principio dispositivo característico del procedimiento ordinario, pero donde la idea de la familia como institución superior a sus miembros, cuya unidad y estabilidad formales externas hay que preservar a todo trance aunque sus miembros singulares sean infelices o se destruyan psicológicamente unos a otros, quedará reducida a sus justos términos: a la protección de los singulares miembros de la familia, especialmente los más débiles, a su promoción y a asegurar su bienestar.

El Derecho estricto sería lo último que el juez pronunciaría en un conflicto familiar. He dicho en otro lugar (75): «Donde bastara el asis-

(75) *Notas* ., citado, pág. 1152.

tente social, no debería intervenir el juez; donde el juez en trámite de jurisdicción voluntaria pudiera componer justamente los intereses familiares en juego, no debiera actuar en vía contenciosa; donde fuera conveniente fallar en equidad, proponer arreglos amistosos o conciliar los intereses en pugna, no debiera fallar según Decreto estricto, de acuerdo con el principio dispositivo.»

Ahora bien, la articulación de un tal proceso familiar obligaría a la regulación adecuada de un cuerpo de jueces o tribunales especializados en Derecho de Familia en el seno de la jurisdicción ordinaria, aprovechando la experiencia de los Tribunales Tutelares de menores, pero ampliando considerablemente su ámbito de competencia, hasta abarcar todo el Derecho Familiar, al menos el de competencia estatal.

Por supuesto que antes que reformar en su totalidad el procedimiento y el aparato judicial de las controversias familiares, habría que intentar reformar el Código civil y la legislación familiar toda. Pero no es posible preterir por más tiempo la iniciación de experiencias como las realizadas en Francia, donde en Lila y Burdeos se han creado tribunales familiares entre 1963 y 1965 (76).

(76) JEAN CHAZAL, en *Les droits de l'enfant*, París, P. U. F., 1969, págs. 116-118, afirma: «Es particularmente interesante subrayar que entre 1963 y 1965 dos salas especializadas en materia de Derecho Familiar han sido organizadas a título experimental en el seno de dos Tribunales de apelación importantes: los de Burdeos y Lila. El conocimiento de los procedimientos de divorcio, de adopción y de adopción plena, de pérdida de la patria potestad, delegaciones judiciales de patria potestad y decretos en materia de guarda de niños les han sido atribuidas.

El presidente MARTAGUER, que ha presidido durante cinco años la sala familiar de Burdeos, y el presidente ALLAER, que preside la de Lila, han comunicado sus experiencias. Los resultados obtenidos han sido muy alentadores. Las experiencias bordelesa y lilesa muestran que la institución de las salas familiares representa un neto progreso en la perspectiva de una buena administración de justicia y de una protección judicial de la infancia adaptada a los progresos realizados por las ciencias humanas en el curso de estos últimos treinta años. Ha llegado el momento de que el legislador se haga cargo del problema e instituya en el plano nacional salas familiares.»

FRIEDMANN (*ob. cit.*, págs. 242 y sigs.) afirma que «el principio de un tribunal familiar unificado, que entendería en los múltiples aspectos de la ruptura de la familia con procedimientos de no adversario, ha sido, no obstante, objeto del estudio y de la experimentación más intensos en los Estados Unidos... La necesidad de que una sola institución aplique un tratamiento unificado a cuestiones como la delincuencia juvenil, las relaciones de ayuda entre marido y mujer o entre parejas no casadas, el divorcio y otras formas de disolución del matrimonio, la custodia de los niños y la adopción, ha sido reconocida como muy apremiante por todos los investigadores prácticos serios». Una Comisión legislativa conjunta del Estado de Nueva York dictaminó en 1958 sobre la necesidad de sustituir la proliferación de jurisdicciones familiares por un tribunal familiar unificado.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y EL DERECHO DE FAMILIA

1) *Importancia de los principios generales del Derecho en el derecho de familia*

Fuente jurídica diversa de la ley y de la costumbre, la constituyen los llamados principios generales del Derecho.

No interesa aquí examinar la noción de los principios generales, sus caracteres, clases y funciones que desempeñan en el ordenamiento jurídico general (77). Sí, en cambio, las particularidades que en su doctrina general pueda introducir la innegable singularidad del Derecho de Familia.

En primer lugar, dada la relativa inconcreción de las normas externas familiares—sobre todo las que integran el derecho familiar puro—, y su remisión a las costumbres, la ética, la religión, no cabe duda que en este campo el papel de los principios generales del Derecho se ve acrecentado. A menor concreción y precisión de las reglas jurídicas, debe darse mayor relevancia al papel informador, sustentador de los principios generales respecto de las mismas. Otra cosa sería privar de la necesaria organicidad al ordenamiento jurídico familiar, reducido a unos vagos principios de carácter moral y ético que nada resolverían.

El paso de una ética de proposiciones a una ética de principios, y su inevitable repercusión en el Derecho de Familia, presupone una mayor relevancia del papel de los principios generales del Derecho, claramente influidos por esta última noción de ética, en la fundamentación, interpretación e integración de las normas jurídicas familiares.

2) *¿Existen principios generales característicos del Derecho de Familia, separados o autónomos del resto de los principios generales del ordenamiento jurídico?*

La respuesta la tendremos según aceptemos o no la tesis de Cicu, acerca de la autonomía del Derecho de Familia.

Para este autor, «la primera y fundamental ramificación del concepto de Derecho está en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Y partiendo de esta distinción, al resaltar que las características de la relación familiar se presentan también en la relación de Derecho

(77) Véase sobre los principios generales del Derecho, el *Compendio de Derecho Civil* de DE CASTRO, págs. 96 y sigs., y las *Lecciones de Derecho Civil* de Díez PICAZO. I, Parte General, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho. 1967, págs. 428 y sigs.

Público, era evidente que no podía acomodarse el Derecho de Familia dentro del Derecho Privado. Sin embargo, aquella semejanza de estructura no justificaba, por otra parte, la subsunción del Derecho de Familia dentro del Derecho Público, porque siendo éste el Derecho del Estado, no podía la familia entrar a formar parte del mismo, porque es una institución típicamente privada. Pero aquella diversidad de estructura de la relación que afecta a las raíces del fenómeno jurídico, no permite tampoco que el Derecho de Familia esté sometido a los principios generales propios del Derecho Privado. Es preciso, por consiguiente, que la ciencia elabore estos principios generales del Derecho de Familia, que yo he tratado de esbozar en mi obra sobre el Derecho de Familia, y que no desespero todavía de poder formular, especialmente con el fin de poder aclarar cómo se reflejan en todo el Derecho, incluso en el Derecho Procesal» (78).

Aún en 1955, cuando matizó un tanto su teoría, y estimó que el Derecho de Familia no era parte del Derecho Público, sino parte autónoma del Derecho Privado, estimó que «sería anticientífico ignorar y no darse cuenta de la posición especial que presenta en el mismo, a causa de la particular estructura que ofrece la relación familiar y someterle a principios propios del Derecho Privado, que le son extraños» (79).

Creo que el fundamental fallo de la teoría de CÍCU radica en confundir la autonomía docente o pedagógica del Derecho de Familia, con su autonomía científica. Una cosa es que se resalte la innegable especificidad de la relación jurídica familiar, y se establezcan ciertos principios doctrinales característicos de dicha relación—lo que estudian los autores bajo el epígrafe de «caracteres del Derecho de Familia» (80)—y otra, que tales principios tengan algo más que un carácter puramente sistematizador o pedagógico y que trasciendan a la esfera del Derecho positivo, constituyendo verdaderas bases autónomas de la organización jurídica de la familia, segregadas de los restantes principios característicos del Derecho Patrimonial y del de la Personalidad.

Sería muy prolijo dar cuenta de las opiniones de nuestros autores al respecto: bastará traer aquí a colación algunas de las más características.

(78) «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», en *Scritti minori di Antonio Cícu*, Volume Primo, *Scritti di Teoria Generale del Diritto, Diritto di famiglia*, Tomo Primo, Milán, Giuffrè, 1965, págs. 118-119.

(79) *Principii generali di diritto di famiglia*, citado en LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia*, citado, pág. 20, nota. y BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cícu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1965, pág. 844.

(80) BONET RAMÓN, *ob. cit.*, págs. 17 y sigs; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, páginas 19 y sigs.

DE CASTRO afirma (81) que en la concepción liberal individualista se entienden los Códigos Civiles dictados sólo para servir sólo al interés individual, para proteger el libre juego de las libertades individuales. Siguiendo este criterio, se extrañarán así del Derecho Civil a los Derechos Social, agrario, bursátil, financiero y hasta una buena parte de los principios del Código Civil. «Ello explica que casi todas las recientes disposiciones se diagnostiquen como síntesis de una «publicación» inexorablemente progresiva del Derecho. Mas estos juicios y predicciones nacen ya tarados por aceptar una concepción parcial del Derecho Privado. Las medidas imperativas para proteger la persona (por ejemplo: al incapaz y al que contrata forzado), *para mantener la unidad y buena organización de la familia*—el subrayado es mío—, para que en los tratos y contratos no se dañen los intereses de la moral y de la comunidad, no exceden del marco del Derecho Civil, antes bien, en cuanto defensores de la persona, son la expresión más fiel y directa del principio rector del Derecho Privado.»

Entiende el mismo autor (82) que la especialización del estudio científico de materias comprendidas en el Código Civil, como es el Derecho de Familia, no supone peligro de disgregación del ordenamiento civilista.

DÍEZ PICAZO (83) considera que como una consecuencia de la patrimonialización del Derecho Civil, «se encuentra el intento de segregación del Derecho de Familia». «Con apoyo en la distinta organización del régimen jurídico de las relaciones familiares frente a las relaciones puramente patrimoniales, que son consideradas como las relaciones civiles arquetípicas, y en el paralelismo que existe entre algunos de los caracteres técnicos de aquéllas y los de las relaciones del derecho público, se propugnará la autonomía del Derecho de Familia frente al Derecho Civil. Esta dirección doctrinal se funda en el grave error consistente en creer que la calificación de las relaciones jurídicas y su adscripción a una u otra rama del Derecho pueden hacerse con base en los simples caracteres externos de tipo técnico, tomando además, como caracteres técnicos de la relación jurídico civil aquellos que en realidad se presentan sólo en la relación jurídico patrimonial. Pero es un hecho gravemente sintomático esta pretensión de la autonomía del Derecho de Familia.»

En la misma línea negadora de la autonomía científica del Derecho de Familia con respecto al restante cuerpo del Derecho Civil, se pro-

(81) *Compendio*, citado, pág. 35.

(82) *Ob. cit.*, pág. 34.

(83) *Lecciones...*, citadas, pág. 19.

nuncian ROYO MARTÍNEZ (84), HERNÁNDEZ GIL (85), PUIG BRUTAU (86), JORDANO BAREA (87) y BONET RAMÓN (88).

Al pertenecer el Derecho de Familia al Derecho Civil, al carecer de principios generales característicos de su especialidad institucional, es evidente que se halla sujeto a la acción de los principios generales del ordenamiento jurídico, y singularmente, del civil.

3) *Conexión del Derecho de Familia con los principios generales del derecho, relativos a la persona humana y al derecho patrimonial*

Por supuesto, que el Derecho de Familia puro—relaciones personales de los miembros de la familia entre sí—se halla en íntimo contacto con los principios generales del Derecho personalista o humanista, en un orden de ideas semejante al que expone WOLF y que cité en la nota 71 de este estudio.

En tal sentido, la conexión entre el Derecho de Familia puro y el Derecho de la personalidad no puede ser mayor: ambos sistemas doctrinales necesariamente se enriquecen con mutuos préstamos. El capital principio general del Derecho del respeto de la dignidad de la persona humana (por lo demás reconocido en nuestro ordenamiento constitucional como indiqué), fundamenta el Derecho de la personalidad, constituye la raíz de los derechos que de la misma dimanar, es la premisa filosófica-jurídica de la que deriva la exigencia de reconocimiento de los derechos humanos por el ordenamiento jurídico y la praxis social, y debe ser consagrado por un Derecho de Familia humanista y personalista.

Es posible que la concepción jerárquica institucionalista de CICU, y las ideologías transpersonalistas en torno a la función de la familia como base y modelo del poder político (89) hayan desdibujado hasta el presente tal principio general del Derecho en su aplicación a la relación jurídico familiar. La existencia de relaciones de jerarquía y sumisión en

(84) *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, págs. 9 y 10.

(85) *El concepto de Derecho Civil*, véase JORDANO BAREA.

(86) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 16.

(87) «Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1963, pág. 874.

(88) *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, págs. 24 y 25.

(89) Sobre la relación entre familia e ideología política, véase la ponencia de CARLOS MOYA de este título, insertada en la obra colectiva *Las ideologías en la España de hoy* (coloquio), de JOSÉ JIMÉNEZ BLANCO, AMANDO DE MIGUEL, LUIS GARCÍA SAN MIGUEL y otros, Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972, páginas 83 y sigs.

el seno de la familia (potestades marital, patria y tutelar), la consagración de un abstracto «interés de la familia» que no se sabe bien en qué consiste y la remisión del Derecho a las *mores* familiares tradicionales, hoy en crisis, dan lugar a que el principio de la dignidad de la persona humana se haya visto oscurecido históricamente en su conexión con la relación jurídico familiar.

Salta a la vista que tal situación no puede mantenerse indefinidamente. Las relaciones de jerarquía en el seno de la familia deben ser examinadas críticamente a la luz de los modernos hallazgos de la Antropología, Sociología, Psicoanálisis y Ciencia Política: parece que después de una sociedad fundada en la autoridad del padre, como símbolo de toda autoridad, extensible a todo el ámbito de la cultura, nos hallamos en tránsito hacia una sociedad igualitaria, fraterna, sociedad de hermanos, compatible con la democracia (90). A largo plazo, no es posible conjuntar paternalismo familiar y democracia política.

Ello no quita para que se mantenga la «autoridad parental» en las modernas leyes que modifican sustancialmente la antigua patria potestad (ley francesa de 4 junio de 1970): pero habrá que entender que tal autoridad establecida en interés del niño, se otorga por la ley—expresión de la voluntad general democrática—y no es resabio de antiguos símbolos ancestrales de autoridad familiar y política, sino expresión racionalizada de una necesidad social para el desenvolvimiento y promoción del menor.

El interés de la familia, antiguo ídolo al que se sacrificaban el bienestar y la felicidad de los miembros de aquélla, en el marco de una sociedad represiva, debe ser sustituido por el interés de los singulares miembros que la componen. No es posible resolver problemas concretos, sangrientos, de la vida familiar, que afectan a las esferas más íntimas de la psicología humana, y por tanto, condicionan fundamentalmente el bienestar del individuo, remitiéndose a abstracciones inoperantes, sino a realidades palpitantes, vivas. Estereotipar tal interés y plasmarlo en fórmulas jurídicas, inflexibles normalmente, prohibitivas o imperativas, dadas de una vez para siempre, puede ser desconocer la verdadera esencia de la norma jurídico-familiar, que debe ser flexible, evolutiva, adaptada al cambio social y a la cambiante composición de edades y papeles sociales de los miembros de la familia. Se puede dictar de una vez para siempre una sentencia en materia de propiedad o de relaciones contractuales, pero la fluctuante realidad familiar obliga a revisar una y

(90) RIGAUX, *ob. cit.*, pág. 48, afirma que «entre la democracia de participación que constituye el ideal de la sociedad política contemporánea y la familia asociacionista o igualitaria puede repriminarse la analogía que una edad anterior ha establecido entre el absolutismo real y la familia patriarcal».

otra vez la sentencia que se haya dictado en materia de separación entre cónyuges, alimentos, protección y guarda de los menores.

Es difícil que el juez pueda sustituirse a la propia familia y dicte una norma concreta que componga adecuadamente los intereses familiares en conflicto. Pero el recto interés familiar—los intereses de todos los miembros de esta concreta familia, obviamente en peligro de disolución o de algo peor—obliga a que el juez, aparentemente se «ensucie las manos» entrando en la revuelta borrasca de conflictos y pretensiones interpersonales, difícilmente racionalizables cuando el psiquismo íntimo se halla envuelto, y los litigantes se juegan la paz de su futuro.

Pero la única manera de no ensuciarse las manos, lo ha dicho SARTRE, es no tener manos o cortárselas. Y siempre es preferible que sea el juez, instancia racionalizadora puesta por el Estado en su función tutelar de la familia, quien se las ensucie y pronuncie lo más justo y adecuado, a que siga el interés de la familia encomendado a quien en todo caso sería juez y parte: al cabeza de familia respecto de la mujer, los padres, respecto de los hijos, o quien, en definitiva, tenga la fuerza física o el poder económico suficiente para imponer la ley en el seno de este grupo familiar, dejado por el poder público a su omnímodo albedrío.

Por otra parte, el juez debe disponer, en una concepción humanista del Derecho, de medios adecuados para declarar el interés familiar del modo más adecuado al bienestar de sus miembros. Los hallazgos de las ciencias sociales, la organización de cuadros de funcionarios, profesionales, e instituciones dedicados al apoyo de la familia, de los que aquél podría disponer para averiguar cuál era el interés predominante a salvaguardar, atendidas las circunstancias, del caso concreto, la organización de los tribunales familiares de que antes hablé, son medios que permitirían que el juez ciertamente «se ensuciase las manos», pero con fruto para el bienestar familiar.

La autonomía de la familia para dictar las reglas de su buen funcionamiento, debe respetar siempre los principios generales del orden público, y uno de ellos, quizá el más importante, es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana en el grupo familiar. Ciertamente es que muchas veces, quizá por evitar mayores males, como sería la excesiva intromisión estatal en la vida íntima del mismo, el Estado debe inhibirse frente a las regulaciones internas cuando éstas no conculcan groseramente tal principio.

Pero cuando la convicción de la comunidad considera que la autonomía de la familia para dictarse su propia ley interna es dañosa para los intereses de sus miembros, la intervención del Estado será inevitable para restaurar tal principio general del Derecho. Creo que esto es lo que

históricamente ha ocurrido con el derecho del marido de intervenir la correspondencia y en general, la comunicación humana de su mujer, y del padre de corregir «moderadamente» a su hijo: la dignidad de estos miembros de la familia, secularmente desfavorecidos, ha obligado a la comunidad a reconocer un recurso frente al abuso de sus derechos por el marido y el padre.

El reconocimiento de la dignidad de los miembros singulares de la familia ha creado el Derecho administrativo de ésta, cuando se vio que la postura inhibicionista del Estado burgués liberal de Derecho frente a la problemática de la familia dañaba gravemente sus intereses, que quedaban, cuando de clases sociales desfavorecidas se trataba, totalmente a la intemperie. Las intervenciones administrativas de policía—verbi gracia, represión de los abusos de la guarda de los menores por los padres—y fomento—atribución a la familia de un derecho a prestaciones económicas o beneficios de todo tipo, frente a organismos estatales o paraestatales—han sentado las bases de un auténtico humanismo personalista familiar, en que el principio del respecto de la dignidad humana se ve consagrado e informa dicho Derecho administrativo especial, en el cuadro de un Estado social del Derecho, en tránsito dialéctico hacia un Estado democrático de Derecho.

La problematicidad del principio del respecto de la dignidad de la persona humana en el ámbito del Derecho de Familia no es sino expresión del problematismo general del mismo, en todo el ordenamiento jurídico y en la práctica social. Los principios generales del Derecho no pueden, por sí solos, cambiar la estructura socioeconómica de la sociedad: no pueden pasar del olimpo de las ideas a la turbia realidad social, sin que la convicción mayoritaria de la sociedad provista de los medios políticos adecuados, desembarace de obstáculos la necesaria praxis liberadora. A menor concreción de un principio general—recordemos la ética de los principios de que hablaba DÍEZ ALEGRÍA—más difícil es su plasmación en una fórmula jurídicamente preceptiva e inapenable.

Es al jurista y al ciudadano a quienes compete velar porque tal plasmación, concreción positivizadora se realice, eliminando los obstáculos de todo tipo y facilitando los cauces adecuados para el desarrollo del mismo—incluso creando servicios públicos y estableciendo la oportuna acción de fomento administrativa—en el marco de las necesarias reformas de las estructuras sociales.

Yo creo que el principio del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que no sólo propugnan la moral cristiana, sino la natural, e incluso cualquiera otra que quiera inspirarse en la doctrina del humanismo personalista exige que el Derecho de Familia Privado se

inspire en los siguientes principios, que no dudo tenderán a incorporarse en el elenco de los generales del Derecho positivo. Repito de nuevo que el Fuero del Trabajo reconoce que el respeto a la dignidad de la persona humana constituye un principio rector del quehacer del Estado español.

La igualdad de los esposos en el matrimonio, y sus secuelas: abolición de la potestad marital, del deber de obediencia de la esposa al esposo, supresión de la incapacidad casi general en el pleno patrimonial de la mujer casada, reforma sustancial de los regímenes económicos matrimoniales.

Atribución de la patria potestad a ambos esposos.

Reconocimiento de un derecho inviolable a la educación y protección del niño, no mero deber moral, incoercible por el ordenamiento jurídico del padre, y establecimiento práctico del principio de igualdad de oportunidades en el campo de la educación. Las consecuencias prácticas de tales principios serían casi revolucionarias si se llevaran a la práctica con la intensidad y profundidad que la igual dignidad de todos los niños requiere.

Mejora sustancial de la posición de los hijos extramatrimoniales, equiparados en todo a los matrimoniales, salvo que sus derechos no serían mayores que los de los hijos legítimos que con ellos concurrieren, ni aquéllos podrían entrar en el hogar del cónyuge inocente del adulterio sin su consentimiento.

Reconocimiento e investigación libre de la paternidad, sin perjuicio de ciertas inevitables precauciones. Admisión de la prueba biológica de la paternidad.

Si se entiende que la tutela de los menores e incapacitados debe inspirarse en principios familiares y estar integrada en el Derecho de Familia, cosa que en principio parece razonable, eliminar el carácter estrechamente patrimonial que la caracteriza, resaltar el aspecto de promoción y educación del menor que debe inspirarla, y desenvolver el principio proclamado, eso sí, pero no desenvuelto adecuadamente por el Código civil, artículo 264,2, de «procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad». La tutela debe perder el aspecto de protección paternalista, estática y conformista, y procurar la emancipación del menor y la cura y promoción del incapacitado.

El Derecho de Familia no puede aislarse de los principios del Derecho Patrimonial, por cuanto que el Derecho Familiar Patrimonial no es un mero apéndice del Personal o Puro, sino está en conexión indisoluble con él. Sin admitir la tesis marxista de la inversión de la

óptica de los fenómenos jurídicos por el jurista burgués (91), en tanto consideremos como una exigencia de la naturaleza humana la propiedad privada de los medios de producción, la familia nuclear fundada en el matrimonio monogámico, al menos potencialmente indisoluble, y el derecho de sucesión *mortis causa* como un derecho fundamental basado en los vínculos de parentesco, que se establecen por medio del matrimonio y la familia, separar el Derecho de Familia del Derecho Patrimonial no tiene sentido, pues todas estas instituciones forman un *continuum*, una estructura de elementos que recíprocamente se interaccionan, de suerte que para cambiar sustancialmente una de ellas, es preciso afectarlas a todas.

Es coherente con esta idea la tesis de DE CASTRO, al afirmar que (92) «El Derecho de la Persona, de la Familia y de los Bienes y su tráfico deben estar íntimamente unidos, si no en la misma ley—cosa secundaria—, bajo los mismos principios; no hay que aislar el Derecho de la persona y el de la Familia ante el temor de su contagio por el materialismo del Derecho Patrimonial, al contrario, hay que hacer que las normas de éste se inspiren en el predominio del valor personal, respeto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico, y supremacía de la relación causal y de la buena fe, sobre la exigencia de la seguridad mercantil.»

No puedo hacer aquí una referencia a las particularidades que presentan los principios generales del Derecho Patrimonial al ser aplicados a la relación jurídico familiar, pero creo que en los llamados «caracteres de Derecho de Familia» de que antes hablé, pueden encontrarse indicaciones preciosas al respecto. Un estudio de las singulares instituciones que componen el Derecho de Familia Patrimonial permitiría hallar nuevas particularidades y matizar adecuadamente las conclusiones, quizá un tanto apresuradas, que los autores referidos sientan, tal vez influidos en exceso por la teoría de CICU y por el positivismo dogmático jurídico, ajeno al cambio social del momento presente.

(91) Lo primordial y básico, lo decisivo, en última instancia, en la familia es la infraestructura económica, las relaciones de apropiación de los medios de la producción por la clase dominante de cada formación social concreta, relaciones que se perpetúan en el tiempo por medio del matrimonio y de la familia que de ella deriva. Sin embargo, la visión idealista del jurista burgués invierte la óptica y contempla primordialmente las relaciones personales que derivan del vínculo matrimonial y de la relación familiar (v. gr., potestades familiares que consagran la incapacidad patrimonial de la mujer casada y del hijo menor de edad, y, consiguientemente, inciden en la relación económica de producción).

(92) *Derecho Civil de España*, Parte General, tomo I, Libro Preliminar, *Introducción al Derecho Civil*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 122-123.

4) *Funciones de los principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico familiar*

Insisto en que el papel de los principios generales del Derecho es el mismo, sea cual fuere la realidad jurídica contemplada, y que no es posible hallar una particularidad radical de la relación familiar que permita predicar la autonomía científica del Derecho que estudia las relaciones jurídico familiares. Sin embargo, desde el punto de vista de la Sociología de la norma familiar, e incluso de su dogmática jurídica, se pueden hallar algunas particularidades de detalle en dichas funciones que es conveniente apuntar, en el marco de la autonomía pedagógica o docente del Derecho de Familia que propugno.

a) Definición del ámbito del Derecho de Familia y del no Derecho: Si, como creo, los principios generales del Derecho «revelan de un modo espontáneo el sistema de creencias y de convicciones en que reposa la organización de un grupo social» y «tienen su fundamento en la comunidad misma, de forma que es la comunidad, a través de las convicciones y creencias que profesa, el auténtico poder creador de estas normas» (93), su primer papel, quizá no destacado como debiera por la doctrina (94), es definir el ámbito del Derecho Familiar frente al no Derecho.

Sólo la convicción de la comunidad puede definir una relación humana como jurídico familiar, y dotarla de efectos jurídicos. El problema histórico jurídico no me debe ocupar aquí y sí sólo el modo en que la convicción de la comunidad influye extrayendo una relación humana del magma del no Derecho y atribuyéndole consecuencias jurídicas precisas.

Que tal función delimitadora de lo jurídico sigue actuando en el momento presente, y es fuente de cambio jurídico importante, lo podemos hallar en aquellas sentencias del Tribunal Supremo que conceden trascendencia jurídica a las relaciones sexuales extramatrimoniales en determinadas circunstancias (para atribuir un derecho de pensión a la seducida, S. T. S. 17-X-1932; para eliminar el derecho de resolución del contrato arrendaticio urbano por actividades inmorales cuando el modo de vida de las personas implicadas en las mismas no difiere externamente, sea cual fuere la realidad moral que encubre, del de las personas de la misma condición y circunstancias sociales, S. T. S. 13-X-1960).

(93) Díez PICAZO: *Lecciones*, citadas, pág. 433

(94) Salvo por DE CASTRO, *Compendio*, citado, pág. 99: «Los principios generales (como las dos palabras de la frase indican) tienen valor primordial respecto a todas las demás reglas del ordenamiento. Los superiores determinan: el ámbito de lo jurídico y lo extrajurídico...»

En ambos casos, la sentencia atribuye cierto efecto jurídico a un *status pseudofamiliar*—convivencia *more uxorio* de varón y mujer, que subsiste o se concluye—cuando la recta convicción jurídica de la comunidad considera importante no desconocerlo y, consiguientemente, lo hace salir del ámbito del no Derecho.

b) Definición del ámbito en que juega la autonomía interna de la Familia y en el que debe actuar el Derecho externo, estatal, de la familia: La peculiaridad de la familia como fuente autónoma de Derecho, vinculante para sus miembros, obliga a encuadrar tal fenómeno creador en el amplio cauce de los principios generales del Derecho.

Me parece evidente. Si el Estado debe respetar la autonomía familiar—otra cosa sería militarizar tan fundamental institución social—la misma debe desenvolverse dentro de un cauce lo suficientemente amplio para que no sufra la personalidad de los miembros de la familia, ni la necesaria *privacy* de la misma, pero lo suficientemente comprensivo para que queden salvaguardados los supremos derechos de los miembros de la misma a su protección por el ordenamiento jurídico general cuando lo requiera un caso.

La dosificación de autonomía—heteronomía en el seno de la familia—sólo puede ser dictada por los principios generales del Derecho, esto es, por la convicción jurídica de la comunidad, que por supuesto, no la puede dictar ni imponer, ni violentar el Estado, sino sólo reconocerla, sancionarla, consagrarla, cuando exista. Lo primero sería totalitarismo estatal: lo segundo es Estado de Derecho.

Es muy posible que un Estado interventor, un «Estado de bienestar» incida en la autonomía de la familia, al atribuir, verbi gracia, al niño un derecho a la educación, a la salubridad, al bienestar, que imponga una limitación a la patria potestad.

La derogación de la autoridad marital, y la atribución a la mujer de un derecho igual al varón en la toma de decisiones—establecimiento del principio diárquico puro en el régimen de la familia—recortan la autoridad del varón, al obligarle a compartir sus decisiones con la mujer. Pero en la medida en que tales cambios legales tiendan a reconocer la dignidad de estos miembros de la familia y a lograr su bienestar no sólo no habrán menoscabado la autonomía del grupo, sino lo habrán reforzado. No es más autónomo éste porque el padre pueda a su arbitrio educar o no a su hijo o darle tratamiento médico adecuado, o porque el esposo imponga una despótica ley patriarcal en sus relaciones con la esposa o con los hijos, que en caso contrario.

Por otra parte, es claro que al menos en Occidente, los cambios lega-

les que he apuntado no se han producido por la presión tiránica de un grupo político que accede al poder y que desde el mismo declara emancipada, a la familia de antiguas ataduras, sea cual fuere la convicción jurídica y moral de la gran masa de la colectividad. Las leyes de reforma del Derecho de Familia en toda Europa han sido procedidas de debates públicos, legítimas campañas de captación de la opinión pública, de expresión democrática de la convicción de la minoría, todo lo cual ha influido en un sentido transaccional, moderado, en su definitiva redacción.

Hablar de la supresión de la autonomía de la familia porque alguna de dichas leyes novadoras incide en el cuadro de convicciones—o prejuicios acrílicos—del autor, acerca de lo que juzga es la familia ideal, creo es encubrir una ideología particular quizá muy respetable pero escasamente científicas, bajo un discurso racional que se pretende sea universal, generalizable.

c) Definición del orden público familiar: Corolario de la función definidora de lo autónomo y heterónomo en el Derecho de Familia es la definición del orden público familiar.

Es evidente que la convicción de la comunidad, tras haber señalado los cauces dentro de los que puede jugar la autonomía familiar, establece los límites infranqueables para los que no hay libertad de actuación.

Son principios característicos de este orden público familiar, la confesionalidad del sistema matrimonial, el carácter uno e indisoluble del matrimonio, y la obligación de la guarda y educación de los hijos por sus padres.

Las consecuencias de tales principios se proyectan en todo el ámbito del Derecho, incluso del Derecho internacional Privado. Así se afirma que «en función de la evolución histórica del Derecho español, así como de los datos que ofrece la jurisprudencia (especialmente a partir de 1939), se ha sostenido que la defensa del elemento confesional es, en el Derecho Internacional Privado español de la familia, el objetivo de política legislativa dominante» (95).

No cabe duda que la convicción jurídica que ha cristalizado un determinado orden público familiar puede asimismo corregirlo a tenor del cambio social e ideológico del tiempo presente.

El jurista debe avizorar «los signos de los tiempos»—el cambio semántico de las instituciones sociales y jurídicas sujetas a un ritmo de aceleración histórica sin precedentes—y revisar doctrinalmente, desde

(95) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, citado en el volumen II del *Derecho Civil Internacional*, dirigido por M. AGUILAR NAVARRO, publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1973, pág. 14.

una perspectiva sociológica y filosófica jurídica, tal orden público familiar, por si los nuevos tiempos han alumbrado convicciones jurídicas nuevas. Es evidente que el principio del reconocimiento del derecho civil a la libertad religiosa, por ley 44/67, de 28-VI, no puede no influir en el principio de confesionalidad de que ha hablado. Así lo reconoce Díez PICAZO (96).

En el ámbito del Derecho Internacional Privado AGUILAR NAVARRO (97) no deja de advertir que los objetivos propios del Derecho Internacional Privado, como son el logro de un mínimo de conflictos, la armonía internacional de decisiones y la certeza y previsibilidad del resultado final, pueden matizar los principios materiales del orden público familiar, como son el de confesionalidad, que antes apunté. Cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1970 que sienta el principio de la igualdad de los hijos en la familia, frente al criterio sustentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1960, que, basada en la confesionalidad del matrimonio español, se negaba a parificar al hijo adulterino con el hijo legítimo, aplicando el orden público español, frente a la pretensión del adulterino de que se aplicara la ley personal de su padre, que lo igualaba (98).

Cuando el resultado de la revisión doctrinal de tal orden público familiar permita al jurista—Abogado, Juez, Notario—juzgar que el mismo no se adecua a la convicción de la colectividad (99), deberá hacer uso

(96) En su trabajo «Cambio social y evolución jurídica», publicado en la *Revista de Occidente*, junio de 1973.

(97) *Ob. cit.*, págs. 14 y 15.

(98) Véase la crítica de dicha sentencia en Díez PICAZO, *Estudios de Jurisprudencia Civil*, II, citados, págs. 469 y sigs.

(99) Creo importante traer aquí a colación un extracto de la opinión—fundada en encuestas sociológicas muy recientes—de los redactores del décimo suplemento al *Informe sociológico sobre la situación social de España*. 1970, de la Fundación Foessa, dirigido por VICENTE J. SASTRE GARCÍA y publicado en 1975: «El cambio de mentalidad respecto a la valoración moral religiosa de las relaciones sexuales es un hecho patente.

La mayor libertad de comportamientos que se va introduciendo en este punto afecta no sólo a la cohesión de la familia constituida, sino a la dinámica de las relaciones personales en el proceso de su constitución. . Nos encontramos en nuestro país con un creciente estado de opinión de no aceptación del valor indisoluble del matrimonio cristiano... No es raro que se ponga cada vez más en tela de juicio la obligatoriedad del sacramento para los que no viven en realidad su cristianismo. En este asunto se ha producido un importante cambio en la conciencia cristiana española. . Desde el punto de vista de la Sociología, la situación que hemos descrito revela un acelerado cambio de la mentalidad y la aparición de aspiraciones e ideales nuevos que han de ser tenidos en cuenta por cuantos quieran hacer un servicio leal al pueblo español. De nada pueden servir las actitudes inhibicionistas...» (*ob. cit.*, págs. 8 a 10).

de los medios que la ciencia jurídica pone a su alcance, singularmente la interpretación de la norma: interpretación declarativa restrictiva, evolutiva, correctora, y si el caso lo requiere, abrogante, basada esta última en el principio *cessante ratione legis, cessat et lex ipsa* (100).

Esto no es desacatar la norma, sino darle su cumplimiento, cuando el orden público familiar legislado se contrapone con el orden público nacido de los principios generales del Derecho, de la recta convicción jurídica de la comunidad.

d) Función interpretativa de las normas de Derecho de Familia: DE CASTRO, acertadamente ha resaltado la función interpretativa de los principios generales del Derecho. Sólo la convicción jurídica de la comunidad y no ninguna disposición legislativa puede dotar de significado y contenido preciso al deber de obediencia de hijos y esposa respecto del padre y marido, a la facultad de castigar moderadamente al hijo, a los estándares de vida de alimentista y obligado a prestar alimentos, para regular su cuantía, a la dureza «excesiva» de los padres, o el carácter «corruptor» de las órdenes, consejos o ejemplos del padre como causas de privación o suspensión de la patria potestad. La labor del jurista es aquí primordial para calibrar la justeza de la ley, dictar la regla jurídica adecuada al caso que se le plantea.

e) Función supletoria de la ley y la costumbre jurídico familiar: El artículo 6.º dota de esta función a los principios generales del Derecho.

Claro es que primero habrá de examinarse si la laguna jurídica existe. Más claro: si la convicción de la comunidad ha querido verdaderamente extraer del magma del no Derecho esta relación social indiferenciada y dotarla de carácter jurídico. En este último supuesto, y sólo en él, la insuficiencia de la norma jurídico positiva familiar dictada por el Estado o establecida en virtud de la autonomía familiar deberá ser colmada por la apelación a los principios generales del Derecho. Para tal labor, la jerarquización de los diversos principios, la delimitación del ámbito de su respectiva aplicación, constituyen una delicada labor de aplicación de la norma, de integración de la relación jurídico familiar en que el intérprete debe basarse en los datos todos que le facilita la Ciencia jurídica, no menos que la Sociología y la Filosofía Jurídicas, pero teniendo siempre que sea posible, a la vista los principios generales del Derecho que

(100) Sobre una interpretación prácticamente abrogante del antiguo artículo 321 del Código civil, véase LALAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, págs. 198-199. Yo mismo he aplicado este método interpretativo para postular la ineficacia de ciertos preceptos de la Ley de 2 de diciembre de 1952, que reorganiza el Patronato de Protección de la Mujer, basados en el antiguo artículo 321 del Código civil, que fue derogado por la Ley 31/1972, de 22 de julio, sin que se aludiera para nada en esta última al destino de tales preceptos. Véase *La derogación...*, cit., págs. 1185 y sigs.

hayan sido positivizados, recogidos, por la legislación y la jurisprudencia.

Toda prudencia y sabiduría del intérprete serán pocas en el desempeño de la función que comento: no hay que olvidar, que en el fondo de dicha interpretación integradora, verdadera función legislativa en pequeño, se halla en juego no pocas veces el bienestar de los miembros de esta singular familia, y quizá su salud psíquica y el desarrollo de su personalidad en el futuro.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral*

SUMARIO: *Pedámbulo:* La exigencia social del usufructo universal del viudo.—I. *Intangibilidad de la legítima:* a) Cualitativa y cuantitativa. b) Del modo que la ley la establezca.—II. *La cautela Socini:* a) Concepto. b) Validez. c) El artículo 820 del Código civil. d) Efectos. e) Ejercicio de la opción.—III. *El usufructo universal del viudo:* a) Posibilidad absoluta. b) Posibilidad relativa. c) Modalizaciones de la cláusula.—IV. *El comisario:* a) Facultades. b) Deberes. c) El comisario ante el usufructo viudal.—V. *Inscripción de la partición por comisario:* a) La eficacia de la partición. b) Inscripción de la partición por testador o por comisario. c) Nuestro caso. d) Viabilidad y consecuencias de la postura contraria.—VI. *Conclusiones.*

PREAMBULO

La exigencia social del usufructo universal del viudo

Excelentísimo señor presidente; excelentísimos e ilustrísimos señores; señoras; compañeros todos.

Cuando mi buen amigo JOSÉ MARÍA MENA me ofreció la posibilidad de participar en el presente curso me puso en un verdadero brete. Por una parte era, y es, un honor que yo no podía rechazar, por cuanto me honraba y por lo que significa el considerarme, siquiera por razones circunstanciales, como representante del cuerpo jurídico al que pertenezco, como vocero de los Notarios en este programa de conferencias: lo acepté y sinceramente se lo agradecí, agradecimiento que ahora me conplazco en hacer extensivo a todos los organizadores.

(*) Conferencia pronunciada el 16 de noviembre de 1973 en el ciclo sobre Derecho hipotecario organizado por el Seminario de Estudios Hipotecarios de Valencia bajo el patrocinio del Ilustre Colegio de Abogados y la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

Mas al propio tiempo me obligaba a arrostrar un peligro de cuyo tránsito no podía adivinar cómo saldría. El tema lo dejaba a mi discreción, siempre que tuviera una trascendencia registral inmediata; es decir, tenía la solución de escoger cualquier cuestión con pocas repercusiones prácticas, de entidad teorizante o con un contenido sabido, debatido y en el que todos estuviéramos de acuerdo, sin peligro de controversias ni de resbalones. Pero esto es algo, él lo sabe, que yo no podía hacer. Porque a mí, con mis pocas dotes, porque no tengo otras, lo que me gusta es abordar aquellos puntos de trascendencia práctica en nuestro cotidiano vivir jurídico en las que los juristas no estamos muy de acuerdo, bien por tratarse de temas nuevos, consecuencia de la novedad de la figura de la cual surgen, o por ser cuestiones no estudiadas por la doctrina o no tratadas con el debido desarrollo por la Ley, sin que tampoco la jurisprudencia, por silencio o contradicción, nos las haya aclarado.

Esto es lo que me agrada y con arreglo a esas predilecciones escogí el tema. Pero no por simple afán polémico o en busca de una brillantez que en la exposición se quedara. No. Sino porque precisamente son esas cuestiones las que a nosotros, los Notarios, nos preocupan y nos ocupan en búsqueda de soluciones, son las que nos llevan de cabeza y a veces, gustosamente o no, también de calle. El punto, el pacto o la figura que el legislador trata escasa o defectuosamente; la necesidad de una regulación para las exigencias que con aires nuevos—a veces son meras reposiciones—plantea el cliente; aquel tema viejo pero en el que no andamos muy acordes jueces, abogados, registradores o notarios... Estos son los problemas que tenemos sobre la mesa del despacho, de estos es natural que tienda a hablar en pretensión de esclarecimiento.

No todos son nuevos. Algunos, como el que hoy os traigo, viene con ropajes medievales y están plagados de sentencias y aforismos, habiendo sido abordados con profusión por la doctrina, muchas veces con tino y acierto y otras sin tales virtudes... Pero queda casi siempre un aspecto, un resultado perdido allá a lo largo, al final del razonamiento, cuyo estudio pueda darnos la solución que buscamos o bien convencernos de su imposibilidad. Lo que hay que hacer es abordarlo, aunque sea con insensata osadía como voy a hacerlo ahora, jugándome el tipo frente a tan docta concurrencia.

El usufructo universal del viudo es un tema viejo, pero que conserva toda su actualidad. De ello, en corporación y uno a uno, podemos dar fe los notarios. ¿Qué porcentaje de testamentos autorizamos con cláusula atribuyendo al viudo o viuda el usufructo universal de la herencia? ¿Cuántos son además aquellos en los que, por vía de sustitución y para que el viudo pueda optar por tal usufructo, se le asigna lo más que se puede: la

parte libre en pleno dominio y su cuota legal en usufructo? ¿Podría decir que más del noventa por ciento de los testadores casados así lo pretenden y, de un modo u otro, así se regula? Creo que no es aventurado, ni mucho menos, afirmarlo así; de mi protocolo respondo que este porcentaje está en más del noventa y cinco por ciento de los demás, aquí hay fedatarios para responder de ello. Pues lo corriente, lo ordinario, es que pretendan testar *de u p'al altre*, atribuyéndose lo máximo posible, y así unas veces se quiere, aunque no se pueda conseguir, claro, que sea el pleno dominio de toda la herencia, otras el usufructo con facultad de disposición si lo necesita, es decir, a título oneroso, y otras el usufructo sin más. Pero siempre, cuando menos, y con ese abrumador porcentaje, el disfrute de todos los bienes y derechos.

Hace años, ese gran jurista que es VALLET DE GOYTISOLO, llevó a cabo una encuesta (1) sobre esta materia. El resultado fue parejo a lo que hemos afirmado. Y la corriente en este sentido continúa y se acrecienta. Bien porque la solución—cual fuere—trasciende más y más, bien porque el criterio de la herencia reservada para los sucesores, a modo de derecho absoluto, va perdiendo solidez y adeptos, bien porque las nuevas generaciones de notarios adoptan y perfeccionan las fórmulas de sus predecesores, lo cierto es que en los protocolos se puede seguir la progresión ascendente de las cláusulas atributivas o «protectoras» del usufructo universal del viudo. El legislador tuvo una buena ocasión, con motivo de la reforma del Código civil de 1958, para sancionarlas legalmente por vía permisiva; no lo hizo así, pero los debates y polémicas que la preparación de la nueva Ley trajo consigo, los comentarios a la misma y la propia ampliación de la cuota viudal, han contribuido a la expansión del criterio favorable al usufructo universal del cónyuge supérstite por atribución voluntaria.

Nos encontramos ante uno de los múltiples casos en que el querer de los otorgantes—conceder tal usufructo— y la norma legal—intangibilidad de la legítima—entran en conflicto. Que este no es insoluble; que es viable y, por tanto, inscribible el usufructo universal atribuido al viudo por su cónyuge en su testamento, si bien con ciertas limitaciones y condicionamientos, es lo que pretendo demostrar. Por vía de un discurso razonado, planteando por separado las premisas que nos llevarán a las conclusiones que entiendo justifican mi postura. No sé si os convenceré o no; quisiera lograrlo porque cierto estoy de que la causa es justa y los

(1) «Sucesión testada a favor del viudo en la Rioja. Su cónyuge viudo ante la lente de cada testador», publicado en la revista *Berceo*, de Logroño. Véase su trabajo «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», *Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera: Estudios jurídicos varios*, vol. I, págs. 624 a 628.

logros serían fecundos. Lástima que no sea otro, con mejores armas dialécticas y bagaje de conocimientos, el paladín de la misma.

I. INTANGIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA

a) *Cualitativa y cuantitativa*

Cualquiera que sea la naturaleza que a la legítima le reconozcamos, de su intangibilidad no se puede dudar. Por una u otra vía, el legitimario ha de percibir de su causante la porción que le corresponde en función del monto de la herencia, de su relación familiar con aquél y del número y parentesco de los que con él concurren. La legítima es intangible. Del artículo 806 del Código civil, en relación especialmente con los artículos 813 al 820, no puede alcanzarse otra solución. La legítima es una parte alícuota del *relictum* que no puede ser fijada hasta que el causante fallece, momento en el que se determinará habida cuenta de los bienes que dejare y de las disposiciones que en vida hubiese hecho.

La legítima se ha de satisfacer en bienes o derechos con entidad económica, de tal modo que la suma de sus valores alcance el de la cuota que al legitimario corresponde. En derecho patrimonial estamos y con números hemos de jugar. Si esos bienes o derechos han de ser de los comprendidos en la masa hereditaria, esto es, si ha de pagarse *in natura*, o si puede satisfacerse, como regla general o por vía de excepción, con bienes distintos de aquéllos, es cosa que ahora no nos atañe por cuanto carece de repercusiones en nuestro problema tal como lo vamos concretando.

Esa entidad económica, esa necesidad de que alcance un determinado valor, juega respecto a la intangibilidad cuantitativa de la legítima: ni un céntimo menos de lo que le corresponde es lo que ha de percibir el legitimario. Pero también repercute en su intangibilidad cualitativa: el *quale* importa tanto como el *quantum*, ya que en materia económica tanto interesa la entidad como la calidad, pues una y otra influyen en el valor. De ahí que nuestro Código si por una parte señala el *quantum* en los diversos artículos que regulan la entidad y la distribución de las legítimas (artículos 807 al 810, 834 al 838), por otra cuida del *quale* al prohibir la imposición sobre ella de gravamen, condición o sustitución de ninguna especie (art. 813, 2.º).

Las normas son contundentes. Sin embargo, algunos autores, precisamente en torno al tema que nos ocupa como luego diré, han intentado justificar las limitaciones cualitativas por reducción del *quale* al *quantum*, del *cómo* al *qué*, valorando aquéllas para imponer su respeto si su monto, así

fijado, no excediera del valor, del *quantum*, de la parte de libre disposición. No es éste el espíritu de nuestras leyes, ni el tradicional ni el actual, ni tampoco se puede justificar económicamente. Pues en los bienes tanto interesa su valor abstracto como su rendimiento, lo que en materia de derechos artibuidos a título personal como la legítima ha de estar en relación con su realización temporal, ya que ha de referirse a la vida del titular. Por lo que toda limitación que lleve consigo la posibilidad de privar a los bienes de su natural rendimiento durante la vida de quien los recibe en pago de su legítima, ha de considerarse que, frente al derecho de éste, los deja sin valor en la parte y medida en que los afectare. Y esta posibilidad existe siempre porque si bien la limitación puede ser de duración muy corta, el legitimario puede sobrevivir menos tiempo aún. De ahí la plena justificación tanto del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 813 como de la interpretación rigorista que de él formulan la jurisprudencia y la mayoritaria doctrina.

b) *Del modo que la Ley la establezca*

Pero de esta afirmación no se puede concluir que toda disposición que limite o condicione la legítima necesariamente ha de ser nula, ya que sólo lo será cuando la ley lo prohíba, lo cual la regla general formulada por dicho artículo, se traduce en que lo es cuando la ley no lo permita. Pues la entidad y la intangibilidad de la legítima no es norma de derecho natural que forzosamente haya que respetar aunque el legislador no lo hiciere, sino rasgos, límites y propiedades de una institución por él regulada y tal cual él lo hace, ni más ni menos. Por lo que si el propio Código formula excepciones a la norma general prohibitiva de la merma cualitativa, a ellas habrá que atenerse y aceptar lo que él mismo permita.

Así, entre estas excepciones hemos de ver (2) la de la posibilidad de pagar la legítima en metálico para conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril (art. 1.056, § 2.º), la de asignar al cónyuge viudo una renta vitalicia en sustitución de la parte de usufructo que le corresponda (art. 839), la de satisfacer en dinero u otros bienes de la herencia la cuota de los hijos naturales (art. 840), la de compensar en metálico el exceso percibido por mejora en cosa determinada (art. 829). Y la posibilidad que ahora nos interesa de gravar la legítima con usufructo o renta vitalicia, si bien quedando facultado el legitimario para optar por entregar al legatario la parte de la herencia de libre disposición (art. 820, número 3.º).

(2) Sigo en esta exposición a FUENMAYOR CHAMPÍN: «Intangibilidad de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, I, 1948, págs. 57 y sigs.

Resumiendo—y sentando conclusiones para nuestra argumentación—, nuestro Código expresa e impone la intangibilidad de la legítima, tanto cuantitativa como cualitativamente en la medida—*quantum*—y del modo—*quale*—que el mismo ordena, por lo que a la configuración por él prevista habrá que atenerse con las limitaciones y extensiones por él dispuestas, aunque pudieran entenderse algunas como contrarias a la intangibilidad considerada como principio absoluto.

II. LA CAUTELA SOCINI

a) *Concepto*

El testador puede querer dejar de más al legitimario si bien imponiéndole una carga o gravamen en beneficio de un tercero. Pero si nada dispone, aquel podrá exigir la liberación de esta carga, por lo menos en lo que a su porción legitimaria afecte, subsistiendo su derecho al todo a que ha sido llamado. Para evitar este resultado cabe ofrecerle una compensación: recibirás todo si aceptas la merma cualitativa, pero si no lo haces así recibirás lo que por ley te corresponda sin merma alguna. Es decir, hay una doble vocación alternativa: o todo con carga o sólo la legítima libre de gravámenes.

Este es el juego de las llamadas cautelas de opción compensatoria. El legitimario puede optar entre recibir más del *quantum* que la ley le atribuye pero con reducción en el *quale*, o percibir su *quantum* legal íntegro sin menoscabo del *quale*.

De los varios tipos que el derecho histórico nos muestra—*cautela Angeli*, *cautela Cumani*, *cautela Durantis* o *Gualdensis* y *cautela Socini*—sólo ésta nos interesa (3). Aparece, como todos sabemos por cita curiosa y archirrepetida, en el testamento del noble florentino NICOLÁS ANTENORO, dándola a conocer el jurisconsulto MARIO SOCINO el Joven en su *Prima pars consiliorum*. El testador legaba a uno de sus hijos bienes cuyo valor conjunto era superior al de su legítima, pero gravándolo con fideicomiso *si sine liberis masculis decederet* a favor de sus hermanos supérstites, disponiendo que si no se conformaba con ello se entendería privado del legado e instituido en su estricta porción legitimaria. Esta fórmula se extiende después a la atribución con gravamen de usufructo y es discutida por la doctrina hasta llegar a la época de la codificación, en que la consagra el Código napoleónico en su artículo 917, si bien refiriéndola sólo a

(3) *Vide* sobre estos cuatro tipos el trabajo citado de VALLET DE GOYTISOLO: *Cautelas de opción*, etc., págs. 404 y sigs.

dos tipos de gravamen: el usufructo y la renta vitalicia. Del *Code* pasa a los que siguen su espíritu copiando su letra (4), entre ellos el nuestro que en su artículo 820 dice así: «Fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: ... 3.º Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.»

Con palabras de ROCA SASTRE diré que «esta norma no consagra concretamente la cláusula Socini, pues no se refiere al caso de existir en un testamento una cláusula de esta índole, pero hace más: admite e impone el juego específico de la cláusula Socini, aun sin el empleo de tal cláusula. En virtud de dicho precepto, entra *ex lege* en funciones aquella doble vocación alternativa que constituye la base o presupuesto de la cautela Socini, y precisamente ante el caso de que el gravamen consista en usufructo, cuyo valor exceda de la parte de libre disposición de la herencia, y que, por tanto, podrá ser un usufructo universal» (5).

b) Validez

La gran mayoría de la doctrina acepta su validez y la jurisprudencia así lo ha sancionado en el único caso en que de frente ha tratado el tema. A nuestro entender la cuestión, hoy, no puede ofrecer dudas.

Institucionalmente por cuanto con ella no se merma la legítima ni se condicionan o limitan los derechos del legitimario, pues, cualquiera que fuere la redacción de la cautela, si es conforme a su naturaleza podrá traducirse así: te dejo, te doy, como mínimo lo que por legítima te corresponde, sin restricción alguna, pero si aceptas lo que dispongo recibirás más en valor o cantidad si bien con merma de la calidad. ¿Cómo puede una disposición de este tipo entenderse que atenta a los derechos de sucesión forzosa, si, por su esencia y contenido, necesariamente los respeta?

Cabe en algún caso que la redacción no sea clara o de ella resulte una verdadera reducción de los derechos legitimarios. No es éste—el de la patología de la fórmula, el del caso concreto—nuestro problema. Si bien añadiremos, por la frecuencia con que se produce, que cuando la alternativa se presenta no como un derecho de opción, de elección, sino como una sanción penal al no acatar la voluntad del testador, el resultado es el mismo. Será más o menos correcto, pero deducir de ahí que percibir la legítima

(4) Idem nota anterior, págs. 502 y sigs.

(5) ROCA SASTRE: «El usufructo universal de viudedad», *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 177.

jamás puede ser una sanción ni como pena puede disponerse y por tanto la cláusula que así lo disponga es ilícita, creemos que es desvirtuar la cuestión. Pues esta pena, si así se la llama o como tal se la configura, lo que viene a expresar es que en la mente del testador al querer dejar más a quien su voluntad acate sanciona, *pena* al que no lo acepte con la privación del *más*, respetando la legítima en su intangibilidad.

La escasez de fallos del Supremo en esta materia es muy significativa, por cuanto, si la cautela es usada con largueza como en realidad lo es, que pocas cuestiones haya suscitado prueba dos cosas: su bondad y su claridad. Pero en los pocos casos que se le han presentado ha admitido tanto la validez y efectividad de la *cautela Socini* (6) como la de otras *cautelae leales* de juego similar (7), salvo cuando se refiriera a una disposición considerada como antijurídica en todo caso, cual es la prohibición de la intervención judicial en la testamentaria (8).

c) *El artículo 820 del Código civil*

Pero el argumento de más fuerza es el número 3.º del artículo 820 del Código al ordenar que si el valor del gravamen—el usufructo o la renta vitalicia—fuese superior a la parte disponible, por este solo hecho los herederos forzosos pueden ejercitar la opción compensatoria propia de la cautela, aunque el testador no lo hubiere previsto así. Es decir, consagra una cautela presunta o *ex lege* para todos los casos que en su hipótesis se comprendan. Luego, si aun no previniéndolo el testador, su disposición es válida y tiene la misma efectividad que si con cláusula cautelar la hubiere revestido, más lo será cuando así expresamente lo hubiese hecho (9).

Es curioso comprobar la poca atención que los autores que han debatido la posibilidad del usufructo universal del viudo han concedido a este precepto (10) tratándolo de pasada, como si poco importase a su argumentación e incluso silenciándolo en absoluto. Cuando en él está la solución perfecta para nuestro caso.

(6) Sentencia de 29 de diciembre de 1939.

(7) Cautelas para impedir la impugnación del testamento (S. de 3 de marzo de 1866) o de las ventas realizadas por el testador (S. de 20 de mayo de 1959).

(8) Véase la exposición y resumen que formula VALLET DE GOYTISOLO en el citado trabajo *Cautelas de opción*, etc., notas 5 al 9.

(9) Notemos que esta presunción legal se refiere sólo a dos tipos de gravamen y no a los demás, por lo que cabe rechazar en términos generales la cautela Socini presunta o tácita y admitir su juego por imperio de la ley en los casos amparados por el 820, 3.º, como hace ROCA SASTRE en sus notas al *Derecho de sucesiones*, de KIPP (*Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, KIPP y WOLF, tomo quinto, volumen II, Barcelona, 1951, págs. 315 y 319).

(10) Es casi nula la atención que la doctrina española le ha prestado, según nos dice GULLÓN en su estudio sobre el tema: «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, XIV, 1961, págs. 875 y sigs.

Esto no obstante, hay dos puntos en su redacción que creemos conveniente aclarar. El primero es el del presunto del valor. Nos dice que su regla se aplica cuando el valor del usufructo «se tenga por superior a la parte disponible» contraponiendo gramaticalmente conceptos heterogéneos, como son el valor de un derecho y la entidad de una porción hereditaria. Bien es cierto que para fijar matemáticamente esta porción hay que referirla a valor, luego quedaría así perfecta la relación como de valuta a valuta. Y entonces si tomamos como valor del usufructo el que económicamente le corresponda conforme a su naturaleza de derecho temporal, es decir, el de su capitalización atendido el valor de los bienes a que afecte y las previsiones de duración, llegaríamos a la conclusión de que si este valor es inferior al de la parte libre no es de aplicar la norma legal. Pudiendo entonces entenderse que no es de aplicación este precepto, bien porque la disposición no excede de lo que el testador puede hacer, en conformidad con la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (11) o bien, en lógica sofística, porque cae fuera de su protección al no rebasar la cuota de disponibilidad. Con la primera solución nuestra postura no se altera: o por vía cautelar o por su propia entidad, el usufructo viudal quedaría a salvo; la segunda solución nos lleva al absurdo de que para encontrar la protección legal hay que excederse en la disposición (12).

Recusamos una y otra interpretación. El Código italiano de 1865, en frase que el de 1942 no ha variado, dice «cuyo rédito exceda del de la parte disponible». Esta, entendemos, que es la interpretación adecuada del precepto español; la de que el usufructo legado no exceda del usufructo de la parte disponible o que el valor de los bienes usufructuados no sobrepase el valor de la parte libre. Dejando sentado sin embargo que cualquiera que fuere la postura que se adopte no afecta a nuestra argumentación, pues estas otras interpretaciones más la refuerzan.

El otro punto que no queda claro es el de qué sucederá cuando son varios los herederos forzosos y no han tomado una postura unitaria, es decir, unos aceptan el legado y otros optan por liberar la legítima entregando al viudo la parte libre. Tema difícil, más en nuestro Derecho donde pudiera entrar en juego una mejora presunta; tema que el legislador italiano de 1942 ha dejado resuelto al exigir el acuerdo de todos los legiti-

(11) «Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio.—II. El acrecimiento en la mejora», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (Madrid, 1946), págs. 558 y sigs.

(12) Hasta seis opiniones distintas de la doctrina jurídica sobre este punto expone VALLET DE GOYTISOLO: «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», *Anuario de Derecho Civil*, XV, 1952, págs. 607 y sigs.

marios para que la disposición testamentaria sea ejecutada (13). IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO (14) y GULLÓN BALLESTEROS (15), a quienes sigue VALLET (16), se inclinan por la posibilidad individual de la opción por cada uno de los legitimarios, pues, si el legado constituye un gravamen de la legítima, no se debe dejar al arbitrio o antojo de otro coheredero la elección de la forma en que cada cual habrá de disfrutarla, opinión que compartimos. Pero este punto queda orillado si la cláusula testamentaria previene el caso, dándole solución expresa como suele regularse.

d) *Efectos*

Si la disposición es válida, como hemos visto, de su efectividad no puede dudarse. Que, dado el juego de aquélla, hemos de traducir en efectividad de primero y segundo grado, en función no de contenido o propia eficacia, sino de tiempo.

Abierta la sucesión el efecto de la cláusula es el de poner al legítimo ante la necesidad de ejercitar la opción que por ella se le ofrece: o acepta la carga o entrega o deja al legatario la parte libre de la herencia. No caben matizaciones si el testador no las ha dispuesto; no caben soluciones intermedias cual sería la de aceptar la carga sólo en cuanto no afecte a la legítima, es decir, en cuanto grave a lo que exceda de ella o la de capitalizarla y reducirla en lo que su valor exceda del de la porción libre, pues el legislador sólo ha previsto una solución: la de optar como él regula, si acepta la herencia ha de hacerlo conforme al testamento, pues la aceptación debe ser pura y plena; si no la acepta, le quedará lo que la ley le atribuye.

Se ha dicho (17) que no se trata de una facultad alternativa, puesto

(13) «Art. 550. *Disposición que exceda de la porción disponible*.—Cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rédito excede al de la porción disponible, los legitimarios a los que se ha asignado la nuda propiedad de la porción disponible o de parte de ella tienen la elección entre ejecutar tal disposición o abandonar la nuda propiedad de la porción disponible. En el segundo caso el legatario, al obtener la porción disponible abandonada, no adquiere la calidad de heredero. La misma elección corresponde a los legitimarios cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte que exceda de la porción disponible. Si los legitimarios son varios, es necesario el acuerdo de todos para que la disposición testamentaria tenga ejecución. Las mismas normas se aplican también si del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad, se ha dispuesto por donación.»

(14) «Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 188 (2.º de 1950), pág. 279.

(15) *Ob. cit.*, págs. 886 y sigs.

(16) *La opción legal*, etc., citada, págs. 611 a 613.

(17) ESPINAR LAFUENTE: *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, páginas 395 y sigs. Estima que «como lo prueba su origen (en la rabulística italiana), su finalidad era la de poder burlar la ley», y que «en el Derecho mo-

que el derecho del legitimario a la titularidad y a la cuota es un derecho puro y sin limitaciones. Desde otro punto de vista podríamos decir que tampoco lo es por cuanto la atribución testamentaria es la del *quantum* mayor con el gravamen: lo que el legitimario puede hacer es no aceptarla y aceptar la delación legal. Todo serían lucubraciones que no desvirtúan lo que en la realidad se produce: el legitimario tiene un derecho puro que puede ejercitar; el causante le atribuye un derecho superior en cantidad pero de calidad distinta, que puede aceptar; en definitiva, se traduce en una elección: o acepta la delación testamentaria o ejerce el derecho que la ley le atribuye y el testador le concreta. Pero como la ley suprema de la sucesión es el testamento, con efectividad plena si sus disposiciones no rebasan los límites legales, y la *cautela Socini* es de las permitidas, en principio, mientras el legitimario no se decida, por él hay que pasar y a él habrán de atenerse los que la voluntad del testador estén obligados a cumplir, entre ellos y singularmente el contador-partidor.

e) *Ejercicio de la opción*

En materia de su ejercicio tres problemas principales plantea la opción compensatoria, legal o testamentaria: cómo, cuándo y por quién debe ser ejercitada.

Mientras no se acepte la herencia no puede ejercitarse la opción, sin que exista una formalista separación entre estos dos tiempos. Por una parte el ejercicio de la opción supone la aceptación de la herencia, porque en realidad la contiene. Pero de la aceptación de la herencia ¿puede deducirse, sin más, el ejercicio de la opción? (18).

Partamos del caso normal: el testador ha instituido al legitimario en porción superior a su legítima, gravada con el usufructo del viudo, silenciando toda opción o bien facultándole para ejercitarla. Por aplicación directa del artículo 820 o por cumplimiento de la voluntad testamentaria, el resultado es el mismo: o bien acepta la herencia como se le ofrece o bien opta por su legítima. En estos casos, la aceptación expresa de la herencia, conociendo el testamento, implica necesariamente la de las

dermo carece de toda razón de ser tal artificio», cuya efectividad nos lleva a la inexistencia de la legítima si el legitimario acata la disposición testamentaria. Hoy —no entramos en disquisiciones históricas— no es un negocio *in fraudem legis* porque la propia Ley lo sanciona con vida y pujanza propias. Y reconvertir un medio legal de satisfacerla en su desaparición, por entender que la opción implica su renuncia, es encasillar la figura en un dogmatismo férreo en desacuerdo con el espíritu de nuestro Código.

(18) Sobre toda esta materia y su evolución histórico-doctrinal, véase VALLET (*Cautelas de opción*, etc., cit, págs. 622 a 708) y lo que GULLÓN opina (*ob. cit.*, páginas 892 a 894).

condiciones en que ha sido atribuida por el testador, salvo que se formule reserva expresa.

El problema se plantea en la aceptación tácita. Deducir que de cualquier acto del legitimario que presuponga la asunción de derechos como sucesor del causante necesariamente resulte que ha aceptado los términos en que le ha llamado como heredero, me parece que sería una exagerada conclusión. Pues el sucesor expresamente puede decir: Yo acepto la herencia, pero me reservo el derecho a decir por qué título; el caso será raro, pero podrá surgir especialmente cuando interese actuar en defensa de la masa hereditaria frente a injerencias extrañas. Y si puede expresarlo así, también podrá actuar en este sentido, no debiendo darse por vía tácita a su actividad una interpretación peculiar.

Pero el sucesor podría demorar la elección en perjuicio del viudo a quien interesa que se verifique cuanto antes la concreción de su derecho. Para ello dispone de la acción que a todo interesado concede el artículo 1.005 del Código civil, entendiéndose que si el heredero no contesta acepta la herencia pura y simplemente, con todas sus cargas, como el artículo 1.003 determina, y por tanto con el gravamen del usufructo viudal.

Sobre quién puede ejercitarla, es tema en el que hemos de remitirnos a las normas generales. Ha de hacerlo quien siendo legitimario se vea limitado en su derecho por la delación testamentaria. La capacidad para ejercitarlo, a falta de una norma expresa, ha de ser referida a la capacidad general para aceptar la herencia, es decir: por los incapaces actuará su tutor con autorización del Consejo de Familia; por los sujetos a la patria potestad, el padre o madre, sin autorización judicial si no tienen intereses contrapuestos, o el defensor judicial en este caso y con aprobación del Juez. Los menores emancipados o habilitados de edad podrán ejercitar este derecho por sí solos pues pueden aceptar y partir herencias y no es de los actos que precisan la asistencia del padre, madre o tutor (19). Y la mujer casada precisará la licencia marital.

Por lo que a los ausentes respecta, la necesidad de inventariar y reservar los bienes a ellos adjudicados (art. 191 C. c.) presupone su concreción y ésta el ejercicio de la opción, que es uno de aquellos actos que exceden de la ordinaria administración y ha de efectuar su representante legítimo con autorización del Juez (art. 186).

Finalmente respecto a su ejercicio en caso de ser más de uno los legitimarios gravados, me remito a lo que ya he dicho (*supra*, II, c *in fine*).

(19) Sobre la necesidad de la aprobación judicial, véase CASASUS HOMET: «El usufructo universal viudal en concurrencia con menores de edad», *Revista de Derecho Notarial*, 76, 1972, págs. 424 y sigs.

III. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL VIUDO

La tendencia expansiva de esta aspiración ha hecho que los juristas busquen soluciones adecuadas para dar cauce a lo que los cónyuges pretenden en la gran mayoría de los casos.

a) *Posibilidad absoluta*

Es decir, la atribución del usufructo universal al viudo por disposición voluntaria no está vetada por el legislador.

Abre brecha en esta línea GONZÁLEZ PALOMINO (20) a quien siguen, entre otros, D'ORS y BONET CORREA (21). La solución se centra en considerar la legítima como una cuota de valor y al usufructo como un derecho valuable, por lo que todo se reduce a una simple operación de resta a fin de averiguar si al legitimario le queda en bienes y derechos—entre éstos, la nuda propiedad de los bienes usufructuados—, un valor suficiente a cubrir su legítima. Lo cual, desde la reforma de 1958, siendo ya fija la cuota del viudo y no dependiente del número de hijos ni del ejercicio de la facultad de mejorar, quedaría así concretado: la disposición será válida cuando, detrída la parte alícuota de la herencia que en usufructo corresponde al viudo por su legítima, el valor del usufructo del resto, atendida la edad del usufructuario, sea igual o inferior al valor del pleno dominio de la parte de libre disposición. Fórmula referida tan sólo a los casos en que no haya otras disposiciones que mermen la parte libre, pues en tal supuesto habría que computarlas también (22).

La doctrina reaccionó pronta y abundantemente contra esta opinión, que ha sido casi unánimemente rechazada. Tres son, a mi entender, los puntos débiles de la misma:

1.º En cuanto a la naturaleza de la legítima, por considerarla como *pars valoris*, tesis que, cualquiera que fuere en definitiva la que sobre este punto se aceptare, necesitaría para prosperar que se borrarán los

(20) «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado*, XXIII, 1936, págs. 160 y sigs., y *ob. cit.* en nota 11.

(21) «El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)», *Anuario de Derecho Civil*, V, 1952, págs. 101 y sigs.

(22) Y que queda referida al caso normal, el de que la cuota viudal haya de detraerse del tercio de mejora por no haber hijos de matrimonio anterior. La otra regla sería, cuando hubiere hijos de matrimonio anterior del causante, que el valor del usufructo de los dos tercios no debe exceder del valor de la nuda propiedad del tercio libre, pues de él se extrae la cuota viudal, lo que equivale a que el valor del usufructo de toda la herencia sea igual o inferior al del pleno dominio del tercio de ella, salvo que hubiere otras disposiciones que mermen la parte libre.

claros términos que emplea el legislador: porción de bienes (art. 806), haber hereditario (art. 809).

2.º Respecto a su aplicación práctica, porque no tenemos una regla imperativa para fijar el valor del usufructo, siendo meramente indicativas y por remisión doctrinal y no legal las del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Nos falta una norma como la que formulaba, en atención a la edad del usufructuario, la *Ley Hereditatium* del título *Ad legem Falcidiam* del Digesto (23).

3. Y frente a los derechos del sucesor forzoso por no respetar la intangibilidad cualitativa de su legítima, cualidad insoslayable de la misma como hemos visto.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, siguiendo esta tesis (24), encuentra un refuerzo en el propio párrafo segundo del artículo 813 del Código, al ordenar que sobre la legítima no se podrá imponer «gravamen, ni condición ni limitación alguna, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del mismo», por cuanto estima que tal referencia no puede ser al usufructo legal, sino precisamente al testamentario, pues este artículo trata de la legítima estricta y no de la mejora y el sujeto de la oración es el testador. La argumentación es sagaz y convincente en apariencia, ya que el usufructo legal no grava la legítima estricta ni requiere precepto que lo ponga a salvo de las normas del testamento. Pero, aparte de que legítima son los dos tercios mientras no haya mejora y por tanto a aquélla—al tercio destinado a mejora—afecta la cuota legal del viudo y de que con un argumento lógico-gramatical de un precepto aislado no debe alterarse una configuración completa, cual es la de la intangibilidad de la legítima, también gramaticalmente es refutable, pues si por una parte expresa lo que el testador *no podrá imponer* por otra dice que *queda a salvo lo dispuesto*, no lo que el testador disponga, y lo único dispuesto por el Código en materia de usufructo viudal son los derechos legitimarios del cónyuge viudo.

b) Posibilidad relativa

Nos queda pues, tan sólo el cauce de la *cautela Socini*. Que en este punto es más *cautela legal* que nunca, no fraudulenta, por cuanto tiene su amparo en la ley y tiende a satisfacer una imperiosa necesidad del cuerpo social, diariamente reiterada con profusión a lo largo y a lo ancho de toda España, en las notarías de las grandes ciudades, de provincias

(23) Según VALLET DE GOYTISOLO, *Cautelas de opción*, etc., citada, pág. 492.

(24) «¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo de nuestro Derecho civil común existiendo herederos forzosos?», *Revista de Derecho Privado*, XXXV, 1951, págs. 995 y sigs.

y de los pueblecillos más perdidos, en el sector urbano y en el agrario y en todo tipo y clase de familias, salvo en los matrimonios mal avenidos o en aquellos en que la posición económica del viudo no precisa de este refuerzo.

Pues la *cautela Socini* si para algo se usa es precisamente para hacer viable el usufructo universal dispuesto a favor del cónyuge viudo y por ello en torno a esta posibilidad o por su causa es como ha sido estudiada y tratada por nuestra doctrina. Y se usa con profusión, como hemos dicho, y su bondad, reitero, queda avalada por los escasos pleitos que por su causa se han promovido: ni una sola sentencia del Tribunal Supremo hemos encontrado sobre este punto en concreto, sobre el uso de la *cautela Socini* para posibilitar el usufructo universal del viudo.

Hemos de aceptarla, pero es más, hemos de pasar por la disposición testamentaria, tanto si se ordena en forma de cautela, con las previsiones que se quieran establecer siempre que lícitas fueren, como si imperativamente se dispone sin fijar la alternativa. Porque si el artículo 820 del Código admite claramente la manda de un usufructo cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, confirmando la opción a los herederos, también debe admitirse toda disposición que así lo prevenga.

Luego con esto llegamos a nuestra segunda conclusión: es válida la disposición testamentaria que atribuye el usufructo universal de la herencia al cónyuge viudo al amparo y conforme a lo dispuesto por el artículo 820 del Código civil en su número 3.º, es decir, disponiéndolo así, sin más, o bien concediendo a los legitimarios el derecho a optar por su legítima en términos que no mermen el que tal precepto les reconoce.

c) *Modalizaciones de la cláusula*

Esta conclusión nos lleva a tratar, siquiera sea de pasada, de otro punto: el de la conjugación de la facultad de mejorar con la opción compensatoria para no perjudicar a los legitimarios que aceptaren el usufructo del viudo. En las cláusulas más corrientes se dispone que los disconformes quedarán reducidos en sus derechos a lo que por legítima estricta les corresponda, acreciendo el resto, o sea su parte en los tercios de mejora y libre disposición, a los que estuvieren conformes, fijando tan sólo la entrega al viudo del tercio libre, más su cuota legal, si la disconformidad fuera de todos los herederos.

Creemos que esta disposición es válida. Que el tercio de mejora puede distribuirse libremente entre los descendientes no ofrece duda y tampoco que para participar en el mismo se puedan establecer cualesquiera requisitos siempre que fueren lícitos. Por otra parte los legitimarios pueden, con-

juntamente, ejercitar la opción compensatoria, mas no están obligados a ello, por lo que prevenir que no lo hagan y por ello resulten mejorados frente a quienes lo hicieren, es también una determinación lícita. Lo que puede suceder es que los herederos forzosos, de mutuo acuerdo y al amparo de la regulación testamentaria, burlen los derechos del viudo, mermando su usufructo en la cuantía de la legítima de cada impugnante, sin que su derecho se transforme en el de recibir el pleno dominio de la parte libre cuando la cláusula sólo lo previene para el caso de que todos sean los disconformes. Y así los derechos del viudo *quedarían* en el usufructo de dos tercios y de la parte que en el otro tercio corresponda al que el usufructo aceptó (25).

La rareza del supuesto le resta importancia. Lo más frecuente es que, abierta la sucesión, al viudo pueda convenirle adquirir el pleno dominio de la parte libre, con o sin su cuota legitimaria en usufructo, antes que disfrutar de toda la herencia. Por tanto, en aquellos matrimonios que pretenden que al viudo se le atribuyan los máximos derechos, lo aconsejable será un legado optativo, facultándole para que elija entre la parte libre en pleno dominio más la cuota legal en usufructo o el usufructo universal de la herencia. En este caso si opta por lo primero, nada pueden ni deben hacer los legitimarios, pero si prefiere lo segundo éstos podrán ejercitar a su vez su derecho de opción.

IV. EL COMISARIO

a) *Facultades*

Siguiendo el hilo de la argumentación, vamos a hablar del comisario como el Código lo nombra, o, como en la práctica se le llama, del contador-partidor de la herencia, figura que a pesar de su elephantiasis continúa vigente, siendo necesaria cuando por unas u otras causas se prevé que la partición por los herederos no discurrirá por cauces fáciles. En realidad lo que aquí nos importa es toda partición practicada sin la voluntad expresa de los herederos (como la hecha por ellos) o tácita o impuesta (cual la partición judicial) y por tanto también la verificada por el testador. Pero como lo que digamos respecto a la partición por comisario valdrá con mayor motivo para la que el testador por sí hiciere, a aquélla tan sólo nos referiremos. Y prescindiendo de toda la temática relativa a su

(25) Lo que se evita si se concede al viudo un derecho de opción para elegir entre el usufructo con tal merma o el tercio libre más su cuota viudal, como postula CASASÚS, *ob. cit.*, pág. 423.

nombramiento, condiciones y formalidades, nos ceñiremos a lo que a nuestro caso importa: las facultades y los deberes.

En cuanto a lo primero el Código nos dice que lo que el testador puede encomendar al comisario es «la simple facultad de hacer la partición», pero como se trata de un acto complejo, debe entenderse, y así lo hacen la doctrina y la jurisprudencia, que tienen atribuidas todas las facultades necesarias para llegar al final: la adjudicación a cada interesado de la parte que en la herencia le corresponda. Y para ello formar la masa activa y la pasiva, concretar el líquido partible, fijar la participación de cada sucesor, conforme a lo que el testador haya dispuesto y a lo que la ley disponga, dividir y adjudicar. Comprendiéndose entre estas facultades las de fijación de las legítimas y atribución o asignación de bienes en pago de las mismas (26).

b) *Deberes*

Como deberes tienen el específico de cumplir con lo que el causante haya dispuesto, acatando las disposiciones del testamento y llevando a cabo unilateralmente la partición, sin que esto impida la intervención de técnicos o peritos que le asesoren e incluso que lleven a cabo la redacción material con todas las operaciones necesarias, pues lo que en definitiva se precisa es que sea el comisario quien decida, quien por su voluntad imponga la partición y sea responsable de la misma. En esta materia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han declarado que sus atribuciones están limitadas por lo expresamente ordenado por el testador (27), viniendo a sustituir a éste no con mero arbitrio y de libre modo, sino sometido estrictamente a las cláusulas testamentarias (28), debiendo atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca que es otra la intención del testador (29), y al propio tiempo ajustándose a la ley en el cumplimiento de su cometido (30).

En suma, sin el concurso de los herederos, ni de los legitimarios y sometido a lo que el testador y la ley dispongan, es como el comisario debe practicar la partición (31).

(26) Ver resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1898, 16 de noviembre de 1922 y 9 de marzo de 1927.

(27) Sentencia de 23 de noviembre de 1899.

(28) Sentencias de 13 de julio de 1903 y 18 de mayo de 1933.

(29) Resolución de 14 de septiembre de 1964.

(30) Sentencia de 11 de febrero de 1952, Resolución de 18 de diciembre de 1951, etc.

(31) Sentencia de 11 de febrero de 1952. Sobre las facultades y deberes del comisario puede verse LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones, Parte General* (LACRUZ y ALBADALEJO: *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, V, 1.º), Barcelona, 1961, págs. 504 y sigs., y fundamentalmente ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª edición, III, Barcelona, 1968, págs. 847 y sigs.

c) *El comisario ante el usufructo viudal*

Pues bien, el contador partidor ante la atribución al viudo del usufructo universal de la herencia concediendo o no a los legitimarios la opción compensatoria como el Código civil permite en su artículo 820, no sólo puede adjudicarlo así, sino que *debe* hacerlo así: ha de someterse a la regla fijada por el testador ya que está formulada de acuerdo con lo que el legislador permite y el comisario no puede, a menos que el testador se lo haya encomendado, forzar a los herederos a una decisión en este punto: ha de limitarse a partir y asignar conforme al testamento. Y así es porque la perfección de la partición por comisario, como la perfección de la partición por testador, no depende de que sea aceptada o no por los herederos en ningún caso, ni siquiera por los legitimarios en aras de un especial respeto para sus derechos, pues los preceptos legales claros y contundentes no dan pie para ello. Que después los herederos acepten o repudien la herencia, acaten o impugnen la partición, es cuestión aparte. La partición queda hecha y es perfecta si bien hecha está: quienes en ella no han intervenido podrán atacarla en defensa de sus derechos, lo que ya es otro cantar.

También en este punto la jurisprudencia es concorde y abundante. Valga por todos los fallos la resolución de 17 de diciembre de 1955 sentando que, «como este centro directivo tiene reiteradamente declarado», las operaciones particionales practicadas por los albaceas, contadores-partidores, crean un estado inalterable de derecho con plenos efectos jurídicos en las esferas gubernativa y extrajudicial, de tal manera que para impugnar las posibles extralimitaciones en que hubiera podido incurrirse sea necesario acudir a la vía judicial, por lo que, como dice la resolución de 12 de diciembre de 1927, mientras los Tribunales no declaren lo contrario la partición producirá los efectos y consecuencias que lógicamente se deriven de los términos en que se halle redactada.

Como hemos dicho, el contador-partidor no puede forzar a los herederos a tomar una decisión, a ejercitar la opción que de la cautela o de la ley se deriva para ellos. No tienen facultades para compelerlos forzosamente. Pero sí que las tiene, en bien de la firmeza y claridad de la partición, para inquirirles, para pedirles que se pronuncien sobre si aceptan la institución con el gravamen u optan por percibir lo que por legítima les corresponda libre de la carga. Si no contestan, nada podrá hacer sino actuar cumpliendo el testamento, ya que no cabe que a su silencio le confiera determinada interpretación, pues esto sería tanto como una imposición que él, por sí solo, no está facultado para hacer.

Quien podría hacerlo es el testador y por tanto delegarlo en el comisario, por lo que si así sucediere, este sí que puede, conforme a los tér-

minos del testamento, exigir una respuesta y actuar conforme al resultado incluso por vía de interpretación del silencio. Sin perjuicio de que el cónyuge viudo, o un legítimo respecto a los demás, podrán pedirlo, y su petición justa será amparable por los Tribunales para conseguir una respuesta.

En resumen, la partición verificada por el comisario, y también la hecha por el testador, atribuyendo al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia en conformidad con la disposición testamentaria amparada en la *cautela Socini* es un acto válido y eficaz, que causa estado y por el que hay que pasar sin necesidad de la intervención de los herederos.

Otra cuestión es la de si el comisario ante una disposición testamentaria atribuyendo al viudo el usufructo universal y a los legítimos la nuda propiedad, sin conferirles la opción propia de la *cautela Socini*, podría por vía interpretativa actuar como si la opción estuviera ínsita y practicar la partición en su debido acatamiento. No habrá duda cuando, por el contexto del testamento, pueda entenderse que el testador tácitamente así lo ordenó, pues entra dentro de las facultades del comisario la de interpretar el testamento buscando siempre la más plena efectividad de la voluntad del testador. Pero tampoco ha de ofrecerla en caso de que, ni expresa ni tácitamente, el testador haya conferido tal opción a los legítimos, pues, y no nos cansaremos de recordarlo, ésta viene impuesta *ex lege*. El texto legal como presupuesto del ejercicio de la opción pone como condición que «la manda consista en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible» y para nada se refiere a que el testador lo haya previsto. Luego el comisario, en cumplimiento de su deber y en debido acatamiento a lo que el testador dispone y la ley impone, debe adjudicar el usufructo al viudo, pudiendo expresar el derecho que por ley corresponde a los herederos, es decir, plasmar en el cuerpo de la partición la conversión de una disposición que por sí sola podría ser nula pero que el legislador convalida, lo que equivale a admitir presuntivamente la cautela en todo caso.

V. INSCRIPCION DE LA PARTICION POR COMISARIO

a) *La eficacia de la partición*

Sobre la naturaleza de la partición se ha debatido mucho, en cuanto a si la misma es traslativa, determinativa o especificativa, es decir, contemplando su eficacia en relación de presupuesto a resultado, según se estime

que produce un cambio en la titularidad de los bienes heredados, la mera concreción de la misma o el final de un proceso de determinación.

Pero lo que nos interesa ahora es estudiar la naturaleza de cada tipo de partición para de ahí averiguar cuándo alcanza la perfección, que es tanto como decir cuándo será inscribible en el Registro, ya que al mismo sólo deben tener acceso los negocios jurídicos con efectos reales sobre bienes inmuebles que reúnan los requisitos fijados por el legislador: que sean perfectos.

La partición hereditaria es un negocio jurídico que contiene una o varias declaraciones de voluntad dirigidas a la concreción de los derechos de los herederos sobre los bienes de la herencia. Ahora bien, es un negocio en el que los otorgantes no pueden actuar con la amplia libertad que es tónica general en este campo jurídico, caracterizado por la autonomía de la voluntad, por tratarse del último eslabón de un proceso—el de la sucesión *mortis causa*—condicionado por sus precedentes y, a la par, presupuestos de su efectividad. Le afectarán, como a todo negocio, las normas—las pocas normas—de carácter general que limitan o encauzan dicha autonomía, dicha libertad, pero además y fundamentalmente debe sujetarse a una ley peculiar: la de la sucesión hereditaria. Ley que puede estar fijada sólo por la norma pública—sucesión abintestato—, sólo por la privada—sucesión testamentaria sin herederos forzosos—o conjuntamente por ambas, en yuxtaposición—testamento incompleto—o superposición—sucesión testamentaria con herederos forzosos—.

La partición ha de sujetarse a las reglas, legales y testamentarias, que rigen la sucesión *mortis causa*, sin poder contravenirlas, aun cuando en atención a su peculiar contenido que requiere la partida de unos datos de hecho con el consiguiente riesgo de equivocarse, el legislador establezca una dispensa de error hasta un máximo de la cuarta parte del valor de las cosas (art. 1.074 C. c.). Y esta sujeción es necesaria para todo tipo de partición, tanto la hecha por el testador o el comisario como la practicada por los herederos, pues la ley de la sucesión es en todo caso presupuesto necesario y esencial de aquélla. Claro que en la partición hecha por los herederos, siempre que se den los requisitos de capacidad y legitimación en orden a la disposición de que se trate, éstos podrán, de mutuo acuerdo entre aquellos a quienes afecte, alterar los términos de la división de modo que su resultado no se amolde a lo que por testamento o ley les debiera corresponder. Pero este caso no interesa a nuestro estudio: los acuerdos que excedan de lo que es pura partición hereditaria son actos que los herederos llevan a cabo partiendo del convenio, expreso o tácito, resultado del proceso sucesorio, pues disponen de sus derechos mediante

enajenaciones, compensaciones, renunciaciones o de cualquier otro modo, precisamente porque ya les pertenece y así lo reconocen.

Pues bien, en la partición hecha por los herederos su perfección y consumación se confunden, pues su aprobación comprende las dos manifestaciones de voluntad necesarias: la aceptación de la herencia, aunque expresamente no se haga por resultar así del artículo 999, párrafo tercero, del Código civil, y la aceptación de la propia partición. Y entonces cualquiera que sea la naturaleza que al acto particional le atribuyamos, se cumple lo que el artículo 1.068 del propio Código dispone, que «la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».

No es éste nuestro caso. Recapitulemos; el proceso consta de cuatro etapas: delación voluntaria o legal, aceptación de la herencia, partición de la misma y aceptación de la partición, si bien las dos últimas se refunden cuando las cumplen las mismas personas en un solo acto, el cual puede contener también la segunda etapa: la aceptación de la herencia.

En cambio, cuando el testador, en uso de su perfecto derecho a disponer de sus bienes como quiera, lleva a cabo por sí la partición de la herencia o ésta es practicada por la persona en quien a tal fin delegó su potestad, estas cuatro etapas resultan claramente diferenciadas, quedando al menos en su expresión formal relegadas al final del proceso las de aceptación de la herencia y aceptación de la partición y generalmente refundidas en una sola manifestación de voluntad del heredero, expresa o tácita—y conjunta o separada cuando son varios—. Mas no se cumplirán todas ellas cuando los herederos expresen su disconformidad—rechazándola o impugnándola—con la delación o con la partición.

Esta separación en distintos actos del proceso particional no es una mera disquisición teorizante, sino una realidad, pocas veces expresa, casi siempre subyacente, que, en lógica y aparente paradoja, es silenciada por la doctrina por sobradamente conocida. Y así, ante el artículo 1.078 del Código que sanciona los efectos de aquél en su resultado final, los autores se plantean cuál es la naturaleza de la partición en base de esa eficacia, de ese resultado positivo, de todo el proceso. Y se olvidan no ya de la repulsa de la misma por los herederos, que no es tema que a nuestro caso importe, porque si la partición está «legalmente hecha», aquélla fracasará y si triunfa es porque no estaba bien hecha, sino de otro punto fundamental: el de la repudiación de la herencia que altera las consecuencias de la delación y, por tanto, también de la partición.

¿Qué ha sucedido entonces? La partición *está legalmente hecha* en cuanto parte de un presupuesto válido: la vocación contenida en el testamento, que por sí sola no consuma la transmisión hereditaria, pues pre-

cisa de la voluntad del sujeto terminal, la del sucesor *mortis causa*. Pero la partición es perfecta, como, por otras causas, perfecta puede ser una compraventa de cosa ajena aun cuando la transmisión de su objeto jamás llegue a producirse.

La partición efectuada por el testador o el comisario por él designado, no es otra cosa que la concreción objetiva de la delación testamentaria: su naturaleza es la de un negocio unilateral complementario, en trance determinativo o especificativo, de otro principal—el testamento—de forma tal que, unidos, completan la primera fase, o de oferta, de la transmisión *mortis causa*. El heredero puede rechazar o aceptar este llamamiento objetivamente concretado, pero no puede hacerlo por separado respecto a cada uno de los dos negocios que lo integran. En principio está claro que no se puede repudiar la herencia y aceptar la partición, pues por aquella renuncia se pueden aceptar o repudiar ambas, pero surge la duda de si cabe aceptar la herencia y rechazar la partición.

Distingamos. Refutar la partición, impugnarla, presupone aceptar la condición de heredero, pues este acto es de aquellos valorados como de tácita aceptación de la herencia. Pero el éxito de esta impugnación, su efectividad, sólo se producirá cuando la partición, cualquiera que fuese la causa, no esté *legalmente hecha*, pues si no adolece de ningún defecto el heredero ha de estar y pasar por ella: la partición puede rescindirse—sólo puede rescindirse, viene a decir el legislador—por las mismas causas que las obligaciones (art. 1.073 C. c.), aparte de los supuestos especiales de lesión (art. 1.074) e indudablemente puede estar aquejada de los vicios o defectos que, conforme a la doctrina general, determinan la inexistencia, nulidad o anulabilidad de todo negocio jurídico. Fuera de estos casos el heredero no puede rechazar la partición como puede rechazar la herencia: es decir, como algo que queda a su libre voluntad; si acepta la herencia y la partición está bien hecha, por ella tienen que pasar; frente a la partición *legalmente hecha* no tiene opción alguna, pues el legislador no le atribuye el mismo derecho que para repudiar la herencia. Sólo cabe que ataque la partición por adolecer de defectos, es decir, por no estar legalmente hecha. Es más, ni siquiera todos los herederos de común acuerdo pueden rechazar la partición efectuada por el contador partidor o por el testador y llevarla a cabo, en convenio unánime, de modo distinto; estimarlo así sería tanto como aceptar que se pueda prescindir del comisario designado por el testador, lo que en nuestro derecho vigente, como la jurisprudencia tiene declarado (32), no es posible.

(32) *Vide* Sentencia de 17 de mayo de 1910.

b) *Inscripción de la partición por testador o por comisario*

De todo lo que hemos expuesto, que no es más que lo que nuestro Código civil dice como lo interpretan la doctrina y la jurisprudencia, resulta que mientras el heredero no acepte la herencia no se produce la transmisión *mortis causa* y por consiguiente no adquiere derecho concreto alguno sobre los bienes. Lo que no empece para que el testamento y la partición sean perfectos, siquiera puedan resultar parcial o totalmente ineficaces por la repudiación de aquél.

Partiendo de este presupuesto el legislador hipotecario pudo optar entre exigir la consumación de la transmisión hereditaria para poder inscribir, conforme a la pauta general del ordenamiento registral, los derechos adquiridos por los herederos sobre los inmuebles hereditarios, o bien, acomodándose a los precedentes escriturarios que consideraban suficientemente titulada la herencia con el testamento y la partición, permitir el ingreso de estos títulos en el Registro aunque no constare la aceptación de los sucesores. Teóricamente esta última solución es imperfecta y se corre el riesgo de que por la repudiación se destruya el título patrimonial, restándole toda eficacia. Pero la práctica demuestra que el riesgo es mínimo, por lo cual el problema no llegó a preocupar al legislador compeliéndole a exigir la constancia de la aceptación de los herederos para inscribir la partición hecha por el testador o por el comisario.

Así las operaciones particionales formalizadas conforme a ley por el testador o por el contador-partidor por él designado, como nos dice ROCA SASTRE (33), crean un estado de Derecho que surte efecto y son inscribibles en tanto no sean rescindidas por los Tribunales de justicia, ya que las posibles extralimitaciones del contador partidor sólo pueden ser objeto de impugnación por la vía judicial, debido a que *prima facie* deben presumirse válidas y eficaces, y han de pasar por ellas los herederos, aunque reúnan la condición de legitimarios, pues la Dirección General ha declarado que «la falta de aprobación de los herederos forzosos de la partición efectuadas por el testador o por el contador-partidor, no es defecto que impida la inscripción de aquélla» (34) y que ni siquiera hace falta acreditar la aceptación de la herencia por los llamados a ella como herederos (35), criterio confirmado por la Real Orden de 16 de marzo de 1918, denegando la solicitud de las Juntas Directivas de los Colegios notariales de Madrid, Barcelona y Valencia y otros adheridos, en la que se pedía que

(33) *Derecho hipotecario*, cit., III, pág. 858.

(34) Resolución de 22 de enero de 1898.

(35) Desde la de 25 de agosto de 1879 a la de 3 de agosto de 1944, pasando por las de 5 de octubre de 1880, 22 de enero de 1898, 6 de marzo de 1923, 19 de junio de 1944, etc.

para las inscripciones de bienes a título de herencia fuese imprescindible que el heredero o herederos la aceptasen y solicitaren expresamente la inscripción, aunque los argumentos empleados en el informe de la Dirección General en que se funda, según el mismo ROCA (36) no sean muy convincentes.

En resumen, la partición hecha por el comisario conforme a las reglas del testamento es título directamente inscribible sin necesidad de aceptación o intervención ninguna de los herederos o sus representantes, porque se trata de una escritura de partición o de protocolización de operaciones particionales «formalizadas con arreglo a las leyes» como requiere el artículo 83 del Reglamento Hipotecario. Ni siquiera cuando entre los herederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela, pues como reiterada jurisprudencia ha declarado (37) la Ley de Enjuiciamiento civil ha sido derogada por el Código en este punto y bastará con cumplir lo que él exige: que el comisario inventarié los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios, siendo suficiente para acreditarlo que así lo manifieste el contador (38) sin necesidad de prueba alguna (39), pero como para poder practicar la citación se precisa en buena técnica jurídica que el destinatario sea capaz o, en su defecto, que la reciba quien le represente, se precisará que exista tal representante (padre, madre o tutor) y singularmente que se nombre a dicho fin una persona—defensor judicial—o esté ya designado—protutor—cuando, por tener intereses encontrados, no sea válida la citación al representante (40).

Por otra parte, la partición verificada por el testador o su delegado determinando quiénes son los adquirentes, qué bienes o derechos y de qué modo ha de recibir cada uno, surte un efecto preventivo: el de que está bien hecha mientras no sea impugnada, por lo que, sin haberse consumado la transmisión, el título que la contiene ingresa en el Registro sin necesidad de que en el mismo conste la aceptación de los adquirentes y sin perjuicio del derecho de éstos a impugnarlas mientras no la hubieren aceptado. No se trata de una norma excepcional y de efectos transitorios ante la necesidad de la concurrencia de la voluntad de ambas partes, como en la hipoteca unilateral, sino de una consecuencia natural de la regula-

(36) *Derecho hipotecario*, cit., III, págs. 856 y 857.

(37) Sentencia de 21 de noviembre de 1938 y Resoluciones de 22 de enero de 1898, 7 de marzo de 1914 y 28 de mayo de 1924, entre otras muchas.

(38) Resoluciones de 7 de marzo de 1914 y 30 de abril de 1917.

(39) La Dirección General modificó su anterior criterio de que había que probar la citación en forma auténtica o fehaciente (Resoluciones de 18 de agosto, 21 de diciembre de 1909 y 22 de julio de 1912).

(40) Resolución de 13 de mayo de 1916 y Sentencia de 26 de noviembre de 1955.

ción histórica de la sucesión testamentaria que accede al Registro con carácter definitivo.

c) *Nuestro caso*

Cuando ya tenía redactada esta conferencia—pues el curso en que se inserta estaba programado, en principio, para la pasada primavera—llegó a mis manos el número de la *Revista de Derecho Notarial* con el trabajo de ese magnífico notario que es EMILIO CASASÚS HOMET sobre la materia que debatimos (41). Su actualidad y precisión en las argumentaciones que esgrime, y que podemos aceptar como síntesis de la doctrina hipotecarista contraria a la inscripción que he propugnado, exigen que me pare a considerarlo.

Parte de la «plena admisión de la cláusula o cautela compensatoria», alegando que «la opción del legitimario exige la capacidad para aceptar-repudiar herencia y la capacidad también para realizar la partición hereditaria si dicha opción va incurso como antecedente previo en el propio acto particional», reconociendo que «opción y partición son actos conceptualmente distintos» (42). Mas cuando se plantea la inscripción de la partición practicada por el comisario, rebatiendo los argumentos mantenidos por el *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada* (43), alega fundamentalmente que el contador-partidor no puede resolver lo que el testador no podría hacer y que «toda adjudicación particional presupone un concreto llamamiento sucesorio, una inicial determinación cuantitativa y cualitativa del derecho a suceder, y ésta no puede hacerla el contador, ya que depende de la opción de los legitimarios». Y sustenta que los efectos del testamento en este caso «están condicionados precisamente a la opción de los legitimarios» y el actuar del contador «según ley y testamento» no sirve «para admitir, sin más, la eficacia» de la partición, pues «no cabe hablar de partición sin saber el cómo y el cuándo del derecho sucesorio de los legitimarios, cuya determinación depende de la opción por ellos realizada» (44).

Estamos conformes en que la opción no pueden llevarla a cabo más que los propios legitimarios, por sí o por medio de sus representantes legales, pero no aceptamos que se precise aquélla para que la partición por el comisario tenga eficacia y, por ende, pueda ser inscrita.

Un negocio jurídico es eficaz en cuanto produce los efectos que la ley o la voluntad de los interesados, creadores de esa ley particular, le atribuyen.

(41) Citado en nota 19.

(42) *Ob. cit.*, pág. 424.

(43) Año 1961, pág. 171; año 1962, págs. 871 y 872.

(44) *Id.*, págs. 430 a 432.

buyen. Y no más. Así en nuestro derecho la compraventa eficaz confiere al comprador el derecho a obtener la entrega de la cosa, pero no produce la transmisión de su propiedad, que precisa de la tradición, y mientras esa transmisión no se produzca—o porque no llegue a producirse—no puede decirse que la compraventa carezca de eficacia. En cambio en los ordenamientos que le confieren efectos reales, la no transmisión de la propiedad de la cosa sí que prueba la ineficacia de la compraventa.

¿Cuál es, en lo que a nuestro caso atañe, la eficacia de la partición hecha por el testador o por el comisario? Simplemente la de concretar con relación a bienes, derechos y obligaciones determinados, el llamamiento testamentario, lo que requiere una triple determinación: la del llamado, la de los bienes y la del derecho que sobre ellos se le atribuye. Para lo cual el comisario debe atenerse a lo que el testamento ordene siempre y cuando sus determinaciones no sean contrarias a la ley. Ahora bien, si para la eficacia de la partición entendiéramos que debe producirse de modo perfecto la transmisión de la masa hereditaria a los sucesores, conforme a lo que el testador y la ley determinen, nuestra tesis vendría a tierra. Pero por todo lo expuesto ya hemos visto que no es así, sino que la partición por testador o comisario es en nuestro derecho un negocio unilateral que no precisa de la concurrencia de los sucesores del causante, que es directamente inscribible. Y que al igual que el último testamento válido, es eficaz y los llamados podrán aceptar o rechazar su llamamiento, sin perjuicio de poder atacar su contenido en salvaguardia de sus derechos legítimos si lo estimaren defectuoso, la partición que se acomode a lo dispuesto en aquél es también eficaz sin perjuicio de que los interesados que en ella no hayan intervenido puedan aceptarla o atacarla por entender que viola sus derechos. Pero en ningún caso para que se perfeccione y se inscriba en el Registro se precisa su previa conformidad.

Si estimamos que para la *eficacia* de la partición verificada atribuyendo al viudo el usufructo universal de la herencia, se requiere que los herederos forzosos ejerciten la opción que les confiere el artículo 820, número 3.º del Código civil, igual podremos mantener que para la eficacia de cualquier partición se requiere que los herederos, voluntarios o forzosos, ejerciten previamente su derecho a aceptar o repudiar la herencia. Pues si por consecuencia de aquella opción pueden alterarse los efectos de la partición tanto en el *quantum* como en el *quale*, de tal modo que queden sin valor alguno todas o parte de las operaciones particionales, por la repudiación de la herencia se alterará la personalidad o número de los llamados o ambas a la vez, el *quantum* de cada uno e incluso el *quale* cuando se trate de llamamientos (piénsese en sustituciones fideicomisarias) dependientes de la efectividad de otros.

Repitamos, como la jurisprudencia ha declarado (45) para inscribir la partición verificada por el comisario no se precisa ni la aceptación de los herederos ni la aprobación de los que forzosos lo fueren; todos podrán, aunque esté hecha, repudiar la herencia, o aceptarla e impugnar la partición que lesione sus derechos, y los legitimarios, además, atacar la que merme los que la ley atribuye. Todos, en definitiva, pueden optar por aceptarla o rechazarla con todas sus consecuencias. Lo mismo puede hacer el heredero en el caso que nos ocupa, si bien por el hecho de aceptar la herencia surge para él uno especial: el de optar entre aceptar las disposiciones del causante concretadas por la partición o recibir su legítima escueta, alterando en este caso los términos de la partición de tal modo que, si no está prevista en alternativa de soluciones esta posibilidad, devendrá parcial o totalmente ineficaz, como parcial o totalmente ineficaz resulta una partición sin juego de *cautela Socini* por la simple repudiación del heredero.

En cuanto a las repercusiones prácticas, cierto es que la inscripción de una partición con usufructo universal y herederos forzosos, sin aceptación por parte de éstos, no asegura la firmeza de las adjudicaciones en ella formuladas ni consiguientemente la efectividad de las transmisiones de bienes y derechos a los herederos, pero ésta es, como acabo de decir, ventura que corre la inscripción de toda partición sin aceptación de los sucesores; y si por aquellas adjudicaciones se puede mermar el derecho de los legitimarios, lo mismo cabe en cualquier división, en base o no de disposiciones concretas del causante, incluso por simple error en las valoraciones. Sin olvidar que incluso frente a una transmisión a tercero protegido sus consecuencias son de tipo temporal si su objeto es un derecho de usufructo y perpetuas si lo es el pleno dominio.

En definitiva, que no hay razón, ni siquiera práctica, para que la partición verificada por el testador o por el comisario acatando la disposición que atribuya al viudo el usufructo universal de la herencia al amparo del artículo 820 del Código civil se la mida con distinto rasero, considerándola como excepcional, y requiriendo, en contra de toda la normativa legal, la intervención de los herederos, ya sea en todo caso sólo cuando entre ellos hubiere menores o incapaces, pues en ninguno de estos supuestos existe disposición alguna, ni ha habido pronunciamiento jurisprudencial, que obligue a cumplir mayores o distintos requisitos que los que para tales eventos ha fijado la ley con carácter general.

(45) *Vide supra* notas 34 y 35.

d) *Viabilidad y consecuencias de la postura contraria*

Aunque no se comparta nuestra tesis, lo que no cabe es discriminar entre herencias con herederos todos presentes, mayores de edad y capaces y herencias con algún ausente, menor o incapaz a efectos de aceptar o no la inscribibilidad de la partición por comisario adjudicando al viudo el usufructo universal en concurrencia con herederos forzosos. Pues el único argumento esgrimible y esgrimido es que en tal caso se requiere que previamente los herederos se pronuncien respecto al derecho de opción que la ley les concede, derecho que para todos es el mismo. Lo cual en algún caso nos puede conducir a un callejón sin salida y siempre se corre el peligro de que la solución devenga imposible.

Cuando se trate de legado de usufructo universal al viudo que concurre a la herencia con hijos suyos y del causante, sujetos a su patria potestad, conforme a nuestra tesis bastará que el comisario inventarie los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, precisándose que exista nombrado un defensor judicial de los menores para que, por ellos, reciba la citación y pueda actuar en consecuencia como estime pertinente. Mas en la línea contraria se requeriría la aceptación de la partición por el representante del menor, por el defensor judicial en este caso. ¿Por sí sólo? Creemos que no se puede admitir en buena lógica, por cuanto si partimos de una defensa a ultranza de estos derechos de menores sobre bienes inmuebles ha de ser con todos los requisitos de su salvaguarda y por tanto, estimando que tal aceptación implica el ejercicio del derecho de opción que el legislador atribuye al legitimario y como éste versa en una alternativa entre unos u otros derechos—de nuda propiedad sobre más bienes o de pleno dominio sobre menos—llegaremos a la conclusión de que se precisan las mismas formalidades que para la enajenación de bienes inmuebles, es decir, la autorización judicial (46). Y es muy posible que el juez nos conteste que él sólo puede intervenir en trámite de jurisdicción voluntaria cuando no haya partición hecha por el comisario, dada la modificación que en este punto introdujo el Código civil, con relación a la ley de Enjuiciamiento civil. Y entonces, ¿habrá que acudir al juicio ordinario para inscribir una partición hecha conforme a lo que el testador ordenó en uso de la permisión legal, por quien él designó y con la aquiescencia tácita—o expresa si al otorgamiento concurre—del defensor judicial?

Pero aun en el caso de que todos los herederos sean capaces o estén debidamente representados, requerir su aprobación para inscribir una partición de este tipo, indudablemente dificultará la solución, enervando las facultades del contador partidor que en los testamentos se nombra

(46) Como opina CASASÚS, *ob. cit.*, pág. 433.

muchas veces, más que para salvar la posible discrepancia de los herederos, para obviar las dificultades prácticas que entraña conseguir su aceptación en forma auténtica.

Y siempre, cualquiera que fuere la condición de los herederos en cuanto a su capacidad dispositiva, lo que se habrá hecho es obstaculizar la solución que el testador quiere para su herencia en conformidad con lo que la ley le permite. Pues, y perdonadme tanto remachar, si puede disponer del usufructo universal de la herencia a favor de su viudo para la viabilidad de esta manda no es igual atribuir a los herederos forzosos un derecho de opción que requerir que este derecho se ejercite. Trastrueque que no sólo va en perjuicio del viudo sino también de aquellos herederos —la mayoría como la experiencia demuestra— que acatan el testamento, pero cuyos derechos no pueden concretarse hasta que todos los demás se pronuncien.

VI. CONCLUSIONES

Hemos llegado al fin de nuestra disertación. Y creo que han quedado claras estas conclusiones:

1.^a La intangibilidad cualitativa de la legítima es tal como la ley determina, por lo que respecto a la misma caben las disposiciones que el legislador permite. Y digo respecto y no «en contra» o «en merma» ya que la disposición permitida no puede, por definición, rebasar los límites que el legislador señala.

2.^a El legado de usufructo universal al viudo puede ser ordenado por el testador, si bien los herederos forzosos podrán ejercitar la opción que les concede el artículo 820 del Código civil, tal como de dicho precepto resulta o como el testador haya regulado sin desbordar el cauce de la permisión legal.

3.^a El contador-partidor debe partir la herencia en conformidad con lo ordenado por el testador y lo dispuesto por la ley y, por tanto, adjudicando o entregando al viudo el usufructo universal que el testamento le confiera.

4.^a La partición legalmente hecha por el causante o por el comisario es inscribible en el Registro de la Propiedad sin precisar la aceptación de la herencia por los herederos, ni aprobación alguna.

5.^a Los herederos forzosos, aunque esté practicada la partición e inscrita en el Registro de la Propiedad, podrán ejercitar su derecho de opción mientras no haya caducado.

JOAQUÍN SAPENA
Notario.

NOTAS

Notas a un artículo

En fecha reciente, dentro del ciclo de conferencias sobre Derecho Inmobiliario, organizadas por el Seminario de Derecho Hipotecario de la Región de Valencia, pronunció una documentada disertación el excelentísimo señor don TOMÁS OGÁYAR AYLLÓN, Presidente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, que ha sido publicada en el número 500 de nuestra Revista y que versa sobre la calificación registral en general y su impugnación en particular.

La originalidad de las tesis mantenidas por OGÁYAR, el bien ganado prestigio del conferenciante y las profundas modificaciones que propone en la legalidad vigente y que, de prosperar, implicarían, no ya una modificación de los aspectos puramente adjetivos del recurso gubernativo, sino una desvirtuación total de la función de los Registradores—que, prácticamente quedarían convertidos en meros archiveros—, creemos que merecen un comentario y una crítica, quizá un tanto apasionados, como apasionada nos pareció la conferencia que comentamos.

Si la función judicial del *ius sui quiquae tribuere* es excelsa, no es exclusiva, ya que en ella participan, en más o menos grado, todos los órganos de la administración, desde los prosaicos de la Recaudación a los más altos de la defensa nacional, sin que ninguno de ellos deba sufrir mutilaciones en su forma de ser y actuar, en detrimento o en beneficio de otros, sobre todo cuando se han mostrado eficaces a través de épocas dilatadas, como sucede en el caso de la función Registral, que ha dado frutos cumplidos en sus ciento trece años de funcionamiento en su actual estructura.

Organos distintos, como los judiciales y los registrales, que han dado sobradas y dilatadas pruebas de su eficacia respectiva, no tienen por qué entrar en fricción, cuando su esfera de actuación está claramente delimitada, no hay posible invasión de funciones y existe un recíproco enriquecimiento doctrinal, pues si las Resoluciones de la Dirección General de los R. y del N. se apoyan con frecuencia en las sentencias del T. S., no es

raro el supuesto de que estas mismas Sentencias, invoquen resoluciones de la D. G.

Las interesantes aportaciones que la doctrina de estas Resoluciones han hecho a nuestro Derecho Civil—de las que sería ocioso hacer en este lugar un inventario—, no pueden ser desconocidas y sería una lástima que, este rico venero de doctrina, nacida de un organismo y de unos funcionarios altamente especializados, tuviera que ser cegado en aras de una imaginaria fricción de competencias.

Jueces, notarios y registradores, con atribuciones distintas y bien de limitadas, dentro de un mismo Ministerio, el de Justicia, tienen la raíz común de su vocación por el Derecho y de una formación básica muy parecida y entendemos que la triple conjunción de ellos, en la apreciación sucesiva de un mismo asunto, no ha de producir sino beneficios para el administrado, que, en la solución, habrá tenido quizá tres puntos de vista diferentes, pero en definitiva encaminados a solventar, con toda justicia, un problema. La decisión que, a la vista del razonamiento conjunto de dos o tres de estos «funcionarios-especialistas», tome la D. G., no creemos deba significar una derrota ni un triunfo para ninguno de los que intervinieron en su gestación, sino, muy al contrario, todos deben enorgullecerse de la común aportación que, en lo sucesivo, evitará dudas y creará el precedente para situaciones análogas.

Entrando en el estudio de la conferencia, que comentamos, creemos que destacan en ella tres puntos, a tratar por separado:

- 1.º Ambito de la función calificadora.
- 2.º Función del Presidente de la Audiencia en la tramitación y resolución del recurso.
- 3.º Reforma del recurso gubernativo.

I. AMBITO DE LA CALIFICACION REGISTRAL

Tras reconocer OGÁYAR que los principios de fe pública y legitimación, bases de nuestro sistema registral, al que imprimen personalidad y carácter, implican lógicamente la existencia de un previo trámite depurador, de una calificación *indispensable* para... comprobar la legalidad de los documentos presentados, tanto por sí como relacionándolos con los obstáculos del Registro, y, en cuenta que también el notario ha de tener en consideración la capacidad de los otorgantes... etc., llega a la conclusión de que sobra una de las dos calificaciones, y, concretamente, la del Registrador, que es cronológicamente posterior.

Entendemos que la doble calificación no entraña perjuicio, sino que más bien supone una doble garantía para los contratantes u otorgantes, y ello por dos razones:

Primera: Porque si la calificación del Registrador es equivocada, tanto el interesado como el notario podrán impugnarla, por unos trámites relativamente rápidos, económicos y de plena imparcialidad, que son los del recurso gubernativo. El hecho estadístico de que en un cincuenta por ciento de los casos, como mínimo, la resolución, tanto del Presidente de la Territorial como de la D. G., sea favorable al Registrador, demuestra que la calificación no es superficial ni caprichosa.

La delimitación de funciones entendemos que es fundamental para la verdadera solución del problema, pues, el notario, en su actuación, ciertamente «califica» la escritura, por cuanto ha de apreciar la capacidad de los contratantes, el contenido del acto y la forma del mismo, es decir, prácticamente el total contenido de la misma; mas, como perfectamente nos dice nuestro primer cuerpo legal, «las escrituras públicas hacen prueba en cuanto a tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste», es decir, que los efectos probatorios de la misma son limitados en cuanto hayan de afectar a persona distintas de los otorgantes, quedando reducida su aplicación a los propios otorgantes y a sus causahabientes.

Aquí es donde empieza la función calificadora del Registrador. La escritura pública, mediante su incorporación a un Registro público, el de la Propiedad, va a surtir unos efectos más importantes, pues su actuación no va a quedar limitada exclusivamente a las partes, sino que va a ser extensiva también a los terceros, aun cuando éstos no hayan intervenido en el contrato (ya se llamó a la Ley Hipotecaria «ley de terceros») y sus efectos probatorios también van a verse ampliados por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38 de la misma ley, y fortalecidos por aplicación del principio de fe pública (art. 34), y por consiguiente es lógico que el título se vea sometido a un examen, si no mas riguroso, al menos más imparcial que el del propio creador del mismo, y ello, como decimos, porque sus efectos van a extenderse a personas que no intervinieron en él.

Por otra parte, el notario, magnífico funcionario, de competencia extraordinaria y con preparación difícilmente superada, no es por ello infalible: el error, la postura doctrinal discutible, etc., son perfectamente posibles; y entonces, el contraste de pareceres, el examen conjunto con otro funcionario de similar preparación, puede dar soluciones, anticipándose a la posible existencia de litigios dilatados y costosos, que, de este modo, quedan abortados por este doble examen, beneficioso para las partes.

No cabe olvidar que la calificación registral es normalmente «paterna-

lista»: los problemas se examinan conjuntamente con los notarios, y, normalmente también, el recurso no llega a plantearse, porque generalmente—incluso antes de formalizarse el documento—ambos funcionarios llegan a un acuerdo; mas si el recurso llega a plantearse porque tal acuerdo no existe, entonces de lo que no cabe duda es de que estaremos ante un caso en que la decisión de un órgano superior no es sólo conveniente, sino necesaria, y de aquí la conveniencia de la Resolución de la Dirección General que unifica los criterios de funcionarios de la misma dependencia jerárquica, dando la pauta para las actuaciones venideras.

Si no obstante todo este procedimiento, el acuerdo no se consigue, o si al recaer la calificación del Registrador, las partes no están de acuerdo con ella, siempre queda el camino—sin duda alguna más costoso y dilatado—de acudir a los Tribunales de Justicia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

Aquí entendemos que entra la actuación judicial en su esfera de competencia. Hasta ahora no había controversia entre partes. Estas estaban de acuerdo al celebrar el contrato; pero la calificación deja al descubierto el defecto que puede afectar a la validez del mismo o de alguna de las estipulaciones, y es entonces, al recaer la calificación adversa, cuando surge la contienda: a partir de este momento, el Registrador no puede actuar, ya que su competencia está limitada—como la de las Resoluciones de la propia Dirección General—, a los efectos de inscribir o denegar los asientos solicitados, pero para nada puede entrar a resolver si el título es válido o nulo, ya que esta esfera de actuación compete exclusivamente a los Tribunales de Justicia; y del mismo modo que la cualidad de calificación entre Notario y Registrador tenía finalidades diferentes, ahora los Tribunales nuevamente examinarán el título para decidir en cuanto a su validez o nulidad, o anulabilidad, o la necesidad de algún acto jurídico para que el contrato pueda surtir plenos efectos; por ser todas éstas cuestiones que escapan de la competencia, tanto notarial como registral.

Por ello no estimamos acertada la postura del conferenciante que propugna que la calificación registral quede limitada a la forma del documento y a los obstáculos que surjan del Registro. En puridad, la calificación de la forma también sobraría, pues si el Notario, como ya vimos, califica el negocio y su función primordial es precisamente dar *forma* jurídica, bajo su fe, al negocio querido por las partes, esta forma ya habrá sido especialmente calificada, y resultaría anómalo exigir esa calificación y excluirla en cambio en el resto, pues su competencia será mayor en esta faceta del documento mas, como veremos seguidamente, tampoco es conveniente la supresión de la calificación registral de la forma, ya

que la ley la mantiene incluso para los documentos judiciales (art. 99 Regto. Hipotecario).

Tampoco puede mantenerse la tesis de la exclusión en cuanto al contenido, por la propia función del Registro de la Propiedad. Este tiene por objeto la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en la extensión que recoge el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, mientras que los documentos presentados pueden contener—y de hecho contienen—estipulaciones de carácter personal u obligacional que no deben tener acceso al mismo y que sin embargo, configuran adecuadamente la voluntad de los contratantes, por lo que el notario, que debe reflejar en el instrumento la voluntad de éstos, recoge en el mismo tales pactos, aun cuando no puedan tener acceso al Registro. Estos pactos vinculan a los contratantes, mas no afectan a los terceros, son válidos, pero no inscribibles; y si la calificación registral hubiere de quedar limitada a la forma del instrumento y a los obstáculos registrales, no afectando tales pactos obligacionales a la forma, ni resultando de los libros obstáculo que impida su inscripción, pronto se transformaría el Registro en un simple archivo de documentos en el que encontraríamos una mezcolanza de derechos reales, obligacionales, etc., que sólo confusión y falta de claridad originarían, de modo que el que acudiese al Registro no sabría exactamente el verdadero estado jurídico de la finca; en suma, el Registro quedaría desvirtuado en su función y finalidad.

Por otro lado, la dualidad de calificación es algo consustancial con la posibilidad del error humano; y que ello es así lo demuestra la propia regulación de la materia administrativa, de la judicial, etc. El recurso se basa precisamente en ese posible error. La resolución de un órgano administrativo es recurrible; la judicial también lo es, y esta posibilidad tiene una útil y doble vertiente: poder subsanar el error mediante el nuevo examen, por órgano distinto, de una parte, y de otra—no menos importante, aunque más oculta—, la de obligar al funcionario al examen más concienzudo de sus actuaciones, sabedor de la posibilidad de impugnación. Esto mismo podemos aplicar a la calificación registral, que, aparte de tener un contenido diferente, como vimos, de la notarial, por la trascendencia de sus efectos, lleva a la posible subsanación de los errores advertidos en la calificación, sin necesidad de acudir al costoso pleito entre las partes.

Y no se nos diga que el recurso existe, y con las dos instancias ante el Presidente de la Audiencia y la Dirección General, para subsanar los errores padecidos, pues la subsanación derivada de la calificación es extraordinariamente más rápida, económica y útil para las partes que la derivada del recurso; y que ello es así lo demuestra el que sólo vaya al

recurso una mínima parte de los documentos defectuosos, subsanándose la inmensa mayoría de ellos sin llegar a tales trámites. Esta manifestación de la eficacia y utilidad de la calificación—con la consiguiente descongestión en beneficio de los órganos superiores—sería razón más que suficiente para mantenerla en sus actuales términos.

Segunda.—Siendo el Registrador el responsable de los efectos de una calificación indebida (art. 18 Ley Hipotecaria), sería absurdo no concederle plena libertad de acción en orden a esa calificación, ya que de no ser así, vendría a responder de los actos de otro funcionario.

Es decir, que la calificación no puede ser hecha por funcionario distinto del que hace la inscripción.

O sea que una de tres: O se suprime el principio de fe pública en nuestro sistema (pues sin calificación no hay garantía de exactitud), con que se daría un salto atrás de más de un siglo, en orden a la seguridad del tráfico inmobiliario, o se suprime la responsabilidad del Registrador, cargándola al funcionario autorizante del documento, o se mantiene plenamente la calificación del Registrador. ¿Qué beneficios aportaría a la seguridad del tráfico, a los contratantes y al Derecho en general cualquiera de las dos primeras alternativas? Para evitar una supuesta fricción de competencias—que a nadie ha perjudicado nunca—, ¿merece la pena modificar sustancialmente nuestro Derecho Hipotecario? ¿Vamos a sacrificar lo sustantivo en aras de lo adjetivo?

Creemos que el argumento de la parecida preparación de notarios y registradores y de que el fallo de la Resolución de la Dirección General ha de ser depresivo para el primero, caso de confirmarse la calificación del segundo, carece de validez, pues el razonamiento puede hacerse a la inversa; y lo que debe prevalecer no es un mal entendido prestigio de funcionario, sino el interés de los administrados.

Entendemos, sobre todo, que no se trata de una cuestión de prestigio, sino de adopción del mayor número posible de garantías en la contratación inmobiliaria. El argumento, *in extremis*, llevaría a la conclusión de que los documentos ante notario no podrían ser discutidos ante los Tribunales, pues también los jueces son funcionarios de preparación y formación equivalente a la del notario (con excepción de las materias penales). Igualmente sobrarían los bastanteos de tales documentos por los abogados del Estado y su examen por los demás órganos de la administración, ante los que hayan de surtir efecto, e incluso por los abogados de empresas particulares cuando a ellas les afecten.

Lo depresivo sería, en materia de recurso contra la calificación, que esta calificación fuera ejercida por otro funcionario de rango inferior, cosa que no sucede en el caso que examinamos, del mismo modo que no es

depresivo para el Juzgado que la dicta, la revocación de la sentencia por el Tribunal, a pesar de estar dictada por funcionarios idénticos, incluso del mismo Cuerpo.

En resumen, entendemos que la calificación registral ha de mantenerse íntegra en su estado actual, con plena responsabilidad del Registrador, y con la misma extensión fijada por la ley—según se trate de documentos notariales, judiciales, administrativos o privados—, ello por ser una garantía para los interesados, ser impugnable y producir saludables consecuencias en orden al progreso de la ciencia del Derecho.

II. FUNCION DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA EN LA TRAMITACION DEL RECURSO

Se muestra partidario OGÁYAR, caso de mantenerse esencialmente en su forma actual la tramitación del recurso gubernativo, de suprimir el recurso ante el Presidente de la Audiencia, principalmente por las siguientes razones:

Primera.—Porque tratándose de un procedimiento administrativo, se interpone ante un órgano judicial, y porque a su vez, la resolución de este órgano judicial es apelada, sin posible impugnación, ante otro órgano administrativo, como es la Dirección General de los Registros y del Notariado.

No admitimos que la supresión de la intervención del Presidente de la Territorial se justifique por tratarse de la intervención de un órgano judicial en un procedimiento administrativo, pues la separación entre lo administrativo y lo judicial no es tan tajante que impida, por ser contra naturaleza, el contacto entre ambas esferas. Si el Presidente interviene en el recurso gubernativo, no lo hace como tal órgano judicial, sino como órgano administrativo, ya que concurren en él el carácter de órgano judicial y el de funcionario del Estado. Podrían señalarse abundantes ejemplos de intervención de jueces y magistrados en órganos y actuaciones puramente administrativas. No podemos olvidar que la función judicial es también denominada «Administración de Justicia», porque forma parte de la Administración del Estado. La intervención del Presidente en el recurso gubernativo tiene como base fundamental el prestigio de la función judicial en general, y del cargo de Presidente en particular, pero no deja de actuar como órgano administrativo.

Repetimos que este contacto entre las diversas esferas de la Administración no es único en nuestro ordenamiento jurídico: baste recordar

que la mayoría de los procedimientos administrativos suelen terminar en los Tribunales, con el recurso contencioso-administrativo.

Segundo.—Porque la resolución de la Dirección General de los R. y del N., cuando es contraria a la del Presidente, es depresiva para éste.

Es el mismo punto que, a nivel juez-notario-registrador hemos examinado anteriormente, y creemos que los argumentos allí dados son aplicables a nivel Presidente-Dirección General.

No olvidemos, sobre todo, que en virtud del «Recurso judicial» del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, serán, en definitiva, los tribunales ordinarios los que decidan sobre la existencia o validez de los derechos o pactos controvertidos, cualquiera que sea la resolución de la Dirección General. Si son las Autoridades judiciales las que pueden decir la última palabra—si así lo desean los interesados—, huelga hablar de menosprecio a la decisión presidencial.

Tercero.—Porque constituye un trámite inútil, ya que, decidido el planteamiento del recurso gubernativo, éste se lleva hasta agotar todas las instancias.

Este planteamiento, que por reducción a lo absurdo llevaría también a suprimir las instancias intermedias en los procedimientos judiciales apelables, tampoco lo consideramos acertado, 1.º) porque el prestigio del órgano decidente y la solidez de la doctrina sentada, hacen que en gran número de casos, el recurso no sea apelado y la decisión del Presidente obtenga firmeza, tendencia que, datos estadísticos podrán demostrar, va en aumento, con lo que la utilidad de la intervención presidencial quedaría por sí sólo justificada; y 2.º) porque los argumentos de la presidencia son estadísticamente predominantes en las resoluciones, con lo que el valor orientativo es de gran importancia. Es cierto, sin embargo, que tales argumentaciones no son debidamente recogidas en el texto de la Resolución de la Dirección General, y éste es un punto que, evidentemente, debería ser subsanado.

No obstante todo lo expuesto, entendemos que podría suprimirse el trámite del recurso ante el Presidente de la Territorial, tal como entiende OGÁYAR, pero no por ser inútil ni depresivo, ni incongruente, sino en aras de una mayor agilización del recurso gubernativo y de descongestionar la ya de por sí abrumadora labor del presidente.

No podemos olvidar que en la actualidad se tiende esencialmente a una simplificación y acortamiento de trámites en la esfera administrativa; y siendo así que puede siempre acudir posteriormente a la vía judicial, por la vía del repetido artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la supresión propuesta simplificaría el recurso gubernativo.

Este es el criterio que ya tuvo en cuenta el legislador al reformarse el Reglamento del Registro Mercantil (donde también se suprimió el recurso de reposición ante el propio Registrador), y es lógico que, en futuras reformas, se extienda también al Registro de la Propiedad.

III. REFORMA DEL RECURSO GUBERNATIVO

Propone OGÁYAR, sustancialmente, las siguientes modificaciones en la tramitación del recurso gubernativo:

1.^a Implantación del recurso de reposición ante el propio Registrador. Lo creemos improcedente, en aras a una mayor agilización del recurso, por dos razones fundamentales: que de hecho, e incluso de derecho tratándose de documentos notariales o privados, en los casos que éstos tienen acceso al Registro, el Registrador necesita la previa conformidad del interesado para poner nota de denegación en el documento; y al anunciar tal nota—o la de suspensión—es lógico y humano que se expliquen tales razones y se discutan el asunto previamente, por lo que como advierte el propio conferenciante, si en estas conversaciones previas no hay acuerdo, será normalmente inútil tal recurso de reposición, y poco serio al rectificar ante una reclamación oficial habiéndose negado antes en la privada.

Y porque tal «recurso», de hecho, y de derecho, se da ya al remitir el Presidente los documentos al registrador para que éste emita su informe, pues en ese momento, (art. 116 del Reglamento Hipotecario) el registrador podrá rectificar en todo o en parte su calificación, punto éste que destaca también el propio OGÁYAR. Imponer un recurso de reposición en estas circunstancias, porque humanamente es posible un cambio de criterio del calificador, no parece que, en aras a la agilización del recurso, sea jurídicamente rentable.

2.^a Supresión del recurso ante el Presidente de la Audiencia Territorial, o sea de la Primera Instancia del mismo, por las razones apuntadas anteriormente y sobre las cuales sería reiterativo insistir, así como en su crítica.

3.^a Sustitución de la intervención de la Dirección General en la resolución definitiva del recurso gubernativo, por una Sala Especial del Tribunal Supremo, a crear, de la que formarían parte el Presidente de la Sala Primera, los tres magistrados más antiguos de la misma y un Letrado de la Dirección General designado por ésta (la intervención de un notario y de un registrador, que en principio se considera como aspiración saludable, parece que luego es rechazada, ya que más que de una Sala

Especial se trataría de una actuación especial de la actual Sala Primera del Supremo).

Las ventajas de entender del recurso en última o única instancia, un organismo judicial y no uno administrativo, serían las de resolver «con plena soberanía y eficacia *erga omnes* sobre las cuestiones civiles o hipotecarias planteadas mediante sentencia *definitiva*, que impidiera nueva calificación, al ser obligatoria para todos, por tener autoridad de cosa juzgada y no poderse plantear de nuevo la misma cuestión».

Estas ventajas—que son innegables—, ya que el actual recurso deja abierta la puerta al posterior «recurso judicial», que puede invalidar todo lo actuado, con el consiguiente derroche de energía, y lo que es peor, con la posibilidad de presentar de nuevo el documento a calificación posterior por un registrador sucesor en el cargo, que con solo su criterio puede inscribir lo que la Dirección denegó (posibilidad que por constituir una lacra debe desaparecer), tendría también un grave inconveniente: al de que a través de un recurso contra la calificación registral, quedarían resueltas de forma inapelable y *erga omnes* las cuestiones civiles de fondo planteadas, con lo que se eludirían los actuales trámites procesales para resolver estas materias a través de la correspondiente demanda ante los Tribunales ordinarios, con las consiguientes apelaciones, hasta llegar, en su caso, al Tribunal Supremo.

Aparte de que la actual rapidez del recurso desaparecería, pues la «Sala especial de recursos debería oír a ambas partes, admitir pruebas, etc. (de otra forma se caería «en el contrasentido de declarar la validez o nulidad de un contrato o espaldas y sin audiencia de los contratantes, cosa imposible por ilegal», que OGÁYAR apunta); aparte de que el trabajo que recaería sobre la Sala Primera llegaría a ser abrumador, pues al eludirse instancias artificialmente estos recursos para resolver a través del mismo cuestiones controvertidas, y no digamos nada si además se aplicaba la gratuitad al sistema, no vemos cómo podría encajarse esta forma de recurso en nuestras actuales leyes procesales, sin alterarlas profundamente; ni tampoco vemos la necesidad de condenar a la desaparición al actual sistema de recurso ante la Dirección General, por el solo hecho de que su doctrina pueda ser alguna vez contradictoria con la del Supremo (como a veces lo es también la jurisdicción contencioso-administrativa, la laboral, la económico-administrativa, etc.), contradicción que nunca produce daños irreparables a la altísima autoridad de éste, al que siempre podrán acudir los interesados disconformes, e incluso evitando una resolución previa de la Dirección General, mediante prescindir del recurso y acudir directamente a los Tribunales ordinarios.

Ello aparte de que la contradicción no es debida muchas veces a cues-

tiones de fondo (que en realidad escapan a la competencia de la Dirección General), sino derivadas del propio procedimiento registral, como en el caso citado por OGÁYAR del distinto tratamiento dado, al consentimiento uxorio, por el Tribunal Supremo y la Dirección General. Creemos que, independientemente de que la falta de dicho consentimiento haga que el acto sea anulable o nulo, lo que la Dirección General afirma es que tal acto no es inscribible, precisamente porque aunque el acto sólo sea anulable, según la tesis del Tribunal Supremo (que a nuestro juicio ha desvirtuado el sentido de la reforma del artículo 1.413 del Código civil, pues ya en la redacción anterior quedaban a salvo los derechos de la mujer perjudicada, párrafo 2.º de la redacción primitiva del artículo), los actos anulables no tienen acceso al Registro, por razones obvias de seguridad jurídica, y salva la excepción del artículo 94 del Reglamento Hipotecario, que como supuesto excepcional y puramente reglamentario que es, no puede ser interpretado sino restrictivamente, para el supuesto concreto que contempla, so pena, como afirma ROCA SASTRE, de convertir el Registro en algo totalmente inseguro para el tercer adquirente, que no está cierto de su adquisición si la causa de nulidad está patente en cualquier asiento anterior, por muy antiguo que sea.

En resumen, no nos parece doctrinal ni prácticamente aplicable el sistema que propone OGÁYAR, pese a la innegable altura científica del trabajo. El recurso gubernativo es susceptible de modernización y mejora, de agilización (supresión de la intervención del Presidente de la Territorial, por las razones apuntadas, supresión de la posibilidad de nueva calificación de una escritura sobre la que haya recaído resolución, mantenimiento de la facultad del calificador de enmendar su calificación en el trámite de informe, acortamiento de plazos, etc.), pero no por ello debe desaparecer en su esencia actual, ni deben recortarse las facultades de calificación del Registrador—a las que corresponde la consiguiente responsabilidad—, razón de ser del cargo, y que sólo ventajas ha proporcionado a la seguridad del tráfico inmobiliario y a la ciencia de Derecho.

Aparte de ello, la supresión de las resoluciones de la Dirección General y su sustitución por el propio Tribunal Supremo que propugna OGÁYAR, no la consideramos acertada porque el recurso gubernativo, tal como está concebido actualmente, no hace más que seguir las normas generales del procedimiento administrativo con sus dos instancias; por la magnífica aportación doctrinal que tales resoluciones significa; y por el carácter especializado del Órgano que las dicta, punto este último fundamental a nuestro parecer. Hoy en día, en que se tiende a especialización en todos los órdenes de la vida, y en que la Organización Judicial no es ajena a esta tendencia, como lo demuestra la creación no muy antigua de Magis-

trados especiales para la materia administrativa, laboral, etc., resultaría anómala y contra corriente, sin beneficio para nadie, la supresión de un órgano especializado en materia hipotecaria, como es la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyos letrados realizan una oposición dirigida especialmente a tal materia, o son seleccionados por concurso de méritos entre notarios y registradores de reconocido prestigio, y cuya actuación a lo largo de los años ha demostrado eficacia y utilidad, evitando con sus documentadas y fundadas resoluciones la existencia de litigios, que de otro modo habrían ido a incrementar las ya sobrecargadas funciones de los Tribunales de Justicia.

Seminario de Derecho Hipotecario. Valencia.

CRONICA LEGISLATIVA

Crónica legislativa

Propiedades industriales e intelectual:

El día 14 de julio de 1967 se firmaron en Estocolmo el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ratificado por España el 12 de mayo de 1969 («B. O. del E.» de 30 de enero de 1974), el acta modificativa del Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, ratificada por España el 13 de diciembre de 1971, («B. O. del E.» de 1 de febrero de 1974) y el Acta de Revisión de la Convención de Berna, para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, ratificada por España el 12 de mayo de 1969 («B. O. del E.» de 11 de febrero de 1974), acuerdos internacionales que suponen un importante hito en el proceso internacional iniciado en el siglo pasado orientado a la protección mundial, organizada unitariamente, de los resultados de la actividad creadora del espíritu humano.

Como es sabido, comenzó este esfuerzo de cooperación entre los Estados el 20 de marzo de 1833, fecha en que se firmó en París el Convenio que creó la «Unión Internacional para la protección de la Propiedad Industrial», revisado posteriormente en Bruselas (14 de diciembre de 1900), Washington (2 junio 1911) La Haya (6 noviembre 1925), Londres (2 junio 1934) y Lisboa (31 de octubre 1958). España se adhirió a la misma el 20 de diciembre de 1955. Junto a la Unión de París, existen Uniones particulares y Arreglos particulares establecidos en relación con esa Unión para la protección, así mismo, de la propiedad industrial.

Tres años y medio más tarde, el 9 de septiembre de 1886, se concluyó en Berna el Convenio para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, que igualmente ha sido parcialmente modificado en numerosas ocasiones: París (4 de marzo de 1896), Berlín (13 de noviembre de 1908), Berna (20 de marzo de 1914), Roma (2 de junio de 1928) y Bruselas (26 de junio de 1948). Creó la Internacinal para la protección de Obras Literarias y Artísticas».

Ambos convenios, el de París y el de Berna, contienen normas sustantivas o materiales, reguladoras de la protección internacional de las propiedades industriales e intelectual, y de organización. Los órganos de cada una de las Uniones son la Asamblea, el Comité Ejecutivo de la misma y la Oficina Internacional.

De los tres convenios concluidos en julio de 1967 es de trascendental importancia el que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Las Actas modificativas de los de París y Berna son, en realidad, consecuencia de éste, ya que simplemente reestructuran las organizaciones de las Uniones para coordinarlas con la nueva Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Por su importancia, a continuación señalamos, en síntesis, el contenido del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

I. Finalidades del Convenio:

1. Estimular la actividad creadora y promover en todo el mundo la protección de la propiedad intelectual.

2. Modernizar y hacer más eficaz la administración de las Uniones instituidas en el campo de la propiedad industrial y de la protección de las obras literarias y artísticas, respetando al mismo tiempo plenamente la autonomía de cada una de las Uniones. (Preámbulo del Convenio.)

II. La «propiedad intelectual»:

El Convenio utiliza la expresión «propiedad intelectual» en un sentido genérico comprensivo de la propiedad industrial y del derecho del autor sobre obras literarias, artísticas y científicas («propiedad intelectual» en nuestro derecho). (Art. 2.)

III. Fines de la Organización:

1. Fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional, y

2. Asegurar la cooperación administrativa entre las Uniones. (Art. 3.)

IV. *Funciones de la Organización:*

Sin perjuicio de las atribuciones de cada una de las Uniones, señala el artículo 4 las siguientes:

1. Fomentar la adopción de medidas destinadas a mejorar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y armonizar las legislaciones nacionales sobre la materia.

2. Encargarse de los servicios administrativos de la Unión de París, de las Uniones particulares establecidas en relación con esa Unión, y de la Unión de Berna.

3. Podrá aceptar el tomar a su cargo la administración de cualquier otro acuerdo internacional destinado a fomentar la protección de la propiedad intelectual o el participar en esa administración.

4. Favorecer la conclusión de acuerdos internacionales destinados a fomentar la protección de la propiedad intelectual.

5. Prestar su cooperación a los Estados que le pidan asistencia técnico-jurídica en el campo de la propiedad intelectual.

6. Reunir y difundir todas las informaciones relativas a la protección de la propiedad intelectual y efectuar y fomentar los estudios sobre esta materia publicando sus resultados.

7. Mantener los servicios que faciliten la protección internacional de la propiedad intelectual y, cuando así proceda, efectuar registros en esta materia y publicar los datos relativos a esos registros.

8. Adoptar todas las demás medidas apropiadas.

V. *Miembros:*

Pueden ser miembros de la Organización:

- a) Los Estados miembros de cualquiera de las Uniones (comprendiendo las particulares, los Arreglos internacionales y cualquier acuerdo internacional destinado a fomentar la protección de la propiedad intelectual de cuya administración se encargue la Organización).

- b) Estados no miembros de las Uniones a condición de que:

1. Sea miembro de la O. N. U., de alguno de los organismos especializados vinculados a las Naciones Unidas, del Organismo Internacional de Energía Atómica o parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o

2. Sea invitado por la Asamblea General. (Art. 5.)

VI. *Organos:*

A) Asamblea General: formada por los Estados, parte en el Convenio que sean miembros al menos de una de las Uniones. Sus funciones son las propias de un órgano supremo de la Organización: control de los demás órganos, invitar y admitir Estados en la Organización, etc. (Artículo 6.)

B) Conferencia: formada por los Estados parte en el Convenio, sean o no miembros de una de las Uniones. Entre sus cometidos son de destacar, el discutir las cuestiones de interés general en el campo de la propiedad intelectual y adoptar recomendaciones relativas a esas cuestiones, respetando la competencia y autonomía de las Uniones, adoptar las modificaciones al Convenio, y admitir observadores en sus reuniones. (Art. 7.)

C) Comité de Coordinación: formado por los Estados, parte en el Convenio que sean miembros del Comité Ejecutivo de la Unión de París o del Comité Ejecutivo de la Unión de Berna o de ambos Comités Ejecutivos. Sin embargo, si uno de esos Comités Ejecutivos estuviese compuesto por más de un cuarto de los países miembros de la Asamblea que le ha elegido, ese Comité designará, entre sus miembros, los Estados que serán miembros del Comité de Coordinación, de tal modo que su número no exceda del cuarto indicado y en la inteligencia de que el país en cuyo territorio tenga su Sede la Organización, no se computará para el cálculo de dicho cuarto. Como su denominación indica, es el órgano de enlace entre las Uniones y la Organización. (Art. 8.)

D) Oficina Internacional: dirigida por el director general, asistido por dos o varios directores generales adjuntos, constituye la Secretaría de la Organización. El director general, máximo funcionario de la Organización, es el representante de la Organización y sus funciones son estrictamente internacionales, en el sentido de que no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización. (Art. 9.)

VII. *Sede de la Organización: Ginebra*

Las Actas modificativas de los Convenios de París y Berna de 1967, como ya indicamos anteriormente, adaptan la organización administrativa de ambas Uniones a la nueva regulación de la propiedad intelectual. Quizá sea lo más destacable la desaparición de las Oficinas de ambas Uniones prevista para el momento en que todos los Estados miembros de

las mismas hayan llegado a ser parte en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Sus funciones son asumidas por la Oficina Internacional de la Propiedad Intelectual. Cláusula transitoria 4.^a del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, art. 24 del Acta de revisión de la Convención de Berna y 15 del Acta modificativa del Convenio de París.)

El Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entró en vigor para España el 16 de septiembre de 1969, el Acta modificativa de la Convención de Berna el 29 de enero de 1970 y la modificativa del Convenio de París, 14 de abril de 1972.

El «B. O. E.» de 4 de abril último publica el Instrumento de ratificación de una nueva revisión del Convenio de Berna, para la protección de las Obras Literarias y Artísticas acordada en París el 24 de julio de 1971.

Convenios colectivos de trabajo:

La Ley 18/73, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo («B. O. E.» de 3 de enero de 1974), derogatoria de la de 24 de abril de 1958, tiene como objetivos fundamentales, según se declara en el Preámbulo de la misma, por un lado, perfeccionar la institución, a fin de que sirva mejor y de manera más adecuada a la realidad socioeconómica del país y a los objetivos de armonía y concordia entre los elementos de la producción, para que la misma fue concebida, y por otro, adecuar las normas sobre contratación colectiva a los específicos fines que la Ley Sindical señala a la Organización Sindical y determinar las fórmulas de arbitraje que la Ley del Plan de Desarrollo propugna. Igualmente, pretende hacer realidad la actualización, con carácter progresivo, y la agilización de los procedimientos de tramitación, aprobación y revisión de los Convenios.

Se señalan como principales innovaciones de la misma la fijación de un plazo mínimo de duración de los Convenios, la posibilidad de Convenios de ámbito nacional, la atribución a la Organización Sindical de un cauce más amplio para el ejercicio de sus funciones de composición, la eliminación de trámites innecesarios y la potenciación de la autonomía de los sujetos negociadores, en el seno de la Organización Sindical. Así mismo se refuerza el arbitraje obligatorio, precedido de un nuevo asesoramiento sindical, como última instancia para dirimir los posibles desacuerdos y se atribuye al Ministerio de Trabajo la facultad de extender los Convenios a aquellas empresas o sectores donde, por especial dificultad, no pueda actuar la negociación colectiva. (Exposición de Motivos.)

Expediente previo al matrimonio civil:

La Dirección General de los Registros y del Notariado, estimando que la aplicación del expediente previo al matrimonio civil ha dado motivo, en la práctica, a un amontonamiento de trámites y exigencias excesivos, sin estricta base legal, declara en su Instrucción de 22 de marzo de 1974 («B. O. E.» de 15 de abril de 1974):

1.º Que en los expedientes previos al matrimonio civil deben evitarse toda dilación o trámite superfluo o desproporcionado con la causa; y la práctica de una diligencia no paralizará las demás que sean compatibles.

2.º Si el juez municipal escogido para la celebración del matrimonio no lo fuera a la vez de ambos contrayentes, sólo se duplicarán los trámites y alegaciones que ordene expresamente la Ley.

3.º El nacimiento de los contrayentes puede acreditarse, a falta de inscripción, conforme a lo establecido en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 1963.

4.º La soltería puede acreditarse por declaración jurada del propio sujeto. La viudez también por declaración jurada, acompañando certificación de defunción del cónyuge. Según el caso, será o no prudente que el juez-encargado exija, además, la práctica de diligencias complementarias, para asegurarse de la certeza del estado civil invocado.

5.º Para probar que los contrayentes no profesan la Religión Católica basta su declaración expresa, sin perjuicio de exigirse, en su caso, la prueba de haber comunicado el abandono al párroco.

6.º Los hechos relativos a contrayentes extranjeros podrán acreditarse:

a) Si se trata de hechos sujetos al Registro español: conforme a las reglas establecidas para los españoles.

b) En otro caso, caben los siguientes medios de prueba:

- Certificación registral correspondiente para los hechos sujetos en el extranjero a Registro regular y auténtico.
- Certificación expedida por el Cónsul o funcionario civil o militar competente, relativa directamente a la aptitud matrimonial y extremos exigidos (nacimiento, fallecimiento de un primer cónyuge, etc.).
- De no ser posibles estos medios: Cualesquiera otros medios de prueba.

7.º No es necesaria traducción oficial de documentos extranjeros si al encargado le consta su contenido y así lo hace manifiesto, ya por propio conocimiento de la lengua, ya por diligencia bastante.

8.º No es necesaria la legalización de documentos:

a) Si están expedidos en España.

b) Si al juez-encargado le consta la autenticidad directamente o por diligencia bastante.

c) Si el documento llega por vía oficial.

No se exigirá legalización ulterior del Ministerio, si consta la autenticidad de la que hace un Cónsul competente, español o extranjero.

9.º No se exigirá la previa publicación del matrimonio civil en país extranjero, si por el Cónsul o funcionario competente se certifica que en la legislación de tal país no está prevista la publicación oficial previa del matrimonio. El juez-encargado, en tal caso, exigirá certificación del Cónsul o funcionario competente, sobre la aptitud y libertad matrimoniales del contrayente extranjero.

10. Aunque sea posible la publicación de edictos en país extranjero, puede dispensarse si media causa grave suficientemente probada.

11. Los contrayentes que no saben castellano pueden expresar el consentimiento valiéndose de intérprete.

Aviación Civil:

El «B. O. E.» de 10 de enero de 1974 publica el Instrumento de ratificación del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, realizado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. Entró en vigor para España el 26 de enero de 1973.

Dicho Convenio tiene por finalidad prevenir y reprimir los actos que atenten contra la seguridad en vuelo de las aeronaves civiles (excluye expresamente en su art. 4, la aplicación del mismo a las utilizadas para servicios militares, de aduanas o de policía). Los delitos tipificados en el artículo primero se refieren en una serie de actos que directa o indirectamente constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo. No es de aplicación, por tanto, a aquellos actos ilícitos que no afecten a dicha seguridad, bien sean realizados en vuelo o en tierra.

Se aplica tanto a las aeronaves en vuelo internacional como interno, si el lugar, real o previsto, de despegue o aterrizaje de la aeronave está situado fuera del Estado de matrícula; o si el delito se comete en el territorio de un Estado distinto del de la matrícula de la aeronave (art. 4 párrafo 2). Se aplica, así mismo, si el delincuente o el presunto delincuente

es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de la aeronave (art. 4 párr. 3).

Las obligaciones que asumen los Estados contratantes son, en esquema, las siguientes:

I. *Modificaciones e innovaciones en su Derecho Interno:*

Se comprometen a establecer penas severas para los delitos tipificados en el artículo 1 (art. 3), tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos en los casos previstos en el artículo 5 y considerar los mencionados delitos entre los que den lugar a extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí (art. 8 párr. 1).

II. *Tomar todas las medidas que sean factibles para impedir los delitos* previstos en el artículo 1 (art. 10 párr. 1.º).

III. *Si se tienen razones para creer que se va a cometer un delito, suministrar la información de que se disponga* a los Estados que, en su opinión, puedan verse afectados por el mismo (art. 12).

IV. *Medidas a tomar en caso de producirse alguno de los delitos:*

A) Por el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente:

a) Procederá inmediatamente a la investigación preliminar de los hechos (art. 6 párr. 2).

b) Respecto al presunto delincuente:

1. Si considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención o tomará otras medidas para asegurar su presencia. Tales medidas se mantendrán solamente por el período que sea necesario, a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición (art. 6 párrafo 1.º).

2. La persona detenida tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo (art. 6 párr. 3).

3.º Si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio (art. 7).

c) Información: el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente comunicará sin dilación al Estado del que sea nacional el detenido, a todos los que puedan encontrarse afectados por el delito (men-

cionados en el párr. 1.º del art. 5) y, si lo considera conveniente a todos los demás interesados tal detención y las circunstancias que la justifican, así como los resultados de la investigación preliminar de los hechos e indicará si se propone ejercer su jurisdicción (art. 6 párr. 4.º).

B) Por todos los Estados contratantes:

1. Notificarán lo antes posible al Consejo de la O. A. C. I., de conformidad con su ley nacional, cualquier información pertinente que tengan en su poder, referente a las circunstancias del delito, las medidas tomadas respecto a la aeronave, los pasajeros y la tripulación por los Estados en donde se encuentren, y respecto al delincuente y, especialmente, respecto al resultado de todo procedimiento de extradición u otro procedimiento judicial (art. 13).

2. Prestar la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo a los delitos (art. 11).

C) Por el Estado en cuyo territorio se encuentren la aeronave, los pasajeros o la tripulación: facilitará a los pasajeros y a la tripulación la continuación del viaje lo antes posible y devolverá sin demora la aeronave y su carga a sus legítimos poseedores (art. 10 párr. 2.º).

Colegios Profesionales:

La Ley 2/74, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, («B. O. del E.» de 15 de febrero), establece la normativa general básica de los Colegios Profesionales y de los Consejos Generales de los mismos. Constituye, pues, la norma fundamental en esta materia. No obstante, «las disposiciones reguladoras de los Colegios Profesionales y de sus Consejos Generales y los Estatutos de los mismos continuarán vigentes en todo lo que no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de que se puedan proponer o acordar las adaptaciones estatutarias precisas, conforme a lo dispuesto en la misma» (disposición transitoria primera).

Esta ley no es de aplicación a los Colegios Profesionales Sindicales ni a los que en lo sucesivo se integren en la Organización Sindical o hayan de constituirse conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Sindical (artículo 1 párr. 2 *in fine*).

Tanto los Colegios como sus Consejos Generales se configuran como Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (arts. 1 párr. 1 y 9 párrafo 1). Y así el artículo 8.º en su párrafo primero dispone que «los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales, en cuanto estén sujetos al Derecho Administrativo, una vez agotados

los recursos corporativos, serán directamente recurribles ante la Jurisdicción contencioso-administrativa».

«Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública, por razón de la relación funcional y de las específicas de la Organización Sindical, en materia de relaciones laborales» (art. 1 párr. 3).

En la ley son regulados la creación, las funciones, el contenido de los cargos directivos de los Colegios y sus Consejos Generales.

JOSÉ MARÍA DE SOLAS

JURISPRUDENCIA

1

..

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 CABAILEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

14. VENTA DE INMUEBLES GANANCIALES. FORMA DE ACREDITAR DOCUMENTALMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA: ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD LA ESCRITURA DE VENTA DE UN PISO GANANCIAL OTORGADA POR EL MARIDO, SI EN DICHA ESCRITURA EL NOTARIO AUTORIZANTE DA TESTIMONIO PARCIAL DE OTRA ESCRITURA ANTERIOR EXISTENTE EN SU PROTOCOLO Y EN LA QUE LA ESPOSA PRESTA SU CONSENTIMIENTO PARA LA DISPOSICIÓN DE ESTA CLASE DE BIENES.

Resolución de 21 de noviembre de 1973, corregida por otra de 6 de diciembre del mismo año (B. O. del E. de 1 y 18 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada en Valencia el 19 de noviembre de 1971, ante el Notario don Joaquín Sapena Tomás, don José Salcedo Muñoz, constructor, casado, vendió a don José María Alventosa Perales, administrativo, soltero, y ambos mayores de edad, una vivienda, en el 6.º piso, puerta 23, de un edificio sito en la mencionada ciudad, calle Carrera de Malilla, sin número, hoy Joaquín Benlloch, número 2, por el precio de 450.000 pesetas, en parte aplazado, haciéndose constar en la comparecencia que el señor Salcedo interviene, «además de por sí, haciendo uso

del consentimiento bastante que asegura vigente, sin haberse alterado la capacidad de su esposa, doña Carmen Marí Montiel, sin profesión, mayor de edad y de su misma vecindad y domicilio, otorgado por ella a su favor ante mí, el infrascrito Notario, en 24 de febrero de 1968, en el que aparece facultado para que pueda llevar a cabo toda clase de actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles que tengan el carácter probado o presunto de gananciales de su matrimonio, pudiendo a tal fin, por sí o por ambos, otorgar toda clase de contratos y documentos públicos o privados ..., sin que en lo restante exista algo que lo altere, limite o condicione; de lo que doy fe».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento en este Registro de la Propiedad de Valencia, Oriente, por no acompañarse la escritura de consentimiento de la esposa a favor del esposo vendedor—que ha sido solicitada—, considerándose insuficiente el testimonio de la matriz que se transcribe, de la cual no aparece facultado el esposo para obtener copia de dicho consentimiento. Siendo el defecto subsanable, no se ha tomado anotación preventiva por no haber sido solicitada.»

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación y a efectos puramente doctrinales por el Notario autorizante de la escritura calificada, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y la Dirección General revoca el auto apelado y la nota del Registrador, en base a los siguientes considerandos.

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Autorizada una escritura de venta de un bien ganancial, en la que comparece sólo el marido vendedor sin presentar copia de la escritura en que conste el consentimiento *uxoris* para este acto, la cuestión a resolver en este recurso consiste en determinar si se encuentra extendida con arreglo a las prescripciones legales y, en consecuencia, es inscribible la mencionada escritura, en la que esta falta de copia ha sido suplida por la inserción hecha por el Notario en la propia escritura de que en su protocolo existe la matriz del documento en que se ponga, contraiga o modifique lo transcrito.

Centrada la discusión del recurrente y funcionario calificador, en sus respectivos informes, acerca de si tenía o no el marido facultad para solicitar la expedición de la copia de la escritura, en la que la mujer presta, con carácter general, su consentimiento a los actos que el marido realice sobre bienes gananciales, quizá antes de entrar en esta materia parece conveniente examinar si la fórmula utilizada por el Notario en la escritura de compraventa calificada ofrece las garantías suficientes para entender completo el acto de disposición realizado.

En efecto, hay que reconocer que la forma en que se ha hecho constar la existencia del consentimiento *uxoris* en la escritura de venta—lo que autoriza el artículo 166 del Reglamento Notarial—, supone la máxima garantía para los interesados, ya que el fedatario tiene a la vista el documento original en el que, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del mismo texto legal, párrafo penúltimo, caso de revocación figuraría mediante nota al margen de la matriz esta circunstancia, y al indicarse por parte del Notario que no hay tal revocación, la fe pública cubre esta declaración de forma más completa, incluso, que si por el vendedor se presentase la correspondiente copia, que al poder estar expedida con fecha anterior cabría la posibilidad de que después de su expedición su contenido hubiese sido modificado, restringido o revocado.

Con lo expuesto parecería innecesario entrar en el examen del resto del debate; pero, no obstante, ante la posibilidad de una revocación no formalizada del consentimiento *uxoris* a favor del marido, como podría ser la sola recogida de la copia por parte de la mujer sin haber comparecido ante

Notario para hacerlo constar en la correspondiente escritura pública, cabe plantearse la cuestión de si está autorizado o no el Notario para expedir copia a favor del marido, con arreglo a las normas vigentes del Reglamento Notarial.

Este texto legal mantiene en el artículo 227 dos posturas distintas: una de carácter general para el supuesto del mandatario, que sólo podrá obtener copia del poder, si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello, y otra más especial, contenida en el segundo párrafo del mismo artículo, que permite a la mujer casada cuantas copias desee de las licencias maritales, tanto si son generales como especiales, salvo que el marido se lo hubiera expresamente prohibido.

El caso debatido, relativo a la escritura en que presta su consentimiento la mujer, no aparece expresamente regulado en la legislación notarial, pero el sentido e interpretación que al artículo 1.413 del Código civil viene dando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la de este Centro directivo, que resaltan el estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital al consistir ambos en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, aconsejan seguir la norma establecida en el artículo 227, 2.º del Reglamento Notarial y que, mientras no esté expresamente prohibido, pueda el marido obtener cuantas copias desee, por ser no sólo lo más congruente, sino que además, y a mayor abundamiento, quedan protegidos los intereses en juego, y no cabe que se beneficie formalmente del sistema quien no acudió a los medios formales dictados para obtener el resultado digno de protección.

C) *Comentario*.—Supuesta la necesidad del consentimiento de la esposa para la validez de los actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales, según el actual artículo 1.413 del Código civil, el problema que se plantea en el presente caso hace referencia a la forma de acreditar documentalmente ese consentimiento previamente prestado.

En el supuesto de hecho aquí contemplado, el marido comparecía en la escritura de venta de un piso ganancial, por sí y al mismo tiempo haciendo uso del consentimiento otorgado por su esposa previamente ante el mismo Notario autorizante de la venta. Este daba testimonio parcial de la suficiencia del consentimiento así otorgado. Y el Registrador calificador estimó insuficiente el testimonio notarial de la escritura de consentimiento, y necesario el que se acompañara copia de dicha escritura.

En definitiva, el problema no era tanto de existencia del consentimiento de la esposa para el acto dispositivo cuya inscripción ahora se solicitaba, cuanto de la subsistencia de ese consentimiento *uxoris* anteriormente concedido. Si en el momento de otorgarse la escritura de venta del piso por el marido, estaba o no vigente el consentimiento general para los actos de disposición ya otorgado por la esposa. Para lo cual la discusión entre los dos funcionarios se hace discurrir por el camino, ciertamente lateral aunque conectado con el caso en cuestión, de si el esposo compareciente en la escritura de venta podía o no obtener copia de la escritura de consentimiento *uxoris*.

No se plantea, en cambio, el problema de fondo de si, para dar cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 1.413, es posible y jurídicamente eficaz que la esposa preste su consentimiento para la disposición de bienes inmuebles gananciales, con carácter general para toda clase de actos y previo a su formalización, en vez de hacerse para cada acto dispositivo concreto y en el momento de su realización. Poco después de la reforma del artículo 1.413 en 1958, el profesor FEDERICO DE CASTRO llamó la atención sobre este tema y, basándose en muy buenas razones, formuló la opinión de que tal consentimiento general iba en contra del espíritu del nuevo precepto, podía suponer un fraude legal o una renuncia

de ley, y no era defendible en buena interpretación del precepto (1). Por cuanto la facultad dispositiva que ahora se concedía a la mujer debía ejercitarse voluntariamente por ésta, en atención a las circunstancias y condiciones concurrentes en cada caso, para poder valorar adecuadamente si estaba o no conforme con la disposición o gravamen proyectados, y para poder decidir en consecuencia sobre el posible perjuicio de su interés económico en la sociedad de gananciales, que es lo que más directamente trata de salvaguardar el nuevo artículo 1.413, mediante el recurso técnico de atribuir expresamente a la esposa la facultad dispositiva sobre dichos bienes, en concurrencia con la del marido.

Como es bien sabido, sobre el reformado artículo 1.413 se han publicado numerosos comentarios y trabajos de investigación. No es éste el momento de recordarlos con detalle ni de pretender sintetizar las muchas opiniones vertidas. En cualquier caso, la mayoría de esas opiniones parece inclinarse a la admisión de las escrituras de consentimiento, para la disposición de inmuebles gananciales otorgadas por las esposas con carácter general y previo. Y por esa misma vía permisiva discurre la práctica notarial y registral, dada la frecuencia con que esos consentimientos generales se prestan y la multiplicidad de casos en que se utilizan. Ese modo de proceder quizá encuentre su apoyo en la mayor facilidad práctica, para el tráfico jurídico y en una minusvaloración social de los actos de control por la mujer casada de la disposición de inmuebles gananciales. Sin entrar en mayores precisiones, por no ser objeto ahora de discusión, quede apuntado aquí al menos tan importante problema.

Decíamos que la cuestión se planteaba en torno a si el consentimiento *uxoris* estaba o no vigente en el momento posterior de venta del piso ganancial por el marido. Cuestión de subsistencia del consentimiento dispositivo. Ello quiere decir que dicho consentimiento, inicialmente prestado, podía haber sido revocado después. ¿Cómo acreditar formalmente entonces que ese consentimiento para la disposición no había sido revocado ni modificado, que subsistía vigente en su formulación inicial? La revocabilidad de ese consentimiento *uxoris* nos hace pensar, ciertamente, en el negocio de apoderamiento, como ejemplo típico—aunque no único, naturalmente—de un consentimiento previamente otorgado, el del poderdante, que puede o no subsistir con posterioridad.

A partir de ese paralelismo con el mecanismo de la revocación del poder, y a falta de norma expresa directamente reguladora de este caso, el Registrador pudo estimar en su nota calificadora que era aplicable aquí el criterio legal que disciplina las escrituras de poder en el Reglamento Notarial, en orden a justificar la subsistencia del poder previamente concedido. Como el apoderado no puede obtener por sí mismo copia del poder, salvo si resulta autorizado expresamente para ello, cuando presenta copia de dicho poder que tiene en sus manos, cabe razonablemente presumir que tal poder está vigente y no ha sido revocado. Pues, de lo contrario, como consecuencia de la revocación, la copia del poder le había sido retirada por el poderdante que se la entregó.

Trasladando ese criterio al caso controvertido por vía de analogía, si el marido no resulta facultado para obtener copia de la escritura de consentimiento *uxoris*, dicha escritura debería acompañarse a la venta, como prueba presunta de que aquel consentimiento dispositivo estaba vigente; pues si hubiera sido revocado, la copia de la escritura en que se formalizó le habría sido ya retirada al marido por la esposa, no pudiendo éste tenerla en su poder al no tener facultades para obtener copia por sí mismo. La presentación de la escritura de consentimiento exterioriza—*prima facie*—

(1) Apéndice al *Compendio de Derecho Civil. La reforma del Código civil (Ley de 24 de abril de 1958)*, I E P. Madrid, 1958, pág. 57 Véase también *Compendio de Derecho Civil Introducción y derecho de la persona*. 5.ª edición. Madrid, 1970, pág. 237

su no revocación. Y, en cambio, el testimonio notarial de la escritura previa no es suficiente a dichos efectos de acreditar su subsistencia (2).

La escritura de prestación de consentimiento otorgada por doña Carmen Mari antes que don José Salcedo vendiera el piso ganancial ¿implica un negocio de apoderamiento? De los antecedentes del caso no resulta muy claro la concesión formal de poder, hecha por la esposa a favor de su marido. En la escritura de venta ¿actuaba éste, además de en su propio nombre, en representación de su mujer? ¿O simplemente otorgaba su consentimiento dispositivo, el cual se completaba con la escritura de consentimiento *uxoris*, para perfeccionar la venta, en cuanto ésta afectaba a los dos esposos y precisaba del consentimiento de ambos?

Al estudiar el complejo tema de la capacidad de obrar de la mujer casada, y de las causas de levantamiento de las restricciones de esa capacidad por voluntad expresa del marido, el profesor DE CASTRO distingue entre licencia, consentimiento y apoderamiento (3). La licencia supone intervención del marido, respecto de bienes (o derechos patrimoniales) ajenos, los de la mujer, para completar la capacidad de ésta. En cambio, el consentimiento implica actuación de cualquiera de los cónyuges, respecto de bienes comunes; y en cuanto a éstos, la prestación del consentimiento es necesaria para el acto de que se trate cuando el cónyuge que interviene tiene legalmente legitimación para actuar. El ejemplo más típico de este último supuesto es el de los bienes gananciales, y el de los actos dispositivos, respecto a los inmuebles que tienen tal carácter. Frente a estas formas de actuación, el apoderamiento significa la concesión al otro cónyuge de ese necesario consentimiento por parte del cónyuge poderdante, para que aquél actúe dentro de los límites del poder concedido en nombre y representación de este.

Si partimos de que la escritura de consentimiento otorgada por doña Carmen Mari, el 24 de febrero de 1968 era una escritura de apoderamiento, en la cual la esposa daba poder a su marido para que éste actuara en su nombre, prestando el consentimiento *uxoris* necesario para la validez de la venta del piso ganancial, el posible problema de acreditar la subsistencia de ese poder y su no revocación, tiene una solución adecuada en el razonamiento contenido en el Considerando tercero del presente recurso: Como entiende rectamente el Centro Directivo, si se hubiere revocado el poder así conferido, la revocación debería constar por nota al margen de la escritura matriz. Y esto, sea cual fuere el Notario ante el cual se hubiera otorgado el acto de revocación (véase art. 178 R. N.). De donde resulta que el Notario autorizante de la venta no podría testimoniar, como aquí, de la vigencia del poder, ni siquiera por vía del testimonio parcial, pues la necesaria nota de revocación, caso de existir, sí altera el contenido de la escritura en que se testimonia.

Con esa garantía formal, parece suficientemente acreditada la vigencia del poder, su no revocación, y admisible la fórmula del testimonio parcial complementario para considerar perfecto el acto de venta del piso. Concurriendo el consentimiento de ambos cónyuges, y no acreditada suficientemente la revocación del consentimiento *uxoris* previamente prestado, o admitida la presunta vigencia de ese consentimiento, de acuerdo con el tes-

(2) Según el documentado informe del Registrador, en el presente caso el Notario no da fe de la vigencia de ese consentimiento otorgado ante él mismo—ni, en realidad puede darla en modo alguno—, por lo que dicho testimonio obtenido de la matriz, y no de una copia exhibida, no puede acreditar la subsistencia del consentimiento prestado. La manera de acreditarla ante el Registro no puede ser otra que la presentación de la copia que, obrando en poder del esposo, le faculta legalmente para actuar. El testimonio a solicitud de quien hubiera estado facultado para obtener copias en el negocio jurídico de prestación del consentimiento habría tenido, sin duda alguna, el valor de una copia a estos efectos. Por tanto, al no resultar de dicho testimonio la facultad del esposo de obtener nuevas copias, no cabe conceder al testimonio el mismo valor que a una copia, y de ello nace la imposibilidad de practicar la inscripción del acto dispositivo contenido en la escritura objeto del recurso.

(3) *Compendio de Derecho Civil*, pág. 239.

timonio parcial del Notario autorizante, el acto puede estimarse válido y su inscripción debida. La tesis de la Dirección General de estimar inscribible la escritura de venta en esas condiciones, nos parece convincente y acertada la solución que aquí se da al caso controvertido.

Si la escritura previa no contuviera un negocio de apoderamiento, sino un consentimiento general prestado por la esposa para completar los actos dispositivos otorgados después por el marido, también entonces sería aceptable la misma solución. Porque la posible revocación subsiguiente de ese consentimiento previo, plantearía idéntico problema: acreditar la vigencia del consentimiento *uxoris*. Supuesto que la revocación formal en escritura pública debería igualmente constar por nota en la escritura matriz de prestación de consentimiento, también aquí podría darse por válido el testimonio parcial del Notario autorizante de ésta, por idénticas razones a las ya expuestas.

Mas, ¿qué ocurriría si la esposa hubiera revocado su consentimiento inicial antes de otorgarse la escritura de venta, y esa revocación no se hubiera formalizado ante Notario? El problema es entonces más complejo. Habría que considerar tanto la posibilidad legal de esa revocación verbal, tácita o presunta no documental, como la forma de probar tal revocación; y, sobre todo, la eficacia que frente a terceros pudiera desplegar la revocación privada o tácita.

Sin entrar en mayores precisiones, recordemos simplemente que el artículo 1.733 del Código civil, por lo que respecta a la relación jurídica de mandato, establece la devolución del documento en que se formaliza el mandato representativo—poder—como consecuencia de la revocación de tal mandato. Revocación expresa y retirada del título documental serían así dos etapas o fases del procedimiento revocatorio a través del cual queda extinguido el mandato. Por eso, cuando el apoderado—mandatario en la terminología del Código civil—no puede presentar el documento probatorio de su actuación representativa, hay base para presumir que su poder ha sido revocado. Especialmente si se tiene en cuenta que sólo el poderdante—mandante puede obtener copia de la escritura de poder (mandato representativo), y no el apoderado—mandatario (salvo autorización expresa a su favor; art. 227, 1 R. N.), por lo que éste sólo podrá usar de aquel título documental cuando el mandante se lo haya entregado.

Si el poder ha sido revocado, aunque esta revocación sea puramente verbal y no formalizada ante Notario, el mandante habrá retirado al mandatario—apoderado la copia de la escritura de poder que lo legitimaba como tal. Por eso el Registrador que calificó el documento controvertido en este recurso, juzgó que no bastaba el testimonio notarial parcial de la matriz de aquella escritura, sino que era preciso acompañar copia de tal poder. Pues de otra manera podía estimarse (siempre en forma presunta, claro) la revocación de ese poder. O, al menos, no acreditarse suficientemente su vigencia en el momento posterior de la venta. Por eso también, y al margen de la razonable argumentación ya expuesta, la Dirección General aborda frontalmente este nuevo problema en los Considerandos cuarto, quinto y sexto.

Centrada así la cuestión en torno a si el marido podía o no obtener copia de la escritura de consentimiento de su esposa, a los efectos indicados de precisar la subsistencia de ese consentimiento no revocado, el tema se complica un poco más si se observa que el supuesto concreto del consentimiento *uxoris* para los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales no aparece expresamente regulado en el Reglamento Notarial. En el artículo 227 de éste sólo se contemplan específicamente dos casos distintos, como el propio Centro Directivo recuerda oportunamente: el mandato y la licencia marital. Supuestos distintos que conducen a soluciones también diversas, desde el punto de vista de la legitimación para obtener copia: la mujer casada, que puede por sí misma obtener copia de las es-

crituras de licencia marital, salvo prohibición expresa del marido cedente, y el mandatario o apoderado, que no puede obtener copia del mandato a su favor si el mandante no se lo ha permitido expresamente.

Reconociendo la laguna legal para el supuesto de consentimiento dispositivo de la mujer según el artículo 1.413, desde esta concreta perspectiva de si está legitimado el marido para obtener copias de la escritura en que ese consentimiento se formaliza, la Dirección General aplica a este caso por analogía la norma reglamentaria de la licencia marital. Y apoya esta construcción en la interpretación jurisprudencial que equipara el consentimiento *uxoris* a la licencia del marido. De donde se deduce la consecuencia de que el marido puede también obtener copia de la escritura de consentimiento de su esposa, siempre que no le esté expresamente prohibido.

Con todos los respetos para la autoridad de nuestro más alto Tribunal y la doctrina de la Dirección General, basada en esa interpretación, creemos que la equiparación entre licencia marital y consentimiento *uxoris* no está suficientemente fundada, que no es convincente en su planteamiento ni en su desarrollo, que conduce a soluciones contrarias a la *ratio* del precepto legal, y que no puede admitirse (4). Puestos a buscar la solución analógica más adecuada para el caso aquí discutido, en relación con los dos contemplados en el artículo 277 R. N., entendemos que es más correcta la analogía con el criterio reglamentario aplicable al mandatario. No sólo por la diferencia radical existente entre licencia del marido y consentimiento dispositivo de la mujer, sino también porque, aunque no se tratara de un verdadero poder de la esposa a favor de su cónyuge para que éste la representara en el acto de la venta, el mero consentimiento previo y general de la esposa a los actos dispositivos que realice el marido, es un negocio paralelo o semejante al de apoderamiento; y, como en éste, el consentimiento allí prestado es también revocable.

Si admitidos como buena esta nueva equiparación, la solución a que entonces se llega es ciertamente distinta a la mantenida en el último Considerando de este recurso. El marido, como mandatario o apoderado, no podrá obtener por sí mismo copia de la escritura de consentimiento. No bastará, pues, el testimonio notarial de la escritura matriz, sino que deberá acompañarse copia de esta escritura, para justificar que no le ha sido retirada al marido por la esposa otorgante y que, por tanto, no le ha sido revocado ese previo consentimiento para la disposición. Como sostenía el Registrador calificante en su argumentación.

Nos encontramos, así, con dos posibles soluciones contradictorias para este caso: a) Si se piensa que la revocación del consentimiento *uxoris* sólo puede afectar a terceros—y por tanto, condicionar la perfección jurídica de un negocio subsiguiente y derivado a efectos de su inscripción registral—si se formaliza adecuadamente ante Notario, como esa revocación documental ha de constar por nota en la escritura matriz y el Notario autorizante de ésta no puede desconocerla, el testimonio parcial de esta escritura expedido por el mismo Notario bastará para completar el acto dispositivo. Y la venta así otorgada será válida e inscribible como se afirma en el Considerando tercero. b) Si, por el contrario, se admite la revocación formal, mediante la simple retirada de la escritura del consentimiento por parte de la esposa que lo prestó, y se estima que esta revocación no documental puede igualmente repercutir sobre los terceros, en cuanto que éstos debieron cerciorarse de la vigencia del consentimiento previo, tomando la precaución de exigir la exhibición de la copia de esta

(4) Véase nuestro "Comentario a la Resolución de 28 de marzo de 1969" (Anotación preventiva de demanda sobre finca ganancial) en esta misma Revista, núm. 475, noviembre-diciembre 1969, págs. 1671-1684.

escritura, entonces no bastará acompañar el testimonio parcial de la escritura en cuestión para que la venta que en ella se apoya sea perfecta, y no podrá inscribirse.

¿Cuál de estas dos soluciones debe aceptarse, y hasta qué punto debe tenerse en cuenta la posible decadencia de ese consentimiento anterior, en virtud de una revocación no documental? El tema es, por lo menos, dudoso, y la respuesta positiva que brinda la Dirección General para la inscribibilidad de la venta aquí discutida es válida sólo en el primer supuesto. Es decir, cuando la revocación se formaliza ante Notario. Pero no nos parece igualmente convincente en el segundo planteamiento, si se considera viable la revocación no formal, mediante la recogida de la copia. Porque no podemos admitir la equiparación jurisprudencial entre licencia y consentimiento.

Ante esa disyuntiva de soluciones contrarias, quede en manos del buen criterio del lector la ponderación de los intereses enfrentados, la valoración de los argumentos y la justicia mayor de una u otra respuesta. Personalmente nos inclinamos a pensar que la subsistencia de un consentimiento *uxoris* previo, como de un poder anterior, sólo puede acreditarse en forma imperfecta o presunta. Que los medios para esta comprobación son instrumentales e incompletos. Y que, en puridad, este problema de vigencia debe ser enfocado primordialmente desde el punto de vista de la revocación formal, única que debe repercutir necesariamente frente a terceros. Por lo que la solución esbozada en el Considerando tercero, permisiva de la inscripción con el solo testimonio parcial de la escritura de consentimiento, nos parece suficiente y aceptable. Por cuanto la revocación no documental, de la que sería indicio la mera retirada de la copia por la esposa, aunque sea posible, quizá no deba condicionar el mecanismo formal de la publicidad registral; ni ser tenida en cuenta como posible excepción de esa regla general. Por su clandestinidad y consiguiente inoponibilidad. Pero somos conscientes de que el problema subsiste y la solución permisiva en todo caso no deja de ser objetable.

Como consecuencia de todo lo dicho, no queremos terminar sin apuntar escuetamente dos consideraciones: 1) La necesidad de organizar adecuadamente, con rigor técnico y eficacia práctica, un Registro General de poderes, a nivel nacional. Donde se hicieran constar los negocios de apoderamiento y su revocación. Como trámite previo para la oponibilidad de estos actos y situaciones frente a los terceros. Algo semejante, aunque distinto, a lo que es el Registro Mercantil para los poderes de esta naturaleza. De modo que la existencia, la extensión y la vigencia de todo poder de representación pudieran acreditarse frente a terceros suficientemente con la publicidad del Registro así organizado. Para evitar las incertidumbres que de otra manera se producen y los perjuicios causados a la seguridad del tráfico. 2) La insuficiencia de los testimonios de particulares que expiden los Notarios en relación con las escrituras que se les exhiben u obran en su protocolo, a efectos de completar un negocio jurídico que debe ser inscrito en el Registro. Porque el juicio de valor, respecto de la validez y suficiencia del documento complementario así testimoniado, encaja plenamente dentro de la función calificadora que al Registrador corresponde como trámite previo para la inscripción registral. Con independencia del juicio de capacidad, validez y legalidad que el Notario deba realizar al autorizar la escritura, ese juicio de valor es típicamente registral. De modo que puede solicitarse la presentación del documento original íntegro para proceder a su calificación, en conexión con la del propio acto inscribible. Ambos son importantes problemas que sólo pueden apuntarse aquí. Y sobre los cuales volveremos con más calma en otra ocasión.

15. ES DEFECTO SUBSANABLE LA INSUFICIENTE DESCRIPCIÓN DE LA FINCA EN EL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL DE LA SOCIEDAD VENDEDORA, SI IMPIDE COMPROBAR LA IDENTIDAD DE LA MISMA CON LA QUE SE DESCRIBE EN LA ESCRITURA DE VENTA OTORGADA PARA CUMPLIR AQUEL ACUERDO.

SUPONEN NUEVOS MOTIVOS PARA LA CALIFICACIÓN, QUE NO CABE DISCUTIR EN EL RECURSO, INDICACIONES EN EL INFORME TALES COMO LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE FIRMAS EN UNA CERTIFICACIÓN Y EL NO CONSTAR LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA RENOVACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR, CUANDO LA NOTA EXPRESABA SIMPLEMENTE QUE HABÍA «FALTA DE CLARIDAD QUE ATAÑE A LA COMPAÑÍA VENDEDORA».

Resolución de 11 de febrero de 1974 (B. O. del E. de 23 de febrero).

Antecedentes de hecho.—Por escritura otorgada en Tarrasa el 30 de diciembre de 1969 ante el Notario don José Gabriel Erdozain Gaztelu, los cónyuges don Luis Valls Puig, su esposa y una hija de ambos compraron a la Sociedad «Humet Hermanos, S. A.», representada por don Esteban Humet Pale, un «solar edificable en Tarrasa con frente a la calle 9-F, que ocupa una superficie de 1.207 metros y 45 centímetros: linda al norte con la calle Hockey; al este con la parcela que fue segregada y vendida a los compradores; al oeste con otra manzana procedente también de la misma finca matriz y vendida a la Compañía mercantil «Inpe, S. A.», con la calle 9-F en medio, y al sur con la calle 2-F.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Tarrasa primera copia de la anterior escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción que se interesa en el precedente documento, por el defecto subsanable de la falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora y a la identidad de la finca, tomándose en su lugar anotación de suspensión por el término de sesenta días en el tomo 1.556, libro 412, de Tarrasa, sección 2.ª, folio 28, finca 23.059, anotación letra A.»

El Procurador don Narciso Ranera Cabris, en representación de don Luis Valls y esposa, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que el representante de la Sociedad vendedora fue nombrado Administrador de la misma en una Junta General de 16 de abril de 1958; que tal acuerdo se inscribió en el Registro Mercantil; que el citado Administrador fue renovado en su cargo por Junta General Extraordinaria celebrada el 23 de diciembre de 1969; que para la convocatoria de dicha Junta General se observaron todos los requisitos legales establecidos; que al otorgar el documento público calificado se tuvo a la vista, según se hace constar en el mismo, el libro de actas de la Sociedad; que en la propia escritura se transcribieron los acuerdos que facultan al señor

Humet para firmar, así como los datos más importantes y concretos de la Sociedad vendedora; que en cuanto a la identidad de la finca, resulta del propio documento calificado y de los libros del Registro, y para mayor claridad acompaña un plano de situación en el que se señala la misma, y que como fundamentos de derecho citaba los artículos 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.

El Registrador informó: que en la escritura no se consigna si la renovación del Administrador en su cargo fue o no inscrita en el Registro Mercantil ni por quién aparece autorizada el acta correspondiente a la misma; que tampoco se legitiman las firmas de quienes aparecen suscribiendo el acta ni las diligencias de apertura del libro que garanticen su autenticidad; que no se acompañó la escritura de constitución de la Sociedad ni las de las sucesivas modificaciones de la misma; que no se insertan los Estatutos en la parte pertinente para poder apreciar la capacidad de los Administradores; que no se consignan el resto de los acuerdos tomados en la Junta General sin afirmarse por el Notario autorizante si en lo omitido hay algo que modifique o restrinja lo que se inserta; que las anteriores omisiones constituyen la falta de claridad señaladas en la nota en cuanto a la representación de la Sociedad, que impide calificar debidamente si se ostenta o no la representación de la Sociedad y si el Administrador está o no facultado para el acto que realiza; que en cuanto al segundo defecto concurren las mismas omisiones señaladas en el primero relativas a la autenticidad de la Junta en que se dice fue tomado el acuerdo de la venta más otras que señalará referentes a la propia finca; que el acuerdo de enajenación testimoniado en la escritura dice literalmente que «se procederá a la enajenación de la denominada 'Fábrica Nueva', sita en la calle José Tapiolas, número 129... Igualmente se procederá con el resto del terreno correspondiente a la manzana contigua que quedó tras la venta del solar hecha a don Luis Valls Puig y otros en 9 de mayo de 1967»; que comparando esta descripción con la que se hace del terreno vendido no resulta que sea la misma finca sin tener a la vista la escritura de 9 de mayo de 1967; que en el acta no se dice la cabida de lo que se autoriza a vender ni se expresa su situación y linderos, aunque sí se dice que el precio será el inventariado, sin especificar de qué inventario se trata ni acompañarlo a la escritura calificada, circunstancias todas que por su falta de claridad impiden calificar si el Administrador de la Sociedad vendedora, en el caso de que acreditase tal representación, estaba o no autorizado para vender, como ha hecho, la finca citada; que la fotocopia que se acompaña del plano de situación no está diligenciada, por lo que carece de autenticidad, y además, como reconoce el recurrente, no pudo ser tenida en cuenta al no acompañarse inicialmente al documento calificado; que si en el acta en que se autorizaba la venta se hubiese consignado, al menos, el número de la finca matriz, podía haberse identificado la que se enajenaba, pero no se hizo así; que también podría ayudar a identificarla la presentación de la escritura de 9 de mayo de 1967; que el estado de quiebra de la Sociedad vendedora no supone obstáculo a la necesaria aclaración, pues siempre existen órganos que representan a la Sociedad, y que como fundamentos de derecho señala los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 117 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 30 de julio de 1917, 18 de mayo de 1933 y 15 de julio de 1971.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, puntualizando que la representación del Administrador es clara; la autorización para vender, amplia, y la descripción de la finca, conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento.

Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto presidencial por el funcionario calificador, la Dirección General de los Registros y del

Notariado resuelve la apelación acordando, con revocación parcial del mismo, confirmar la segunda parte de la nota del Registrador (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—La presente nota de calificación, al no haber sido extendida en forma clara y precisa, según exige el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ha dado lugar a que haya sido objeto de interpretaciones diferentes, según puede observarse en los obligados informes presentados, con la consecuencia, puesta ya de relieve en la resolución de 24 de febrero de 1953, de dificultar la subsanación del defecto, al no saberse exactamente en qué consiste, o de impedir apreciar si aquél se halla o no justificado, lo que motivó que el Centro Directivo acordase en ese recurso devolver el expediente, a fin de que se cumpliese con lo ordenado con el artículo 106 del mencionado Reglamento.

No obstante, y aun cuando en base a lo expuesto aparecía sobradamente fundada la devolución del expediente para que se cumpliera aquella finalidad, razones de economía procesal inducen a entrar en el examen de la nota sin tener en cuenta, sin embargo, en cuanto a la primera parte de ella, «falta de claridad que atañe a la referencia de la Compañía vendedora», las indicaciones hechas en el informe del Registrador, tales como falta de legitimación de las firmas de las personas que extendieron la certificación de la Sociedad o si la renovación del nombramiento del Administrador se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, etc., que suponen en realidad agregación de nuevos motivos, que agravarían durante la tramitación del procedimiento la calificación realizada, y que no entran dentro del concepto de rectificación, a que se refiere el artículo 116 del Reglamento Hipotecario, ya que no pueden discutirse más que las cuestiones que se relacionen directamente con la nota, según los artículos 117 y 127 del mismo texto legal.

La Compañía vendedora aparece claramente delimitada en la escritura discutida por los datos que en la misma se contienen, y sin que puedan los Registradores, tal como ya declararon las resoluciones de 9 de febrero de 1943 y 24 de diciembre de 1948, suscitar cuestiones acerca de la constitución de las Sociedades mercantiles en cualquier momento de su vida social, porque esta materia es de la competencia de los Registradores mercantiles, sin que ello suponga desconocer la misión conferida a aquellos funcionarios por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria ni se restrinja su deber de calificar todos los documentos presentados que se encuentren relacionados con la operación solicitada.

En cuanto a la segunda parte de la nota, «falta de claridad en la identidad de la finca, parece fundada la cautela del funcionario calificador, puesto que es indudable que por la descripción de la finca transmitida no se sabe si ésta se corresponde con la que en el acuerdo social, transcrito en la escritura, se autorizó para ser enajenada, dada la remisión que se hace a otra escritura de fecha anterior, y que al no haberse acompañado cuando se solicitó la inscripción, ha impedido tener a la vista el documento, que podría haber despejado las racionales dudas que sobre la identidad del inmueble se han originado, y que podrían quedar desvanecidas o por la presentación de la susodicha escritura o la ratificación o aclaración por la Sociedad de que se trataba de la misma finca o cualquier otro procedimiento que fuera suficiente.

COMENTARIO.—Todo el recurso sufre las consecuencias de una nota de calificación un tanto apresurada, en la que quedaron sin precisar tanto los defectos referentes a la personalidad o representación de la sociedad vendedora, como el referente a la identificación de la finca vendida. Tal

(1) VISTOS los artículos 18 de la Ley Hipotecaria; 106, 116, 117 y 127 del Reglamento Hipotecario, y la Resolución de 11 de marzo de 1953

imprecisión permite al recurrente que en el escrito de interposición del recurso, también escaso, se limite a una breve explicación de que todo estaba correcto, evitando entrar en los defectos observados por el Registrador y que, al menos en la nota, tan imprecisamente había acusado.

La nota era, desde luego, insuficiente. Comparándola con el informe, se aprecia claramente que podía ser tachada de antirreglamentaria, conforme al artículo 106: carecía de la suficiente claridad y precisión. Hemos de llegar al informe del Registrador para conocer los defectos observados, que resultan ser muchos, y podemos ordenar así:

a) En cuanto atañe a la referencia de la Compañía vendedora (como decía la nota):

1.º No acreditarse la inscripción en el Registro Mercantil de la renovación del Administrador. También quiere el Registrador que se consigne quién autorizó el acta del acuerdo.

2.º Falta de legitimación de las firmas de quienes aparecen suscribiendo el acta y de las firmas de la diligencia de apertura del libro de actas.

3.º Falta de presentación de la escritura de constitución y de las de modificación de la Sociedad, y falta de inserción de los Estatutos en la parte pertinente, aunque no sabemos si esto como sustitutivo de lo anterior. Y también que no se consignen el resto de los acuerdos tomados en la Junta o se afirme por el Notario que en lo omitido no hay nada que modifique o restrinja lo insertado. Suponemos que se refiere al acuerdo de venta.

b) En cuanto atañe a la identidad de la finca.

Aunque en lo referente a este apartado el informe es más extenso que en los defectos anteriores, aquí hay un defecto único, que no es falta de descripción de la finca en la escritura, conforme a los artículos 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, como el auto presidencial parece entender, sino el de que la descripción de la finca a enajenar, en el acta del acuerdo social de venta, se hace con tal imprecisión, que permite dudar de si la venta y correctamente descrita en la escritura era la acordada vender. Porque el acta o acuerdo hablan de dos fincas: una con denominación (Fábrica Nueva), calle y número, y otra sin más dato descriptivo o de identificación que el de ser un terreno que quedó como resto en una venta hecha a don Luis Valls Puig y otros en 9 de mayo de 1967. Para complicar más las cosas, el acuerdo determinaba también el precio de venta, pero en forma imprecisa, al decir únicamente que sería el inventariado, sin determinar a qué inventario se refería. Había aquí otro defecto, porque si la Junta había determinado el precio, aunque en forma indirecta, era necesario calificar si la venta se hacía en el precio acordado.

El Registrador en su informe (no sabemos si *motu proprio* o contestando a pasaje del escrito de recurso no recogido en el resultado correspondiente) hace referencia a una circunstancia que viene a complicar la cuestión y la subsanación de los defectos: el estado de quiebra de la Sociedad vendedora. Dice que esto no es obstáculo para conseguir las aclaraciones que pide, porque siempre hay órganos que representan a la Sociedad. Esto es verdad, pero...

La Dirección General, en vista de la imprecisión y falta de claridad de la nota, comienza estimando que se está ante un caso de devolución del expediente para restituir el procedimiento registral al momento de extensión de la nota, con el fin de que en ésta se diera cumplimiento al artículo 106; pero luego, por razones de economía procesal, tira por la calle de en medio y entra en el examen de la nota y en la resolución del recurso, si bien parcialmente, pues se desentiende de todos los defectos referentes a la compañía vendedora, unos por suponer agregación de nuevos motivos, que agravan la calificación realizada (arts. 117 y 127 del Reglamento), y otros (¿o todos?) por el principio de que el Registrador de la Propiedad

no debe entrar en cuestiones que fueron objeto de la calificación del Registrador mercantil.

El considerando primero apoya su intención de devolver el expediente, a fin de que se cumpla con lo ordenado en el artículo 106 del Reglamento en el precedente de la resolución de 24 de febrero de 1953. Creemos que el *Boletín Oficial* contiene un error en esta cita y que debe referirse a la resolución de 25 de febrero de 1953. En ella, el Registrador de Mediodía de Sevilla había puesto varios defectos a los documentos presentados por la Secretaría General del Instituto Nacional de Colonización referentes a una expropiación, de la parte no ocupada de ciertas fincas en los términos de Alcalá del Río y La Rinconada, que había sido encargada por ley a dicho Instituto. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección, después de un largo vistos ordenando la legislación aplicable y de varios considerandos encaminados a orientar la controversia, termina, por último, por considerar que dada la redacción vaga e indeterminada de la nota (que puede oponerse a la subsanación del primer defecto) se debe acordar, como acuerda, con revocación del auto apelado, devolver al expediente al Presidente de la Audiencia, con el fin de que pueda cumplirse lo ordenado en los artículos 106, 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Es decir, que en aquella resolución, la devolución del expediente se hacía después de revocar el auto presidencial confirmatorio de la nota, con lo cual la devolución, para que se extendiese nueva nota más clara y precisa, adoptaba la tónica procesal de la nulidad de actuaciones. Por otra parte, se pretendía también dar paso a la aplicación de los artículos 300 y 306 del Reglamento, y para ello el camino más expedito fue el que se empleó. Las circunstancias con las que llega el recurso que comentamos a la apelación son notablemente diferentes.

Por ello, la Dirección no se decide a seguir el precedente. Pero se queda en una solución mixta, al no entrar en ciertos defectos de la nota (aclarada por el informe) basándose en la doctrina de los motivos nuevos. Y creemos que exagerando esta doctrina, al combinar las normas un tanto diversas de los artículos 117 y 127, porque a la vista de ambos artículos y del 116 parece que debe distinguirse entre la aclaración de la nota en el informe, en todo caso, admisible; la rectificación de la calificación, que cuando tenga el carácter de *reformatio in pejus* podrá ser libremente apreciada, primero por el Presidente y luego por la Dirección, y la alegación de nuevos defectos después de terminado el recurso, que ha de regirse por el 127.

Esta solución intermedia de entrar en uno de los defectos y no en los restantes, cuando todos estaban insuficientemente concretados en la nota, no resulta del todo convincente porque, en definitiva, la consecuencia (después de existir un auto presidencial revocatorio de la nota, porque la representación del Administrador era clara y la autorización para vender amplia), en cuanto a los defectos en los que no se entraba, era la misma que la de una resolución en la que quedasen rechazados esos defectos dejando vigente la doctrina del auto presidencial. No era, pues, una verdadera solución amparada en razones de economía procesal.

Es posible que el informe del Registrador, en contraste con su insuficiente nota, se excediese en la búsqueda de defectos; pero, en todo caso, los considerandos segundo y tercero, amparándose en la doctrina de los motivos nuevos y en la de no intromisión en la calificación del Registrador mercantil, lo que casi han hecho es sentar doctrina por vía de visto bueno, sin considerandos, conforme con la del Presidente de la Audiencia, en puntos tan importantes como el de si es requisito de la inscripción de un contrato otorgado por el Administrador de una Sociedad Anónima la inscripción de la renovación del cargo en el Registro Mercantil; el de si en

caso de transcripción parcial de un acuerdo social debe aseverarse que en lo omitido no hay nada que modifique o restrinja lo insertado, o el de si en ningún caso puede prescindirse de los Estatutos en vigor para saber lo que entra en las facultades de los Administradores y en las de la Junta General, antes de coordinar el principio de soberanía de la Junta con el del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, por ejemplo.

El Registrador, en defensa de los defectos referentes a la representación, hizo cita de las siguientes resoluciones:

La de 30 de julio de 1917: Confirmó la resolución del Presidente y la nota del Registrador, que suspendió la inscripción de una hipoteca a favor de una Caja Rural, representada por su vicepresidente, por no acompañarse los Estatutos o justificarse debidamente la capacidad de dicha entidad. La escritura insertaba copia de un acuerdo social de nombramiento como vicepresidente por cuatro años del compareciente, y dos de los varios párrafos de un artículo de los Estatutos concediendo amplias facultades al presidente y la de delegar verbalmente o por escrito en el vicepresidente. El Registrador insistió en el informe en que hacían falta los Estatutos para apreciar las facultades del presidente.

La resolución de 18 de mayo de 1933: Mantuvo la nota en cuanto a varios defectos relativos a falta de claridad de la cesión que una Cooperativa de Casas Baratas hacía a sus cooperativistas, a la vez que constituía una hipoteca a favor de una Caja de Previsión (2). En cambio, no estimó el defecto de no resultar claramente la capacidad del representante de la Cooperativa, por considerar suficiente que el Notario testimoniase lo necesario de Estatutos y Reglamentos para justificar la existencia legal de la Cooperativa y la representación conferida al presidente compareciente, y transcribiese una certificación del secretario referente al acta de la Junta General expresiva del sorteo y posesión a los beneficiarios de las casas que se ceden.

Y la resolución de 15 de julio de 1971: Es una de las muchas que reiteran la doctrina que recoge el artículo 117 del Reglamento. Se trataba de una certificación del Juzgado presentada con el escrito de recurso, que pretendía subsanar omisiones de un auto dictado en expediente de dominio.

Esta misma doctrina del artículo 117 del Reglamento se mantiene en la de 4 de marzo de 1953. En ella no se tuvo en cuenta una escritura formalizada después de la nota recurrida para obviar las dificultades puestas a la inscripción, y que fue unida al recurso en trámite de apelación en virtud de acuerdo del Presidente de la Audiencia para mejor proveer. El documento se rechazó sin perjuicio de que presentado con el calificado para nueva calificación, aun practicándose la inscripción, el Notario, para defender su actuación profesional, pudiese interponer el recurso a efectos doctrinales. Acaso a esta resolución quiere referirse el vistos cuando cita la de 11 de marzo de 1953, pues ésta no la hemos encontrado en el Anuario.

La Dirección, en cambio, sí entra en la segunda parte de la nota, o sea, en la referente a la duda sobre identidad de la finca en acuerdo y escritura, para dar la razón al Registrador y confirmarla. Parece estimar que la presentación de la escritura de 9 de mayo de 1967 (venta de la que resultaba el resto que la Sociedad quería vender) despejaría la duda de identificación, y para el eventual caso de que tampoco la despejase suficientemente indica el camino de la ratificación o aclaración por la Sociedad o cualquier otro procedimiento suficiente. Acaso el Centro Directivo peque aquí de optimismo, en cuanto a la subsanación del defecto de identificación suficiente de la finca en el acuerdo, máxime cuando el

(2) Es curioso observar cierta similitud de las cláusulas en las que esta Resolución apreció falta de claridad, con las que actualmente tratan de soslayar la incierta situación de titularidad de las Viviendas de Protección Oficial, en régimen de acceso diferido a la propiedad

cuarto considerando empieza reconociendo fundada la cautela del funcionario calificador. Es verdad que las fincas no suelen describirse en los acuerdos, poderes, autorizaciones, etc., con todos los requisitos y circunstancias de la ley y el Reglamento Hipotecario; pero en caso de quiebra y después de haber alabado el considerando cuarto la cautela del Registrador...

En resumen, estimamos muy discutible la solución de entrar en uno de los defectos y no en los restantes después que el Presidente había resuelto contra la calificación del Registrador. Pudo devolverse el expediente para aclaración de la nota y anulando todo lo actuado desde ella, siguiendo el precedente de la resolución de 25 de febrero de 1953. Pero de no hacerse esto era conveniente entrar en el examen de todos y cada uno de los defectos detallados en el informe sobre los que el auto presidencial hubiese decidido, porque al decidir el auto sobre ellos, los convertía en verdadera calificación del Registrador y objeto de la apelación de éste, por lo que al no resolver sobre los mismos había, en cierto modo, incongruencia con las pretensiones deducidas en la apelación (arts. 118 y 123).

T. C. G.

16. NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA, AUNQUE SE HAYA OTORGADO PARA DAR CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA, POR LA CUAL SE DIVIDE UNA FINCA QUE YA HABÍA SIDO OBJETO DE OTRA DIVISIÓN ANTERIOR Y DIFERENTE, INSCRITA EN EL REGISTRO, SI EN AQUÉLLA NO SE HACE NINGUNA REFERENCIA A LA PRIMERA DIVISIÓN, QUE SE DICE EN EL RECURSO OLVIDADA POR LOS INTERESADOS LITIGANTES Y OTORGANTES DE LA SEGUNDA.

PERO EL DEFECTO, COMO PURAMENTE FORMAL, ES SUBSANABLE, YA QUE PUEDE SER SUPERADO POR UNA ESCRITURA DE ACLARACIÓN RECONSTRUYENDO PREVIAMENTE LA FINCA QUE SE VOLVIÓ A DIVIDIR.

Resolución de 4 de abril de 1974 (B. O. del E. de 22 de abril).

Antecedentes de hecho.—Los cónyuges don Julián Raneda Romero y doña Hortensia Gay Gómez eran dueños de una finca compuesta de casa y corral, sita en Alagón, calle Mayor, número 30, de 880 metros cuadrados de superficie, inscrita en el Registro de la Propiedad bajo el número 2.761, inscripción quinta; los nombrados cónyuges otorgaron testamento mancomunado el 26 de enero de 1945, en el que, aparte de otras disposiciones, legaron «la mitad indivisa de la casa» citada a su hijo don Julián Raneda Gay, y la otra mitad a sus siete restantes hijos, doña Angeles, don Luis, doña Consuelo, doña Cándida, doña Julia, doña María y don Jesús Raneda Gay, con un derecho de habitación durante su soltería, en el piso segundo, a las hijas que no hubieran contraído matrimonio cuando falleciere el sobreviviente; los testadores establecieron en favor de su hijo Luis un derecho de adquisición por compra a su justo precio en el momento que estimase conveniente de las seis partes de las siete en que se distribuyó la mitad indivisa de la casa referida legada conjuntamente a él y otros seis hermanos; lo dejado a la hija Julia, tanto en concepto de heredera como de legataria, lo fue sólo en usufructo con reserva del pleno dominio en favor de su descendencia, y a falta de la misma de sus hermanos coherederos o quienes les representasen; fallecida doña Hortensia Gay Gómez se otorgó escritura particional el 4 de marzo de 1946, en la que se adjudicó al viudo, don Julián Raneda Romero, la mitad indivisa de la casa en pleno dominio y la otra mitad en usufructo, y la nuda propiedad a los ocho hijos, en la proporción de la mitad para don Julián Raneda Gay y la otra mitad para los siete restantes, con la salvedad de que la parte de doña Julia lo sería solamente en usufructo, según determinaba el testamento; la hija y heredera doña Julia Raneda Gay falleció el 30 de junio de 1948, sobreviviéndola su esposo, don Miguel Pérez Cisneros, y dos hijos, llamados Carlos y María Teresa Cisneros Raneda; por escritura otorgada el 3 de mayo de 1949, don Luis Raneda Gay, mediando el consentimiento de su esposa, doña Luisa Calvete Alfonso, vendió a su hermano don Julián su participación en los bienes de la herencia de su madre y, por consiguiente,

en el inmueble descrito, incluido el derecho de adquisición a sus restantes hermanos; don Julián Raneda Romero falleció el 17 de febrero de 1953, formalizándose la partición en las escrituras de 17 de marzo y 1 de mayo de dicho año; en la partición realizada, los herederos de doña Julia, o sea, sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, recibieron en pago de sus cuotas una finca rústica, con la que quedaron satisfechos de todos sus derechos en la herencia de sus abuelos, y, en consecuencia, la catorceava parte de la casa objeto del recurso dejada a doña Julia en el testamento de sus padres acreció a los siete restantes hijos y herederos de los causantes; al otorgarse la escritura de 1 de mayo de 1953, don Luis Raneda Gay convino con su hermano don Julián la venta de todo cuanto pudiera corresponderle en la finca descrita, además de lo que ya le había cedido en la escritura de 3 de mayo de 1949; como consecuencia de todo lo anterior, la casa de la calle Mayor de Alagón, número 30, a la que actualmente, y por rectificación de numeración practicada por el Ayuntamiento, le corresponde el 26, quedó en propiedad: en cuanto a una mitad indivisa, de don Julián Raneda Gay, y en cuanto a la otra mitad, por partes iguales, del propio don Julián y sus hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay; los referidos hijos y herederos acordaron en la misma escritura de 1 de mayo de 1953 dejar indivisa la casa, que sería administrada por don Julián Raneda Gay, como principal partícipe, con la obligación de rendir cuentas a los demás. Mediante escritura de 25 de septiembre de 1953, ratificada por la de 8 de octubre siguiente, los interesados procedieron a dividir la finca en cuestión, previo traslado al piso primero izquierda del derecho de habitación establecido en el testamento de los padres en favor de las hijas solteras, doña Consuelo y doña Cándida Raneda Gay, atribuyendo a don Julián Raneda Gay «la vivienda derecha del piso primero de la casa, los corrales en su totalidad y todo lo que hay edificado y sin edificar desde los corrales hasta la calle de Las Damas», con la reserva a favor de doña Consuelo y doña Cándida de poder ocupar en los corrales, como facultad anexa a su derecho de habitación, un espacio suficiente para establecer el gallinero, y a estas últimas más doña Angeles, doña María y don Jesús, así como al propio don Julián, la otra mitad de la casa, integrada por tres locales en la planta baja, el piso primero izquierda y el segundo con viviendas a ambos lados (la izquierda sin terminar de construir), más bodega y desvanes; la mitad de don Julián originó la nueva finca registral número 3.769, inscrita al tomo 1.238, folio 246, inscripción primera, y la otra mitad determinó la inscripción sexta de la primitiva finca 2.761, en la forma que quedó después de la segregación practicada. Por diferencias surgidas sobre la administración, que continuaba siendo llevada por don Julián Raneda Gay, y con olvido, según confiesa el recurrente, de que la finca estaba ya dividida, se entabló por éste demanda en juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, de fecha 15 de febrero de 1971, en la que, entre otros pronunciamientos, se contenía el de dividir el inmueble, que se estimaba en estado de indivisión, y que para dar cumplimiento a dicha sentencia, el 11 de junio siguiente se otorgó ante el Notario de Zaragoza don Mariano Villellas Lamarca escritura de división y constitución de propiedad horizontal, en la que los interesados dividieron el inmueble discutido, cuyo asiento estaba ya cancelado por haberse formado dos fincas nuevas e independientes, y sin hacer ninguna relación en la escritura a la actual situación registral, se adjudicaron en la siguiente forma: A) Casa sita en Alagón, su calle Mayor, señalada con el número 26, que ocupa una superficie de 167,50 metros cuadrados, compuesta de sótano, planta baja y dos alzadas, cada una de éstas con dos viviendas, izquierda y derecha, y la baja con dos locales a la izquierda y derecha del patio de entrada, que se adjudica

a los hermanos doña Angeles, doña Consuelo, doña Cándida, doña María y don Jesús Raneda Gay en régimen de propiedad horizontal. B) Finca urbana, que queda integrada por el resto del primitivo inmueble, con una superficie total de 512,40 metros cuadrados, que se adjudica a don Julián Raneda Gay.

Presentada en el Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción por los siguientes defectos: I. La finca objeto de esta escritura, otorgada de acuerdo con la sentencia de 15 de febrero de 1971, ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza, es una casa con corral en la villa de Alagón, calle Mayor, número 30, de una superficie de 630 metros cuadrados, reseñándose como la finca registral número 2.761, tomo 1.141, folio 241, libro 62, de Alagón, datos éstos que se corresponden con los descriptivos de dicha finca en la inscripción quinta, asiento éste que se ha extinguido registralmente, al tiempo que también ha desaparecido como tal entidad registral, por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión, tanto sobre la porción segregada como sobre la matriz restante. El tracto registral exige entre el asiento obrante en el Registro y el título presentado a inscripción, una acabada identidad del objeto o finca y del sujeto o de los otorgantes, razón ésta por la que no es posible inscribir el reconocimiento del proindiviso o comunidad resultante de la cláusula segunda y expositivo séptimo de la escritura.—II. A mayor abundamiento, las dos fincas que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, una vez practicada segregación de ésta en su delimitación por la inscripción quinta, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división pactada en la escritura y descritas en la cláusula cuarta bajo las letras A y B. Razón ésta por la que no es posible inscribir la división material de finca estipulada en la cláusula cuarta de la escritura, y posteriormente la horizontal según la cláusula sexta, así como tampoco es posible la inscripción de los pactos de adjudicación de las fincas resultantes de tales operaciones divisorias.—III. Y aun así, para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su descripción a tenor de la inscripción quinta—coincidente con la del expositivo primero de la escritura—, debieron ser parte, por tanto, en la tramitación del juicio, como en el posterior otorgamiento de la presente escritura, los siete hermanos don Julián, don Jesús, doña Consuelo, doña Cándida, doña Angeles, doña María y don Luis Raneda Gay, más los hermanos don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, ausentes estos dos últimos de la tramitación del juicio y del otorgamiento de la escritura, siendo así que junto con los siete hermanos Raneda Gay son los que integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción quinta. Ejercitada en juicio de menor cuantía, que terminó con la sentencia de 15 de febrero de 1971 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza, acción contradictoria del dominio del inmueble en la forma que quedó descrita para la finca número 2.761, en su inscripción quinta, debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción. Motivos legales para esta calificación son los dimanantes de los artículos 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tales defectos se reputan insubsanables, no procediendo anotación preventiva. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de cuatro meses y en la forma determinada por los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario.»

El Procurador don José Alfonso Lozano Gracián, en representación de don Julián Raneda Gay, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que para mayor claridad en la exposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113 del Reglamento Hipotecario, dividirá en tres apartados la impugnación de la nota del Registrador; que en el prime-

ro se ocupará de la división de la finca que convinieron los interesados en 1953, analizando si esta división puede impedir la inscripción de la nueva que se ha ordenado por sentencia y ejecutada mediante la escritura cuya inscripción se deniega; que la calificación registral denegatoria se apoya en este primer extremo en la consideración de que la finca objeto de la escritura no existe registralmente por haber sufrido una segregación y haberse inscrito una transmisión, tanto sobre la porción segregada como sobre la finca matriz; que esto puede inducir a error si se piensa en una transmisión a favor de tercero que no existe, ya que lo sucedido, según el Registro, es que se realiza una división de cosa común, que dio lugar a la segregación de una porción, que pasó a constituir finca independiente, adjudicada a uno de los partícipes, y la continuación de la indivisión entre los demás copropietarios sobre el resto de la finca matriz; que así lo demuestra un proyecto de calificación facilitado por el propio Registrador en 3 de febrero de 1971; que planteada así la cuestión, ante la nueva escritura de división no puede decirse que no hay tracto registral entre ella y los asientos del Registro por faltar la identidad del objeto o finca y del sujeto o los otorgantes, puesto que está perfectamente claro que se trata de la misma finca y que los otorgantes son también los mismos; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se limita a establecer la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esta presunción es *iuris tantum* (sentencia de 26 de noviembre de 1956), admite prueba en contrario, está sometida a materia de juicio y no puede constituir más que un elemento de prueba a conjugar con los restantes (sentencia de 21 de abril de 1970); que como la sentencia recaída en el pleito seguido declara en su considerando primero que sobre la finca existe una comunidad y que para terminar con la misma procede dividir la casa en la forma establecida, es evidente que la presunción registral desaparece y el Registrador viene obligado a inscribir el reconocimiento previo del proindiviso resultante de la cláusula segunda de la escritura, hecho por todos cuantos intervinieron en la anterior división de 1953, por lo que tiene fuerza suficiente para dejarla sin efecto y proceder a la nueva división que se realiza; que los efectos de la cosa juzgada obligan no sólo a quienes fueron parte en el litigio, sino también al Registrador, que no puede anular los efectos de una sentencia firme utilizando los asientos del Registro cuando no existe tercero hipotecario, como ocurre en el presente caso; que en el extremo segundo de la nota registral se dice que a mayor abundamiento no es posible inscribir la división material estipulada ni los pactos subsiguientes de constitución en propiedad horizontal y adjudicaciones, porque las dos fincas, que en su descripción registral vigente traen razón de la número 2.761, tampoco se identifican con las dos fincas resultantes de la división descritas bajo las letras A) y B); que en este punto, el Registrador no ha tenido en cuenta que no existe una transmisión de las dos citadas fincas derivadas de la división practicada en 1953, sino que se trata de una nueva división de la misma finca que se declara poseída en proindiviso, que se divide de forma distinta a la practicada en 1953, por lo que la única identificación que cabe exigir es la que debe existir entre la finca dividida en 1953 y vuelta a dividir de otra forma en 1971, identidad que se da de manera indiscutible; que el único problema registral, a juicio del recurrente, es si la división material convenida en 1953, y llevada al Registro en 1955, puede impedir que se inscriba una división distinta sin haber dejado previamente sin efecto la anterior, problema que no se analiza en la calificación; que no hay duda de que si en la escritura ahora presentada a inscripción se dijera que los otorgantes dejaban sin efecto la división anterior y las inscripciones a que dio lugar y seguidamente pactaran la

nueva división, la inscripción de tal escritura no hubiera tropezado con ninguna dificultad; que tampoco habría surgido ningún obstáculo si los titulares de los asientos que produjo la división de 1953 hubieran procedido a agrupar nuevamente las dos porciones de finca para reconstituir la primitiva y luego la hubieran vuelto a partir; que de esta forma, la cuestión consiste en decidir si reconocido por todos los interesados que poseen una cosa en indivisión y pactada una división distinta a otra precedente, la escritura otorgada supone la voluntad de dejar sin efecto la partición anterior y, por tanto, la de los asientos que produjo y el consentimiento para que se inscriba la nueva división sin que se estime interrumpido el tracto sucesivo; que la solución puede encontrarse en el artículo 1204 del Código civil, cuando dice que «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituye, es preciso que así se declare terminantemente o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles», que es lo que ocurre en el caso planteado; que el extremo tercero de la calificación registral se refiere más a la sentencia que a la escritura, por cuanto afirma que para litigar en juicio sobre la finca registral número 2.761, en su inscripción quinta, debieron ser parte los siete hermanos, hijos del matrimonio primitivo titular de la misma, más los dos sobrinos, hijos de otro hermano fallecido, que no tomaron parte en la tramitación del juicio y en el otorgamiento de la escritura, puesto que todos integraban la titularidad registral de la mencionada inscripción quinta; que en este punto cabe observar que tanto en el proyecto de calificación como en la calificación definitiva, esa inscripción quinta está hipotecariamente extinguida; que, además, dicha inscripción quinta de la finca 1.261 está practicada a nombre de los cónyuges don Julián Raneda Romero y doña Hortensia Gay Gómez, y fallecidos éstos garantizaba los derechos de sus ocho hijos herederos; que fallecida la heredera Julia, sus derechos sobre el objeto de la inscripción pasaron a sus hijos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, pero desde el momento en que se otorgó la escritura de 1 de mayo de 1953, los últimamente nombrados dejaron de tener interés en la repetida inscripción quinta, puesto que recibieron otros bienes en pago de sus derechos hereditarios en la sucesión de sus abuelos; que prueba de ello es que cuando se otorgó la división de 1953, los mismos no intervinieron en la escritura, y si en aquel momento no fue necesaria, menos puede serlo para la inscripción de la nuevamente practicada en 1971; que, ciertamente, los asientos posteriores a la inscripción quinta no han sido tenidos en cuenta ni en el pleito ni en la subsiguiente escritura otorgada en ejecución de la sentencia recaída en aquél; pero a pesar de ello, lo cierto y reconocido por los interesados es que éstos poseían, de hecho, la finca al iniciarse el pleito no en la forma que indican tales asientos, sino de manera indivisa; que es también cierto que los asientos registrales existen hipotecariamente y deben surgir todos sus efectos mientras los Tribunales no declaren su nulidad o sean rectificadas en forma legal, pero también es verdad que la escritura calificada supone realmente una rectificación en forma legal, puesto que ni declara, ni transmite, ni grava, ni extingue ningún derecho registrado, sino que sencillamente, respetando el dominio inscrito, se modifica la situación registral por acuerdo de todos los interesados; que con arreglo al párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sólo se podría denegar la inscripción si los asientos practicados estuviesen extendidos a nombre de personas distintas de los otorgantes de la escritura; que los límites de la calificación, tanto en los documentos normales como en los de carácter judicial, están determinados por los artículos 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria y numerosa jurisprudencia que restringe las facultades del Registrador en los documentos judiciales; que en el caso objeto del recurso, tratándose de una escritura de división de cosa común otorgada en ejecución de sentencia firme

recaída en juicio declarativo de menor cuantía, el Registrador no puede calificar si fue o no necesaria la intervención en el pleito de los hermanos Carlos y María Teresa Pérez Raneda, cuestión que compete exclusivamente al Juzgado; que también carece de facultades el funcionario calificador para denegar la inscripción, fundándose en que siendo contradictoria del dominio la acción ejercitada debió entablarse previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, pues aparte de que la acción para dividir una cosa común no es contradictoria del dominio, cualquier posible oposición entre la acción ejercitada y la situación registral desaparece al allanarse a la demanda todos los titulares de inscripciones afectadas por ella, y que, finalmente, tampoco tiene facultades el Registrador para calificar la forma en que se inició el procedimiento, extremo que sólo incumbe al Juzgado, y si éste decidió que procedía otorgar la división y condenó a practicarla, la escritura otorgada en cumplimiento del fallo debe ser inscrita si no existe en el Registro obstáculo que lo impida.

El Registrador informó: En cuanto al primer apartado de la calificación, que como la finca a que se refiere la escritura ha sido registralmente sustituida por otras dos distintas en que se dividió, según reconoce en su escrito el propio recurrente, ha variado su descripción y titularidad, por lo que no puede tener acceso al Registro ningún título que no recoja la nueva situación, so pena de incumplir un principio tan fundamental para nuestro ordenamiento jurídico como es el del tracto sucesivo; que por lo que se refiere al punto segundo, la resolución de 8 de mayo de 1946 determina que en el recurso gubernativo tiene que estarse a lo que resulte de los asientos del Registro, y lo que resulta de éstos es que las fincas que en el mismo constan no se identifican con las restantes de la división practicada en la escritura sometida a la calificación; que los interesados en el mismo constan no se identifican con las resultantes de la división anterior y proceder a realizar la nueva, pero no lo hicieron, por lo que hay que tener en cuenta que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y obligan a todos, en primer término al Registrador, que si se prescindiese de la situación registral y la voluntad implícita de las partes pudiera ser elemento determinante de los derechos y situaciones jurídicas, mal parada quedaría la seguridad del tráfico jurídico, seguridad que el legislador ha querido mantener en el campo hipotecario dando fuerza y consistencia a los asientos registrales y a las titularidades que publican incluso frente a los beneficiarios de las mismas; que admitir la nueva división, aparte de lo dicho, llevaría consigo dejar incólume la inscripción primera de la finca 3.769 y la sexta de la finca 2.761, con lo que se desembocaría en una flagrante doble inmatriculación registral; que en cuanto al apartado tercero admite los reparos del recurrente respecto al hecho de no haber sido parte en el procedimiento don Carlos y doña María Teresa Pérez Raneda, y en ese sentido rectificando la calificación recurrida, manteniéndola en lo que se refiere a que previamente o a la vez que la acción de división debió entablarse demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, ya que el Registro publica una situación distinta de la que resulta de la escritura calificada, con lo que surge el obstáculo registral a que se refiere la resolución de 18 de diciembre de 1942, y que el informante no pretende entrar a examinar el fondo de la cuestión, que es competencia de los Juzgados, sino mantener la validez de unos asientos cuyos pronunciamientos pretende ignorar el recurrente y cuya eficacia hay que respetar en tanto que su cancelación no sea ordenada por los propios Tribunales que los salvaguardan..

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario en su informe, y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, que relacionó con los diferentes considerandos del auto.

Y la Dirección General (3) resuelve la apelación del recurrente acordando confirmar el auto apelado y la nota del Registrador salvo en lo relativo a la calificación del defecto, que ha de estimarse como subsanable, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Para una mayor claridad en la resolución de este expediente conviene dejar sentado que la situación registral actual refleja la existencia de dos inscripciones realizadas en base a sendas escrituras de división otorgadas en 25 de septiembre y 8 de octubre de 1953, por las que el primitivo inmueble resultó dividido en dos fincas independientes dada la segregación que se verificó: una de ellas—la número 3.769—formada por la porción segregada, y la otra integrada por la matriz restante, inscripciones éstas que, como todos los asientos registrales, se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, en tanto no se declare su inexactitud.

Dado lo anteriormente expuesto, este recurso plantea la cuestión de si será inscribible otra nueva escritura de división de finca y constitución de propiedad horizontal, otorgada en cumplimiento de una sentencia firme en 11 de junio de 1971 por los mismos interesados y en forma distinta a la que ya aparece inscrita en el Registro, y sin que en la misma se haga referencia a la actual situación registral—que extrañamente el recurrente manifiesta desconocer por haber olvidado la existencia de las escrituras de división anteriormente otorgadas e inscritas.

Ante esta circunstancia surge, en principio, un obstáculo derivado del contenido del propio Registro, que impide la práctica del asiento solicitado —y todo ello sin entrar en el fondo del asunto, que, en definitiva, ha supuesto el volver a dividir lo que civil e hipotecariamente estaba ya dividido—por oponerse a ello principios tan fundamentales en la legislación hipotecaria, entre otros, como es el de tracto sucesivo expresado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y el de legitimación en su artículo 38, 2.º, al no haberse entablado previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones vigentes.

No obstante, al ser la causa que ha engendrado la actual situación la falta de conocimiento de aquella previa división del inmueble, que no pudo por esta circunstancia ser tenida en cuenta por la autoridad judicial, así como tampoco por el Notario autorizante de la escritura, y al ser los titulares los mismos y aparecer claramente reconocidos sus derechos por la sentencia y confirmados después por todos los interesados en la escritura calificada, se trata de un defecto subsanable y de carácter puramente formal que podría ser superado a través de una escritura de aclaración, en la que utilizando cualquiera de los medios que la legislación hipotecaria ofrece—como podría ser el de reconstituir la primitiva finca número 2.761, tal como era antes de la división hecha en 1953 y por medio de procedimiento de agrupación del artículo 50 del Reglamento Hipotecario—, lo que dejaría sin efecto los obstáculos que hoy día surgen del contenido del propio Registro.

En los documentos expedidos por la autoridad judicial, aunque la calificación de los Registradores sea más restringida que en relación a otros documentos, pueden, no obstante, extenderla a la competencia del Juzgado o Tribunal y demás extremos que recoge el artículo 99 del Registro Hipotecario, entre los que aparece el tener que contar con los obstáculos del Registro, por lo que no se ha extralimitado en el ejercicio de su función y, en consecuencia, ha actuado dentro de los límites que legalmente le están permitidos.

(3) VISTOS los artículos 1, 18, 20, 30 y 40 de la Ley Hipotecaria, 99 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de 20 de enero de 1928, 18 de diciembre de 1942 y 29 de marzo de 1944

Al haber desistido el funcionario calificador del defecto III, primer inciso, no es necesario entrar en su examen.

COMENTARIO.—El complicado historial de antecedentes que contiene el primer resultando era necesario para comprender el tercer defecto de la nota (III); pero rectificada la calificación en el informe, en el sentido de admitir la improcedencia de este tercer defecto, los antecedentes no deben remontarse más atrás de la escritura de división otorgada el 25 de septiembre de 1953, ratificada por otra de 8 de octubre del mismo año, por las cuales se practicó la primera división de la casa de la calle Mayor, número 30, de Alagón, en la forma que el primer resultando detalla. Con olvido de esta división, según confiesa el recurrente, se entabla por don Julián Raneda juicio ordinario de menor cuantía contra sus hermanos, en el que recayó sentencia que, entre otros pronunciamientos, contenía el de dividir el inmueble, que se estimaba en estado de indivisión (4), y para dar cumplimiento a dicha sentencia se otorgó otra escritura de división del inmueble en dos, uno de ellos en régimen de propiedad horizontal que se adjudica a todos, y otro que se adjudica exclusivamente a don Julián Raneda. Como puede verse comparando ambas divisiones no son totalmente coincidentes, y estando inscrita la primera, el Registrador rechaza la inscripción de la segunda.

Las resoluciones citadas en el vistos son:

La de 20 de enero de 1928, que rechazó la inscripción de una adjudicación a favor de un acreedor hipotecario, por falta de postor, en procedimiento de apremio por ejecución de sentencia, todo ello tramitado ante un Juzgado municipal, en razón a que el valor de los bienes ejecutados y adjudicados excedía con mucho de la competencia por cuantía de un Juzgado municipal. Viene a justificar la cita la calificación de los documentos judiciales.

La de 18 de diciembre de 1942 consideró que es al Juez al que corresponde decidir si es correcta la legitimación procesal pasiva en un procedimiento de ejecución seguido contra la viuda del titular registral y las personas desconocidas que tengan interés en la herencia del mismo. Por ello no creemos que la cita de esta resolución en el informe del Registrador fuese correcta.

La de 29 de marzo de 1944 confirmó la nota del Registrador que había denegado la cancelación de ciertas limitaciones en la titularidad de unas fincas ordenada por mandamiento, en el que sólo se insertaba la parte dispositiva de la sentencia, basando la denegación en que era necesario el texto completo de la sentencia y del escrito solicitando el mandamiento, y en que no se ordenaba expresamente la cancelación de las inscripciones ni se determinaban éstas, cuya nulidad ha tenido que declararse previamente.

El principal argumento del Registrador en el recurso que ahora comentamos para denegar la inscripción, según resulta de la misma nota, deriva del principio de tracto: este principio exige una acabada identidad del objeto o finca entre el asiento registral y el título presentado a inscripción. No obstante, ni él ni la Dirección hacen referencia a las resoluciones de 28 de febrero de 1968 y 28 de mayo de 1971, relativas a un caso que, aunque un tanto diferente, se conecta también con el problema de la aplicación del principio de tracto sucesivo en la modificación hipotecaria misma. Por ello, y para no incurrir en repeticiones, me remito en bloque a mi comentario a dichas resoluciones, y concretamente a su apartado A),

(4) En realidad, indivisión sí existía porque una de las dos fincas formadas se mantenía proindiviso entre todos. Prescindiendo del derecho que se reservaba a Consuelo y Cándida de un espacio, en los corrales atribuidos a don Julián, para establecer un gallinero.

en el que traté ciertos aspectos de la actuación del tracto sucesivo en las modificaciones de fincas (5).

Conforme a lo allí expuesto, en el presente caso es efectivamente el principio de tracto sucesivo el que impide practicar la operación registral de división, cuando la finca que se divide ya no existe por haber sido objeto de división anterior. Este tracto sucesivo de folio es más rígido que el de titularidades, por cuanto no tiene previstos procedimientos de reanudación del interrumpido. Lo que ocurre es que esta reanudación, en el supuesto de modificaciones hipotecarias contradictorias o discordantes, tiene siempre una solución fácil por no producirse controversia: bastará una escritura aclaratoria para enlazar el título rechazado con la situación de la finca en el Registro, exponiendo, incluso en forma compendiosa, las modificaciones hipotecarias no registradas para salvar las discordancias producidas. Esta normal sencillez de la subsanación de defectos relativos al tracto sucesivo de folio es lo que equivoca al recurrente haciéndole decir que no hay nada que subsanar e insistir una y otra vez en que no ha habido ninguna transmisión a tercero. El que sean las mismas personas las que practican la primera división y las que practican la segunda hace que, si están de acuerdo, no haya dificultad ninguna para la subsanación del defecto; pero no es argumento para afirmar que no hay tal defecto. El recurrente dice que si en la escritura de la segunda división se hubiese dicho que se dejaba sin efecto la anterior o se hubiera realizado previamente la agrupación de las porciones para reconstruir la finca originaria, la inscripción de la nueva división no habría encontrado obstáculo. Pero esto no es argumento para atacar la calificación del Registrador, sino precisamente una clara exposición de lo que realmente faltaba y que por no haberse hecho antes de la segunda división impedía ésta. Ya hemos visto cómo la Dirección, con mejor criterio, estima que podía hacerse después como subsanación del defecto. Aunque no sean muy seguras las consecuencias de la calificación de constitutivos que Roca Sastre da a los asientos de agrupación, división, segregación, etc., una de ellas debe ser, sin duda, que la práctica de las operaciones registrales conducentes a la segunda división (con sus nuevos folios independientes) debe ir precedida de la reconstitución de la primitiva finca (6), ya se haga ésta por vía de dejar sin efecto la primera división o por vía de agrupación previa. No sería necesaria, en cambio, la reconstitución de la finca primitiva cuando la nueva división se hiciese por vía de rectificación de errores padecidos en la primera y consistentes éstos en equivocada descripción de las porciones resultantes de la división.

El recurrente no tiene razón al suponer que el Registrador pueda presumir la revocación de la primera división al presentarle la segunda, en la que no se hace la menor referencia a aquélla. Muy al contrario, lo que debe presumir es un error de consentimiento en la segunda en tanto que no se le presente un tercer acto de voluntad aclaratorio (7). La simple voluntad de dividir de determinada forma una finca que se estima indivisa, no tiene ninguna virtualidad revocatoria de una división anterior diferente

(5) *Revista Crítica*, núm. 486, septiembre-octubre 1971, págs. 1229 y sigs., y especialmente 1241 y sigs.

(6) Creo que la operación de reconstitución de la finca primitiva puede practicarse en su folio y sin necesidad de abrirle folio nuevo, tanto si se habla simplemente de dejar sin efecto la primera división como si la escritura insiste en que se reagrupa como operación previa.

(7) A las claras razones civiles e hipotecarias vienen a añadirse razones fiscales. La práctica de la posterior división sin pago de impuesto por la operación previa de agrupación vendría a purificar un fraude fiscal. Incluso realizada la nueva división por rectificación de descripciones de las porciones divididas era imprescindible la calificación del liquidador que podría estimar la rectificación de error como medio de ocultación de permutas de partes determinadas de cada porción. La existencia de sentencia judicial no obsta a estos argumentos fiscales véase la asimilación del acto de conciliación y del allanamiento al mutuo acuerdo de las partes para dejar sin efecto el contrato con la consecuencia de haber nuevo acto sujeto a tributación en la agrupación previa de nuestro caso (implícita o explícita).

olvidada por los interesados. Creer otra cosa es dar al olvido y a la falta de memoria unas consecuencias jurídicas que estimamos catastróficas (el olvido como causa extintiva de las relaciones jurídicas). Pero el recurrente insiste en la revocación tácita de la primera división con una hábil argumentación basada en la novación de obligaciones y especialmente en la doctrina del *anunus novandi*, tal como está recogido en el artículo 1.204 del Código. Sacando de quicio el concepto de novación y de obligación, entiende que hay novación de la primera división con la segunda y que la mera incompatibilidad de ambas divisiones genera un *animus novandi* implícito. Que el argumento sea hábil no quiere decir que sea convincente. Después de practicada una división de comunidad no resta ninguna obligación pendiente a novar entre los comuneros que partieron. Hubo un negocio jurídico particional consumado, en el que la figura de la novación y su específica norma del artículo 1.204 no tiene aplicación. El *animus novandi*, excepcionalmente presumido para el caso de incompatibilidad, exige que las dos obligaciones (la antigua y la nueva) estén ambas presentes en el negocio novatorio y que la duda se limite a si las dos han de acumularse o sustituirse. En nuestro caso, aunque quisiéramos prescindir de que no hay obligación ninguna, sino negocio dispositivo consumado, el contrato primitivo no aparece por ningún lado en el segundo, pues se olvida (o por lo que sea se prescinde de él). ¿Cómo hablar de novación? No cabe presumir ningún *animus novandi*, sino un error en el negocio, pues cuando se hace división de una comunidad que no existe, la solución hay que buscarla por el campo del error o por el de la inexistencia del negocio. En realidad hay un error que produce inexistencia dada la imposibilidad de dividir lo ya dividido. No obstante, aunque inexistente, es un negocio fácilmente convalidable, porque bastará que todos los que fueron comuneros, a la vista de las dos divisiones contradictorias, opten por convalidar la segunda. Pero esta facilidad en la convalidación nada significa, pues es claro que pueden optar por convalidar la primera, por dejar sin efecto las dos o por realizar una tercera. El Registrador, en tanto no le llegue el resultado de esta opción, tiene que atenerse a su emblema de *prior in tempore potior in jure*, mantener la división inscrita y abstenerse de aplicar ninguna presunción de prevalencia de la voluntad posterior dando a ésta valor revocatorio de la anterior.

El que la segunda división esté reforzada por basarse en una sentencia acaso tenga una importancia decisiva para que, en definitiva, deba prevalecer sobre la primera; pero *prima facie*, la calificación registral no debe alterarse por tal circunstancia, especialmente cuando parece que la sentencia fue dictada sobre la base de un allanamiento y, al parecer, no realizaba directamente la división. Es muy significativo que el Presidente de la Audiencia confirmara la nota del Registrador, comprendiendo que en este caso no procedía ninguna defensa a ultranza del efecto de cosa juzgada.

En ningún pasaje de la resolución se aclara cómo se desarrolló el procedimiento judicial de división de comunidad. No sabemos si las dos porciones A) y B) quedaron determinadas en la escritura por acuerdo de los comuneros o si esta determinación resultó de actuaciones judiciales en trámite de ejecución de sentencia o resultaba ya de la sentencia misma. Hay una total falta de acuerdo por parte de la doctrina sobre cuál sea el procedimiento judicial ideal adecuado a la división de comunidad. Más grave que esta falta de acuerdo son las vacilaciones y contradicciones que pueden encontrarse dentro de un mismo autor, en general derivadas de confundir la discordia entre comuneros sobre la división misma, sobre la manera de realizarse y sobre los lotes o partes a formar, cuando ha de realizarse por vía de división material. Esta multiplicidad de discordias no suele analizarse suficientemente antes de inclinarse por el procedimiento del juicio ordinario o por el de partición de herencia, ni al modalizar el

trámite de ejecución de sentencia cuando el autor se inclina por el primero.

Es claro que no podemos entrar en esta grave cuestión, que necesariamente ha de partir de la naturaleza de la acción *communi dividundo* y de la sentencia estimatoria de la misma (constitutiva o de condena) (8). Solamente queremos dejarla apuntada para destacar la falta de datos en la resolución para calibrar las mayores o menores dificultades de la subsanación del defecto y el procedimiento a seguir, según que la operación divisoria, en concreto, resultase de la misma sentencia, de actuaciones judiciales en ejecución de ella o simplemente de la escritura extrajudicialmente otorgada como voluntario y convenido cumplimiento de una sentencia de condena a dividir.

Tanto por la indicada falta de datos sobre el contenido concreto de la sentencia; sobre la absoluta falta de referencia, a todo lo largo del pleito, a la primitiva división, y sobre la forma en que se realizó la ejecución de sentencia, como por no entrar en terrenos que acaso estén todavía pendientes de roturar (subsanación del defecto admitido por la resolución), no podemos entrar en suposiciones ni opiniones sobre los efectos de la reaparición de la división primitiva en la memoria de los interesados en el litigio y en la escritura referentes a la división segunda. En caso de desacuerdo sobre los efectos de esta reaparición, encontramos muy discutible, si la segunda división derivaba directamente de la sentencia, oponerse a la cosa juzgada por la vía del recurso de revisión, al amparo del artículo 1.796, apartado primero: recobro (en este caso, aparición por recuerdo) de documentos decisivos detenidos (olvidados) por fuerza mayor (olvido de todas las partes litigantes).

T. C. G.

(8) PRIETO CASTRO (*Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, pág. 131) cita la acción de división como una de las más notables y conocidas de las constitutivas que tienden a producir un cambio *sensu stricto* en el estado jurídico existente. al estado de indivisión sucede el de atribución de la propiedad de su parte a cada comunero. Los artículos 400, 402, 404 y 406 del Código, en relación con los artículos 1.059 y 1.061 del mismo, plantean la misma duda que se suscita por la doctrina universal: si la división puede verificarse en negocio de jurisdicción voluntaria o exige el ejercicio de una acción, y si ésta es constitutiva o de condena. La posibilidad de acudir a la jurisdicción voluntaria parece excluida. Estaremos ante una acción constitutiva cuando la Ley atribuye al Juez el verificar la división, siendo título único la sentencia; pero la acción será de condena cuando se pide una división conforme a preceptos legales que determinen el modo de efectuarla. Y en el mismo trabajo (pág. 139) afirma que, en sí, la misma sentencia constitutiva se basta y sobra para la finalidad a que tiende, no siendo precisa la ejecución, aunque pueda tener actos consecuenciales, que no tienen carácter ejecutivo, sino más bien de acreditamiento, de constancia y de publicidad del cambio ocurrido (inscripción en Registros, por ejemplo).

La cuestión tiene un tratamiento ciertamente escaso para su importancia práctica en los Tratados generales: GÓMEZ ORBANEJA, I, pág. 39; GUASP, pág. 1081; PLAZA, II, I, pág. 273.

MANUEL MAYNAR ("Proceso de división de la cosa común". *Rev. Gral de Legislación y Jurisprudencia*, marzo 1954, pág. 312) se inclina por las normas de la Ley de Enjuiciamiento para el juicio de testamentaria (págs. 1055 a 1088). JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL (*Rev. de Derecho Procesal*, 1960, pág. 395) se opone a la tesis de MAYNAR por estimar que como puede haber oposición, y entonces hay que pasar al juicio ordinario, será más práctico comenzar por éste y realizar las operaciones divisorias en ejecución de Sentencia. Esta es la tendencia mayoritaria, aunque, como hemos dicho, no se suele partir de una clara distinción entre la oposición a la división (que encaja mejor en el juicio ordinario) y la oposición a los lotes o partes que se pretende formar (que acaso no surja apurando los trámites de los artículos 1.055 a 1.088 de la Ley procesal). Las discusiones doctrinales se han agudizado últimamente en torno a la división de edificios susceptibles de propiedad horizontal. Véase FUENTES LOJO (*Suma de propiedad por apartamentos*, 1969, tomo II, pág. 1069), que se inclina a la solución de REYES MONTERREAL al estudiar la cuestión antes y después de la reforma del artículo 401 del Código.

La Jurisprudencia tampoco es muy uniforme y clara. Véanse las Sentencias de 14 de febrero de 1912, 3 de julio de 1915, 15 de abril de 1916, 28 de diciembre de 1928 y 24 de junio de 1950, entre otras.

REGISTRO MERCANTIL

2. DESTITUCION Y NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES.

LA FACULTAD DE DESTITUCIÓN, SINGULAR O PLURAL, DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO, QUE CORRESPONDE ILIMITADA Y SIN CONDICIONAMIENTOS DE NINGUNA CLASE A LA JUNTA LEGALMENTE CONVOCADA Y CONSTITUIDA, LLEVA APAREJADA LA DE RESTABLECER LA NORMALIDAD SOCIAL CON LA DESIGNACIÓN DE UN NUEVO CONSEJO.

Resolución de 13 de marzo de 1974 (B. O. del E. de 1 de abril).

Por escritura de 4 de febrero de 1972 se constituyó la Compañía mercantil «Horpo, S. A.», que fue inscrita en el Registro de Barcelona; que por acuerdo del Consejo de Administración se convocó Junta general ordinaria, que tendría lugar el 8 de junio de 1973, con el siguiente orden del día: «1.º Examen del ejercicio de 1972. Memoria, balance y cuentas de pérdidas y ganancias. Aprobación, en su caso, y aplicación de resultados. 2.º Aprobación o censura de la gestión social.—3.º Designación de accionistas censores de cuentas para el ejercicio de 1973 (titulares y suplentes). 4.º Ruegos y preguntas.—5.º Aprobación del acta de la Junta o, en su caso, nombramiento de interventores»; que oportunamente se publicaron anuncios de la convocatoria en el *Boletín Oficial del Estado* correspondiente al 18 de mayo anterior y en el *Diario de Barcelona* del 22 del mismo mes; que la Junta tuvo lugar el día señalado y en el local previsto, con asistencia de 3.145 acciones de las 4.000 existentes, y que representaban el 73,62 por 100 del capital desembolsado, adoptándose, con el voto favorable de 2.397 acciones (el 71,21 por 100 de los asistentes y 59,82 por 100 del capital desembolsado), el acuerdo de separar a los cuatro Administradores que integraban el Consejo de Administración, don Jesús Rodríguez Bueno, don Jaime Llaneras Fuster, don Antonio Elcano Reta y don Luis Sagüés Amorena, nombrándose para sustituirlos un nuevo Consejo de cinco miembros, compuesto de la siguiente forma: don Jaime Llaneras Fuster, como presidente; doña Trinidad Pérez Navarro, doña Mercedes Usechi Mayo y don Jesús Rodríguez Bueno, vocales, y don Luis Sagüés Amorena, vocal secretario. Todos ellos de nacionalidad española. Por plazo de diez años, cesando dos, por sorteo, a los cinco; que los señores Llaneras y Sagüés, presentes en el acto, aceptaron sus cargos manifestando no comprenderles ninguna incompatibilidad; que se delegó en estos dos consejeros, indistintamente, para que en representación de la Junta general comparezcan ante Notario y eleven a escritura pública los acuerdos tomados en dicha Junta general, susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, y que en cumplimiento de este acuerdo, don Jaime Llaneras Fuster otorgó el 12 de junio de 1973, ante el Notario de Barcelona don Vicente Coca y Coca, la correspondiente escritura.

Presentada en el Registro primera copia del citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Examinado este documento, acompañado de un ejemplar del *Boletín Oficial del Estado* número 119, de 18 de mayo de 1973, y de otro del periódico de Barcelona *Diario de Barcelona* del día 22 de los mismos mes y año, se deniega su inscripción, por infringirse el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que en la convocatoria de la Junta general, cuyos acuerdos se formalizan en la precedente escritura, no se consigna entre los asuntos a tratar el nombramiento de nuevo Consejo de Administración, lo que se lleva a efecto en la propia Junta. El defecto se estima insubsanable, no procediendo anotación de suspensión.»

Don Jaime Llancras Fuster interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el problema que se plantea consiste en dilucidar la forma de reemplazar a los Administradores cesados por una Junta general usando de la facultad que le confiere el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas; que consecuencia de la facultad de destitución, que corresponde a la Junta en cualquier momento, sin necesidad de que tal extremo conste en el orden del día (resolución de 26 de febrero de 1953), es el derecho de reemplazar a los destituidos en el mismo acto, ya que, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, los Administradores constituyen un órgano necesario no sólo para el funcionamiento, sino para la existencia misma de la Sociedad; que en los casos de remoción íntegra de un Consejo—o en la hipótesis de un Administrador único—, de no atribuirse la facultad de nombrar reemplazantes, jamás podría convocarse una Junta posterior; que en un caso casi análogo, la resolución de 24 de junio de 1968, para que la Sociedad no quedase sin Administradores, acudió a la figura de los Administradores *de facto*; que aunque la ley establece, en su artículo 53, que en el anuncio de la convocatoria se harán constar todos los asuntos que hayan de tratarse en la Junta, el 73 dispone que si durante el plazo para el que fueron nombrados los Administradores se produjesen vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general, que se pronunciará sobre los nombramientos hechos; que si tales vacantes se produjesen después de publicada la convocatoria de una Junta y antes que ésta se celebre, la misma podría ratificar las designaciones realizadas, constituyendo el supuesto una excepción a la regla general del artículo 53; que con mayor razón, si las vacantes se producen en la misma Junta por motivos de utilidad o conveniencia, en situaciones que aconsejen la destitución o dimisión en bloque de toda la Junta anterior, la exigencia de convocatoria de nueva Junta constituiría un entorpecimiento que podría dificultar la buena marcha de la Sociedad, sin que sea admisible, por el contrario, la alegación de que una minoría pueda apoderarse por sorpresa de la dirección de una Sociedad, ya que siempre quedaría a los socios mayoritarios el recurso de pedir la inmediata suspensión de los acuerdos perjudiciales, mediante la vía del número 4 del artículo 70, y que la simple lectura de la escritura calificada y certificación que la acompaña pone de manifiesto que la Junta se celebró en primera convocatoria, los acuerdos se tomaron por gran mayoría de socios y de capital, de los cuatro Administradores cesados fueron reelegidos dos, etc., todo lo cual despeja cualquier recelo o suspicacia que pudiera existir sobre protección de minorías, habiendo transcurrido, por otro lado, con exceso el término que la ley concede a los accionistas disidentes o ausentes para impugnar los acuerdos tomados, todo lo cual demuestra la clara admisión por la unanimidad de los accionistas en las decisiones adoptadas.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que el tema tiene su base en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, junto con su jurisprudencia interpretativa,

y constituye su precedente el artículo 2.383 del Código civil italiano, sobre sustitución de Administradores, parcialmente analizado por la doctrina de autores y Tribunales, que generalmente no han tocado la cuestión del nombramiento de los reemplazantes, salvo la sentencia de 1971 en que apoya su argumentación el recurrente; que con los debidos respetos, estima que los razonamientos de la citada sentencia descansan en una base falsa: la imposibilidad de existencia y subsistencia de una Sociedad sin Administradores, cuando, evidentemente, el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas es permisivo de tal situación, siendo perfectamente constatable el gran número de Sociedades Anónimas que funcionan con Administradores caducados, fallecidos o dimitidos, e incluso hacen su vida normal mediante poderes conferidos a Gerentes o Apoderados; que aun cuando dicha sentencia hubiera estimado equivalentes existencia y vida normal, lo cierto es que sus deducciones en orden al nombramiento de Administradores reemplazantes deben estimarse conceptuales, dogmáticas y abstractas, ya que habrían prescindido de analizar a fondo el dispositivo montado por la Ley de Sociedades Anónimas para el único supuesto de Administradores de conducta censurable, llegando a unas conclusiones teóricas formalistas que impiden encajar sus conclusiones generales y la cobertura jurídica que crea, con la riqueza de manifestaciones que la vida ofrece y en numerosos supuestos los daños podrían ser superiores a los beneficios que se pretendían obtener para los intereses protegidos; que si una página de historia vale por un libro de lógica, puede examinarse el ejemplo de una Junta anodina que se celebrase en segunda convocatoria, con asistencia de un 21 por 100 de socios, en que un 11 por 100 constituye una minoría inquieta y peligrosa que aprovechando la coyuntura procede a remover los Administradores y nombrar otros antes que la mayoría pueda actuar eficazmente, imprimiendo rumbos funestos a la vida social, de imposible reparación; que aunque a tales conclusiones no pueda llegarse en el supuesto concreto que motiva la escritura denegada, sí podría originarlos en muchos casos una generalización lógica y artificiosa de la misma, con mengua y descrédito del dispositivo legal montado para casos de emergencia; que en muchas ocasiones una Sociedad acéfala es más conveniente para los intereses de los socios que otra con Administradores nombrados precipitadamente, tal vez por minorías, con miras contrapuestas a las de la Empresa; que fácilmente, por la vía de la convocatoria judicial, que señala el artículo 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, puede restablecerse la normalidad de la vida social, sin perjuicio de aceptar el criterio de algún tratadista, según el cual, en caso de desaparición de los Administradores, es la propia Junta la encargada de la administración, que inmediatamente debe convocar nueva Junta general con objeto de cubrir las vacantes producidas; que la excesiva interpretación del recurrente puede plantear graves problemas difíciles de resolver sin específica regulación legal, pudiendo señalarse como ejemplo los del plazo de ejercicio de los nuevos Administradores, renovación parcial del Consejo, imposibilidad práctica de agruparse las minorías en la forma prevista por el Decreto de 29 de febrero de 1952, etc.; que la abusiva interpretación por el recurrente del artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas se amplía aún más al no limitarse a sustituir a los Administradores, sino que, por añadidura, la Junta amplía su número, designando a quién cubrirá la plaza creada y estableciendo un puesto de vocal-secretario, sin que nada de ello figure en el orden del día señalado para la celebración de la repetida Junta; que todo ello constituye una utilización del artículo 75 de la ley para fines no procedentes, como son la destitución de un solo Administrador o quizá, con mayor exactitud, la renovación y ampliación del Consejo bajo la apariencia de una renovación de Consejeros, lo que en sentido técnico no encaja en el mencionado precepto; que no procede dedicar especial atención a los argumentos del

recurrente sobre designación provisional o dimisión en bloque de Consejeros, por carecer de sólida base de discusión, como igualmente su afirmación de haberse consolidado los acuerdos al no haber sido impugnados en plazo legal, pues tal posibilidad cuenta a partir del momento de la inscripción, aún pendiente, y que, finalmente, llama la atención sobre la importancia jurídica del problema planteado, que según se decida en uno u otro sentido puede producir diferentes consecuencias, sentando un trascendental criterio en el mundo de las Sociedades Anónimas.

Vistos los artículos 15, 53, 71, 72 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1967, 31 de enero de 1969 y 30 de abril de 1971.

El objeto del recurso se concreta en determinar si en la Junta general de una Sociedad Anónima—esta necesariamente configurada con un Consejo de Administración con un máximo de seis vocales—, convocada, según el orden del día, para «aprobación o censura de la gestión social», entre otros puntos, puede acordar la separación de sus cuatro Administradores y, con exclusión efectiva del vocal que, de hecho, ejercía funciones de secretario, nombrar nuevo Consejo de cinco, en el que se integran tres de los componentes del anterior, uno de ellos con título de vocal-secretario.

«La separación de los Administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta general», conforme declara terminantemente el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto que para la legalidad del acuerdo no exige siquiera la existencia de una justa causa, consecuencia todo ello de la nota de revocabilidad que caracteriza el nombramiento de los Administradores, y ninguna coyuntura mejor para ello que el debate sobre «aprobación o censura de la gestión social», número 2 del orden del día de la Junta general debidamente convocada por la Compañía mercantil «Horpo, S. A.», y a la que asiste un 78,62 por 100 del capital desembolsado, cifra superior al *quorum* legal.

Esta facultad de destitución, singular o plural, de los miembros del Consejo, que corresponde tan ilimitada y sin condicionamientos de ninguna clase a la Junta legalmente convocada y constituida, lleva aparejada, y no por meras motivaciones «conceptuales, dogmáticas y abstractas», la de restablecer, sin aplazamientos no obligados, la normalidad social, con la integración del órgano de administración dentro del marco estatutario, en este caso con la designación de nuevo Consejo compuesto de número no superior a seis miembros, incluido el secretario, cargo ahora formalmente establecido, todo en virtud de una votación con *quorum* también superior al legal, y que, en definitiva, representa un 52,92 por 100 del capital desembolsado.

Hacia este sentido, más bien realista dentro del espíritu de la ley y respetuoso con la voluntad social, se han pronunciado las resoluciones citadas de 26 de febrero de 1953 y 24 de junio de 1968 y, más concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, fallo cuya autoridad trata de desvirtuar el celo de la calificación con unos argumentos que si, en efecto, acertarían en calificar el acto social cuestionado como de «destitución de un solo Administrador y renovación y ampliación del Consejo», no resultan convincentes en puntos esenciales, cual el que el artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas sea permisivo de una situación de vacancia del Consejo de Administración, con amenazantes daños producidos por la agresión de minorías «inquietas y peligrosas», a que podría llegarse con «una generalización lógica y artificiosa» de la escritura objeto de la calificación registral, siendo así que, dentro de los límites legales, el acuerdo de la Junta contemplado vale por el peso democrático de unas mayorías de votos superiores a la fijada por la ley, y frente al cual una minoría disidente o ausente, si lo estimare contrario a la ley, opuesta a los Estatutos o lesiva a los intereses de la Sociedad en beneficio de uno o varios

accionistas, tiene términos hábiles para impugnarlo con arreglo al artículo 67 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Las cuestiones relativas a la separación y nombramiento de Administradores han planteado numerosos problemas de interpretación debido, sobre todo, a la parquedad de la ley, que no contempla de manera unitaria el complejo fenómeno de la destitución y consiguiente nombramiento de Administradores, limitándose a establecer de forma disociada la regulación de ambos actos. Bajo este prisma, la ley resuelve claramente el supuesto de la libre revocabilidad de los Administradores considerándola como facultad indiscutida de la Junta general, pero deja sin esclarecer la cuestión accesoria de si será o no necesaria la nueva convocatoria de aquélla para proceder al nombramiento de los Administradores en sustitución de los destituidos. El problema tiene una gran trascendencia práctica, pues el no exigir la nueva convocatoria de la Junta para el referido nombramiento de Administradores, puede dar lugar al peligro denunciado por el Registrador en su informe de que se entregue a la minoría la posibilidad de renovarlos; en cambio, la exigencia de dicha formalidad de convocatoria puede poner en peligro la vida social en los casos de remoción total del Consejo, por privar a la Sociedad de los órganos de control y dirección, aunque sea por corto plazo, o entregar la gestión social a los Administradores de hecho o simplemente en manos de apoderados. En síntesis, el problema consiste en determinar si la destitución y nombramiento de Administradores son actos independientes o configuran, por el contrario, un mismo acto complejo.

Como queda indicado, la ley contempla con entera independencia ambos supuestos. Así, el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas considera la posibilidad de destitución de los Administradores como facultad soberana de la Junta general que puede ejercitarse en cualquier momento. No es preciso, por tanto, que para proceder a la destitución tenga ésta que figurar en el orden del día de la convocatoria, ni exige tampoco un *quorum* reforzado, ni impide que la destitución pueda ser de uno o de varios, es decir, total o parcial, ya que ambas posibilidades caben perfectamente dentro del contenido-mínimo obligatorio de cada Junta, «aprobar o censurar la gestión social», siendo consecuencia de la censura la destitución de alguno de los Administradores o la remoción total del Consejo de Administración.

El nombramiento de los Administradores es también facultad soberana de la Junta general, pues si bien en la fundación simultánea son los fundadores los que pueden designar en la escritura social a los Administradores, es el propio artículo 15 de la ley el que exige que éstos sometan su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre. Además, el artículo 71 de la ley precisa que el nombramiento de los Administradores corresponde a la Junta general. En principio, parece que el nombramiento de Administradores, a diferencia de su destitución o remoción, debe figurar en el orden del día de la Junta, pues así lo exige con carácter general el artículo 53 de la ley al hablarnos de que «el anuncio de la convocatoria de Junta expresará todos los asuntos que han de tratarse». Pero la aceptación de este supuesto, que implica la convocatoria de Junta para el nombramiento de Administradores, puede llevarnos incluso a la paralización total de la vida de la Sociedad en los casos de remoción total del Consejo, y puede dar lugar a la causa de disolución de la Sociedad prevista en el artículo 150, 2, de la Ley, es decir, a la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social provocada por la paralización de los órganos sociales. Por ello, la ley, cuando trata de la renovación del Consejo de Administración, nos dice, en el artículo 73, «que la misma sólo podrá hacerse parcialmente», disposición que, como hemos visto, no es absoluta,

puesto que no excluye la facultad de la Junta general de separar de sus cargos a todos los Administradores.

Parece, pues, evidente que ante los graves peligros que supondría dejar paralizada la vida de la Sociedad hasta la nueva convocatoria y celebración de Junta, debe permitirse la solución de que sea la propia Junta, que remueve o destituye, la que pueda proceder al nombramiento del nuevo Consejo o a su debida integración, siendo superfluo que los nombrados hayan de someter su nombramiento a la próxima Junta general que se celebre, pues ésta siempre tiene la facultad de proceder a su destitución, como queda dicho.

Además, este criterio tiene su apoyo en el artículo 73 de la propia ley, que establece la facultad de cooptación, ya que si durante el plazo para el que fueron nombrados los Administradores se producen vacantes y se faculta al Consejo para designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta general, parece evidente que la propia Junta, órgano soberano de la Sociedad, habrá de tener, como mínimo, esa facultad atribuida al Consejo. Aunque, como queda indicado, la aprobación por la próxima Junta general es superflua, con ella se cubriría el requisito de forma de ratificar a los designados como Administradores o, en su caso, destituirlos, pero con expresión de tales posibles actuaciones en la convocatoria de la Junta.

En resumen, a nuestro juicio, la destitución y nombramiento de Administradores no pueden considerarse como actos independientes, sino que configuran un mismo acto complejo, cuya esencia radica en que no quede paralizada la vida de la Sociedad. Por ello, en atención a este criterio, es factible suponer que la Junta general, llamada a resolver sobre determinado asunto incluido en el orden del día o comprendido en éste por ministerio de la ley, como ocurre con la destitución de los Administradores, según el artículo 50, esté facultada para tratar, sin necesidad de nueva convocatoria, sobre aquellos otros puntos que sean consecuencia normal de su acuerdo anterior, es decir, en este caso, del nombramiento de los nuevos Administradores en sustitución de los destituidos.

E. F. C.

3. CLAUSULAS LIMITATIVAS A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES.—ESTAS CLÁUSULAS, POR SU EXCEPCIONALIDAD, HAN DE CONFIGURARSE CON EXTREMO CUIDADO, DE MANERA QUE NO EXCEDAN DE LA MERA Y JUSTIFICADA LIMITACIÓN DE TRANSMISIBILIDAD, NI ATENTEN AL SISTEMA Y ESENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA NI A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PRIVADO QUE PUEDAN DESEMPEÑAR EN LA ORGANIZACIÓN DE LA FAMILIA Y SU RÉGIMEN ECONÓMICO.

ES CONTRARIA A LA LEY SUPONER UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER LA CLÁUSULA DE «CONSENTIMIENTO», QUE HACE DEPENDER LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS Y DE GRAVAMEN DEL ACCIONISTA EXCLUSIVAMENTE DE LA VOLUNTAD DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, EN VEZ DE SOMETER EL MECANISMO DE LA EJECUCIÓN PRENDARIA AL JUEGO DE LOS DERECHOS PREFERENCIALES ADQUISITIVOS DEL ARTÍCULO 7 O A OTROS VÁLIDOS EN DERECHO.

Resolución de 15 de marzo de 1974 (B. O. del E. de 1 de abril).

Por escritura autorizada en Zaragoza el 29 de diciembre de 1972 ante el Notario don David Mainar Pérez, se constituyó por la viuda e hijos de Pellicer la Compañía mercantil «Talleres Pellicer, S. A.», nombrándose presidente a la viuda, doña Eulogia García Ara, y vicepresidente, secretario y vicesecretario a los restantes socios, sus hijos don Mariano, don José Antonio y don Santos Pellicer García, los dos primeros casados y soltero el último; que el artículo 7 de los Estatutos sociales dice que «podrá realizarse libremente la enajenación o venta de acciones, entre accionistas exclusivamente, por igual número entre todos ellos, y las que resten en exceso serán sorteadas entre los mismos. La mujer viuda de accionista seguirá disfrutando de la propiedad de sus acciones y del usufructo de viudedad de las que sean propiedad de los herederos del causante, pero no podrá enajenarlas ni transmitir las por herencia a otras personas fuera de sus hijos o de los demás accionistas, y en este último caso, a partes iguales, sorteando el exceso entre los mismos. La mujer viuda de accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas a partes iguales, sorteando entre los mismos las que excedan de la igual distribución. El precio será el expresado por el vendedor, y a falta de conformidad con los adquirentes será fijado por dos peritos, designados uno por el transmitente y otro por el presunto adquirente, y si entre estos peritos no hubiere tampoco acuerdo, se fijará el precio por un tercero designado por sorteo entre dos peritos, nombrado uno por cada uno de los primeros peritos, sin que pueda transcurrir más de un mes entre las designaciones y el peritaje. En los casos de transmisión *mortis causa* de las acciones, y cuando los herederos sean personas distin-

tas de aquellas de libre transmisión *inter vivos* o de los hijos del causante, deberán tales herederos presentar, dentro del plazo de seis meses después de ocurrir el óbito de su causante, los documentos que acrediten su condición de heredero y los títulos representativos de las acciones ante el Consejo de Administración, que lo notificará a los demás accionistas que puedan ejercer el derecho de preferente adquisición, en la forma, plazos y precios establecidos en las transmisiones *inter vivos*. Si en las transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* ningún accionista hiciera uso del derecho de adquisición preferente, podrá la Sociedad, en el plazo de un mes, ejercer tal derecho, al solo efecto de amortizar las acciones con la consiguiente reducción del capital. Si algún accionista no quisiera adquirir la parte proporcional de acciones que le pertenezca, las rechazadas serán adquiridas por los demás accionistas, a partes iguales y sorteando entre los mismos las que sobran de la distribución igualitaria. Toda transmisión efectuada sin observar los precedentes requisitos privará a las acciones de los derechos políticos y económicos atribuidos por las leyes y estos Estatutos»; que según el artículo 9, «ningún accionista podrá, sin previa autorización del Consejo, pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas»; que conforme al artículo 15, que trata de la asistencia y desarrollo de las Juntas sociales, «en cuanto al número de asistentes o representados a las Juntas y a la formación de mayorías de capital y accionistas para la validez de los acuerdos, se estará a lo dispuesto en la legislación vigente. La asistencia a las Juntas podrá hacerse directamente por los accionistas o por sus representantes en virtud de escrito, incluso privado, pudiendo conferirse la representación solamente a accionistas, salvo en los supuestos de representación legal», y que con arreglo al artículo 16, «la Junta general será presidida por el presidente del Consejo de Administración o accionista que lo represente asistido del secretario, quienes ostentarán, por tanto, el cargo de presidente y secretario de la Junta. Los acuerdos se transcribirán en el libro de actas, que serán firmados por el presidente y secretario obligatoriamente y deberán ser extendidos y aprobados a continuación de su celebración. Las reuniones tendrán lugar en el domicilio social, salvo las de Juntas universales, o sea, las celebradas sin previa convocatoria por acuerdo unánime de todos sus accionistas o sus representantes».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Presentado el documento que antecede a las once horas del día de hoy, bajo el número 895, al folio 186 vuelto del tomo 18 del Diario de presentación, se deniega su inscripción por los siguientes defectos: A) El párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos, por que ha de regirse la Compañía que se constituye, más que el establecimiento y una limitación en la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la Compañía, condición que se entiende como contraria a la moral y a las buenas costumbres y, por tanto, implícita en el artículo 1.255 del Código civil. B) Que al condicionar, en el artículo 9 de dichas normas estatutarias, la validez de la pignoración, compromiso o constitución de un derecho real de las acciones de la Compañía a la autorización del Consejo de Administración y no establecer, por el contrario, el sometimiento del mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales adscritos al artículo 7 de dichas normas, es evidente que tal autorización, dependiente únicamente de la voluntad del Consejo de Administración, es una verdadera y absoluta prohibición de disponer, abiertamente rechazada por la jurisprudencia, por el espíritu de la legislación vigente y por la doctrina, amén de resultar contraria a la naturaleza del título-valor. C) Si bien, conforme al artículo 60 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas, es factible la delegación o representación del accionista en la Junta general a favor de otra persona, con las limitaciones que dicho artículo establece, sin embargo, dado el origen electivo del cargo de presidente del Consejo de Administración—bien en el acto constitutivo o en Juntas generales posteriores al mismo—y sus especiales funciones en las referidas Juntas, se considera que su función no es delegable, como lo confirman, además, las fuentes de donde emana dicho nombramiento, y que enumera el artículo 61 de la repetida Ley de Sociedades Anónimas. Los defectos apuntados se estiman como insubsanables, por lo que no procede extender anotación de suspensión, que, por otra parte, no ha sido solicitada.

Los otorgantes de la escritura interpusieron recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, alegando: Que discrepan del criterio del Registrador en cuanto estima que en el artículo 7 de los Estatutos se establece una condición resolutoria contraria a la moral y buenas costumbres; que en el citado artículo no se prohíbe a la viuda de un socio fallecido que contraiga nuevo matrimonio, lo que, evidentemente, sería contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, sino que mediante una cláusula limitativa se cierra el paso a la introducción en la Sociedad de un extraño no contratante a través de su matrimonio con la viuda de un socio fallecido; que tal limitación está autorizada por el párrafo quinto del artículo 11 de la misma Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el 46 de la misma Ley, y 1.255 del Código civil y 116 del de Comercio; que la Sociedad constituida, aunque adopta la forma de anónima, es en realidad una entidad familiar *intuitu personae*, constituida entre la madre y sus hijos de doble vínculo; que pensar que a causa de esta condición la viuda de un socio fundador pudiera incurrir en una situación real de inmoralidad es tanto como temer que un socio, limitado en sus facultades de enajenación, pudiera suicidarse al no disponer de las cantidades líquidas que conseguiría en una libre venta de sus acciones; que por igual razón habría de tacharse de inmoral la pérdida del usufructo viudal por causa de nuevo matrimonio, sin que deba presumirse que tal causa suponga una coacción a la viuda para casarse de nuevo; que el derecho positivo debe fundarse, naturalmente, en la moral y en la ética, pero nunca hasta el extremo de adentrarse en la ascética y posibilidades de pecar en un ambiente de perfección espiritual; que por lo que respecta al apartado B de la nota impugnada, se opone, asimismo, a lo preceptuado en el párrafo quinto del artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1951, en relación con el 46 de la misma Ley, y 50 y 116 del Código de Comercio y 1.255 del Código civil; que eminentes tratadistas sostienen la licitud de las llamadas cláusulas aprobatorias para la transmisión y gravamen de las acciones frente a terceros; que otro ilustre mercantilista afirma que la Sociedad Anónima familiar cerrada es una auténtica fortaleza donde el elemento personal supera al capitalista, por lo que es difícil considerar ilícita y contraria al orden público la prohibición de toda cesión de acciones, confirmando este criterio la sentencia de 27 de enero de 1968; que por lo que atañe al apartado C de la nota del Registrador, es evidente que interpreta el artículo 16 estatutario de una manera contraria a su espíritu y a su letra; que en tal precepto no se dice que el presidente del Consejo de Administración delegue su cargo, sino que lo que delega son sus derechos de accionista; que al no estar designado estatutariamente quién presidirá la Asamblea, le corresponde al presidente del Consejo de Administración, y a falta de éste, al accionista que elijan los socios asistentes a la reunión; que lo que dice el artículo 16 citado es que las Juntas serán presididas, en primer término, por el que lo sea del Consejo de Administración y, en segundo lugar, por el accionista que le represente; que, por consiguiente, el sustituto del presidente no preside la Asamblea como si lo fuese del Consejo, sino como representante del accionista, que además de tal con-

dición reúne la de ser presidente; que parece claro, por tanto, que se trata de una elección anticipada con el carácter de sustitución, que determina la persona que ha de presidir por la circunstancia de ostentar la representación de un accionista relevante, de donde resulta que el derecho no nace por la delegación del cargo, sino por la delegación de los derechos del accionista; que según el artículo 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, todo accionista que tenga derecho de asistencia a las Juntas podrá hacerse representar por medio de otra persona; que el presidente del Consejo, cuando se hace representar en la Asamblea, no es como tal presidente del Consejo, sino como simple accionista, y nada obsta para que en este supuesto se señale ya por pacto social que el accionista que le represente presidirá la Asamblea, con lo cual se evita la elección concreta por los asambleístas asistentes; que, en definitiva, se trata de una designación de presidente de Asamblea en virtud de Estatutos y con el carácter subsidiario de sustituto del primer designado, por lo cual la fuente de designación no es la delegación, sino el pacto social condicionado a que no asista el presidente del Consejo, sino que sea representado por otro accionista, y que aunque la redacción del texto, a primera vista, pudiera no ser del todo clara, basta un atento examen para llegar a la conclusión de que ni se pretendió consignar una cláusula contraria a la ley ni se deduce de su literalidad semejante sentido.

A la vista del escrito de los recurrentes, y previa consulta entre los cotitulares de la oficina, se acordó reformar la calificación desistiendo del tercer defecto señalado en la nota, manteniéndose los dos primeros, por los siguientes fundamentos: Que si bien es cierto que la realidad económica, especialmente en determinada región española, presenta la existencia de gran número de Sociedades en las que el factor personal incide en forma más importante que el capitalista, no lo es menos que la doctrina se encuentra dividida en este punto, sin que haya posibilidad de admitir la viabilidad de determinados pactos sociales de las referidas Compañías anónimas cerradas que estén en contradicción con la vigente ley que las regula, sin disponer de más apoyatura que el *intuitu personae*, por lo que las normas legales le son totalmente aplicables; que, como consta en la nota de calificación, el párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos sociales supone, más que una limitación de disponer, el establecimiento, por vía de una condición resolutoria, de la exclusión de un socio de la Compañía, condición que, a la luz de los artículos 792 y 793 del Código civil, equivale a una prohibición absoluta de contraer matrimonio, considerada por dichos artículos contraria a la moral y a las buenas costumbres, y que, en términos generales, resulta ilícita, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal; que la condición establecida en el presente caso no obedece a razones familiares o personales, en que podría estar más o menos justificada, sino exclusivamente a motivos económicos, a los que se subordina un acto tan íntimo y personal como es el matrimonio, sin que pueda tampoco traerse a colación la extinción del usufructo viudal aragonés, precisamente basado en razones de otro tipo; que con respecto al segundo de los defectos señalados, su razón de ser nace de su propia naturaleza, o sea, de su específico carácter de cláusula de consentimiento, que no puede llegar al extremo de hacer prácticamente imposible la transmisión por la prohibición absoluta del artículo 9 estatutario, que convierte al accionista en un esclavo de su título, lo que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de enero de 1968, condena como ilícito, y que como normas aplicables señala los artículos 53 a 58 del Reglamento del Registro Mercantil; 5, 498, 972, 973, 988 y 1.255 del Código civil; 116 y 118 del Código de Comercio; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 28 de junio de 1958, 19 de abril de 1960, 5 de abril de 1961, 17 de abril

de 1957 y 27 de enero de 1968, y las resoluciones de la Dirección General de 17 de junio y 5 de noviembre de 1956.

Vistos los artículos 1.255 del Código civil; 11, 37 y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas; las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 19 de abril de 1960 y 17 de abril de 1967, y la resolución de este Centro de 17 de junio de 1956.

Respecto al primer defecto señalado, si la libre circulación de las acciones en la Sociedad Anónima tiene un valor relativo, por reconocimiento de la propia ley, que admite cláusulas limitativas a su libre transmisibilidad «cuando están expresamente impuestas por los Estatutos» (art. 46), no es menos cierto que, por su misma excepcionalidad, estas cláusulas han de configurarse con extremo cuidado, de manera que su mecanismo, que ha de ser perfecto y funcional, no exceda de una mera y justificada limitación de transmisibilidad ni atente, por una parte, al sistema y a la esencia de la naturaleza capitalista de la Sociedad Anónima—en principio, alejada del *intuitu personae*, propio de entidades familiares que hallan sede y forma más natural en otro tipo de Sociedades— y, por otra, y sobre todo, a superiores principios del derecho privado que puedan jugar en la organización de la familia y su régimen económico.

A la luz de tales principios, la redacción terminante del párrafo tercero del artículo 7 de los Estatutos, sometidos a calificación registral, ofrece graves reparos desde el momento en que obliga a la accionista, viuda de accionista, que contraiga matrimonio, y por este simple hecho, a la transmisión de sus propias acciones, con la consiguiente pérdida de su condición de accionista en la Sociedad, de la que queda excluida, lo cual evidencia que la pretendida cláusula estatutaria es algo más que una cláusula de limitación de transmisibilidad de las acciones y supera su problemática.

En el terreno del derecho privado general, dicho párrafo tercero del artículo 7 puede llegar a estimarse, en efecto, atentatorio a la moral, conforme al artículo 1.255 del Código civil, toda vez que pone en cuestión la celebración o no celebración de segundas nupcias para determinar el estatuto social de la mujer, con lo que violenta, además, las actuales corrientes de no discriminación por razón de sexo, que van ganando terreno en nuestro Código civil y en el concepto de orden público, sin que valga, en campo mercantil, el argumento de la cesación del usufructo foral de viudedad, institución aragonesa suficientemente justificada en el ámbito estrictamente familiar, pero incluso más moderada que la exclusión societaria, sin paliativos, que ahora se cuestiona.

Respecto al segundo defecto, que, como expresa la nota de calificación al estructurar la cláusula del artículo 9 como de «consentimiento» y hacer depender la validez de los actos dispositivos y de gravamen del accionista exclusivamente de la voluntad del Consejo de Administración, en vez de «someter el mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales adquisitivos del artículo 7» o a otros válidos en derecho, los Estatutos establecen una verdadera y absoluta prohibición de disponer, contraria a la ley.

Por último, no hay que entrar en el examen del defecto tercero de la nota, que ha sido eliminado previa consulta entre los cotitulares de la oficina a la vista del escrito de los recurrentes.

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota del Registrador.

COMENTARIO.—Contempla la anterior resolución el problema de la naturaleza de las «cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones», y dentro de ellas, de las llamadas «cláusulas de consentimiento». También este punto se encuentra desarrollado con gran parquedad por la ley en su artículo 46, que exige para la validez de las limitaciones a la libre transmisibilidad que estén expresamente impuestas por los Estatutos, y por el artículo 104 del R. R. M., expresivo de que tales limitaciones se

consignen, además, en los títulos respectivos. Es, por tanto, la doctrina la que ha desarrollado dichas cláusulas y no precisamente bajo el criterio de uniformidad.

Los puntos de fricción respecto de la existencia de restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones se agudizan en las Sociedades Anónimas cerradas o familiares, que sin dejar de ser sociedades de capital ofrecen cierto matiz personalista, ya que en ellas la elección de los socios se hace teniendo en cuenta sus cualidades y dotes personales. Es, por tanto, en este tipo de Sociedades Anónimas donde actúan principalmente las cláusulas restrictivas a la libre transmisión.

Como queda indicado, la exigencia impuesta por la ley es la de que tales cláusulas consten en los Estatutos, además de la restricción del artículo 14 de que no se puedan transmitir las acciones mientras no esté inscrita la Sociedad en el Registro Mercantil. Con independencia de estos límites a las cláusulas restrictivas, influyen también el del respeto a la libre negociabilidad de los títulos valores, en el sentido de no considerar válidas las limitaciones cuando sean de tal magnitud que equivalgan a una imposibilidad absoluta de transmitir los títulos, es decir, a una verdadera prohibición de disponer, ni cuando supongan una infracción de lo dispuesto con carácter genérico en el artículo 1.255 del Código civil —leyes, moral y orden público.

Prescindiendo de las matizaciones de la doctrina en torno a la naturaleza y clase de estas restricciones—cláusulas de conocimiento y de consentimiento, etc.—, es indudable que al imponer la ley para su validez límites tan genéricos como los que quedan expresados, son prácticamente inagotables las posibles fórmulas de pacto de estas restricciones, aplicables tanto a las transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*.

En la resolución que se comenta, la nota calificatoria del Registrador señala dos defectos insubsanables. El primero con relación al artículo 7, 3, de los Estatutos sociales, que expresa que «la mujer viuda del accionista que contraiga nuevo matrimonio deberá transmitir todas sus acciones a sus hijos, y a falta de éstos o de su no aceptación, a los demás accionistas». En el fondo, el hecho del matrimonio priva a la mujer de la condición de socio, restricción que habrá de tenerse por no puesta, ya que, en cierto modo, encaja en el artículo 793 del Código civil. De ahí el buen criterio del Registrador de considerar que este artículo estatutario, más que una limitación a la transmisión de las acciones, lo que estatuye es, por vía de una condición resolutoria, la exclusión del socio de la compañía, restricción contraria al artículo 1.255 del Código civil. Análogo criterio mantiene la Dirección, que señala, además, que tal restricción no está acorde con las tendencias actuales en torno a la no discriminación por razón de sexo.

En cuanto al segundo defecto, la denegación no se justifica, a nuestro juicio, con la misma claridad. Dice el artículo 9 de los Estatutos que ningún accionista podrá sin previa autorización del Consejo pignorar en todo o en parte, ofrecer en garantía o comprometer en otras empresas las acciones suscritas ni, en general, constituir derecho real sobre ellas. Este precepto envuelve, según el Registrador, una verdadera prohibición de disponer, al condicionar la validez de los actos señalados a la autorización del Consejo y no someter el mecanismo de la ejecución prendaria al juego de los derechos preferenciales del artículo 7 de los Estatutos. Este criterio se mantiene íntegramente por la Dirección.

La cláusula restrictiva antes expresada es de «consentimiento», puesto que concede al Consejo de Administración de la Sociedad el veto previo a la constitución de gravámenes y derechos reales sobre las acciones cuando éstos se constituyan en favor de personas extrañas a la Sociedad. Según la misma, entendemos que el accionista no padece una prohibición

de disponer, ya que puede constituir gravámenes y derechos reales sobre sus acciones en beneficio de los restantes accionistas sin necesidad de autorización del Consejo. Así lo dispone el artículo 7 de los Estatutos, que autoriza para la enajenación y venta entre accionistas. En consecuencia, parece que no debe hablarse de prohibición absoluta de disponer, ya que la disposición puede darse, al igual que el gravamen, entre el círculo restringido de los accionistas, puesto que no otro sentido tiene el artículo 9 estatutario referido al gravamen en favor de personas extrañas a la Sociedad.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION DE CREDITOS. ANOTACION DE EMBARGO E HIPOTECA INSCRITA CON POSTERIORIDAD. LA INTERVENCION DE CORREDOR DE COMERCIO EN LA LETRA LA EQUIPARA A LA ESCRITURA PUBLICA A EFECTOS DEL ARTICULO 1.924, 3, A), DEL CODIGO CIVIL. VALOR DEL PROTESTO A EFECTOS DE PRELACION DE CREDITOS (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—En 15 de mayo de 1968, don Antonio Luis C. B. y su esposa aceptaron solidariamente una letra por 450.000 pesetas, con vencimiento a noventa días fecha, intervenida por Corredor colegiado de Comercio, que descontada por el Banco de B. y protestada por falta de pago, dio lugar, a instancia de dicha entidad, al correspondiente juicio ejecutivo. Despachado mandamiento de embargo se anotó preventivamente en el Registro de la Propiedad de Alicante respecto a un local comercial y al piso sexto de una casa en la calle García Morato, con fecha 10 de febrero de 1969. Por otro lado, en escrituras públicas de 26 de septiembre de 1968, los expresados cónyuges reconocían ser deudores de don José Antonio H. R. y de don Ernesto Ll. B. de 1.000.000 de pesetas en una de ellas, y de 514.240 pesetas en la otra, para cuyas respectivas garantías de pago se constituyó hipoteca sobre las fincas antes indicadas, que tuvieron acceso al Registro de la Propiedad los días 5 y 6 de marzo de 1969, es decir, con posterioridad a la fecha de la anotación preventiva de embargo.

Don Ernesto y don José Antonio deducen demanda de tercería de mejor derecho contra el Banco de B. y contra los cónyuges deudores, con objeto de que se declare ser preferente su crédito, reconocido en las citadas escrituras públicas de 26 de septiembre de 1968, al crédito del Banco, dado que la sentencia de remate del juicio ejecutivo seguido por este último es de fecha posterior a aquellas escrituras.

El Banco demandado contesta alegando que su crédito deriva de un título cambiario intervenido por Corredor colegiado de Comercio en fecha anterior a la anotación, el 15 de mayo de 1968.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alicante desestima total-

mente la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando (tercero) que si bien es cierto que de conformidad al número cuarto del artículo 1.923 del Código civil y 42 y 44 de la Ley Hipotecaria solamente gozan de preferencia, con relación a determinados bienes inmuebles, los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores, esto es, que tal preferencia no juega cuando de créditos anteriores a la anotación se trate, hayan sido o no inscritos, dicha limitación no cabe aplicarla cuando el título anterior, inscrito después de la anotación de embargo, lo sea de constitución de hipoteca en garantía de un crédito, en nuestro supuesto, de reconocimiento de deuda, pues al ser la inscripción, en materia de hipotecas, de tipo constitutivo, no se estimará existente hasta que se inscriba, y como en el caso de autos es posterior a la anotación preventiva de embargo la inscripción de hipoteca, dicha anotación, en cuanto al crédito correspondiente a la misma y en relación a la finca anotada, tendrá prelación sobre el hipotecario afectante a la propia finca; en este sentido, la sentencia de 8 de abril de 1965 establece que no puede prevalecer la escritura de préstamo hipotecario sobre la anotación de embargo ordenada en juicio ejecutivo, practicada con fecha anterior a la de aquél, en el Registro de la Propiedad, aun siendo la escritura de tiempo atrás a la de dicha anotación, y al entenderlo así el Tribunal de Instancia, es evidente interpretó correctamente lo dispuesto en el párrafo primero y apartado cuarto del artículo 1.923 del Código civil, y artículos 42, apartado segundo, y 44 de la Ley Hipotecaria, sin que contradiga lo afirmado la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1928, puesto que en la misma no se contempla frente a la anotación de embargo crédito hipotecario alguno y tratarse, en consecuencia, de supuesto bien distinto, por lo que el motivo primero del recurso, en cuanto denuncia por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la errónea interpretación de los citados preceptos e invocada sentencia, ha de ser desestimado.»

«Considerando (cuarto) que a los efectos del principio general de responsabilidad, que establece el artículo 1.911 del Código civil, conforme al cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros, y para el supuesto de no existir bienes afectos al pago de determinados créditos señala el artículo 1.924 del propio Cuerpo legal el orden de preferencia de éstos, lo que obliga a la confrontación, como lo hizo el Tribunal *a quo*, de los títulos de una y otra parte, y al estimar primero en el tiempo al esgrimido por el ejecutante, le concede carácter preferente sobre el del tercerista y recurrente, con expresa referencia y aplicación de lo dispuesto en el número tercero del artículo antes expresado, contra cuya apreciación se alza el segundo de los motivos del recurso, denunciándose por la propia vía del anterior la violación del apartado tercero, letras A) y B), y último párrafo del artículo 1.924 del Código civil, así como la de los artículos 1.929, 1.216 y 1.218 del mismo; mas fundamentándose la recurrida sentencia explícitamente en el primero de dichos preceptos, e implícitamente en los demás señalados, mal puede decirse hayan sido violados. Pero es que, además, si tenemos en cuenta que frente al título en que apoya su pretensión el tercerista y recurrente, que lo es las escrituras públicas de reconocimiento de deuda, no lo ha de ser el del ejecutante la sentencia de remate, cual aquél señala, para deducir

la preferencia del comprendido en la letra A) en su propia literalidad, «escritura pública», sobre el comprendido en la letra B), «sentencia firme», sino el que constituye la letra de cambio que sirvió de base a la ejecución, y que al ser intervenida por Corredor colegiado de Comercio, le atribuye una autoridad y autenticidad, como se desprende del artículo 93 del Código de Comercio, que le permite equipararle al de escritura pública y, por tanto, comprendido en la antes indicada letra A) *stricto sensu* nominalmente mencionados bajo una lógica y sistemática hermenéutica de dicho apartado—sentencia de 15 de diciembre de 1956—, y en otro orden de argumentación tampoco ha de olvidarse que siendo las escrituras utilizadas por el tercerista de fecha posterior a la del protesto de la letra de cambio que sirvió de título para decretar el embargo de unos bienes de los deudores, igualmente sería de aplicar el anteriormente indicado apartado de la letra A), del número tercero del artículo 1.924 del Código civil y, por tanto, gozando de preferencia sobre el del tercerista *a sensu contrario*, sentada por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1955; luego desprendiéndose de todo lo expresado que la recurrida sentencia no incurrió, en cuanto al fondo, en infracción alguna de lo dispuesto en los preceptos que sirven de fundamento al motivo, éste ha de ser, igualmente a su anterior, desestimado.»

COMENTARIO.—En esta sentencia destacan tres ideas fundamentales a propósito de la prelación de créditos:

1.ª Los créditos garantizados con anotación preventiva de embargo son preferentes a los créditos hipotecarios inscritos con posterioridad a la anotación (considerando tercero).

2.ª La intervención de Corredor de Comercio colegiado en las letras de cambio concede al crédito representado por éstas la misma preferencia que si se tratase de un crédito escriturario, aplicándose la letra A) del apartado tercero del artículo 1.924 del Código civil (considerando cuarto).

3.ª Sería igualmente de aplicar el citado apartado tercero, letra A), del artículo 1.924 atendiendo a la fecha del protesto de la letra de cambio (considerando cuarto).

Vamos a estudiar por separado estas tres ideas.

1.ª *El problema de la prelación de créditos anotados e hipotecarios.*—Nos sorprende un tanto esa primera declaración de esta sentencia, considerando preferente la anotación preventiva de embargo sobre la hipoteca inscrita con posterioridad, sin tener en cuenta la fecha de la escritura de reconocimiento del crédito. Porque el artículo 44 de la Ley Hipotecaria dice que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo, tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código civil», y en este artículo se dice que gozan de preferencia, con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor: 4.º) Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores, de donde se desprende que los créditos anotados no son preferentes a los que consten en escritura pública o sentencia firme de fecha superior a la anotación (1). No obstante, la presente sentencia prescinde de esta idea de atender a la fecha del crédito y se fija en la fecha de la inscripción de hipoteca que lo garantiza.

La postura de esta sentencia es contraria a la doctrina dominante. Así, LACRUZ (2) señala que la regla del artículo 1.923 «hay que ponerla en rela-

(1) Véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, págs. 904 y sigs., 6.ª edición.

(2) LACRUZ V SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pág. 274.

ción con el artículo 1.927, según el cual tales créditos gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro». «No quiere decir esto último—continúa LACRUZ—que el crédito tenga una preferencia absoluta sobre todos los otros, que también constan en el Registro y han sido inscritos en fecha posterior a la suya, lo cual sería contradictorio con el criterio del artículo 1.923, que en cuanto a los créditos nacidos antes de la fecha de la anotación deja actuar al Derecho común. Se trata de la concurrencia de créditos de la misma clase: para los demás rige el artículo 1.923. En definitiva, la anotación de embargo concede preferencia: primero, sobre los créditos posteriores a la anotación; segundo, sobre aquellos créditos anteriores que no tengan una razón especial de prelación sobre el anotado, es decir, que en caso de concurso, y no interviniendo la anotación, se liquidarían a la vez.»

Incluso un autor como MORELL, que escribe en la época anterior a la reforma de 1944-46, es decir, en una época en que la Ley de 1909 estaba vigente y se remitía en esta materia no sólo al artículo 1.923, sino también a los siguientes (entre los que está el 1.927, que podría dar pie a la tesis de atender a la fecha de la inscripción de hipoteca en relación con la de la anotación, según las opiniones), entendía que había que considerar de aplicación preferente el artículo 1.923 sobre el 1.927, y planteándose precisamente el mismo problema que el de esta sentencia, es decir, el de la preferencia entre una anotación de embargo y la hipoteca inscrita con posterioridad, pero referente a un crédito reconocido en escritura pública anterior a la anotación, era partidario de la preferencia de dicho crédito sobre el anotado diciendo: «El crédito hipotecario inscrito después de una anotación de embargo es pospuesto al crédito simple que esta anotación asegura, pero es a condición de que aquél sea de fecha posterior a ésta. Si el crédito hipotecario es de fecha anterior a la anotación será preferente, como lo sería también cualquier crédito simple en iguales circunstancias, porque la anotación preventiva de embargo sólo da preferencia respecto a los créditos posteriores a esa anotación» (3).

También es significativa en este mismo sentido, contrario al de la presente, la sentencia de 20 de noviembre de 1928 (4). En esta sentencia, el recurrente alegó infracción por interpretación errónea del número cuarto del artículo 1.923, en relación con la regla segunda del 1.927, ambos del Código civil, y por no aplicación de los artículos 23 y 27 de la Ley Hipotecaria, al dar la Sala lugar a la tercera de mejor derecho, siendo así que reconoce que la escritura llamada de hipoteca fue inscrita con posterioridad a la anotación del embargo trabado por los mismos derechos reales por el recurrente, y que la regla segunda del segundo párrafo del artículo 1.927 establece que la preferencia entre los créditos hipotecarios y los comunes preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad se resolverán por la fecha respectiva de la anotación o de la inscripción, de modo que dada la premisa de hecho establecida por la Sala, es preferente el derecho del recurrente, porque su embargo fue anotado antes que la demandada inscribiera su hipoteca. La cuestión quedaba, por tanto, centrada en el problema que ahora nos ocupa, y el Tribunal Supremo en dicha sentencia, después de decir en el considerando primero que la anotación no convierte en real o hipotecaria la acción del titular y que sólo se refiere a la preferencia respecto a créditos posteriores, dice así en su considerando segundo: «Considerando que tales principios impiden que se atribuya al número cuarto del artículo 1.923 y a la regla segunda del artículo 1.927, ambos del Código civil, el sentido y alcance que les da el

(3) MORELL y TERRY *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, 2ª edición, 1928, tomo III, página 97.

(4) Puede verse esta sentencia en el tomo 186 de *Jurisprudencia Civil*, año 1928, pág. 224.

recurrente, y que, por el contrario, es lógica consecuencia de aquéllos que la prelación a que alude la regla segunda citada se limite, por un lado, a los créditos del número tercero del artículo 1.923 y, por otro, a los del número cuarto del mismo precepto, pero sin que medie confusión y concurrencia prelativa por el orden de antigüedad de su inscripción o anotación entre los de uno y otro orden, cuya naturaleza es completamente distinta, de donde se deduce que el Tribunal de Instancia interpretó acertadamente dichos preceptos.»

Todas estas declaraciones no se avienen con la tesis de la presente sentencia.

Sin embargo, podemos encontrar algunas opiniones o declaraciones que, a primera vista, se acercan algo a la sentencia que comentamos. Pero, en el fondo, creemos que no sirven de apoyo decisivo a la misma.

Por un lado, la sentencia de 8 de abril de 1965, que es citada por la presente, recogiendo la idea de «que no puede prevalecer la escritura de préstamo hipotecario sobre la anotación de embargo ordenado en juicio ejecutivo, practicada con fecha anterior a la de aquél en el Registro de la Propiedad, aun siendo la escritura de tiempo atrás a la de dicha anotación». Pero nosotros creemos que la cita de esta sentencia no es suficiente, pues a pesar de su aparente *ratio*, dadas las matizaciones que hace en relación con los créditos hipotecarios y anotados, en realidad no tuvo ocasión de entrar en el aspecto sustantivo de la prelación de créditos, por entender que «fue ya ventilado y resuelto en juicio de tercería de mejor derecho, que iniciaron a su tiempo los hoy actores y en el que fueron vencidos al aquietarse con la sentencia que se dictó». No se negará que esta declaración quita o atenúa el valor de *ratio decidendi* de aquellas matizaciones sobre el problema que estamos estudiando.

Por otro lado, en la doctrina, ROCA SASTRE, en su última edición, quizá impresionado por esas declaraciones de la sentencia de 8 de abril de 1965, dice en una nota al pie de página lo siguiente, al ocuparse del problema concreto ahora debatido: «Cuando el título anterior inscrito después de la anotación de embargo sea de constitución de hipoteca en garantía de un crédito, por ser la inscripción en materia de hipotecas de tipo constitutivo, no podrá sostenerse que se trata de adquisición de un derecho real anterior a la anotación preventiva de embargo, pues por tener la inscripción valor constitutivo en materia de hipotecas, dicha hipoteca no se considerará existente hasta que se inscriba, y como la inscripción (o su presentación al Registro) será de fecha posterior a la anotación preventiva de embargo, éste, en cuanto al crédito correspondiente, tendrá prelación sobre el crédito hipotecario, sin perjuicio de que tenga el valor de crédito escriturario» (5).

Parece como si esta sentencia se hubiera basado en esa nota a pie de página de ROCA SASTRE, pero entendemos que hay una diferencia esencial: mientras ROCA SASTRE en su argumentación deja a salvo el valor que el crédito hipotecario pueda tener como escriturario y, además, aplica el argumento de la inscripción constitutiva al derecho real de hipoteca y no al crédito garantizado, la sentencia que comentamos destaca sin más, en el considerando tercero, la fecha de la inscripción de hipoteca posterior a la anotación de embargo, y cae en un grave confusionismo a propósito de la inscripción constitutiva, diciendo que como la inscripción en materia de hipotecas es constitutiva, no se estimará existente hasta que se inscriba (hasta aquí recoge la idea de ROCA), y como en el caso de autos es posterior a la anotación preventiva de embargo la inscripción de hipoteca, dicha anotación, en cuanto al crédito correspondiente a la misma y en relación a la finca anotada, tendrá prelación sobre el hipotecario afectante a la propia finca. Se observará la literal coincidencia de estas expresiones con

(5) *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, pág. 908, nota 1.

las de Roca Sastre; pero la sentencia, al suprimir la frase de Roca «sin perjuicio de que tenga el valor de crédito escriturario», llega a distinta conclusión. Nosotros creemos que la inscripción de hipoteca es constitutiva respecto al derecho real de hipoteca, pero no lo es respecto al crédito garantizado con ella, que ha nacido con anterioridad, y con su valor de crédito escriturario. Por tanto, no nos convence el argumento de la inscripción constitutiva aplicado a este caso.

Para quedar convencidos de que tal argumento no es concluyente, no hay más que comprobar el resultado a que se llega con el mismo: que la anotación preventiva de embargo no es preferente a un crédito constituido o reconocido en escritura pública de fecha anterior a la anotación, no garantizado con hipoteca (argumento número cuarto del art. 1.923 del Código civil) y, sin embargo, sería preferente a ese mismo crédito en el caso de que esté garantizado con una hipoteca inscrita después de la anotación. Total, que a efectos de su prelación sobre los créditos anotados, lo mejor sería no garantizarlo con hipoteca. Lo lógico sería considerar que la hipoteca es un «plus» de garantía y de privilegio que se añade al crédito, y no un «algo» que sustituye la preferencia que ya tenía el crédito escriturario por una postergación del mismo. Bien está que la hipoteca inscrita con posterioridad a la anotación no dé al crédito un privilegio o ventaja sobre el anotado, pero lo que es absurdo es que le ocasione una desventaja, pues esto no se concibe ni aparece entre las funciones que se vienen señalando a la hipoteca.

En definitiva, creemos, conforme a la tesis tradicional, que mientras no se reforme el efecto prelativo de las anotaciones, no podemos hacer una excepción con los créditos hipotecarios, que a la vez son escriturarios. Habrá que seguir pensando en la fecha de los créditos en relación con los que estén preventivamente anotados.

Por todo ello, pensamos que la declaración de esta sentencia hay que relacionarla con la otra declaración que se hace en el «considerando» cuarto (que a continuación exponremos), a pesar de que el Tribunal Supremo parece querer aplicarla con separación e independencia de la fecha de los créditos, y aconsejamos no recoger tal declaración como *ratio decidendi* si no es en casos en que se pueda aplicar también la otra idea del «considerando» cuarto (6). Ello está en línea con el propósito de minimizar la doctrina del «considerando» tercero, pero es lo procedente, por las razones dichas, y, además, porque en el caso presente tal doctrina era innecesaria, dado que podía llegarse a la misma conclusión partiendo solamente de las fechas de los créditos—como se hace en el «considerando» cuarto—sin necesidad de hacer excursiones peligrosas alrededor de la inscripción constitutiva de la hipoteca.

No obstante, en el caso de que se estimara que estamos forzando la interpretación de la sentencia, y que es claro que la idea comentada es *ratio decidendi* con carácter autónomo, entonces diríamos que no estamos conformes con la misma por lo ya indicado y, consecuentemente, que somos partidarios de olvidarla como doctrina legal, mientras no se dé un razonamiento más convincente para defenderla (7).

(6) Es evidente que con esta aplicación acumulativa se prescindiría de dicha declaración con valor autónomo de *ratio decidendi*, quedando en principio relegada a la condición de *obiter dictum*.

(7) Dejamos la puerta abierta para llegar al convencimiento de otra postura, porque hay que ser cautelosos en todas estas cuestiones de prelación de créditos, que creemos están por estudiar a fondo. Para demostrar las dificultades en esta materia basta exponer, marginalmente, los siguientes ejemplos: 1.º Caso de concurrencia triple de: a) Crédito escriturario de fecha 1970. b) anotación de embargo de fecha 1972 referente a otro crédito no escriturario: c) crédito garantizado con hipoteca inscrita en 1973, pero siendo la fecha de la escritura de constitución o reconocimiento del crédito la de 1969. Si siguiéramos orientaciones de esta sentencia, habría que llegar al contrasentido de que el crédito escriturario de 1970 es preferente a todos, por ser preferente al anotado y serlo éste a su vez al hipotecario. Pero el argumento es reversible: el crédito hipotecario es preferente al escriturario (art. 1.923, 3.º) y, por tanto, también al anotado.

2.ª *La intervención de Corredor colegiado de Comercio da al crédito el carácter de escriturario, a efectos del artículo 1.924, tercero, A).*—Acabamos de indicar que el Tribunal Supremo no tenía necesidad de haber desarrollado toda esa teoría sobre la preferencia de la anotación partiendo de la comparación de fechas de los asientos registrales, contando con argumentos para llegar al mismo resultado partiendo simplemente de las fechas de los créditos.

Y esto es lo que desarrolla en el «considerando» cuarto, pues el crédito anotado tenía su origen en unas letras de cambio intervenidas por Corredor de Comercio, y el Tribunal Supremo, basándose en el artículo 93 del Código de Comercio, equipara el crédito al escriturario. Y partiendo de aquí compara su fecha con la escritura de reconocimiento del otro crédito (aquí, el Tribunal Supremo se centra en el aspecto «escriturario» del crédito hipotecario, y por eso decíamos que había que prescindir de la doctrina del «considerando» anterior), y llega a la conclusión de que es preferente el intervenido por Corredor de Comercio, por ser de fecha anterior.

En este punto nada tenemos que decir, pues nos parece acertada esta tesis.

Pero nos viene a la memoria algo que dijimos al comentar la sentencia de 3 de noviembre de 1971 (núm. 495 de esta misma *Revista*, pág. 470), y es que pensábamos que iba a dar pie en el futuro para que alegase la misma en su favor algún recurrente para un caso distinto del que resolvió aquella. En el presente recurso de casación, el recurrente dice que el apartado tercero del artículo 1.924 del Código civil sólo se refiere a las escrituras públicas y a las sentencias firmes, y «la letra de cambio, aunque esté protestada e intervenida por Corredor de Comercio, no está en ninguno de estos supuestos, pues, como dice la sentencia de 3 de noviembre de 1971, su certeza no deviene notoria, en especial respecto a terceros, hasta la firmeza de la sentencia». Decíamos en aquel comentario que había un *obiter dictum* en la sentencia de 1971 que tenía su importancia, pues aclaraba el sentido y ratio de la sentencia. «Los *obiter dicta* en ocasiones tienen el valor de concretar más la *ratio decidendi* del fallo desde el punto de vista negativo, es decir, para demostrar que 'no ha sido' otra razón la que ha inspirado dicho fallo. Así no habrá necesidad en el futuro de discutir la aplicación de la sentencia a otros casos. Por ejemplo, frente a un futuro recurrente que, a la vista del resultado de esta sentencia, trata de demostrar que los créditos que figuran en póliza intervenida por Corredor colegiado no son equivalentes a los que figuran en escritura pública y alegará esta sentencia, se le opondría el *obiter dictum* como prueba de que no declaró tal tesis el Tribunal Supremo.»

En aquella sentencia de 3 de noviembre de 1971, el Tribunal Supremo no dio preferencia al crédito que figuraba en póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado, pero no porque no diera valor a dicha intervención (pues en *obiter dictum* alude al valor de tal intervención, conforme al art. 93 del Código de Comercio), sino porque el crédito en cuestión

Tampoco vale este argumento. ¿No será mejor interpretar que es preferente el crédito hipotecario, pero no como tal, sino como escriturario? Argumento número 4.º, artículo 1.923, en relación con apartado 3.º, letra A, del artículo 1.924 del Código civil. 2.º) Otro caso a estudiar: concurrencia triple de a) Crédito escriturario de fecha 1970 de 500.000 pesetas. b) anotación de embargo de fecha 1972 referente a un crédito de 200.000 pesetas. c) crédito hipotecario constituido e inscrita la hipoteca en 1974, por importe de 500.000 pesetas. Para resolver en este otro caso el problema de prelación, parece que no habrá más remedio que partir de la idea germanista de la parcelación de valores, entendiendo que respecto a un valor de 200.000 pesetas la hipoteca no es preferente, pues existía con anterioridad un crédito anotado (anterior incluso a la fecha de la escritura) por importe de 200.000 pesetas (arts. 1.923, 4.º, y 1.927 del Código civil); y en cuanto a ese valor de 200.000 pesetas en que no entra la prelación de la hipoteca, la cuestión ha de ventilarse entre el otro crédito escriturario anterior de 1970 y el crédito anotado, resolviéndose a favor del primero por aplicación del artículo 1.923, 4.º. Respecto al valor restante de 300.000 pesetas, la hipoteca ya no tiene el obstáculo de la anotación, por lo que es preferente al crédito escriturario de 1970 (art. 1.923, 3.º). Pero todas estas soluciones son discutibles.

necesitó un complemento liquidatorio y sólo quedó precisado su importe por la sentencia de remate. Pero esta imprecisión no se produce en el presente caso, en que queda claro el importe de la letra desde el principio, en que intervino el Corredor.

Por todo ello, no cabe alegar la sentencia de 1971, y más bien hay que decir que la sentencia que comentamos ha elevado a *ratio decidendi* lo que en aquella sentencia no fue más que un *obiter dictum*.

3.ª *Sobre el valor del protesto de la letra de cambio a efectos de la prelación del crédito.*—Por vía de refuerzo de la declaración anterior, el Tribunal Supremo sienta una opinión sobre el valor del protesto de la letra a efectos de la prelación de créditos, que consideramos muy discutible. «En otro orden de argumentación, tampoco ha de olvidarse que siendo las escrituras utilizadas por el tercerista de fecha posterior a la del protesto de la letra de cambio que sirvió de título para decretar el embargo de unos bienes de los deudores, igualmente sería de aplicar el anteriormente indicado apartado de la letra A) del número tercero del artículo 1.924 del Código civil y, por tanto, gozando de preferencia sobre el del tercerista, doctrina *a sensu contrario* sentada por la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1955.»

En primer lugar, consideramos improcedente deducir *a sensu contrario* una doctrina de una sentencia del Tribunal Supremo. En materia jurisprudencial no cabe aplicar el mismo procedimiento deductivo que tratándose de las leyes. La ley pretende ocuparse del supuesto en general, en toda su amplitud, por lo que es admisible la deducción *a sensu contrario* como norma interpretativa. La sentencia se ocupa de un caso muy concreto, por lo que resulta discutible deducir *a sensu contrario* una doctrina para otros casos distintos u opuestos que no se ha planteado el Tribunal Supremo.

Sirva de justificación a este modo de proceder que el recurrente alegaba la sentencia de 16 de abril de 1955, por lo que había que contestarle diciendo que dicha sentencia se refería a un caso distinto. Pero eso es lo que debería haberse limitado a decir el Tribunal Supremo, sin pretender obtener una tesis positiva *a sensu contrario*, sobre el valor del protesto en materia de prelación de créditos.

Pero lo cierto es que la presente sentencia afirma que el protesto de la letra determina la aplicación del apartado tercero, letra A), del artículo 1.924 del Código civil, es decir, lo equipara a la escritura pública. Ahora bien, esta afirmación es muy discutible, pues el protesto se formaliza a través de un acta notarial, y sabido es que las actas notariales no pueden equipararse a las escrituras públicas a los efectos que estamos estudiando. El propio Tribunal Supremo lo ha mantenido repetidamente, y creemos aplicable tal doctrina a las actas notariales de protesto, pues éstas no cambian el carácter del crédito cambiario. Concretamente, la sentencia de 17 de junio de 1958 (refiriéndose a un acta en que se hacía constar que el dinero depositado en el Instituto Nacional de Colonización por don Daniel M. J. lo había recibido de los recurrentes) dice que «todo lo alegado por el recurrente es erróneo, pues no pueden tener la misma fuerza frente a extraños a un negocio jurídico las manifestaciones unilaterales que acerca de su existencia y elementos hace una parte sin que conste que corresponde con la voluntad de la contraparte para crear o, al menos, reconocer la existencia de tal institución, como consta en las escrituras públicas, y, por consiguiente, y por lo enlazados que en ese caso van los requisitos de fondo con los de forma, no puede ese documento dar la preferencia que establece el citado artículo 1.924, como el recurso pretende» (8). Y la repetida sentencia de 16 de abril de 1955 declara que «goza de preferencia

(8) Véase esta sentencia en *Jurisprudencia Civil*, tomo LXX, junio, pág. 575

el crédito del tercerista, sin que esta apreciación se desvirtúe por el hecho de que con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública el ejecutante haya reclamado al deudor mediante acta notarial el pago de la cantidad posteriormente exigida en el procedimiento ejecutivo, ya que el acta notarial justifica o prueba el hecho de la reclamación, pero no la existencia real de la deuda reclamada, por lo que carece de viabilidad el cuarto y último motivo del recurso» (9). Vemos, pues, que esa misma sentencia en que la presente quiere basar una doctrina *a sensu contrario*, por la declaración que hace poco antes que la escritura del tercerista era de fecha anterior a la del protesto de las letras de cambio que sirvieron de título para decretar el embargo, no es muy favorable a dar a las actas notariales el valor de la escritura pública, a efectos del apartado tercero, letra A), del artículo 1.924 del Código civil.

Por todo ello convendrá aquí también esperar a una nueva decisión del Tribunal Supremo más contundente antes de desterrar la doctrina de las sentencias de 16 de abril de 1955 y 17 de junio de 1958 o de concretarla a las actas que no sean de protesto.

ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DEL TITULO DE PROPIEDAD. VALOR DE LA INSCRIPCION Y DE LA CERTIFICACION REGISTRAL A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION Y DEL CONCEPTO DE DOCUMENTO AUTENTICO DEL NUMERO 7 DEL ARTICULO 1.692 DE LA L. E. C. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Doña Matilde, cumpliendo la voluntad de su difunto esposo, que había dispuesto en su testamento que «se construyera un asilo para pobres de solemnidad, ciegos y sordomudos», adquirió unos terrenos, que inscribió a nombre de ella en el Registro de la Propiedad, quedando posteriormente construido el asilo, formado por un edificio con terreno y huerta adyacente. Dicha señora-otorgó la correspondiente escritura, creando la Fundación Benéfica «Asilo M. N.», cuyo soporte físico lo constituía la citada finca, que, sin embargo, continuaba descrita como «terreno» en el Registro y aparecía todavía inscrita a nombre de doña Matilde. Muchos años después, al fallecer esta señora, sus herederos inventariaron el terreno entre los bienes de la herencia, inscribiéndose a nombre de los mismos en el Registro de la Propiedad.

El Patronato de la citada Fundación Benéfica considera lo ocurrido como algo «verdaderamente insólito y asombroso, huelgan los comentarios», por lo que deduce demanda contra dichos herederos, suplicando se dicte sentencia declarando que la finca es de la única y exclusiva propiedad de la Fundación y decretando la nulidad y cancelación de la inscripción registral de los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia de Betanzos estimó totalmente la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados alegando error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico, consistente en la certificación de la inscripción a su favor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que frente a la declaración terminante a que llega la sentencia recurrida, en cuanto expresa que la finca objeto del proceso, descrita en la demanda, es de la única y exclusiva propiedad de la Funda-

(9) *Jurisprudencia Civil*, tomo XXXIX, marzo y abril, pág. 747

ción Benéfica Particular 'Asilo M. N.', de la ciudad de Betanzos, se alza el presente recurso, cuyos dos primeros motivos se fundan, respectivamente, en el error de hecho en la apreciación de la prueba y en el de derecho en la valoración de la misma, y ambos sobre la base de una certificación librada por el Registrador de la Propiedad de Betanzos, acreditativa de estar inscrita la finca litigiosa a nombre de los demandados, sin tener en cuenta los recurrentes que basta la lectura de la resolución impugnada para apreciar, por una parte, que la Sala sentenciadora, en el estudio que hace del documento, no desconoce ni niega la existencia del hecho que exterioriza el mismo, por lo que no existe el error de hecho denunciado, y por otra, que no se han señalado en el motivo segundo las normas de valoración probatoria que se estiman infringidas, cuyo defecto formal hace inviable el mismo, máxime cuando, como en este caso, la doctrina reiterada y uniforme de este Tribunal viene declarando que para el ejercicio de la acción dominical, que concede el artículo 348 del Código civil, es requisito indispensable que el propietario presente título legítimo por el cual se acredite en forma fehaciente la propiedad de la cosa que trata de reivindicar, título éste que ha de entenderse en Derecho civil tanto la causa en cuya virtud es poseída o se adquirió alguna cosa, como el instrumento con que se acredita el derecho que sobre la misma cosa pertenece a quien la ostenta y que para lograr la efectividad ejercita la acción, y como en el presente caso la resolución que se recurre estima como auténtico, suficiente y eficaz la escritura pública de la Fundación, de la que deriva la propiedad de ésta sobre la finca reclamada, es obvio que no puede en el presente caso desvirtuarse dicha afirmación con el documento que es base del recurso, ya que la Sala sentenciadora no le ha dado el alcance que el recurrente pretende, máxime cuando, como en este caso, este Tribunal de Casación viene sentando la doctrina de que la inscripción en el Registro de la Propiedad del título de adquisición de un inmueble no es documento auténtico para probar el dominio, y solamente ha de reputarse acreditativo de la actuación del Registrador, pero no de la esencia y circunstancias del contrato, que han de constar en la escritura, y que dicha inscripción no constituye por sí sola título de dominio, sino corroboración y garantía de los que revisten semejante solemnidad—sentencias de 8 de marzo de 1912 y 29 de octubre de 1919—, por todo lo cual declinan estos dos primeros motivos y, de consecuencia, resulta intrascendente el motivo tercero, en cuanto a la infracción del precepto de inversión probatoria—artículo 1.214 del Código civil—, que en el presente procedimiento no se da, ya que se dicta la resolución apoyándola en la prueba aportada por el demandante, y por todo ello ha de desestimarse el recurso, en el que han de observarse las accesorias previstas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

COMENTARIO.—La cita de las antañonas sentencias de 8 de marzo de 1912 y de 29 de octubre de 1919, al decir, recogiendo literalmente expresiones de la primera, que «la inscripción en el Registro de la Propiedad del título de adquisición del inmueble no es es documento auténtico para probar el dominio y solamente ha de reputarse acreditativo de la actuación del Registrador... y que dicha inscripción no constituye... título de dominio, sino corroboración y garantía de los que revisten semejante solemnidad», puede inducir a confusiónismo y a pensar que la presente sentencia atenta contra el principio de legitimación registral.

Realmente no hay mucho acierto en la cita de esas dos sentencias, pues se refieren a problemas distintos y ellas (por lo menos, la de 1912) sí parecen atentar contra el principio de legitimación registral, que entonces no tenía el desarrollo legal que hoy tiene, después de la reforma 1944-46.

Lo que se plantea en la sentencia de 8 de marzo de 1912 («caso de las fincas del Marquesado de Montes Claros») es si para el ejercicio de la

acción reivindicatoria basta aportar la certificación de la inscripción o se requiere aportar el título. El Tribunal Supremo en aquella época negó a la inscripción valor a tal efecto, expresándose en la misma forma que lo hace la presente sentencia.

Parecida expresión ofrece la sentencia de 29 de octubre de 1919 («caso de la dehesa u hoja de Casa Carrasco»), diciendo que «las inscripciones no son títulos de derecho, sino que únicamente corroboran y garantizan los que revisten tal carácter». No obstante, hay que tener en cuenta que se trataba de un caso de doble inmatriculación, y en tal supuesto se justifica que queden atenuados los principios hipotecarios.

Pero ambas sentencias están incluídas en la «lista negra» (permítasenos esta expresión) de la jurisprudencia anterior a 1944, que desconocía el principio de legitimación registral. De dichas sentencias y otras muchas, dice Roca SASTRE que su «doctrina si es admisible cuando en juicio se demuestra que el contenido registral es inexacto, en cambio, no lo es mientras esta demostración no se efectúe y se ataque directamente el contenido del Registro» (*Derecho hipotecario*, tomo I, pág. 365, 6.ª edición, 1968). Y más adelante considera ya superada tal jurisprudencia, diciendo que «aunque reiteradamente negó especial valor probatorio a la inscripción en el Registro de la Propiedad en el aspecto que nos ocupa; no obstante, después de la última reforma hipotecaria ha llegado a reconocérsele, conforme al artículo 38, 1, de la Ley» (y cita, en este sentido, las sentencias de 23 de noviembre de 1961, 3 de febrero de 1955 y 3 de julio de 1962) (*ob. cit.*, págs. 416 y 417).

Entonces ¿es que la presente sentencia quiere volver a la época anterior a 1944, dada la cita de esas dos sentencias? Creemos que no. Se trata de citas imprecisas y, en todo caso, la *ratio decidendi* hay que obtenerla de la actual sentencia y del problema debatido en la misma y planteado por el recurrente.

Centradas así las cosas ha de tenerse en cuenta que el recurrente lo que alega es que la certificación registral es «documento auténtico», a efectos de demostrar un error en la apreciación de la prueba. Lógicamente, la contestación del Supremo tiene que referirse sólo al valor de la inscripción y de la certificación registral en ese limitado campo del concepto de documento auténtico, a efectos del recurso de casación, recogido en el número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C. Por tanto, a los demás efectos, quedará a salvo el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y concordantes, que recogen el principio de legitimación registral. Y no estará permitido alegar esta sentencia fuera de ese problema debatido para enlazar sus declaraciones con las de 8 de marzo de 1912 y 29 de octubre de 1919, tratando así de sacar a relucir una jurisprudencia restrictiva del principio de legitimación registral actualmente superada.

En cambio, centrando tales declaraciones sobre el valor de la inscripción en el concreto problema debatido («si la certificación registral es documento auténtico o no, a efectos del recurso de casación»), entonces parece plenamente acertada la conclusión obtenida: que tal certificación no es documento auténtico, a efectos del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

En defensa de esta conclusión está el carácter extraordinario del recurso de casación (el Tribunal no puede examinar de nuevo todas las pruebas y elementos de juicio de Instancia), y como el Juzgador de Instancia ha decidido el pleito en base a una serie de elementos probatorios (principio de prueba plena), no le es lícito al recurrente alegar como documento auténtico para demostrar un error de hecho en la apreciación de la prueba la certificación registral, que sólo es uno de los varios elementos que el Juzgador habrá tenido en cuenta. Y es que el concepto de «documento auténtico», a efectos del recurso de casación, es muy distinto del que

pueda darse con carácter general. No hay duda de que tanto la escritura pública como la inscripción participan de los caracteres del «documento auténtico», tanto desde el punto de vista de una autenticidad subjetiva como objetiva (sobre esta distinción, véase GUASP: *Derecho procesal civil*, II, parte especial, pág. 833). Pero desde el punto de vista del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C. no siempre son documentos auténticos, porque, como dice GUASP, «lo que interesa en todo documento, para calificarlo de auténtico a los efectos de la casación, es su *valor probatorio*, en el sentido de que legalmente esté justificado un tratamiento privilegiado de lo que en ese documento se contiene... *Autenticidad de un documento* es ni más ni menos que *eficacia probatoria privilegiada del mismo*» (obra y página citadas). Y más adelante explica la relatividad del concepto de documento auténtico en casación diciendo: «Cualquier ente documental puede ser auténtico o puede no serlo, según el sector del documento mismo del que se quiera extraer la eficacia probatoria en que la autenticidad consiste; así, la declaración de un testigo, tal como se transcribe en los autos, será documento auténtico respecto al hecho de que en un día y en un lugar determinados el testigo pronunció o emitió ciertas declaraciones, pero no será de ninguna manera documento auténtico para probar que el contenido de esas declaraciones es efectivamente verdadero. Lo mismo podría decirse de cualquier otro ejemplo de prueba documental, pues, en definitiva, el significado auténtico de un documento hay que ponerlo siempre en relación con los efectos probatorios que de él quieran extraerse, y eso explica el que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo quepa encontrar la descalificación de la autenticidad de todos los tipos documentales que en realidad se pueden presentar» (*ob. cit.*, pág. 834).

Trasladando estas ideas al presente caso, resulta que la certificación registral es «documento auténtico, a efectos de casación», en cuanto es acreditativo de la actuación del Registrador, es decir, del hecho de haberse extendido la inscripción (por ejemplo, si el Juzgador de Instancia hubiera partido de que no había habido inscripción, a pesar de constar en autos la certificación registral), pero no en cuanto al conjunto de pruebas que el Juez haya apreciado en Instancia.

Queda, pues, delimitada la declaración de esta sentencia en el marco del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., sin afectar para nada a la autenticidad de la inscripción a los demás efectos del principio de legitimación registral.

TERCERIA DE DOMINIO: VALOR DE LA INSCRIPCION DEL TERCERISTA FRENTE A UN EMBARGO NO ANOTADO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Don Antonio F. B. adquirió un terreno en el término de Retamal de Llerena, a los sitios de La Laguna, conociéndose la finca por Las Rosas, en virtud de escritura pública de compra, que inscribió en el Registro de la Propiedad. Ante el embargo trabado por «Gránulos D., S. A.», sobre dicha finca en juicio ejecutivo seguido por dicha Sociedad contra don Francisco Y. G., embargo que carecía de constancia registral, y teniendo noticias don Antonio F. B. que la finca inscrita a su nombre se había sacado a venta en pública subasta en el procedimiento de apremio, deduce demanda sobre tercería de dominio contra «Gránulos D., S. A.», y contra don Francisco Y. G.

El Juzgado de Primera Instancia de Cáceres dictó sentencia desestimando en todas sus partes la demanda de tercería; pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que declara que la finca es de la titularidad dominical del demandante

y, en consecuencia, que se debe alzar y se alza el embargo trabado sobre la misma.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por «Gránulos D., S. A.», el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los motivos primero y séptimo, en los que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba por la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden prosperar, puesto que la certificación registral, que en el primero se cita como base del error alegado, no puede dejar sin efecto lo consignado en la escritura pública de compraventa del tercerista, y en la que consta como tercera inscripción la efectuada a su nombre en el Registro, y en cuanto al segundo, declarado por la Sala el desconocimiento de la traba por el tercerista, no le puede afectar a su derecho un embargo sin constancia registral...»

II. PARTE GENERAL.

INEXISTENCIA DE COMPRAVENTA POR SIMULACIÓN ABSOLUTA. PRESUNCION JUDICIAL EN CASACION EL PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL HEREDERO FORZOSO. ACCION DE SIMULACION, DE PETICION Y DE ADICION DE HERENCIA. MOMENTO DE TASACION DE LOS BIENES A EFECTOS DE INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Don Pedro S. Cost dedujo demanda contra doña Catalina S. Pons y otras, en la que alegó que en 26 de julio de 1940 el abuelo paterno del actor compareció ante Notario con sus hijos doña Catalina (la demandada) y don Juan S. Pons (padre del actor) formalizando escritura en la que aquél vendía a su hija doña Catalina la nuda propiedad de siete fincas, y a su hijo don Juan el usufructo de dos de ellas a partir de la muerte del vendedor. Tal contrato de compraventa fue y sigue siendo inexistente, por constituir una simulación absoluta de un contrato que realmente no se celebró ni quiso celebrarse, por una serie de hechos de presunción que exponía a continuación. El abuelo paterno falleció en 1942, habiendo otorgado su último testamento en forma abierta con institución de herederos universales a favor de sus dos hijos don Juan y doña Catalina y de su segunda esposa doña Juana Reynes, por terceras partes iguales, practicándose la partición de la «herencia oficial», que quedaba reducida a unos cuantos muebles y enseres domésticos, lo que demuestra que sustancialmente todo el patrimonio del causante consistía, según el actor, en el jugoso repertorio de fincas descritas en la simulada escritura de compraventa de 1940. A su vez, el padre del actor, don Juan S. Pons, falleció en 1968, instituyendo herederos universales, entre otros, al actor. Doña Catalina había vendido varias fincas antes de anotarse la demanda en el Registro, por lo que el actor solicita se declare la inexistencia de aquella compraventa de 1940 por simulación absoluta, con objeto de que se adicione a la masa hereditaria del abuelo paterno tanto las fincas que todavía no había vendido doña Catalina en el momento de la anotación de demanda, como el valor de las que ya vendió a titulares protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a los que no puede perjudicar, por tanto, la demanda.

Doña Catalina contesta a la demanda alegando prescripción de cuantas acciones pudiera invocar el actor en relación con la partición de la herencia en cuestión y que el causante del actor (don Juan S. Pons) intervino

en la compraventa que impugna ahora su hijo y no en calidad de espectador, sino de parte, manifestando comprar, hacerlo por un precio determinado y entregarlo ante el Notario.

El Juzgado de Primera Instancia de Inca dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados.

Apelada la anterior resolución por la representación de la parte actora y de la demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia revocando la del Juzgado y estimando casi totalmente la demanda, al declarar inexistente la compraventa por simulación absoluta y falsedad de la causa, pero sentando que el valor de los bienes ya vendidos por la demandada se computaría en ejecución de sentencia al día del fallecimiento del abuelo paterno (1942).

Ambas partes interponen recurso de casación: el actor, por estimar que la valoración de los bienes vendidos no podía referirse al año 1942, sino al momento en que el daño se produce, que es aquel en que la demandada no cumple su obligación de restituir, es decir, el momento de la firmeza de la sentencia, de acuerdo con los artículos 919 y 926 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o, a lo sumo, si se quiere una especial consideración con la demandada, el momento de la presentación de la demanda, sin que sea obstáculo para ello la sentencia de 31 de enero de 1972, pues se refiere a un caso completamente distinto; la demandada, por su parte, recurre por una serie de razones, entre ellas: infracción del artículo 1.253 del Código civil; violación del artículo 1.261, tercero, en relación con los 1.274, 1.277 y 1.445, todos del Código civil, dado que no existió falsedad de causa en el contrato de 1940, al concurrir la causa onerosa o precio y existir la presunción de existencia de la causa, a que se refiere el artículo 1.277 del Código civil; infracción por falta de aplicación del principio general de Derecho conforme al cual «a nadie le es lícito ir válidamente contra sus propios actos», que es aplicable a los actos realizados por el causante del actor; infracción por falta de aplicación del artículo 1.079 del Código civil, teniendo en cuenta que se trata de una acción de adición de bienes a la masa hereditaria, que prescribe por el transcurso de quince años, conforme al artículo 1.964 del Código civil; el padre del actor renunció en la escritura de herencia a toda acción que por cuotas hereditarias o por cualquier otro concepto pudiera hacer valer contra la misma, habiendo desconocido la Sala esta renuncia, que es válida, conforme al párrafo segundo del artículo 4 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar a ninguno de los recursos interpuestos por las partes por lo siguiente:

«Considerando que la recurrente, doña Catalina..., en el primer motivo de su recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692, por violación del 1.253 del Código civil y doctrina que cita, sin haber atacado los hechos base de la sentencia, sino concretándolos y agregando otros, llega a deducciones contrarias a la de la sentencia, que aprecia simulación absoluta, que determina la inexistencia de los contratos de venta que se discuten, alegando la validez de la venta, respecto a cuya pretensión se impone apreciar que, según reiterada doctrina de esta Sala en materia de presunciones, ha de concederse el máximo respeto a la libre apreciación de la Sala sentenciadora, por corresponder a ella no sólo la estimación de la prueba necesaria para fijar los hechos base y fundamento de la presunción, sino también, y en mayor medida, su libertad de juicio en relación sobre el enlace preciso entre el hecho fijado como antecedente y el que se haya de deducir por conclusión en el razonamiento lógico efectuado, siendo en casación sólo lícito examinar si está fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción y si es lógica la deducción del

Juzgador, sentencias, entre otras, de 12 de noviembre de 1960, 31 de enero de 1961 y 17 de enero de 1962, y como en el caso debatido, la parte aceptando los hechos, los adiciona para llegar a la conclusión contraria, y la deducción de la Sala no puede estimarse absurda ni desorbitada, tiene que prosperar sobre la de la parte, pues la sentencia no se aparta de las normas del razonar humano, que no están consignadas en precepto alguno, lo que obliga a la desestimación del motivo, apreciando los contratos como inexistentes, por simulación absoluta.»

«Considerando que el motivo segundo, con igual amparo, acusa violación de los artículos 1.261, tercero, en relación con los 1.274, 1.275 y 1.445, del Código y doctrina que cita, y sólo es consecuencia de la aceptación del criterio del anterior, que ha sido desestimado, pues si la venta es inexistente no pueden producirse las infracciones de este motivo, que por ello también se desestima.»

«Considerando que el motivo tercero, con el mismo apoyo que los anteriores, alega falta de aplicación del principio de los actos propios, citando sentencias que lo consagran, a cuyo motivo hay que oponer que los hechos que no tienen existencia legal no pueden ser convalidados según manda el artículo 1.310 y su jurisprudencia aclaratoria, sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1947 y 14 de octubre de 1960, y como el recurrente reconoce en el motivo, lo inexistente no puede convalidarse, partiendo el motivo de la validez de la venta y no aceptando tal criterio, por la desestimación del primero, éste hace supuesto de la cuestión y por ello se impone desestimarlo.»

«Considerando, en cuanto al cuarto, con el mismo apoyo, por aplicación indebida de la doctrina que cita, que declarada la inexistencia del contrato por simulación absoluta, no puede tener el poseedor título alguno que lo garantice, para que no se pueda pedir la traída de los bienes a la partición, pues si el título no existe, no puede alegar la condición de poseedor a título singular, toda vez que la petición de que los bienes vengan a la herencia no se hace como única, sino como resultado de la inexistencia del contrato en virtud del cual tiene las fincas y que se declara nulo, por lo que ha de estimarse que los bienes no salieron de la herencia y han de formar parte de ella; esta declaración de la Sala se ha de estimar correcta, pues las fincas no se poseyeron con título alguno, por lo que se desestima el motivo, así como el quinto, con igual amparo, por falta de aplicación del artículo 1.079 y doctrina que cita, toda vez que el distingo entre partición de herencia y adición a la herencia no tiene eficacia suficiente a variar el término de la prescripción, pues tendentes las dos acciones a la consecución del mismo fin, máxime cuando la partición no sirvió para convalidar la venta anterior, y si esta acción era imprescriptible, tal condición habrán de tener las acciones de ella derivadas y que no podían ser ejercitadas más que con la previa declaración de nulidad radical de aquella venta, pues cuando la acción se funda en la nulidad de un acto u obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad.»

«Considerando, en cuanto al sexto, con igual amparo que los anteriores, por violación del artículo 4, segundo, del Código, en que se alega la renuncia, que estima hecha en la partición de 1942, que a más de los argumentos que da la sentencia para no estimar dicha renuncia, no puede menos de tenerse en cuenta que este problema reproduce lo del principio de los actos propios, ya desestimado, pues según reiterada doctrina, manifestada, entre otras, en la sentencia de 12 de abril de 1944, la teoría de los actos propios no obliga al heredero forzoso a respetar las enajenaciones simuladas hechas por el causante en perjuicio de la legítima, lo que hace obligada la desestimación del motivo...»

«Considerando, por cuanto hace al segundo recurso, el formalizado por el actor, don Pedro S. Cost, con un solo motivo, amparado en el número

primero del artículo 1.692 de la Ley, por violación de los artículos 1.101, 1.106 y 1.902 del Código civil y la doctrina que cita como infringida, y en el que postula que la tasación de los bienes vendidos ha de hacerse con efecto al día de la firmeza de la sentencia o, al menos, de la interposición de la demanda, y no a la fecha del fallecimiento del vendedor, que fue cuando entró en posesión de ellos la demandada, como fija la sentencia en su considerando séptimo, que este motivo a más de englobar materias distintas, las relativas a la culpa contractual y extracontractual y las referentes al trámite de ejecución, artículos 919 y 926 de la Ley, que sólo tienen aplicación a tales efectos, lo que hace confuso, con infracción del párrafo segundo del artículo 1.720, que por defecto formal le hace inviable en este trámite, el criterio de la sentencia es correcto, pues si la venta se ha declarado inexistente, desde que tomó los bienes es desde cuando surge la obligación de indemnizar, que es el momento de la producción del daño, pues en virtud de la apariencia del contrato pasaron a poder de la demandada, artículo 1.100, apartado segundo, lo que obliga a la desestimación del motivo, y con ella la del recurso.»

III. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO. PRUEBA DE DOCUMENTOS REDACTADOS EN IDIOMA RUMANO (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Doña Constanta (nacida en Médici) deduce demanda de tercería de dominio contra don Evaristo y don Angel y también contra su esposo don Alejandro, pues por deudas de este último aquéllos habían embargado como ganancial un piso que la actora estima privativo de ella por haberse celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes, conforme al Derecho rumano.

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Madrid desestima la demanda.

Apelada la anterior resolución por doña Constanta, entregados los autos a la misma, promovió determinada prueba documental en idioma rumano, que fue admitida y declarada pertinente; pero la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la del Juzgado, no dando ningún valor a la citada prueba, por no reunir el requisito de la traducción y legalización.

Don Alejandro (esposo de la demandante) interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, dado que la prueba documental fue admitida en principio, y luego, sorprendentemente, se deniega, colocando a quien la propuso en total indefensión.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los siguientes «considerandos»:

«Considerando (tercero) que el primer problema que se plantea al Tribunal en el presente recurso es el relativo a la falta de legitimación de la parte recurrente, que no podía interponerlo por las causas siguientes: primera, porque el aludido recurrente no puede reputar lesiva a sus intereses una resolución que estima como patrimonio de la sociedad legal de gananciales de que él forma parte una vivienda que la demandante pretende se declare pertenecer al patrimonio exclusivo de dicha demandante; segunda, porque la ley configura los recursos como medio de impugnar supuestos agravios a quien los haya sufrido, y en el caso de autos, de

haber existido, sólo afectaría a la demandante tercerista; tercera, porque el ahora recurrente, al haberse aquietado con la sentencia del Juzgado, ha perdido el derecho a impugnarla, aun en el supuesto de que lo hubiese tenido; cuarto, porque la base de su recurso estriba en sostener que, a su juicio, la Sala debiera haber acordado de oficio la práctica de una diligencia complementaria de una prueba, cuyo complemento, además, no había solicitado la parte a quien podía afectarle.»

«Considerando (cuarto) que por sí ello no fuera bastante, para la desestimación del recurso ésta vendría impuesta, además, por las siguientes razones: primera, porque aparece deficientemente formulado, ya que en él se invocan, conjuntamente, dos motivos de casación totalmente distintos, que requieren argumentaciones también diferentes; segunda, porque lo que en realidad se impugna es que el Tribunal de Apelación no hubiese hecho uso de la facultad que le otorga el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es meramente potestativo y, por tanto, no revisable en casación; tercera, porque esa facultad, a que alude la parte recurrente, se refiere solamente a que pueda traer a los autos cualquier documento que se crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; cuarta, que los artículos 600 y 601 de la mencionada Ley prevén el supuesto de presentación de documentos en idioma no nacional y determinan los requisitos que han de complementarlos para que puedan tener eficacia probatoria.»

«Considerando (quinto) que a mayor abundamiento, aunque el recurso hubiera sido interpuesto por la propia demandante-apelante y estuviese adornado de todos los requisitos formales que determina la ley, tampoco podría prosperar, porque la Sala de Apelación no ha cometido ninguna de las faltas procesales que se le imputan, ya que: a) no denegó el recibimiento a prueba en Segunda Instancia solicitada—que es el supuesto que prevé el número tercero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil invocado—, sino todo lo contrario, accedió a tal recibimiento por su auto de 18 de diciembre de 1971; b) tampoco denegó la práctica de ninguna diligencia de prueba admisible—que es el supuesto previsto en el número quinto del referido artículo—, sino todo lo contrario, lo practicó tal como se había propuesto y admitido, acordando la unión a los autos de los documentos presentados con tal fin; c) no hubo falta de citación de la parte actora para alguna diligencia de prueba, que es el vicio que sanciona el número cuarto del mencionado artículo, tan impertinentemente invocado por el recurrente.»

«Considerando (sexto) que, en último término, lo que el recurrente imputa a la Sala de Apelación es no haber otorgado eficacia probatoria a unos documentos que no estaban complementados con las diligencias precisas para que tuvieran valor en juicio y, además, el no haber acordado de oficio la práctica de tales diligencias; pero al razonar de ese modo olvida: primero, que una cosa es declarar la pertinencia de una determinada prueba—para que se lleve a cabo su práctica—y otra muy distinta hacer la valoración probatoria de la misma en el acto de juzgar, es decir, confunde el recurrente la pertinencia de una prueba con su eficacia; segundo, que los documentos otorgados en otras naciones, para que tengan valor en España es preciso que estén complementados con determinadas diligencias, y tercero, que la práctica de diligencias para mejor proveer es completamente facultativa en el Tribunal de Instancia y que, por tanto, contra el ejercicio o no ejercicio de tal facultad, no cabe recurso alguno —artículo 340, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

DERECHO DE RETENCION. EJECUCION DE SENTENCIA. AUTOS DICTADOS POR LAS AUDIENCIAS: IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—En trámites de ejecución de la sentencia de 12 de noviembre de 1970 (10), el que fue vencido en aquel pleito de doble inmatriculación promueve incidente para que se declare su derecho de retención del chalet construido sobre la finca de propiedad de los ejecutantes según aquella sentencia, basando su derecho de retención en tratarse de construcción de buena fe en terreno que fue declarado propiedad de otra persona en el repetido pleito de doble inmatriculación e interesando todas las consecuencias inherentes a ese derecho de retención mientras no se le pague el valor del chalet.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona dictó auto no dando lugar al derecho de retención, sin perjuicio de las acciones personales que pudieran asistir al ejecutado. Este auto fue confirmado por otro de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El interesado interpone recurso de casación alegando infracción del artículo 361 del Código civil, en relación con el 453 del mismo Cuerpo legal.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso sin entrar en el fondo:

«Considerando (segundo) que, conforme previene el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no habrá recurso de casación contra los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para ejecución de sentencia, a no ser que resuelvan puntos sustancialmente no controvertidos en el pleito o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, y es patente que el incidente promovido en dichos trámites de ejecución por la parte recurrente versa sobre una cuestión que no ha sido debatida en el pleito, la del derecho que pudiera asistir al demandante por haber edificado de buena fe en solar ajeno, con las consecuencias sobre indemnización, en su caso, y el derecho de retención, materia que no fue ni podía ser, por tanto, objeto de la sentencia dictada en aquel proceso, y el recurso no se ampara en ninguno de los dos únicos supuestos que establece el ya citado artículo 1.695 de la Ley Procesal Civil, sino que se dirige a impugnar la resolución de Instancia en cuanto no accedió a lo pedido en tal incidente, que constituía, en esencia, un pleito diferente del ya fallado, que es el que en estos trámites se ejecuta, razón por la cual, sin perjuicio del criterio que merezca a esta Sala la admisión a trámite del referido incidente, debe declararse que el recurso carece de viabilidad y deben ser desestimados los motivos en él articulados, declarando no haber lugar al mismo, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

ACCESION DE MALA FE DEL QUE EDIFICA Y DEL DUEÑO DEL TERRENO. EL ARTICULO 364 DEL CODIGO CIVIL SOLO ES APLICABLE A EFECTOS DE LA ACCESION, NO DE LA USUCAPION (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—«Viviendas de Vizcaya...» deduce demanda contra don José Goicoechea y otros, alegando ser dueño de unas fincas por compra en escritura, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, suplicando se dicte sentencia declarando la adquisición por dicho título, la eficacia y va-

(10) Esta sentencia resulta conocida a los lectores de la Revista (Véase el resumen de la misma en el núm. 490, pág. 628.)

lidez de las inscripciones registrales y, en definitiva, el dominio de la entidad actora, declarando carente de todo valor la escritura de donación que alegan los demandados. También solicita se declare que la entidad actora, como propietaria de las fincas debatidas, tiene derecho a hacer suyas las obras realizadas por los demandados en las mismas, previo pago de la indemnización correspondiente.

Los demandados contestan oponiéndose a la demanda, alegando falta de legitimación activa y la eficacia de una escritura de donación a su favor, así como la ocupación y disfrute de las fincas en la creencia de ser propietarios de ellas.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada por lo siguiente:

«Considerando que los tres motivos del recurso, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, acusan, el primero, interpretación errónea del 364 y aplicación indebida del 1.957 del Código; el segundo, aplicación indebida de los 364, 361 y 1.957, y el tercero, formulado *ad cautelam*, interpretación errónea de los 1.950, 433, 364, 1.940 y 1.957; en realidad, todos reconociendo y aceptando las declaraciones de la sentencia, de que actora y demandados procedieron de mala fe y que, por consecuencia de ello, los declarados dueños harán suyo lo edificado, indemnizando su valor como si hubieran procedido de buena fe; todo el problema que el recurso plantea es el sentido que ha de darse al artículo 364, si la expresión ‘los derechos de uno y otro serán los mismos que si hubieran procedido ambos de buena fe’ tiene sólo aplicación a la situación a que el artículo se refiere, accesión, o si esa buena fe a que se refiere lo es a todos los efectos del Código civil.»

«Considerando que la lectura del artículo, al decir ‘cuando hubiese habido mala fe no sólo por parte del que edifica, sino también por parte del dueño’, lleva al convencimiento de que la mala fe recíproca es la determinante de la solución que da el artículo, y que el precepto establece un criterio de compensación, por estimar que la mala fe del uno neutraliza, en justa reciprocidad, la del otro para siempre, quedando patentemente fijado que lo que hay es mala fe recíproca, y siendo así ésta se neutraliza a los solos efectos de la accesión, pero no la sana de su carácter y la convierte en buena fe a los demás efectos fijados a la misma por el Código, pues que subsiste como mala fe y le son aplicables todas las consecuencias a ella pertinentes, por lo que hay que estimar que la sentencia interpretó debidamente los preceptos que se acusan de infringidos, lo que hace obligada la desestimación del recurso, con costas, por preceptivas, y pérdida del depósito.»

COMENTARIO.—Plenamente acertada la interpretación que la presente sentencia hace del artículo 364 del Código civil frente al criterio del recurrente.

Este último pretende relacionar el concepto de buena fe en materia de accesión con el concepto de la misma en materia de usucapión, interpretando que si el artículo 364 del Código considera al dueño del terreno y al constructor que han actuado de mala fe como lo hubieran hecho de buena fe, esta conversión debe producir todos los efectos que el ordenamiento asigna a la buena fe, entre ellos, los relativos a la usucapión de buena fe, y no sólo los comprendidos en el ámbito restringido de los artículos 453 y 454 del Código, «pues ello sería contrario al Derecho y a sus principios: donde la ley no distingue no cabe distinguir».

Nos parece absurda esta interpretación y el Tribunal Supremo la rechaza declarando que se produce simplemente una «compensación» de la mala fe de ambos, pero sólo a los efectos de la accesión.

La interpretación de la presente sentencia queda confirmada por los diferentes sentidos que en nuestro Derecho tiene el concepto de buena fe, como ha puesto de relieve JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS en su libro *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español* (edición 1965). En el campo de los derechos reales, el legislador da un concepto de buena fe al tratar de la posesión, reputando «poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide» (art. 433). Este concepto puede aplicarse, en principio, en materia de accesión, aun reconociendo que pueden producirse especialidades, debido a que puede darse el caso de que el constructor sepa que el suelo es ajeno y, sin embargo, a efectos de accesión proceda de buena fe, en el sentido de creer que ha construido conforme a lo pactado (11). No obstante, en materia de usucapión, sin perjuicio de reconocer la relación entre los artículos 433 y 1.950 del Código, la buena fe tiene un significado más rígido, como dice DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, pág. 250), no sólo porque aquí estamos en presencia de una posesión en concepto de dueño, sino, además, porque «la buena fe hay que ponerla en relación con los otros dos elementos que exige el artículo 1.940 del Código civil: uno de ellos es el tiempo, y otro el título».

Por tanto, los presupuestos de aplicación varían según se trate de la buena fe en la accesión y en la usucapión, no pudiendo generalizarse la eficacia de la buena fe del artículo 364, pues se trata de un artículo de la regulación de la accesión, en el que para nada se alude a los requisitos y efectos de la buena fe en materia de usucapión, por lo que, en definitiva, lo procedente, conforme a la presente sentencia, es aplicar simplemente los efectos de la buena fe en materia de accesión y, concretamente, el artículo 361, en relación con los 453 y 454 del Código civil.

ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DE LA POSESION DEL DETENTADOR (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Doña Mercedes Costa Padrós, debidamente representada, deduce demanda sobre acción reivindicatoria contra don Juan G., solicitando la restitución de la finca sita en el paraje denominado «Villdenguli», que el demandado detentaba sin título alguno, así como el resarcimiento de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la restitución de la finca, pero no en cuanto al resarcimiento de daños y perjuicios.

Apelada esta sentencia por el demandado, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el propio demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando (que el) único motivo (del recurso), amparado en el

(11) Véase, por ejemplo, lo que dijimos en el comentario de la sentencia de 29 de abril de 1970 (núm. 484 de esta Revista, pág. 688). El propio DE LOS MOZOS reconoce, al tratar de la buena fe en la accesión, "que se multiplicarán las situaciones en las que la situación de buena fe no se refiere a posesión de buena fe en sentido técnico, sino a otras formas de autorización por el dueño que no constituyan de por sí un poder autónomo sobre la cosa" (*obra citada* en el presente comentario, pág. 249).

número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 348 del Código civil, pues si bien nada opone a que el actor ha acreditado su justo título de dominio y haber sido ésta debidamente identificada, no ha cumplido el tercero de los requisitos esenciales para el éxito de la acción, al no haber acreditado que sea el demandado quien de modo exclusivo detente la finca en cuestión, y para ello entiende que la sentencia recurrida declara que la finca se detentaba por el demandado conjuntamente con un hermano de éste, basándose en la interpretación que efectúa de una parte del primero de los considerandos de la resolución de primer grado, el cual, como los demás, es aceptado en lo esencial por los de la sentencia recurrida; mas en el examen de dicho considerando debe destacarse que, en primer término, y basándose en el reconocimiento del hoy recurrente, admite que éste es el detentador de la finca reivindicada, y tras esta afirmación categórica añade «por su trascendencia ulterior», expresiones en que el motivo que se examina se funda, partiendo para ello de las manifestaciones contenidas en la contestación a la demanda, en los títulos acompañados a ésta y en entender que el actor acepta que la finca controvertida es aprovechada en beneficio de un hotel que pertenece en condominio al demandado y a un hermano de éste, para llegar a hacer determinadas declaraciones sobre la detentación de la finca, que el recurrente esgrime en el motivo; mas debe oponerse al mismo que las expresiones referidas, que han de ser interpretadas en conjunto con las demás de dicho considerando, de hacerlo en el sentido que pretende el recurrente llevarían a la conclusión de encontrarse en contradicción no sólo de las afirmaciones primeramente hechas, sino con la resolución que estimó la demanda y ordenó al demandado poner a disposición del actor la finca cuestionada; en segundo lugar, que las referidas expresiones del considerando se hacen tan sólo «por su trascendencia ulterior», esto es, sin trascendencia en la sentencia que se dicta, sino con finalidad extraña a la misma, y como este recurso se da sólo contra el fallo de la sentencia o contra los considerandos de la misma que le determinen, es patente que tales manifestaciones carecen de dicha naturaleza, indispensable para servir de fundamento al recurso; de otra parte, que la sentencia recurrida acepta los considerandos de la Primera Instancia tan sólo en lo esencial y carece de esencialidad todo aquello que, como queda señalado, no afecta a la resolución dictada, y, por último, que el hecho de que la finca esté siendo usada y aprovechada personalmente por el demandado no supone contradicción con que dicho uso represente un provecho para la explotación de otra finca de la que el detentador sea copropietario con otra persona extraña al pleito, pues es contra quien efectúa los actos de despojo o detentación contra el que justamente se dirige la acción reivindicatoria, razones que conducen a declarar que el demandante ha cumplido el requisito que para el éxito de la misma se considera no acreditado, y no ha incurrido en el vicio que el motivo denuncia, por lo que procede su desestimación, y con ella, la del recurso, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. DESLINDE. NECESIDAD DE EXPRESAR EL CONCEPTO DE LA INFRACCION QUE SE ALEGA EN CASACION (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Don Ernesto, don Raúl y don Antonio, actuando en nombre e interés del Ayuntamiento de Pontevedra, deducen demanda contra los herederos de don Arturo y otros, suplicando se dicte sentencia declarando:

1.º) Que el monte «Sobral de Esculos», descrito en el hecho primero de la demanda, pertenece con carácter comunal al Ayuntamiento de Pontevedra. 2.º) Que dentro del referido monte no existe más propiedad particular que un trozo de 25 áreas descrito en el plano y, subsidiariamente, si hubiese de mermarse alguna superficie de aquél, se determinará en el fallo la cabida y linderos exactos de la superficie que deberá deducirse. 3.º) Que las fincas inscritas en el Registro a nombre de doña María del Carmen Ruibal Carballal no se hallan comprendidas dentro del perímetro del monte «Sobral de Esculos»; subsidiariamente, para el caso de que no proceda la anterior petición, se declare que tales inscripciones son nulas por imprecisión de linderos. 4.º) Que la finca inscrita en el Registro a nombre de don José Ruibal Filgueira y esposa no se acomoda, en cuanto a linderos, a la finca segregada, siendo, además, nulo el acto pretensivo de la misma, debiendo cancelarse por nula la inscripción registrada. 5.º) Que el trozo de monte que corrió don Hernani Luis Rey Fontán en el ángulo noroeste pertenece a dicho monte y a él debe reintegrarse. 6.º) Que la plantación de eucaliptos fue hecha de mala fe, siendo la propiedad de tal plantación del Ayuntamiento de Pontevedra. 7.º) Que las construcciones llevadas a cabo por don José Rivas Maquieira y don José Ruibal Filgueira dentro de dicho monte fueron de mala fe y pertenecen al Ayuntamiento de Pontevedra, y si fuesen hechas de buena fe podrá el Ayuntamiento hacerlas suyas previa indemnización; con expresa imposición de costas.

Los demandados se oponen suplicando sea desestimada la demanda por quedar fuera del expresado monte las fincas inscritas a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Pontevedra dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante, «por no expresarse el concepto en que se estiman infringidos los preceptos aducidos» (los arts. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 359 de la L. E. C.), frente a lo expresamente ordenado en el artículo 1.740 de la Ley Procesal (considerandos primero y segundo), y, además, por lo siguiente:

«Considerando que el tercero de los motivos, sustentado en el número primero del repetido artículo 1.692, denuncia la interpretación errónea del artículo 371 de la Ley de Régimen Local, que por su carácter administrativo y su contenido procesal no puede servir de base a un recurso de casación en el fondo; pero aun cuando así no fuere, siempre resultaría que accionando los demandantes en ejercicio de los derechos del Ayuntamiento de Pontevedra por la subrogación que el precepto invocado le concede ante la inactividad de la Corporación, nunca podrían ostentar mayores derechos que los que a ésta pudieran corresponder, por lo que están vinculados a todos los actos por ella realizados, en este caso, el reconocimiento del derecho de los demandados, como acertadamente se razona por los Juzgadores de Instancia, que obliga a desestimar el motivo.»

«Considerando que, por último, el cuarto motivo, por el mismo cauce procesal que el anterior, alega la inaplicación en la sentencia recurrida de los artículos 384, 385, 386 y 387 del Código civil y de la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita, por entender que se ejercita en el juicio una verdadera acción de deslinde, y al no contener el fallo la determinación de los límites y cabida de las fincas han quedado incumplidos los preceptos aducidos, y habida cuenta de la diversidad de ambos procedimientos, con trámites diferentes y hasta con intervención de personas distintas por afectar a los propietarios de las fincas colindantes, no puede

ofrecer duda la improcedencia del motivo, máxime que en todo caso, y ventilándose una acción declarativa del dominio, requeriría la concurrencia de los tres requisitos que la tradicional y constante jurisprudencia exige para que prospere la acción reivindicatoria, aplicable a la acción declarativa (12), por lo que negada por la resolución impugnada el requisito de la identificación de la finca y no combatida tal declaración por el único cauce adecuado para ello, como cuestión de hecho, el del número séptimo del artículo 1692, nunca podría prosperar el motivo y decae el recurso en su totalidad.»

SERVIDUMBRE DE PASTOS: REGULACION POR LA LEGISLACION ANTERIOR AL CODIGO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—La Junta Vecinal de Robledo de Babia dedujo demanda contra la Junta Vecinal de Torre de Babia y contra el Estado, suplicando se dicte sentencia declarando el derecho que asiste a la actora respecto al aprovechamiento de pastos en régimen de mancomunidad (13) con la Torre de Babia sobre un paraje de 90 hectáreas aproximadamente del Monte 145 del Catálogo, sin distinción de ganados ni de épocas, acordando la inscripción de tal aprovechamiento en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

Los demandados se oponen negando la existencia de tal derecho de aprovechamiento a favor de la actora y formulan reconvencción solicitando la nulidad o rectificación de la inscripción del Registro de la Propiedad del Monte 221 del Catálogo, con objeto de que quede descrito de modo que se sitúe fuera del perímetro del Monte 145, cuya propiedad pertenece a la Junta Vecinal demandada.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León dictó sentencia desestimando la reconvencción y estimando la demanda, al declarar que la actora tiene derecho preferente al aprovechamiento en régimen de mancomunidad con la Torre de Babia sobre un paraje de 90 hectáreas aproximadamente, ordenando su inscripción en el Catálogo.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la del Juzgado en cuanto estimó la demanda, pero revocándola en cuanto a la reconvencción, pues estima también ésta, ordenando la rectificación de la inscripción de la finca propiedad de la actora en el Registro de la Propiedad, para que quede descrita fuera del perímetro de la finca de la Entidad demandada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la Junta Vecinal demandada, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción, por no aplicación, del artículo 601 del Código civil y de los artículos que cita la Ley de Montes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso porque «la declaración de la existencia de la servidumbre de pastos, según la sentencia apelada, no surge, como razona el recurrente, de una escritura

(12) En realidad, para el ejercicio de la acción declarativa bastan dos de los tres requisitos de la reivindicatoria, pues según constante jurisprudencia no es necesaria la detentación o posesión de la finca por el demandado. Véase, por todas, la sentencia de 22 de junio de 1972 (número 499 de esta Revista, pág. 1531).

(13) Sobre la distinción entre comunidad y servidumbre de pastos, véase lo que dijimos al comentar el supuesto de hecho de la sentencia de 28 de enero de 1970 (en esta Revista, número 480, pág. 1268). En el presente caso se trata de una servidumbre de pastos, tal como declaró la sentencia de instancia, pero tal servidumbre no excluye el disfrute de los pastos por la entidad propietaria de la finca. Esta compatibilidad puede disculpar que se hable de "mancomunidad", aunque lo es "impropiamente", pues se trata de derechos de distinta clase (servidumbre y propiedad), y tal diversidad excluye el concepto de "comunidad".

constitutiva de un título, sino de la apreciación de la prueba en su conjunto, de la que se desprende una prescripción adquisitiva», y ninguno de los documentos indicados acredita por sí y sin necesidad de interpretación la equivocación evidente del Juzgador» (considerando primero), y porque «tampoco puede prosperar el tercer motivo, que a través del número primero del artículo 1.692 denuncia violación del artículo 601 del Código civil y diversos preceptos de la Ley y Reglamento de Montes y de la Ley de Régimen Local, porque la sentencia establece el hecho, no combatido, de que la servidumbre de pastos surgió y tuvo existencia con mucha anterioridad a la promulgación del Código civil, por lo que el mismo no le es aplicable, en virtud de su disposición transitoria primera» (considerando segundo).

ACCION REIVINDICATORIA: LA PRUEBA DEL DOMINIO: NO SE ACREDITA DADO EL CAMBIO REGISTRAL DE LINDEROS Y DE SUPERFICIE (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—«Rústicas, S. A.», adquirió unas fincas por compra procediendo a agruparlas, y posteriormente realizó algunas segregaciones haciendo constar excesos de cabida en el Registro de la Propiedad y actualizando la descripción de linderos. En vista de las inscripciones practicadas, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por doña Purificación T. G. y por don Eduardo Gallego L. de unas fincas, que la citada Sociedad considera que son en realidad partes de las fincas inscritas a su nombre, y después de haber seguido expediente judicial de constancia registral de doble inmatriculación, deduce demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra dichos interesados en ejercicio de la acción reivindicatoria. Estos se oponen alegando que la Sociedad demandante ha realizado sucesivas declaraciones de excesos de cabida y agrupación de fincas que no eran colindantes, con lo que ha invadido la propiedad de los mismos, por lo que deben cancelarse en dicho aspecto las inscripciones de la parte demandante.

El Juzgado de Primera Instancia de Gandía desestima la demanda y también la reconvencción formulada por doña Purificación, pero estima la reconvencción de don Eduardo G. L. por quedar justificada la doble inmatriculación.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirma la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte demandante (14), el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que conocida por la reiterada jurisprudencia que esta Sala tiene establecido: a) que son requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria que el demandante justifique cumplidamente la propiedad de los bienes que reclama, la identificación de los mismos y su posesión o detentación por parte del demandado, habiendo, asimismo, puntualizado que no basta con identificar la cosa que se pide, sino que es necesario, además, que se acredite, de modo que no deje lugar a duda alguna, que el predio reclamado es precisamente el mismo a que se refieren los documentos, títulos y demás pruebas en que el actor funde su pretensión; b) que para la procedencia de la acción reivindicatoria es preciso que concurren todos y cada uno de los requisitos indicados, bastando

(14) También interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, que el Tribunal Supremo declara no haber lugar en sentencia de 24 de mayo de 1973

la falta de cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad de comparar las respectivas situaciones jurídicas del actor y demandado; c) y, finalmente, que la concurrencia o no de tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia, la cual declaración sólo puede ser impugnada al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C....»

«Considerando que, en definitiva, lo que la sentencia combatida proclama es que la actora no ha probado debidamente el dominio de las dos fincas que reclama, y esa declaración es la que se ataca en los dos primeros motivos del recurso, amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C., que denuncian, respectivamente, error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, con violación en aquél de los artículos 1.216, 1.217, 1.218 y 1.220 del Código civil, y en el tercero, fundado en el número primero, por violación del artículo 1.253 del mismo Cuerpo legal, ninguno de los cuales puede ser acogido: en cuanto a los dos primeros, porque las escrituras públicas que en los mismos se invocan han sido tenidas en cuenta para emitir su fallo por el Juzgador, quien no ha desconocido su eficacia probatoria respecto a terceros, como lo son los demandados; en realidad, lo que intenta la recurrente es suplantar a aquél en la misión que le corresponde apreciar el material probatorio aportado a los autos, pretendiendo que su propia valoración de la prueba prevalezca sobre la del Tribunal de Instancia, y en cuanto al tercer motivo, en primer término, porque la conclusión a que llega la sentencia recurrida de no haber probado debidamente la entidad demandante el dominio de las fincas que reivindica, no la obtiene por vía de presunción, y en segundo lugar, porque aunque otra cosa se entendiera, siempre resultará que la resolución combatida no opera con la posibilidad de que a nombre de Angel Gasque pudiera haber otras fincas, como sostiene la entidad recurrente, sin que afirme que don Angel Gasque, padre del transmitente al señor Escrivá de la finca pequeña de 40 hanegadas, era propietario de varias fincas, e igualmente reputa acreditado, entre otros hechos, que dicha finca de 40 hanegadas, en todo su tracto sucesivo, nunca ha tenido colindancia con los diferentes titulares que han sido de la finca mayor 'Dehesa, Pantanos y Venta de Borja', ni ha figurado lindando con la 'Zona del Cuartel de Carabineros', así como que a la nueva finca resultante de la agrupación se le atribuye, sin la debida justificación, un aumento de cabida de 381 hanegadas con respecto a la superficie de las dos fincas agrupadas, y que el lindero 'Zona del Cuartel de Carabineros' aparece súbitamente en el historial de las fincas que contribuyeron a la agrupación efectuada, sin que se justifique adecuadamente su inclusión, y es lo cierto que la recurrente ni siquiera intenta acreditar que entre los hechos demostrados y el deducido no existe el enlace preciso y directo que la ley exige.»

ACCION REIVINDICATORIA: NO SE PRUEBA EL DOMINIO NI LA IDENTIDAD DE LA FINCA (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Don Buenaventura C. P. formuló demanda contra la Administración del Estado sobre reivindicación de finca, exponiendo que es dueño de una finca de 2.562 metros cuadrados y 25 centiáreas, adquirida el 15 de septiembre de 1967 por compra a la «Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, S. A.», siendo tal superficie la real de la finca, aunque no figura en el Registro de la Propiedad por existir un error de cabida, pues en la escritura de segregación y compraventa se expresó que medía 536 metros cuadrados, cuando lo realmente comprado fueron 2.862 metros cuadrados y 25 centiáreas, según se desprende del plano unido a la escritura

matriz, habiendo edificado sobre la citada parcela un chalet con garaje. A pesar de todo ello, el 2 de diciembre de 1967, el teniente coronel primer jefe de la Comandancia de la Guardia Civil expidió certificación de esa misma parcela a efectos de obtener su inmatriculación en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, resultado que obtuvo. Por lo expuesto, el demandante suplicaba se dictara sentencia declarando ser de su propiedad la parcela, ordenándose la cancelación de la inscripción practicada a favor del Estado y declarando que éste no tiene otro derecho que el resultante de haberse edificado sobre parte de dicha parcela el Cuartel de la Guardia Civil (destino que el demandante respeta dada la profesión que tiene, según su propia expresión), pero en terreno ajeno a la pertenencia del Estado.

El Abogado del Estado contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Málaga desestimó la demanda, siendo esta sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que siendo el pronunciamiento absolutorio que contiene la sentencia recurrida lógica derivación y consecuencia necesaria de las conclusiones que establece de no haberse acreditado por el actor, por una parte, el derecho de propiedad que cree ostentar sobre la finca en la que apoya su acción reivindicatoria, y de otra, la falta de justificación de que el mencionado terreno que el recurrente trata de reivindicar sea la misma finca que como de su exclusiva pertenencia en el título aportado para apoyar su derecho, por lo que es obvio que no puede prevalecer el primer motivo del recurso, fundado en el supuesto contrario al que establece la sentencia que se impugna—falta de identidad de la misma—, en tanto no se demuestre que al estimarlo como lo hizo el Tribunal sentenciador incurriera en error de hecho, por lo que teniendo en cuenta que ello pretende resolverlo el recurrente por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el único designio de crear unos hechos que pudieran encajar en la infracción que denuncia el artículo 348 del Código civil, resulta absolutamente inadecuado y falto de base para llegar a tener por viable este primer motivo, y como el segundo resulta totalmente intrascendente, desde el momento que está sustentado en la falta del título de dominio de la Administración, sin tener en cuenta la constante y reiterada doctrina jurisprudencial, en el sentido de que basta al demandado oponer la simple tenencia, que el Juzgador debe amparar para ser absuelto, si el actor no llena todas las exigencias de la acción real ejercida, y que, como ya han sido expuestas anteriormente, son la de prueba de dominio de la cosa que trata de reivindicar y la identidad de la misma; como ello no lo ha conseguido el recurrente y, además, no hay por qué entrar en los requisitos de una usucapión no pretendida en este pleito, el motivo que se analiza ha de perecer y, como consecuencia de todo lo razonado, se impone la desestimación del recurso, en el que ha de observarse el contenido del artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.»

ACCION REIVINDICATORIA: CUESTION NUEVA EN CASACION (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—La «Hermandad del S. C. de la Vera Cruz» formuló demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra don Leoncio sobre acción reivindicatoria, exponiendo que era dueña de una finca inscrita en

el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo en virtud de información posesoria, pero al ser destruido en la guerra civil practicó la reinscripción en el nuevo distrito, correspondiente al Registro de Madrid número 7 (hoy núm. 12), y que el demandado estaba construyendo en dicha finca creyendo que era la que había comprado a otra señora en escritura pública también inscrita, suplicando se dicte sentencia declarando que tal finca es de propiedad de la demandante y condenando al demandado a restituir la misma e indemnizar daños y perjuicios, y en el supuesto de que invocara el demandado algún título, que se ordene su nulidad y la cancelación de la inscripción en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia número 25 de los de Madrid estima parcialmente la demanda, declarando que la finca en cuestión es de propiedad de la entidad actora, y condena al demandado a restituirla, absolviéndole de los demás pedimentos de la demanda.

La Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirma totalmente la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación alegando error de hecho en la apreciación de la prueba, por no acreditar tener inscrita la finca desde el año 1939 hasta el 22 de julio de 1970 y por haber perdido ya el dominio de la misma por prescripción cuando ejercitó la acción reivindicatoria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, por no ser documentos auténticos los alegados, que, además, lo que demuestran es el dominio a favor de la actora, y por ser la prescripción una cuestión nueva, que va contra las pruebas de Instancia acreditativas de la posesión de la finca por parte de la actora.

LUCES Y VISTAS: ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—El presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio formula demanda sobre acción negatoria de luces y vistas contra dos personas que habían construido un edificio que sobrepasaba en 12 ó 15 metros al edificio de la Comunidad accionante, habiendo abierto ventanas sobre el mismo a menos de dos metros de distancia. Suplica se dicte sentencia declarando que el edificio de la Comunidad está libre de servidumbre de luces y vistas y condenando a los demandados a clausurar las ventanas.

Los demandados contestan alegando que en la escritura en la que vendieron el edificio a la Comunidad demandante se habían reservado el derecho de vuelo del mismo, así como el derecho de luces y vistas sobre el patio, formulando reconvencción para que declarara que tal cláusula de reserva de derechos obliga a la Comunidad demandante y por ello deben consentirse dichos huecos y ventanas.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de La Coruña dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca parcialmente la del Juzgado en cuanto a la reconvencción, y estimando la demanda declaró la inexistencia de servidumbre de luces y vistas sobre la casa de la parte demandante; pero estimó la reconvencción, declarando que la cláusula de reserva de derechos de vuelo y luces y vistas obliga al presidente que acciona, como tal y como propietario de un piso, y que debe consentir los huecos abiertos sobre la casa.

La parte actora interpone recurso de casación considerando incongruente y contradictorio el fallo, por declarar la inexistencia de servidum-

bre de luces y vistas y, al mismo tiempo, mantener los huecos y por interpretar erróneamente el artículo 582 del Código civil, en relación con el 583, al entender que la distancia entre los huecos abiertos en pared contigua a un edificio, en caso de existir diferencia de altura entre los mismos, hay que medirla poniendo en relación el hueco de que se trate y la parte más elevada del edificio de menor altura.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso.

«Considerando que el primero de los motivos del recurso, amparado en el ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia como vicio de la sentencia impugnada no ser congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos de demanda, contestación y reconvención, y por ello infringe por violación el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; mas examinados los términos de los suplicos de los aducidos escritos, es patente que la resolución de Instancia se ajusta exactamente a ellos, declarando haber lugar, en parte, a los mismos, sin que, cual proclama la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en sentencias de 23 de junio de 1919 y 18 de marzo de 1932, sea factible basar la infracción aquí denunciada en los razonamientos alegados por las partes, ya por el Tribunal sentenciador para fundar el fallo, y debe por todo ello ser desestimado el motivo que se examina.»

«Considerando que el tercero de los motivos, seguido por la vía del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se basa en que el fallo de la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias, en cuanto, de una parte, comienza declarando que la finca no está gravada ni debe servidumbre de clase alguna en favor de la casa que los accionados han levantado sobre el solar, y declarar más tarde que el propio demandante está obligado a consentir en su estado actual los huecos que para luces y vistas abrieron en uso de su derecho en favor de la misma casa, e independientemente de que no puede existir contradicción al declarar la inexistencia de servidumbre y el hecho de que en la pared de la casa levantada en el solar contiguo se abran huecos y ventanas en uso de su derecho, al guardar las distancias que al efecto previene el artículo 582 del Código civil, carecería en todo caso de viabilidad el motivo al no denunciar la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requisito que tanto para el motivo fundado en el número que se ampara, cuanto respecto a los dos anteriores, exige la reiterada doctrina de esta Sala, razones por las cuales ha de perecer el motivo referido.»

«Considerando que el segundo de los motivos, seguido por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción que estima comete la sentencia al interpretar erróneamente el artículo 582 del Código civil, en relación con la violación del artículo 583 del mismo texto legal; mas el Juzgador no ha efectuado la exégesis del primero de dichos preceptos legales y, por tanto, no ha podido atribuirle un sentido que esté en contradicción con el que rectamente le corresponde, y que al no citar la sentencia recurrida el segundo de los preceptos invocados, no es factible que haya incurrido en su violación en el sentido positivo que se acusa; fundamentalmente es de destacar que la sentencia declara como hecho que los huecos controvertidos se encuentran emplazados a una distancia superior a dos metros de la zona correspondiente a la edificación que actualmente integra la casa cuyo beneficio acciona el demandante, lo que supone, evidentemente, que dicha pared no tiene la naturaleza de medianera, y como tal hecho, esencial para la decisión de la cuestión debatida, no ha sido combatido por el obligado

cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y ha de ser, por tanto, respetado, conduce, por falta de la base indispensable, al perecimiento del referido motivo.»

COMUNIDAD DE CASERIO Y DIVISION DE SUS ELEMENTOS. GASTOS JUDICIALES Y NO DE LA HERENCIA (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Hecha la adjudicación de partes del «Caserío Cabite-Aundi» al fallecimiento de su titular, se plantean una serie de problemas sobre la delimitación de cada parte y sobre el goce exclusivo de las mismas, sin servidumbres de paso ni interferencias en accesos, lavaderos, escaleras, etcétera. Concretamente, don Fermín y otros deducen demanda contra doña María y otro para que se proceda a la declaración de propiedad y goce exclusivo de aquéllos de los elementos de la parte izquierda del edificio, así como que están libres de todo tipo de servidumbres de paso en beneficio de la otra parte y otros extremos relacionados con los elementos del Caserío.

La parte demandada alega la unidad del Caserío respecto a una serie de elementos que no son susceptibles de división (como antepuertas) ni pueden ser excluidos del uso común (lavaderos, escaleras, etc.).

También se plantea un problema de calificación de gastos de los contadores-dirimientes y otros producidos durante la administración de la herencia, pues mientras los demandantes solicitan sean pagados en la proporción correspondiente por los demandados, éstos alegan que son gastos a deducir de la masa hereditaria.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián dictó sentencia estimando la demanda en la mayoría de sus pedimentos; pero fue recurrida por la parte demandada adhiriéndose al recurso los demandantes, y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona modificó en ciertos aspectos la sentencia del Juzgado, reconociendo ciertos derechos en los elementos comunes a los demandados, pero ratificando en lo esencial la sentencia de Primera Instancia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, alegando violación de los artículos 392 y 394 y aplicación indebida del artículo 1.064, todos ellos del Código civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el primer motivo, en que, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación de los artículos 392 y 394 del Código civil, es desestimable no solamente porque parte de la existencia de una proindivisión de un caserío que, como razona la sentencia recurrida en su premisa fáctica, no existe, sino porque el fallo recurrido establece claramente la existencia de un terreno común de antepuerta que será determinado en ejecución de sentencia, y en cuanto a la realidad de pretendidas servidumbres es negada, estableciéndose únicamente en el fallo que en ejecución de sentencia, por la insuficiencia de los elementos probatorios suministrados en los autos, se determinará la necesidad o no de crear las servidumbres legales de paso para salida a camino público.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo y último motivo, en que por el mismo cauce del anterior se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.064 del Código civil y doctrina legal que en el mismo se cita, porque adjudicadas a cada heredero

las correspondientes porciones hereditarias, es evidente que no existiendo ya masa hereditaria corresponde a cada uno de ellos la obligación de pagar la parte de gastos proporcional a su adjudicación, y en cuanto a los causados por el contador dirimente, al declararse por la sentencia no haber sido hechos en interés común de todos los coherederos, hecho no atacado eficazmente por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser abonado por quienes fueran parte en el juicio, y así lo tiene esta Sala declarado en sentencia, entre otras, de 5 de noviembre de 1914.»

PROBLEMA DE PROPIEDAD DE UN HUECO O ESPACIO DE UN EDIFICIO QUE PERTENECE EN SU PLANTA BAJA A UNA PERSONA, Y EN SU PLANTA ALTA A OTRA. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Don Antonio R. C. dedujo demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña María Teresa I. J. y tres más suplicando se dicte sentencia declarando ser de la propiedad exclusiva del demandante y su esposa, como titulares del piso principal y desván de una casa en Orense, un hueco o espacio de 16 metros cuadrados aproximadamente, en el que no tienen ningún derecho los demandados titulares de la planta baja del mismo edificio. Los demandados se oponen alegando ser elemento común del edificio. (Como dato a tener en cuenta hay que hacer constar que en el Registro de la Propiedad figuran inscripciones antiguas de la propiedad de demandante y demandados en las que no se hace indicación alguna del referido hueco o espacio, lo cual se explica por ser muy anteriores a la Ley de 1960 las inscripciones primitivas de cada porción.)

El Juzgado de Primera Instancia de Orense absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en la demanda, declarando, no obstante, de uso común en el inmueble litigioso los elementos enumerados en el artículo 396 del Código civil, todo ello sin hacer expresa condena de costas. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó en todas sus partes la sentencia apelada por el demandante.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, por incongruencia de la sentencia con la demanda y demás pretensiones deducidas en el pleito, al aludir a todos los elementos comunes del artículo 396 del Código civil, cosa que no había sido planteada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara haber lugar al recurso en su primera sentencia por lo siguiente:

«Considerando que de la simple comparación entre los pedimentos consignados en los escritos iniciales del pleito de que estas actuaciones traen causa con la parte dispositiva de la sentencia recurrida, se desprende con toda claridad que ésta no se ha ajustado a las normas de congruencia establecidas por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo referente a la declaración que contiene sobre los elementos comunes del inmueble litigioso, toda vez que limitada la demanda a solicitar el reconocimiento del derecho dominical del actor sobre una porción determinada de la finca y habiendo pedido el otro conteniente se le absolviera de semejante pretensión sin formular reconvencción de ninguna clase, aquella declaración rebasa el problema sometido a su jurisdicción y da lugar a que, en cuanto a la misma, deba estimarse el vicio de incongruencia denunciado en el único motivo de este recurso, manteniéndose en lo restante la sentencia recurrida, sin perjuicio de los derechos que sobre

los elementos comunes puedan ostentar ambos litigantes y que pueden hacer valer en la forma que estimen pertinente.»

En la segunda sentencia, siendo ponente el mismo Magistrado, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado absolviendo a los demandados, pero sin hacer mención alguna de los elementos comunes del artículo 396 del Código civil.

**SERVIDUMBRE DE PASO REAL, NO PERSONAL. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. APORTACIONES DE MERO GOCE O DISFRUTE. REN-
DICION DE CUENTAS (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1973).**

Hechos.—La dehesa conocida con el nombre de «Las Cañadas» o «Cor-tijo de Ovando» se dividió en tres partes, adjudicándose cada una de ellas a los hermanos Francisco, Concepción y Rosario O. C.; no obstante, la explotación de las tres fincas se vino haciendo conjuntamente desde 1950 hasta 1966, como una sola unidad agrícola, y participando los propietarios en la tercera parte de los gastos e ingresos. En dicho año 1966, Rosario toma posesión de su finca y desaparece la unidad de explotación, de la que había sido administrador Francisco.

En tal momento surge el pleito. Los hermanos Francisco y Concepción O. C. deducen demanda contra Rosario y su esposo para que se practique la liquidación pendiente por las mejoras de una bodega construida en la parte de Rosario, así como de las viñas y maquinaria de la misma. También solicitan se declare inexistente una supuesta servidumbre de paso por las fincas de los actores en beneficio de Rosario y, subsidiariamente, que se declare extinguida por innecesaria.

La demandada Rosario contesta a la demanda oponiéndose a la misma alegando que el Administrador no ha rendido cuentas detalladas y que existe servidumbre de paso a favor de ella sobre las fincas de sus hermanos.

Seguidamente se evacuaron los trámites de réplica y dúplica.

El Juzgado de Primera Instancia de Mérida dictó sentencia estimando en lo sustancial la demanda. Apelada la anterior resolución por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres dictó sentencia modificando, en parte, la sentencia del Juzgado, reduciendo la cantidad a pagar por doña Rosario y declarando el derecho de servidumbre de paso a favor de ésta. En lo demás mantuvo la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Ambas partes interponen recurso de casación por los motivos que resultan de los «considerandos» que ahora expon-dremos, y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar a dichos recursos por lo siguiente:

«Considerando que el primer motivo del recurso, formalizado por la representación de las partes demandantes, denuncia la violación del artículo 359 de la Ley Procesal civil, por el hecho de que, según los impugnantes, mientras la parte contraria pide se declare la existencia de una servidumbre personal de paso por predio ajeno, el fallo declara la de un derecho real de servidumbre predial, y no se advierte por aquellos litigantes, que lo que se ha venido discutiendo en este aspecto, en todo el trámite del proceso, no ha sido otra cuestión que la fijada por los propios actores —ahora impugnantes— en su escrito de demanda, consistente en la inexistencia de una servidumbre de paso a favor de la finca de doña Rosario Ovando, y que sea de carga de las fincas de aquéllos, y a ello va dirigido el *petitum* sexto del suplico del escrito inicial; como la petición reconven-cional no lleva en sí otra cosa que la contrapetición del escrito de deman-da, y como la finalidad única de la servidumbre debatida no es otra que la de servir, respecto a la finca demandada, como vía principal de trans-

porte y de entrada y salida a la misma por el «Camino de las Carretas» y del «Cortijo de la Zarza», que cruza la finca, es obvio que lo solicitado no es simplemente una servidumbre personal que subsista mientras la utilice su titular, sino una verdadera servidumbre predial, pues el artículo 531 del Código civil tipifica las servidumbres personales o irregulares que están totalmente ligadas a un titular individualmente determinado y se dirigen a un goce limitado de la cosa no requiriendo predio dominante, de tal modo que la ausencia de esta circunstancia obliga a configurarlas como servidumbres de esta naturaleza, y es evidente que ello no es el caso del presente pleito, pues la que es objeto de controversia en esta litis es la de tipo normal o regular de servidumbre, cuyo contenido lleva en sí el gravamen de un inmueble—predio sirviente—a favor de otro—predio dominante—, es decir, a favor de la persona que en cada momento sea titular de este último predio, y es así como se pide en el suplico del escrito reconvenicional al expresarse que se declare que la demandada, respecto a su finca (predio dominante), tiene perfecto derecho y servidumbre de paso por las fincas de los demandantes (predio sirviente), por todo lo cual, dictada la sentencia recurrida en perfecta adecuación a lo pedido y debatido en el proceso, es claro que ella no ha incurrido en el vicio de incongruencia que se denuncia.»

«Considerando que sobre la base de no haberse hecho declaración alguna, según el criterio de estos recurrentes, respecto a la acción negatoria de la servidumbre de paso controvertida, en el pedimento del escrito de réplica, como consecuencia de la formulada en el de reconvenición por la parte demandada, se monta el motivo tercero, denunciando, asimismo, otra violación del artículo 359 de la Ley Rituaria Civil, que no puede prosperar porque la circunstancia de afirmar en la resolución recurrida la subsistencia de la servidumbre de paso en favor de la finca de doña Rosario lleva en sí implícitamente la denegación de su pretendida extinción, pues toda la fundamentación de la sentencia impugnada respecto a la servidumbre viene configurada por los pedimentos que respecto a la misma se contienen en los escritos fundamentales, de tal modo que declarando la existencia de ella, impide declarar la inexistencia, ya que la solución dada a los pedimentos que originan la primera lleva en sí implícita la denegación de la otra, pues es obvio que no puede declararse al propio tiempo la 'existencia' y la 'inexistencia' de dicho derecho real, y es por ello por lo que no cabe alegar que no quedó resuelta la petición del demandante formulada en su escrito de réplica, y todo ello cuando, a mayor abundamiento, la sentencia recurrida está fundamentada en unos hechos en virtud de los cuales el camino que se discute se estima como servidumbre necesaria para que el aprovechamiento de las fincas tenga lugar, y que esa carretera de Almendralejo a Alange es la principal vía de transporte de la finca, y que como el signo aparente de ella es un título para que continúen si al tiempo de dividirse la propiedad no se expresa lo contrario, como así ocurrió, es lógico que al no constar nada en contra de su persistencia, ella debe prevalecer, y como estos hechos resultan irreversibles por no haberse atacado en la forma procesal adecuada, y no resulta admisible suplantarlos por otros para deducir criterio contrario, es obvio que ni se da la aplicación indebida del artículo 541 ni tampoco la violación del 568, ambos del Código civil; por todo lo cual declinan los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso...»

«Considerando que el primer motivo del recurso, formalizado por la representación de las partes demandadas, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.665 del Código civil sobre la base no sólo de una ausencia de 'finalidad de lucro' en el convenio habido entre los propietarios de las fincas, sino también en la falta de constitución de un 'fondo común' con las aportaciones de los socios, sin tener en cuenta que

la sentencia recurrida interpreta los hechos derivados de la apreciación conjunta de la prueba, en el sentido de que aquel convenio constituyó un contrato de sociedad civil, si bien fuera irregular o de hecho, al existir aportaciones de los socios constituidas por el disfrute de las fincas procedentes de la matriz 'Cortijo de Ovando', integrando dichas aportaciones un patrimonio civil de goce, con la finalidad de obtener un lucro en la explotación agrícola y ganadera de aquéllas, conclusiones éstas que encajan plenamente en la letra y espíritu del artículo 1.665 y del 1.769, párrafo segundo, de aquel Cuerpo legal citado, y como en el caso de este proceso, la intención de los contratantes era la de obtener unos beneficios factibles, que supone sean logrados merced a operaciones hechas en común por el empleo directo del fondo aportado y que, como lógica consecuencia, deban participar de ellos todos los coparticipes, definiéndose la irregularidad de la sociedad por la falta de formalidades en su constitución y desenvolvimiento, ligando por tanto a los socios al pacto válido al amparo de la autonomía de la voluntad conforme a las normas de la contratación, como se desprende de los artículos 1.665 y 1.667 del Código civil.—Sentencias de 7 de octubre de 1961 y 23 de mayo de 1962—se hace indudable, que en todo momento concurrió en el ánimo de sus componentes, no sólo la intención de constituir una sociedad, sino también la de obtener una ganancia en la explotación común de las fincas, y como por otra parte, no es necesario que este fondo se constituya con numerario o bienes determinados, pues lo mismo la Ley civil como la mercantil tolera a los socios pongan en común dinero, bienes o industrias, y como el patrimonio aportado lleva siempre consigo una «comunidad de goce», pues siendo esencial la constitución del fondo común—artículo 1.675—no puede ofrecer duda alguna que también puede formarse con aportaciones en propiedad o con aportaciones en goce,—artículos 1.675, 1.678 y 1.687—e incluso puede constituir un patrimonio indiviso si la sociedad no tiene personalidad y se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes—artículo 1.669, segundo párrafo—, todos ellos del Código civil, y como la sentencia que se recurre se apoya precisamente en unos hechos que no fueron combatidos en forma alguna, y de ellos aplica el Tribunal a que las normas en la que ellos encajan y son del todo correctas, se hace inviable este motivo primero».

«Considerando que los motivos segundo y tercero denuncian bajo ángulos conceptuales distintos la infracción del artículo 1.669 del Código civil, sobre la base, según el recurrente, de que la resolución que se impugna «da a entender» que la sociedad civil tiene una personalidad jurídica distinta e independiente de la de los socios que la componen, y en este aspecto, no se advierte por aquel litigante, que si bien el considerando cuarto hace mención de la sociedad irregular en la operación de rendición de cuentas, no lo es menos que individualiza las personas coparticipes de la explotación agrícola de la que el reconvenido vino desempeñando la función de socio administrador, es decir, que la resolución recurrida estima que ha de ser a los socios a los que correspondería, en su caso, someterles la rendición de cuentas, interpretación esta de lo contenido en el mencionado fundamento de derecho que resulta más ajustada que la empleada por el recurrente en ese supuesto que le sirve de base a los motivos que se analizan, y que resultan inviables.»

«Considerando que estima por la parte recurrente infringido por interpretación errónea el artículo 1.720 del Código civil, y es un hecho cierto que en este aspecto se hace necesario ante todo, partir del pacto mismo que se discute, en el que se establece una sociedad fundamentada exclusivamente para la explotación en común de unas fincas, y ello, con recíprocos derechos y deberes por parte de todos los coparticipes, con derivación inexorable, por tanto, el artículo 1.669 del citado Cuerpo legal—asi

se reconoce en la resolución recurrida en su segundo considerando, al aceptar los argumentos expuestos en el tercero de la sentencia dictada en el primer grado de la instancia—precepto aquél, en el que confirmando la negativa de personalidad jurídica a esta clase de sociedades irregulares, que es en definitiva la característica de la que es objeto este litigio, se señala en el párrafo segundo de dicho artículo, que se regirán por las normas establecidas para éstas en los artículos 392 y siguientes del Código civil, el cual, en su también párrafo segundo preceptúa que dichas normas se aplicarán en defecto de contratos o disposiciones especiales, por lo que, dado que aquí no han existido, serán aquellas las que hayan de tenerse en cuenta como suplencia legal—sentencia de 26 de enero de 1967, entre otras—, y como en el presente caso la administración lo fue de la comunidad de explotación, y no de las fincas entendidas como administraciones individuales y distintas, es obvio que dada la relación societaria existente entre las partes, en ningún caso puede conducirse a los estrechos moldes de la figura del mandatario con respecto al que se dice mandante individual, sino a la más amplia de las normas de los artículos 392 y siguientes, y ello, con respecto al común de la explotación, pues ni solo el demandante nunca ha sido administrador de los bienes de la demanda, sino que en modo alguno puede exigírsele al socio administrador la rendición de las cuentas particulares de cada una de las fincas, cuando la administración abarca al conjunto de ellas como limitadas al aprovechamiento y mejor disfrute y gestión de labores y productos obtenidos, ventas de los mismos, y sobre lo cual ha de fijarse precisamente la liquidación contable, ya que aquí, como se desprende de todo lo actuado, y de lo fijado en la resolución, no se pactaron administraciones particulares, sino la general y amplia propia de una explotación común, por lo que resulta totalmente correcta la argumentación hecha en la sentencia recurrida, en el sentido de la falta de acción en el peticionario, respecto al trámite exigido y en este aspecto, parece el motivo cuarto—titulado tercero también en el escrito de formalización del recurso—, y como consecuencia de todo lo expuesto, se impone la desestimación del mismo, formulado por la representación de las partes demandadas, teniendo en cuenta las accesorias del 1.748 de la Ley Procesal Civil, en cuanto a las costas.»

TERCERIA DE DOMINIO. SIMULACION. PRESTAMO USUARIO. APRECIACION LIBRE DE LA PRUEBA. VALOR PROBATORIO DE ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Don Albino S. D. deduce demanda sobre tercería de dominio contra don Manuel y don Ponciano, basándola en el hecho de haberse embargado por don Manuel una finca que constaba inscrita en el Registro a nombre de don Ponciano en el momento de practicarse la anotación preventiva de embargo, pero que en realidad había sido vendida por éste en escritura anterior al demandante, que inscribió su adquisición en el Registro al día siguiente al de la práctica de la anotación de embargo.

Don Manuel se opone a la demanda de tercería alegando que es nula la escritura de compraventa aportada por el actor por ser simulada o aparente y encubrir un contrato privado entre don Albino y don Ponciano cuya causa—la de dicho contrato privado—era ilícita por contraria a la moral y a las leyes.

El Juzgado de Primera Instancia número tres de los de San Sebastián dictó sentencia estimando la demanda y ordenando alzar el embargo. Pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Terri-

torial de Pamplona, que declaró la nulidad de la escritura pública de compraventa por ser falsa su causa; e ilícita la verdadera contenida en el contrato privado que envuelve un préstamo usurario.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando en cuanto al primer motivo del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley, por violación de los 1.281, 1.282 y 1.284 del Código, que no se trata en el caso de autos de interpretación de los contratos llamados de venta y retroventa, sino de la apreciación en los mismos de la simulación, estimando la Sala, por el resultado conjunto de las pruebas, que se trata de un contrato de préstamo usurario y así lo calificó, lo que ha podido hacer al amparo del artículo segundo de la Ley de 23 de julio de 1908 y no es interpretación, pues los contratos hablan de venta y retroventa, pero la Sala aprecia, con su facultad legal, que se trata de un préstamo por estimar la simulación existente, encubriendo con la venta la verdadera causa del contrato, que fue préstamo con interés abusivo, lo que obliga a la desestimación de este primer motivo del recurso.»

«Considerando en cuanto se refiere al tercero con igual amparo que el anterior, por error de derecho en la apreciación de la prueba, citando como violados los artículos 1.216, 1.218, 1.445, 1.450, 1.507 y 1.609 del Código civil, y las sentencias que cita, que desestimados los dos anteriores, ha de decaer este tercero que trata de imponer el criterio de la existencia de la venta, en contra de la afirmación de la Sala, de que se trata de un préstamo, que por tal no transmitió la propiedad y que el artículo 1.218 no atribuye al documento público valor superior a las demás probanzas, dado el sistema de apreciación libre que inspiran nuestras leyes, pues la fe notarial solo alcanza en materia de contratos, a aseverar lo que los contratantes han declarado ante el Notario, pero no a la veracidad intrínseca de las declaraciones, ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, porque ésta y aquélla escapan a la apreciación notarial y estimada la simulación, para nada valía lo manifestado ante el Notario, sentencias, entre otras, de 13 de febrero de 1598, 14 de mayo de 1960 y 13 de marzo de 1962, todo lo que obliga a la desestimación del motivo y con ella a la del recurso, con costas por ser preceptivas.»

J. M. G. G.

IV. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS. PRUEBA DEL MEJOR DERECHO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1973.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, contra la sentencia de la Sala tercera de lo civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de dicha capital, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que el rigor en la exactitud de las probanzas, consustancial con todo alegato hecho judicialmente, no puede hacer excepción en los pleitos que versan sobre el mejor derecho al uso de un título nobiliario, frente a quien lo ostenta amparado por la situación de apariencia jurídica precedente, porque lo contrario sería atentatorio al mínimo de seguridad y estabilidad que el Derecho requiere en relación con problemas del estado civil y condición de las personas que tanta repercusión y trascendencia tienen en la vida social de los países en que como el nuestro se reconocen y protegen las dignidades nobiliarias; lo cual se agudiza, si cabe cuando como en el presente caso, se siguió con anterioridad otro pleito sobre el mismo título de nobleza resuelto por este Tribunal Supremo con sentencia de 2 de diciembre de 1977, en favor de quien ahora figuró como demandado—recurrente en este trámite—que según la sentencia recurrida, confirmatoria en un todo de la dictada en primer grado, debe ceder ante el nuevo actor y ahora recurrido.

Considerando que el indicado rigor probatorio debe extenderse principalmente en estos casos a la constatación plena e indubitada de todas y cada una de las conexiones en el árbol genealógico del actor, respecto de las personas de que trac causa con mejor y prevalente derecho sucesorio derivado del primer concesionario de la merced, así como al estado civil en todos ellos, apareciendo en el supuesto que se examina y así lo reconocen los juzgadores de instancia que falta la partida de bautismo de la bisabuela paterna de la hoy recurrida—número 32 del expresado árbol presentado por ella misma con su demanda inicial—único medio de poder comprobar su nacimiento y existencia en un momento en que por ser anterior al año 1870 no podía acreditarse con la oportuna certificación del Registro civil, que no puede ser suplido con deducciones obtenidas de otros documentos que—como la partida de matrimonio de los progenitores, el certificado de defunción del padre y la partida matrimonial de la propia interesada den fe directa de los hechos concretos a que se refieren, pero no de otros distintos, según proclamó ya este Tribunal Supremo, especialmente en la sentencia de 16 de junio de 1970.

Considerando que así mismo aparece irregularmente acreditada la inscripción del nacimiento de la actora que ahora aparece como recurrida, en el Registro civil de la Habana (Cuba), pues habiendo nacido el año 1915, no tuvo lugar dicha inscripción hasta 1925, es decir 10 años después, habiéndose efectuado por una declaración simple del presunto padre y de dos testigos, sin observar lo dispuesto en el artículo 45 de la ley entonces vigente del Registro civil, de 17 de junio de 1870 y en el 32 del Reglamento dictado para su aplicación de 13 de diciembre del mismo año, a tener en cuenta ambos, así como las Disposiciones que los complementaron posteriormente, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 10 del Código civil, por tratarse de la sucesión del primer concesionario del título discutido que era español, con independencia de que la parte actora en su día, no justificó tampoco que fuese distinta la legislación cubana en el sentido de permitir aquella anomalía, siendo así que no lo era, pues el artículo 332 del Código civil de Cuba preceptuaba entonces que «continuará rigiendo la Ley de 17 de junio de 1870...» o sea, la propia Ley española que había entrado en vigor cuando aquel país formaba parte de la Corona de España.

Considerando que ambas irregularidades probatorias han sido denunciadas en el recurso, respectivamente en los motivos señalados con los números 4 y 5, donde en los dos por la vía del ordinal séptimo del artículo 692 de la Ley de enjuiciamiento civil, se alega error de derecho en la apreciación de la prueba con violación en uno del 1.218 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que cita y en el otro del párrafo segundo

del artículo 10 del propio Código y del 45 de la Ley de 17 de junio de 1870, así como del 32 del Reglamento de la misma de 13 de diciembre de igual año y de las Disposiciones legales que los complementan especialmente el artículo 3 del Real Decreto de 19 de marzo de 1906; motivos que, consiguientemente deben ser estimados, procediendo, sin necesidad de entrar en el examen de los demás que se formularon, la estimación del recurso en su totalidad casando y anulando la sentencia recurrida con los siguientes pronunciamientos legales, no siendo de apreciar méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas con este recurso.

Y en la segunda sentencia resuelve congruentemente, sobre la misma línea argumental:

Considerando que el rigor probatorio de todo proceso para justificar los alegatos que se exponen ante la Autoridad judicial, se agudice cuando se trata de pleitos en que, como los relativos a los títulos nobiliarios, entra en juego el estado civil y la condición de las personas, sobre todo cuando como sucede en el presente caso se siguió otro precedente que terminó con sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1967 a virtud de la cual fue reconocido el mejor derecho al uso de la dignidad nobiliaria que se debate en favor de quien ahora figura como demandado a quien se lo reclama la actora pretextando que a su vez su derecho es mejor y debe consistir en la acreditación total y completa de las conexiones del reclamante, dentro del árbol genealógico que él mismo presenta, respecto del primitivo concesionario de quien trae causa, apareciendo en el supuesto que se examina que no se puede acreditar indubitadamente el nacimiento y existencia de la bisabuela paterna de la actora al faltar su partida de bautismo, indispensable en aquel entonces en que todavía no se había publicado la Ley del Registro civil de 1870, que no puede ser suplido por medios indirectos o deducciones obtenidas de otros documentos; del mismo que aparece irregularmente constatada la inscripción de nacimiento de la actora, pues habiendo nacido en 1915 no se efectúa la inscripción hasta 1925, es decir 10 años después y se hace con una simple declaración del presunto padre y de dos testigos, sin observar, por tanto, lo dispuesto en el artículo 45 de la ley entonces vigente del Registro civil de 17 de junio de 1870 y en el 32 del Reglamento, de 13 de diciembre del propio año, dictado para su aplicación, que eran de tener en cuenta en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10 del Código civil, al tratarse de la sucesión en el título Marqués del Real Socorro, del primitivo concesionario de la merced, que era español.

Considerando que, no estando acreditado el mejor derecho que se alega por la parte actora, de una forma exacta e indubitada y por razones de estabilidad y seguridad jurídicas, procede, con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, desestimar totalmente la demanda, absolviendo de ella a la parte demandada, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

LA FALTA DE PERSONALIDAD NO ES LA QUE PUEDE RESULTAR DEL DERECHO CON QUE SE LITIGA CON UNA PERSONA, QUE ES FALTA DE ACCION, SINO DE ABSOLUTA O RELATIVA INCAPACIDAD PERSONAL PARA LITIGAR O A LA FALTA DEL CARACTER O REPRESENTACION. TODO LO RELATIVO AL TITULO O CAUSA DE PEDIR, AFECTA AL FONDO DEL ASUNTO, EFICACIA DE LA ACCION, PROPIA DEL RECURSO DE INFRACCION DE LEY. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1972.)

Hechos.—Ante la demanda formulada por el actor, sobre reclamación de cantidad, como indemnización de los daños sufridos por falta de mercancía en la descarga de los buques (que se reseñan) el demandado alega que no actuó como arrendador de los buques sino como agente de los armadores, percibiendo una comisión por su labor de mediación y solicitó se dictara sentencia declarando la incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación pasiva o si se entrase en el fondo del asunto se le absolviese de las pretensiones deducidas por el demandante, con expresa imposición de costas.

Primera instancia.—Se admite la demanda, sin especial imposición de costas.

Apelación.—Confirma la sentencia, sin expresa imposición de costas.

Casación por quebrantamiento de forma.—El único motivo del recurso alega como infringidos los apartados segundo y sexto del artículo 1.693 de la ley, falta de personalidad en el demandado e incompetencia de jurisdicción y por cuanto hace a la primera causa, en que se cita como quebrantado el caso cuarto del 533, se impone tener en cuenta que la falta de personalidad no es la que puede resultar del derecho con que se litiga con una persona, que es falta de acción, sino de absoluta o relativa incapacidad personal para litigar o a la falta del carácter o representación, sentencias—entre otras—de 14 de diciembre de 1935; 15 de diciembre de 1945; 3 de marzo, 22 de mayo y 26 de junio de 1947, porque todo lo relativo al título o causa de pedir afecta al fondo del asunto, eficacia de la acción, propia del recurso de infracción de ley, y como en el caso de autos se trata de resolver si como comisionista que alega ser, está obligado el demandado, la cuestión es el fondo del pleito y no puede ser motivo de casación por quebrantamiento de forma, por lo que se desestima esta causa.

Por cuanto hace a la segunda causa alegada, incompetencia de jurisdicción, caso sexto del artículo 1.693, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo, o no se halle comprendido en el número

sexto del 1.692, habida cuenta de que a partir de la sentencia de 7 de abril de 1943, ratificada—entre otras—por las de 18 de enero de 1945, 24 de abril y 13 de mayo de 1947, se remiten al número sexto del 1.692, los casos de defecto de competencia, por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional, reservando al número sexto del artículo 1.693 únicamente los supuestos de incompetencia territorial y como en el desarrollo del motivo sobre esta causa se alega a más del artículo 1.692, que no puede conocer el juzgado, por cuanto las acciones no son acumulables, es visto que salido el motivo del marco único de la competencia territorial, la materia y cuantía no puede ser objeto de casación en la forma, pues ataca la jurisdicción del juzgador por algo ajeno al territorio, al tratar de que las acciones no pudieran acumularse, con cita de los artículos 154 y 155 de la Ley rrituaria, por lo que hace desestimable también esta causa y con ella el recurso, con sus naturales consecuencias de imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

LA CAUSA SEÑALADA EN EL NUMERO CUARTO DEL ARTICULO 1.796 SE ESTABLECE PARA EL CASO EN QUE LA SENTENCIA FIRME SE HUBIERE GANADO INJUSTAMENTE, EN VIRTUD DE COHECHO, VIOLENCIA U OTRA MAQUINACION FRAUDULENTE, HABIENDO ALEGADO LA JURISPRUDENCIA QUE TALES HECHOS DETERMINANTES DE LA REVISION, HAN DE DEDUCIRSE DE CIRCUNSTANCIAS AJENAS AL PLEITO Y OCURRIDOS FUERA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1972.)

En autos seguidos sobre declaración de servidumbre de luces y vistas y otros extremos se dictó sentencia declarando que «la finca del demandante .. goza de servidumbre de luces y vistas... sobre la finca propia de los demandados, a quienes condeno a estar y pasar por esta declaración, así como a que dejen libres de obstáculos los huecos por los que la servidumbre se practica e imponiéndoles las costas del procedimiento».

En apelación se confirma la sentencia, sin imposición de costas en la segunda instancia.

Al amparo del número cuarto del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento civil se pretende la revisión del fallo que «se ganó por violencia, respecto del título de dominio del recurrente».

El tema tiene otro aspecto y es que la pared divisoria de los predios de los litigantes es de carácter medianero, según declaración de los vendedores aceptada por el recurrente, inscribiéndose con tal carácter en el Registro de la Propiedad y si la pared tiene carácter medianero no podrá hacerse aplicación de la doctrina que recoge el artículo 541 del Código civil, a cuyo amparo y aplicación se ha dado lugar a la demanda, pues la servidumbre de medianería está sometida a régimen distinto (artículos 571 a 579 de dicho Código). Por lo dicho sería contrario a la justicia distributiva que tratándose de una pared medianera se mantuviera el fallo cuya rescisión se postula, haciendo aplicación de un precepto legal dictado para supuestos totalmente distintos de los de medianería. La finalidad de este recurso se circunscribe a que «la revisión de la sentencia se debe producir por la violencia con que fue interpretada la escritura de compra, omitiendo la circunstancia de tratarse de una medianería perteneciente a las dos fincas».

La Sala invoca la sentencia de 10 de junio del mismo año, en la que se da como nota esencial del recurso de revisión el de ser el más extraordinario de todos, como lo prueba el propio artículo 1.796 de la

Ley de Enjuiciamiento civil, al decir que habrá lugar a la «revisión» de una sentencia «firme», en los casos que cita y el artículo 1.251 del Código civil, al establecer que contra la presunción de veracidad de la cosa juzgada sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión; todo lo que lleva a la ley a precisar las causas en que puede fundarse el recurso de revisión y obliga a estudiar en cada caso si las alegaciones que se hacen, caen o no dentro de los requisitos que se exigen para plantear el recurso.

La causa alegada, en el presente recurso, es la señalada con el número cuarto del artículo 1.796, que la establece para la sentencia ganada injustamente, en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación, fraudulenta habiendo dicho la jurisprudencia que tales hechos, determinantes de la revisión, deben deducirse de circunstancias ajenas al pleito y ocurridos fuera del mismo, no de los alegados y discutidos en él.

La doctrina señala la correspondencia entre este artículo y el 442 de la misma Ley, que prescribe la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, debiendo los Jueces y Salas, que hubiesen cedido a la intimidación o fuerza, tan luego como se vean libres de ella, declarar nulo todo lo practicado y promover, al mismo tiempo, la formación de causa contra los culpables; de lo que se deduce que, en la mayoría de los casos, será el propio juzgador quien haga lo posible para que no se llegue al recurso de revisión, pero si el sentenciador calla, la parte que sufra las consecuencias deberá acudir al trámite del juicio extraordinario y promover la formación de causa contra el culpable, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.804 de la Ley procesal, suspendiéndose el procedimiento hasta que la acción penal se resuelva por sentencia firme.

En este caso el motivo de revisión no se infiere de hechos ajenos al pleito y no existe persona responsable del mismo, contra quien dirigir la acción, de ahí que no se acompañe el testimonio de actuaciones criminales, seguidas antes o después de acudir a la revisión, ni este Tribunal puede exigirlo: por no haberse solicitado; por falta de persona, distinta del juzgador, que sea autor del hecho y porque en el juicio de revisión no hay trámite de admisión para poder, *ab initio*, dar por resuelta la cuestión.

Según el Ministerio Fiscal las maquinaciones fraudulentas, del número cuarto del artículo 1.796, han de hacer referencia a un menoscabo de conocimiento del órgano jurisdiccional, que resulta ser así el verdadero sujeto pasivo de la maquinación; por ende, resulta absolutamente inaceptable querer incardinar dicha violencia, como hace el recurrente, en un título dominical presentado en juicio, «ya que, un documento como cualquier otro objeto inanimado, no puede ser coaccionado, engañado ni violentado y el entenderlo de otro modo pone una vez más en evidencia el total desenfoque del recurso».

La declaración contenida, como inscripción del contrato, tiene otro motivo de interpretación, como se deduce del escrito de contestación a la demanda; por ello el Tribunal ha sido libre, para dar, en conciencia, la que estime más adecuada, en uso de su soberanía, pronunciando su sentencia, libre de todo vicio, dé lugar a la revisión de su fallo, por lo que el recurso parece «en los términos más absolutos», con la condena en costas.

LA INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA CULPA O NEGLIGENCIA EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL HA DE SER RECLAMADA ANTE EL JUZGADO DEL LUGAR EN QUE SE CAUSARON, POR SER ALLI DONDE NACIO Y DEBE CUMPLIRSE LA OBLIGACION DE REPARARLOS. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1972.)

Hechos.—La viuda e hijos perjudicados demandan los perjuicios, por la muerte del esposo y padre, cubiertos con el certificado del Seguro Obligatorio, extendido por la entidad demandada aseguradora, y suplican el despacho de ejecución en forma contra los bienes de dicha entidad, en la cantidad especificada.

Se promovió cuestión de competencia por inhibitoria alegando que la entidad demandada tenía su domicilio en el lugar distinto al de la presentación de la demanda, sin existir sumisión expresa o tácita a tal jurisdicción y que la acción que se ejercita tiene unas características *sui generis* y goza de autonomía procesal, ya que no se trata del ejercicio de una acción personal en reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, fundada en los artículos 1.902 del Código civil o en el 11 del Texto Refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sino de la derivada de un título ejecutivo dictado en diligencias o actuaciones penales, conforme al artículo 10 de la Ley Especial citada, es evidente que el referido título ejecutivo se ha desvinculado del proceso penal que concluyó con el sobreseimiento, absolución o rebeldía, antes de dictarse el auto integrador del título por el que se despacha ejecución, siendo entonces competente el Juez del domicilio del demandado, por aplicación de la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil; que en este sentido, de establecer la competencia del Juzgado del domicilio de la entidad demandada, cuando la acción ejecutiva es la derivada del auto que por mandato del artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, siendo de citar las de 19 de junio de 1971 y 4 de julio de 1970.

De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal se dictó auto dando lugar a la inhibitoria propuesta, por considerar que ejercitándose en el procedimiento de acción personal surgida de título ejecutivo establecido por el artículo 10 del Decreto de 21 de marzo de 1968, sobre reclamación de indemnización de daños materiales causados por vehículo de motor, título desconectado por completo de la causa penal en la que surgió, es de aplicación la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil que determina la aplicación del domicilio del demandado como fuero competente, por lo que era procedente el requerimiento de inhibitoria.

Doctrina legal.—Para resolver la presente cuestión de competencia, se ha de tener en cuenta que la reiterada doctrina de esta Sala, viene estableciendo que la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la culpa o negligencia extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, ha de ser reclamada ante el Juzgado del lugar en que se causaron, por ser allí donde nació, y debe cumplirse la obligación de repararlos, salvo que exista sumisión expresa o tácita, o disposición legal que atribuya la competencia a otro Juzgado o Tribunal, criterio jurisprudencial que sigue siendo de aplicación, como se desprende de las sentencias de este Tribunal de 25 de abril y 11 de noviembre de 1972, cuando —como aquí acontece— la acción personal ejercitada es la dimanante del título ejecutivo expedido en virtud de lo prevenido en los artículos 10 y 15 del Texto Refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962, aprobada por Decreto de 21 de marzo de 1968, ya que derivándose los daños y perjuicios reclamados de un hecho ilícito, debe inspirarse la competencia

en el principio *forum delicti comissi*, principio que no necesita ser sancionado expresamente por ningún precepto legal, sin que a ello se opongan las sentencias de esta Sala de 27 de junio y 4 de julio de 1970, ya que fueron dictadas en el supuesto especial de ser demandado el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, ni la de 3 de julio del mismo año, que rechazó el recurso, fundamentalmente, por el defecto procesal de no invocarse precepto legal alguno que le sirva de soporte.

EL RECURSO DE REVISION QUE LA LEY CONCEDE PARA QUE SE RESCINDA Y SE DEJE SIN EFECTO UNA SENTENCIA FIRME ES TAN INDEPENDIENTE DEL PLEITO EN QUE DICHA SENTENCIA SE DICTO QUE PUEDE ESTIMARSE COMO PROCEDIMIENTO NUEVO AL MARGEN DEL ANTERIOR, YA QUE DE EL NO ES DIRECTA DERIVACION NI CONSECUENCIA, NO SIENDO TAMPOCO UNA INSTANCIA CONTINUACION DE OTRAS ANTERIORES, SINO RECURSO O JUICIO AISLADO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1973).

Demanda.—La actora, en concepto de pobre, litigó en declarativo de menor cuantía y obtuvo sentencia favorable, condenándose a los demandados a estar y pasar por ella sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Se confirma la sentencia apelada y se imponen las costas del recurso a la parte apelante.

En el dictamen del Abogado del Estado se manifestó que la sentencia firme sobre declaración de pobreza, cuyo testimonio obra en autos, concede dicho beneficio para litigar en concepto de pobre en el juicio de menor cuantía y en sus incidencias, pero los recursos de apelación y casación no son propiamente incidencias del de Primera Instancia, no obstante lo cual, se han venido interpretando los preceptos de aplicación al caso en un sentido de amplitud del derecho de defensa, al que no se debe dar tal extensión como para llegar a considerar como incidencias del juicio declarativo de menor cuantía los recursos de revisión, de carácter extraordinario y excepcionalísimo... y la declaración de pobreza contenida en la sentencia, cuyo testimonio se acompaña, no es eficaz a los efectos del presente recurso de revisión, ya que la parte recurrida dejó transcurrir el término sin hacer manifestación alguna.

El llamado recurso de revisión, según la doctrina, es el proceso especial que tiene por objeto impugnar una sentencia firme ante el grado supremo de la jerarquía judicial (sentencia de 20 de abril de 1961); este recurso lo concede la ley para que se rescinda y deje sin efecto una sentencia firme (sentencia de 25 de junio de 1932) y es tan independiente del pleito en que dicha sentencia se dictó que puede estimarse como procedimiento nuevo, al margen del anterior, ya que de él no es directa derivación ni consecuencia, no siendo tampoco una instancia continuación de otras anteriores, sino recurso o juicio aislado, tan diferente de todos los demás que sólo él se da contra toda sentencia firme.

Resulta indudable que la demandante debió acompañar con el escrito solicitando la revisión, el documento justificativo de haber depositado, en el establecimiento destinado al efecto, la cantidad correspondiente señalada en el artículo 1.799 de la Ley de Enjuiciamiento civil y al no haberlo hecho así—para interponer el recurso—ni promovido incidente de declaración de pobreza ante la Sala, es visto que procede declarar la improcedencia de este recurso extraordinario de revisión.

Doctrina legal.—Se cita la sentencia de 25 de junio de 1932, que reitera la doctrina anteriormente expuesta.

En aplicación de esta doctrina, el beneficio de pobreza, concedido a la hoy recurrente, no pudo ser utilizado, contra la oposición del Abogado del Estado, para la interposición del presente recurso (artículo 35 de la Ley Procesal civil), de lo cual es consecuencia que el Procurador compareciente se personara ante esta Sala sin haberse otorgado a su favor el correspondiente poder (artículo 3 de la mencionada Ley) y sin haber constituido el depósito a que se refiere el artículo 1.799 de la misma Ley, defectos que en esta fase procesal obstan a la admisión del recurso.

PARA QUE PUEDAN SER ADMITIDOS LOS RECURSOS DE CASACION FUNDADOS EN QUEBRANTAMIENTO DE FORMA SERA INDISPENSABLE QUE SE HAYA PEDIDO LA SUBSANACION DE LA FALTA EN LA INSTANCIA EN QUE SE COMETIO Y SI HUBIERE OCURRIDO EN LA PRIMERA QUE SE HAYA REPRODUCIDO LA PETICION EN LA SEGUNDA (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1973).

Hechos.—Se solicitó ante Juzgado competente que se declarase en estado legal de quiebra necesaria al comerciante don E. P. O., previa práctica de la información testifical que se ofrecía, fijando la fecha de retroacción que se indicaba y con los demás pronunciamientos inherentes.

Practicada la información testifical ofrecida, el Juzgado dictó auto declarando el estado legal de quiebra necesaria y haciendo los demás pronunciamientos pertinentes.

Al llevarse a cabo la oportuna diligencia de ocupación e inventario le fue notificado a don E. P. O. el auto de declaración de quiebra y compareció—por medio de procurador—oponiéndose contra dicho auto y pidiendo su revocación, en atención a las alegaciones formuladas.

Primera Instancia.—Se dictó auto reponiendo el anterior con todas sus consecuencias.

Apelación.—Se confirma el apelado, sin expresa imposición de las costas de la apelación.

Casación por quebrantamiento de forma.—Se alega que, de no cumplirse alguno de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil..., salvo las excepciones dispuestas en el artículo 4 de la propia Ley, nadie puede comparecer en juicio y de haberlo hecho habrá incurrido, a tenor del mismo artículo 4 del Código civil, en nulidad de pleno derecho, no pudiendo tenerse por hecha tal comparecencia y se deberá retrotraer el curso de los autos al momento procesal en que tal nulidad se produjo...; en el caso de autos el actor compareció mediante Procurador legalmente habilitado, pero sin poder bastanteado por Letrado, «y dicho bastanteo ni tan siquiera surge de la hoja adherida al escrito inicial producido por dicho procurador en el pleito en que debe surtir efecto»; a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la parte recurrente manifiesta que el caso que se denuncia se halla comprendido en el número segundo del artículo 1.693 de la expresada Ley y que en el acto de la vista, es decir, en término procesal siguiente al que tuvo conocimiento de la infracción del artículo 3 de la propia Ley Procesal, reclamó la nulidad de las actuaciones practicadas con posterioridad a la indebida comparecencia del actor incidental, ya que la parte recurrente sólo supo de dicha infracción procesal en el momento en que la Audiencia le pasó los autos originales para instrucción, procediéndose a denunciar la infracción cometida en el siguiente término procesal.

El recurso se apoya en el número segundo del artículo 1.693 de la Ley Procesal civil, por fundarse en el artículo 3 de la propia Ley, que establece los requisitos necesarios para que el poder surta sus efectos naturales y se basa en que el presentado con el escrito impugnando la declaración de quiebra tiene como único elemento de forma, en lo que afecta al bastantco, la firma del Abogado que autoriza el referido escrito.

El número cuarto del artículo 1.752 de la Ley Procesal establece que la Sala, ante la que se presenta el recurso, examinará, entre otros extremos, el referente a si la omisión o falta que se alegue ha sido reclamada oportunamente, pudiendo haberlo hecho con arreglo a los artículos 1.696 y 1.697; establece el primero que, para admitir el recurso a trámite, será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, y si ocurrió en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859; o sea, que la ley exige la oportunidad en la denuncia y no puede alegarse el defecto extemporáneamente, razón bastante para que no se estime el recurso de casación interpuesto, con las consecuencias prevenidas en el artículo 1.767 de la Ley Procesal.

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA INFRACCION DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA ELABORAR DISPOSICIONES GENERALES (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1974).

I. ANTECEDENTES

1. En el *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de noviembre de 1971, se publicó el Decreto de 11 de noviembre del mismo año, por el que se creaba en la Universidad de Sevilla una Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales.

2. El Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho Decreto. Dicho recurso se basaba en que en la elaboración de dicho Decreto se había incurrido en la infracción de las normas reguladoras del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general.

II. SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE 17 DE JUNIO DE 1974

La Sala Tercera, en sentencia de 17 de junio de 1974 (de que fue Ponente don Jerónimo Arozamena Sierra), estimaba el recurso contencioso-administrativo y anulaba el Decreto impugnado por vicios de procedimiento.

En los considerandos 4.º a 9.º de la sentencia se sienta la doctrina siguiente:

4.º Considerando: «Que la tesis de la sanción extrema de la nulidad absoluta en todo caso de vicio de procedimiento, además de no justificarse textualmente en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico y 47, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (o en el fundamental del artículo 41 de la Ley Orgánica), y no ser inferible por la vía de lo implícito de lo que dicen estos preceptos o del régimen procesal de la acción de impugnación de las disposiciones generales, supone un tratamiento igualitario de toda infracción; tratamiento que rompe con la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal o introduce en el sistema de defensa del orden jurídico una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente: pues la transcendencia de las vulneraciones de procedimiento, ya desde la leve constitutiva de mera irregularidad hasta las extremas de omisión sustancial del procedimiento, con situaciones intermedias variadas, que justifican un distinto tratamiento de los vicios de forma atendiendo a los

técnicos generalizados de la irregularidad, la anulabilidad y la nulidad absoluta, que parten de la distinción, por lo que respecta a las causas generadoras de ineficacia, entre las omisiones totales de los trámites del procedimiento o de los que, por su relevancia, la omisión se identifica con la ausencia del procedimiento establecido, constitutivo de nulidad plena, y las vulneraciones que se traducen en la falta de requisitos formales indispensables para el logro del fin de la disposición gradación de ineficacia que es la recogida en los artículos 47, 1 (c) y 48, 2) de la Ley de Procedimiento Administrativo, con soluciones extensivas al tratamiento de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales.»

5.º Considerando: «Que en el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, la Ley de 17 de julio de 1958 (en los artículos 129 a 132) establece unos trámites, de los que tienen carácter preceptivo los denunciados por el recurrente, pues el número 3 del artículo 129 exige que la propuesta se integre con la tabla de vigencias y se contenga en el proyecto una cláusula de derogación positiva; y el artículo 130, número 1, estima como trámite preceptivo el informe de la Secretaría General Técnica; y, por otra parte, en otro lugar de la Ley de Procedimiento, como es el artículo 3.º, número 2), se establece también con el carácter de preceptivo otro requisito en el caso de que la disposición entraña la creación de órganos, requisito que se traduce en la elaboración, y aportación al proyecto de disposición, de un estudio económico del coste del funcionamiento y utilidad de aquéllos, y, por último, la Ley General de Educación (en el artículo 68, 2) regula la audiencia preceptiva de la Junta Nacional de Universidades; y como éstos son los vicios de procedimiento que han sido denunciados por el recurrente y la defensa de la Administración se orienta en ganarlos (salvo la vulneración del artículo 129, 3) que reconoce abiertamente) y, en una segunda línea, arguye que no tienen efecto invalidatorio, tendremos que estudiar, ante todo, si lo que disponen los artículos 130, 1) y 3.º, 2) de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 68, 2) de la Ley General de Educación se ha cumplido, y, en otro caso, cuál es la valoración que a los efectos de una graduación de irregularidades, corresponde a su incumplimiento, examen que también deberá extenderse al efecto inherente a la violación del número 3 del artículo 129.»

6.º Considerando: «Que se ha vulnerado lo dispuesto en el número 1 del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque el informe preceptivo de la Secretaría General Técnica versó sobre el proyecto de Decreto de creación de Facultades de Ciencias Empresariales en Madrid, Barcelona y Valencia (Secciones de Valencia y Alicante), que no fue el sometido a la aprobación del Consejo de Ministros, y no sobre el proyecto de Decreto referente a la estructura de las Facultades de Ciencias Económicas y Comerciales y su modificación en Facultades de Ciencias Económicas y Empresariales y creación de la de Sevilla, que es el Decreto promulgado; y no se cumple lo que dice el artículo 130, número 1) por el informe referido a aquel proyecto anterior y distinto, porque el vocablo proyecto empleado en el precepto legal supone un texto articulado que éstos, de ser sometidos al órgano competente para promulgarlo, debe ser informado por la Secretaría Técnica, pues en mediante la actuación técnica asesora en esta fase, cuando se logra el objetivo al que responde (dentro del cuadro de atribuciones que define el artículo 19 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), la intervención preceptiva dispuesta en el artículo antes citado, y también en rigor se ha incurrido lo que en punto a la creación de órganos dice el artículo 3.º, 2) de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues el estudio económico que se aportó al expediente fue para un proyecto de Decreto distinto del pro-

muigado, y, por otra parte, abarca el tema de la creación de las Facultades de Ciencias Empresariales (entre ellas, la de Sevilla, aunque en el proyecto no se incluyera esta Facultad), aunque no el de la proyección económica de la alteración prevista en el Decreto impugnado, consecuencia de la nueva estructura de las Facultades de Ciencias Económicas y Comerciales.»

7.º Considerando «Que la audiencia preceptiva de la Junta Nacional de Universidades, dispuesta en el artículo 68, 2) de la Ley General de Educación, tiene que versar, en el caso del apartado c), sobre el proyecto de creación de la Facultad, y en el caso más amplio de creación a nivel universitario oficial de otras enseñanzas con acceso a titulaciones profesionales nuevas y alteración de la estructura de Centros anteriores para que asuman otros cometidos, también debe versar el asesoramiento de aquella Junta sobre la propuesta o sobre el proyecto, y, en definitiva, es preceptiva la audiencia de la Junta a cuyo fin debe proporcionársele un cabal conocimiento de la «Propuesta» o del «proyecto» de creación de la Facultad y de la Ordenación de las enseñanzas de las llamadas Ciencias Empresariales, para que con plenitud pueda realizarse la importante labor asesora de la Junta, en el marco de un cuadro general de enseñanza universitaria y de la distribución de Centros para atender a las mismas, trámite que respecto al Decreto impugnado se ha omitido porque si bien es muy cierto que el tema de las «Facultades de Ciencias Empresariales» fue uno de los tratados en la reunión que la Junta Nacional tuvo el 10 de septiembre de 1971, y en el curso de esta reunión se propuso la creación de Facultades de esta modalidad en varias Universidades, entre ellas Sevilla, el proyecto del texto legal coetáneo o esta reunión no es el aquí impugnado, pues abandonado aquél se elaboró otro sobre estructura de las Facultades de Ciencias Económicas y Empresariales y creación de la de Sevilla del que no ha conocido la Junta Nacional de Universidades, vulnerándose, por tanto, el artículo 68, 2) de la Ley General de Educación.»

8.º Considerando: «Que las vulneraciones de los artículos 3.º, 2) y 129, 3) de la Ley de Procedimiento Administrativo no justifican la sanción extrema de la nulidad plena, porque no entrañan una omisión global de requisitos formales fundamentales equiparable a la ausencia del procedimiento legalmente establecido, si la ineficacia relativa de la anulabilidad, condicionada en lo formal a la carencia de los requisitos indispensables para que la disposición alcance su fin, pues si bien es cierto, en cuanto el artículo 3.º, que el estudio económico es preceptivo y debe realizarse en contemplación de lo realmente proyectado, a los efectos de que el Consejo de Ministros, a la hora de dispensar la aprobación al proyecto, cuente con la dimensión económica que comporta la creación, no puede desconocerse, al valorar las consecuencias jurídicas que se anuden a esta norma, que el Decreto impugnado no supone otra creación directa que la de una Facultad destinada ahora a impartir las enseñanzas en Ciencias Empresariales, y respecto de una Facultad con este cometido, y referido concretamente a la de Sevilla, se contiene una valoración económica en el estudio aportado al expediente, por lo que aun sin el cumplimiento riguroso de aquel precepto, tuvo el Consejo de Ministros una información económica suficiente para decidir la creación de la Facultad; y en lo que hace relación con el artículo 129, 3), que contiene un precepto con justipreciación profunda en la seguridad jurídica, no implica su vulneración una irregularidad que afecta a la estructura de la disposición y vicio de ilegalidad a la misma, como carente de un requisito indispensable para que aquélla alcance su fin, por lo que aun teniendo que proclamarse que la Administración debe atender al cumplimiento de aquel precepto, para no convertir su texto en mero propósito teórico, su valoración, desde la perspectiva de la graduación de las vulneraciones, no justifica una men-

ción de ineficacia y sí que se califique como una irregularidad que podrá incluso sanarse con posterioridad a la promulgación del Decreto.»

9.º Considerando: «Que, por el contrario, la violación de los artículos 130, 1) de la Ley de Procedimiento Administrativo y 68, 2) de la Ley General de Educación, aunque no constitutivos de situaciones que demanden el tratamiento riguroso de la nulidad plena porque no entrañan una omisión global del procedimiento legalmente establecido, sí justifican que en defensa del orden jurídico formal quebrantado califiquemos a las parciales omisiones como generadoras de anulabilidad, y, cabalmente, por esto, y con el régimen que es propio de esta categoría de ineficacia, estimamos, desde esta perspectiva, el recurso, porque el informe preceptivo de la Secretaría General, dentro del cuadro de atribuciones que asigna a estos órganos del artículo 19, 5) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aunque básicamente orientado a la ordenación de la normativa del Ministerio, no es un simple trámite enderezado a la racionalización de la producción normativa, sino que trasciende de este objetivo para insertarse en el más ambicioso de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, como proclama el artículo 129, 1; y con justificación en el área de la actividad administrativa en la educación, es trámite necesario, no dispensable, el de la audiencia de la Junta Nacional como órgano coordinador de la acción de las Universidades, pues en tema importante en materia de formación universitaria, como es la incorporación de las Ciencias Empresariales, con modificación del ámbito de las Facultades de Ciencias Económicas, e incidencia en la ordenación de los estudios económicos y comerciales, con situaciones conflictivas que afectan a profesionales de distinta titulación, es indispensable conocer la opinión valiosa de aquella Junta y que ésta se pronuncie concretamente respecto del texto sobre estructura de aquellas Facultades y creación de la de Sevilla.»

III. COMENTARIOS

1. *Consecuencias de la infracción de las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de disposiciones generales*

La sentencia que comentamos, por primera vez, se plantea como cuestión fundamental las consecuencias de la infracción de las normas de procedimiento respecto de la validez de disposiciones de carácter general. Ya con anterioridad, en más de una ocasión, la jurisprudencia se había pronunciado sobre el tema (1), decidiéndose bien en el sentido de la nulidad de pleno Derecho, bien (lo que era doctrina dominante) en el sentido de aplicar a las disposiciones de carácter general el mismo régimen que a los actos respecto de la sanción de la infracción de las normas de procedimiento.

La sentencia de 17 de junio de 1974, en su 4.º considerando, estudia la cuestión y decididamente se pronuncia en el sentido de que ha de aplicarse un mismo régimen en uno y otro supuesto.

La argumentación que se contiene en dicho considerando para defender la tesis a que llega no es del todo correcta. En efecto:

a) Afirma, en primer lugar, que la sanción con la nulidad de pleno Derecho de todo vicio de procedimiento no puede justificarse textualmente en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Mas es lo cierto que el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico se refiere

(1) Sobre el problema me remito a mi trabajo "El procedimiento para elaborar Reglamentos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 498, págs. 1314-1320.

expresamente a la nulidad de pleno derecho de todas las disposiciones que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores. Y en estos artículos anteriores (artículo 26) se establece que la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes, sin establecer distinción alguna en cuanto al procedimiento de elaboración y contenido. En el mismo sentido, el artículo 47, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones.

b) Continúa el considerando afirmando que la sanción con la nulidad absoluta supondría «un tratamiento igualitario de toda infracción, tratamiento que rompe con la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal e introduce en el sistema de defensa del orden jurídico una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente». Pues bien, hay que reconocer que esto es lo que ocurre en el ámbito del Derecho civil, y por supuesto (como admite la sentencia), siempre que el Reglamento contenga alguna norma que infrinja las de superior jerarquía. No ofrece duda que también en cuanto al contenido existe distinta gravedad en las infracciones. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos (en que la nulidad sólo se da en supuestos tasados), en todo caso es la sanción de la nulidad de pleno derecho. En los actos administrativos, la nulidad viene limitada (artículo 47, apartado b), a los actos de contenido imposible o constitutivos de delito. Salvo estos supuestos, cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, incluso de leyes formales (salvo los supuestos expresamente previstos), la nulidad no se produce, sino simplemente la anulabilidad.

Sin embargo, cuando se trata de una disposición general y de un Reglamento, la nulidad es la sanción general. Precisamente por su carácter normativo. En cuanto se trata de un procedimiento para elaborar normas o fuentes del Derecho, el Ordenamiento consagra las máximas garantías y determina la nulidad absoluta. ¿Por qué en cuanto al contenido no va a jugar la diferencia de gravedad en la infracción y sí en cuanto al procedimiento? No hay que olvidar que justamente el procedimiento constituye una garantía fundamental en dicho procedimiento normativo de elaboración de las fuentes.

c) Cuando el artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo se refiere a los supuestos de anulabilidad únicamente alude a actos, no a disposiciones. Así como el artículo 47, en su párrafo 1, se refiere a actos, y el 2 a disposiciones, el artículo 48 únicamente contempla el supuesto de actos de la Administración. Por lo que deja fuera de su ámbito a las disposiciones.

d) El Código civil, artículo 1.º, párrafo 2 (Título Preliminar, Texto articulado de la Ley 3/1973, de 17 de marzo), dispone: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.»

Las disposiciones (que el Código sitúa entre las «fuentes del Derecho», según el capítulo primero de su título preliminar) carecen de validez siempre que contradigan otra de cualquier rango. Tampoco aquí se establece distinción alguna entre los supuestos de infracción.

2. La distinta gravedad de la infracción

La sentencia, después de sentar el principio general señalado, examina las infracciones denunciadas que constituían el motivo del recurso, con objeto de determinar las consecuencias que comportaban en la validez de la disposición.

A tal efecto, establece en los considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno, va sentando una doctrina clara, que permitirá en lo sucesivo saber a qué atenerse al interpretar en este ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria.

3. *Conclusión*

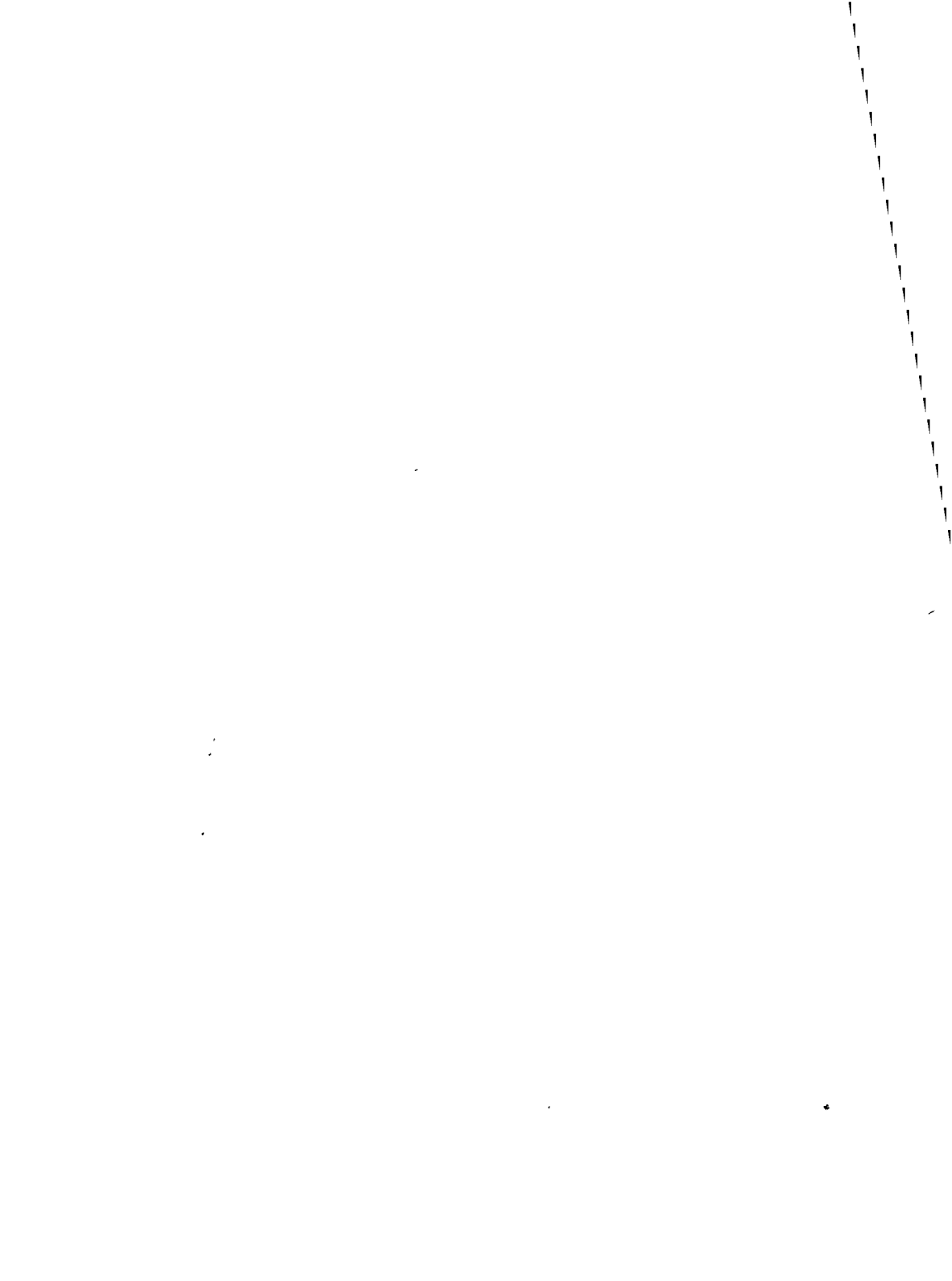
La sentencia comentada, aun cuando llega a conclusiones discutibles respecto de la trascendencia de la infracción de las normas de procedimiento de elaboración de disposiciones generales, ofrece el indiscutible acierto de haber abordado frontalmente el tema, ofreciendo una solución meditada y razonada.

Atendiendo a las drásticas consecuencias a que conduciría la rígida aplicación de la doctrina de la nulidad de pleno Derecho por infracciones de procedimiento no esenciales, trata de llegar a una solución justa.

La sentencia, al dar tratamiento igualitario de todas las infracciones y a la equiparación de situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente (fundamento esencial de la sentencia, tal y como se razona en su 4.º considerando), es digna de ser tomada en cuenta. No puede, en modo alguno, prescindirse de estas consideraciones a la hora de valorar esta importante sentencia.

J. G. P.

LIBROS



CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA: *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1974.

Con esta obra continúa JOSÉ MARÍA CHICO sus constantes desvelos por el opositor. Ateniéndonos a la Nota aclaratoria, tan ingeniosa como todo lo que escribe, este *Complemento al Derecho hipotecario* no tendría más finalidad que facilitar a los opositores al Cuerpo de Registradores de la Propiedad la preparación de las preguntas o cuestiones nuevas que resultan de los cambios introducidos por el Programa vigente de 1971. Es posible que ésta fuera la única finalidad que CHICO perseguía; pero no hay duda que el resultado ha ido más allá de los propósitos y la obra, además de conseguir aquella finalidad, es, ante todo, una magnífica lección escrita de pensar jurídico no sólo para los opositores, sino para quienes lo fueron con éxito.

La obra se divide en tres partes que a continuación analizaremos, y al final contiene una importante propina: unas notas bibliográficas relacionando obras y trabajos sobre temas hipotecarios que el opositor debe tener muy a la mano para su consulta, si es posible antes de los exámenes y en todo caso después de aprobar.

La PRIMERA PARTE, la fundamental de la obra, está dedicada a las preguntas nuevas del Programa de Registros. La exposición parte, naturalmente, del supuesto de que se posee y conocen contestaciones al Programa anterior, donde se ha de encontrar la base necesaria derivada no sólo de los temas no alterados, sino también en cuanto los retocados o ampliados no suponen sino un cambio de perspectiva o de importancia en materias que, en rigor, también estaban incluidas en los Programas anteriores. CHICO, maestro en matices lingüísticos, ha acertado al emplear la calificación de «Complementos», porque el mérito principal de la obra reside en que además de informar sobre las preguntas nuevas, completa, perfecciona y actualiza los temas básicos en los que se han producido las alteraciones, realizando un brillante barnizado para la preparación de la totalidad del temario de Derecho registral del Programa. Así, más que ante un Apéndice a obras o contestaciones anteriores (suyas o de otros), CHICO nos da una Introducción a un Derecho hipotecario nuevo, en el más amplio sentido de la expresión. Lo de menos es que el libro contenga la información más reciente en materia hipotecaria y las opiniones doctrinales novísimas, lo más importante es que con esta obra nace un nuevo estilo didáctico en nuestra rama, en el que se concede más importancia a la formación del pensamiento jurídico del estudiante, que a dotarle de una copiosa información carente de sentido.

Es posible que a los acostumbrados al estilo de las Contestaciones al uso, les sea fácil encontrar omisiones en los Temas de CHICO (yo mismo, que no soy un gran lector, las he encontrado); pero creo que va siendo hora de que concedamos más mérito al opositor que ha aprendido a pescar que al que lleva al examen un camión de pescado, acaso podrido, antes de poderlo ofrecer al consumidor.

Haremos una breve exposición de cada uno de los capítulos o temas que esta primera parte contiene (1):

Tema 1. En este dificultoso tema se apunta CHICO el primer tanto. Se trataba de conseguir, en lo posible, una cierta ordenación dentro de los múltiples enfoques doctrinales sobre la esencia y función de la publicidad registral; multiplicidad que deriva no sólo de la diversa filiación de escuela de cada autor, sino de las diferentes normativas de cada legislación respecto al «momento» de publicidad y al requisito de forma del negocio jurídico inmobiliario. Con acertada y clara sistematización de tales enfoques consigue destacar aquél que, ante todo, rechaza la equiparación entre los Registros administrativos y los propiamente jurídicos. Al tratar de la naturaleza del Registro de la Propiedad, fluye por los resquicios de sus ponderados párrafos cierta santa indignación contra los civilistas y aun hipotecaristas que se complacen con las construcciones (administrativas que derivan del aspecto de servicios públicos, que los Registros puedan tener, consecuencias nefastas para la garantía de los derechos de los particulares, que sólo pueden ser salvaguardados con la separación de los Registros jurídicos de la Administración, que la Ley Hipotecaria estableció.

Es conveniente elaborar un Derecho registral unitario, pero no vincular los Registros jurídicos a la Administración. Sólo cabe hablar de Administración registral unitaria en el impropio sentido en el que se habla de Administración de Justicia. Cuando en otras legislaciones se van viendo los inconvenientes de que los Registros estén plenamente vinculados a la Administración o a los Jueces y Tribunales, no es lógico que nosotros demos marcha atrás, en lugar de presumir del acertado montaje de nuestra Ley Hipotecaria.

Al tratar del objeto del Registro, expone la polémica sobre si en él se inscriben derechos, hechos, actos, documentos o títulos. La discusión no es bizantina; pero si nos despreocupamos de las consecuencias de adoptar una u otra solución, de hecho la convertimos en bizantina.

El epígrafe sobre las tendencias a la ampliación funcional del Registro de la Propiedad crea, ante todo, un problema de medida y cuantía. El autor trata de la sustitución de la clasificación muebles-inmuebles, por la de bienes registrables-no registrables, y hace el enfoque histórico de los Registros mobiliarios, pero no puede profundizar en el desarrollo comparativo de éstos y menos entrar en la crítica de la legislación vigente. Además de esta tendencia de ampliación en sentido horizontal, trata de la ampliación en sentido vertical (inscripción de la situación jurídica), para incluir en el Registro los nuevos hechos (nuevos fenómenos de la propiedad horizontal, situaciones urbanísticas, urbanizaciones, etc.).

Tema 5. El sistema registral español. Con eficacia poco frecuente, en sólo 12 páginas, orienta al lector sobre sus características, especialmente en el apartado dedicado a los principios hipotecarios, y siempre procurando evitar que los árboles (estudiados en otros temas) impidan ver el bosque. Su valoración crítica la hace desde cinco puntos de vista. En los dos más importantes (en relación con los principios y en comparación con otros sistemas), CHICO, optimista por temperamento, aunque mordaz, se inclina hacia la corriente triunfalista de nuestros hipotecaristas más preclaros, aunque también se hace eco de la tendencia crítico-pesimista de la que se me acusa ser instigador, citando algunas opiniones de mi ponencia de Buenos Aires, aunque en forma un tanto equívoca, pues yo no critico a nuestra doctrina por admitir y destacar el principio de fe pública, sino por no apoyarle en el más amplio y general de inoponibilidad. Llega a afirmar que la voluntariedad de la inscripción y la teoría

(1) En esta exposición van por separado los temas del programa, aunque no se correspondan siempre con los capítulos del libro.

del título y el modo acercan nuestro sistema a los latinos; creo que ocurre justamente lo contrario, pero CHICO no tiene la culpa de que el error común se haga derecho.

Su crítica, desde los restantes puntos de vista (organización y funcionamiento, relaciones con el Catastro y desarrollo y realidad actual), me parece irreproachable.

Tema 6. Después de una vistosa faena al difícil toro de la pregunta, inscripción y asiento, desarrolla con documentación y profundidad el problema de la voluntariedad en el proceso registral y el del pacto de no inscribir. No hubiese sobrado una referencia al tan frecuente acuerdo entre interesado (o presentante) y Registrador para eludir en el asiento cláusulas del documento de configuración defectuosa o de dudosa trascendencia real.

Tema 7. Inscripción y tradición. Inscripción y causa. Es un ejemplo claro de cómo CHICO actualiza y complementa materias que ya aparecían en programas y contestaciones anteriores. En él hace una labor de clarificación de las múltiples posiciones contradictorias, divergentes o superpuestas que vienen siendo no sólo mortificación del opositor, sino lamentable espectáculo doctrinal para quien, desde fuera, pretenda saber cuál es el sistema y mecanismo de la constitución y transmisión del dominio y derechos reales inmobiliarios en España. De este *maremagnum* tendrán, en parte, culpa los textos legales, pero la mayor parte de culpa ha de cargarse a la cuenta del espíritu discutidor de los españoles y al espíritu de cuerpo. Las páginas de CHICO son un gran paso por este camino de la clarificación: sólo a machetazos es posible avanzar por esta «jungla»; no cabe romper el nudo gordiano añadiéndole nuevas lazadas.

Tema 14. El capítulo dedicado a la prioridad sólo se ha propuesto dar la orientación suficiente sobre la forma de enfocar la variación de epígrafes del nuevo programa. Trata, en especial, el problema de a qué efectos ha de estimarse fecha de la inscripción la suya propia y a cuáles la del asiento de presentación que ha de constar en la inscripción misma. Acaso hubiera debido intentar distinguir la prioridad sustantiva (artículo 32 y 145, 2.º de la ley) y la prioridad formal (arts. 17 y 313, pero esta distinción no está madurada para ingresar en nuestra doctrina).

Tema 16. Atemorizados sin duda los autores del programa por las posiciones doctrinales que pretenden sacar de quicio lo que, más que quiebra de la distinción entre derechos reales y personales, es simplemente quiebra de la jurisprudencia de conceptos; han sido formuladas las cuestiones de este tema en forma un tanto retorcida. El autor, después de una breve referencia a las discusiones sobre lo que se inscribe (¿títulos, actos, derechos?), se enfrenta con las posiciones de VALLET y otros, respecto a esa frontera entre los derechos reales y los personales, en perpetua algarada y después de unas pruebas jurisprudenciales de lo incierto del deslinde, termina con una interesante exposición de la pugna entre el *numerus clausus* y el *numerus apertus*.

Tema 17. El pacto de reserva de dominio es estudiado en su aspecto registral adhiriéndose a la tesis (AMORÓS, etc.) favorable a su inscripción, viendo en él un medio de evitar la discordancia entre Registro y realidad jurídica en el largo período de acceso diferido a la propiedad (!) de las Viviendas de Protección Oficial en las que se emplee este sistema. La solución no deja de ser un mal menor, pues creo que lo ideal sería rechazar tanto ese anómalo acceso diferido a la propiedad (de *lege ferenda*, naturalmente), como la inscripción de la venta con reserva de dominio. Cada día nos sorprende una nueva construcción jurídica retorcida en busca de no se sabe qué ocultas finalidades (compras por la esposa para la sociedad ganancial compareciendo el marido, donaciones

con reserva del usufructo y de la facultad de disponer con prohibición de disponer del donatario, hipotecas en garantía de préstamos con entrega del capital y simultánea retención del mismo en cuenta bloqueada de la Entidad prestamista, etc.).

Tema 18. Dedicado a modalidades del titular registral, aborda en él no sólo lo directamente exigido por el cuestionario, sino otras materias conexas con abundantes Resoluciones de la Dirección magistralmente resumidas. Exigencias de tiempo (espacio) no han permitido una exposición más amplia del problema de los llamamientos sucesorios a favor de nacederos, por cláusulas fideicomisarias o condicionales que tanto dificultan en ocasiones el tráfico inmobiliario.

Tema 21. Las ocho páginas de la obra dedicadas al Catastro son acaso las primeras que permiten al opositor enterarse en poco tiempo de las líneas fundamentales de la cuestión, de manera que la legislación catastral y la coordinación de Catastro y Registro dejen de ser para él un galimatías ininteligible.

Tema 27. En la pregunta de fecha y preferencia de las inscripciones se repiten ideas expuestas ya en el Tema 14 (*aliquando dormitat Homerus*). Debieron refundirse ambas exposiciones para no duplicarlas.

Tema 32. Dudas sobre la identidad del predio. Una completa referencia a las Resoluciones más importantes en torno a cuándo procede la aplicación de los artículos 300 y 306 del Reglamento y cuándo no.

Tema 33. La propiedad horizontal es estudiada en este tema en la totalidad de los epígrafes del Programa. Y con aportación de las orientaciones más modernas sin caer nunca en estériles polémicas sobre tal o cual cuestión discutida. Las diversas opiniones sobre las cuestiones más importantes son expuestas con brevedad y claridad y los problemas nuevos se apuntan a todo lo largo del tema, que tiene una sistematización muy acertada.

Tema 34. Urbanismo, Ley del Suelo y Reparcelaciones, reducidos a poco más de 30 páginas, es algo que no puede hacerse sin un profundo conocimiento del tema; pero conseguir, además, que esas páginas sirvan a la vez de iniciación a la materia y de instrumento de consulta, parece milagroso, teniendo en cuenta la complicación legislativa. Especialmente las páginas dedicadas a la reparcelación son de una utilidad práctica evidente, no sólo para el opositor.

Tema 35. En él se estudia no sólo la legislación novísima sobre autopistas en relación con el Registro, sino que la especial referencia a los canales, que el Programa exige, se completa con una interesante referencia a los principales problemas que los Pantanos plantean al Registro de la Propiedad.

Tema 39. Se limita el correspondiente capítulo a estudiar la pregunta sobre afectación a un ramo determinado de la Administración y su modificación. Aunque Reglamento hipotecario, legislación del Patrimonio del Estado y epígrafe del programa hablan idiomas distintos, CHICO, en lo que cabe, hace una exposición útil, aunque naturalmente, dada la ambigüedad de los textos, algunas de sus conclusiones sean discutibles.

Tema 45. Igualmente puede decirse en cuanto a la insuficiente normativa legal sobre la publicidad registral de la suspensión de pagos, concurso y quiebra, objeto de la pregunta del tema 45. Es urgente que esta delicada materia sea aclarada por el legislador, pues la situación actual, en la que todo es opinable, es origen de muchas tensiones entre Juzgados y Registros.

Tema 65. La pregunta final, dedicada a las cláusulas de estabilización en la hipoteca, es desarrollada principalmente en torno al reciente problema sobre las cláusulas del interés variable (mediante remisión a los tipos que por disposición del Gobierno se vayan estableciendo), y que

solo en parte ha solucionado la Resolución de 12 de septiembre de 1972.

La reseña hecha de cada tema puede haber dado una idea suficiente del contenido de esta primera parte del libro, pero no del cómo se desarrolla este contenido. Para esto tampoco sirve cualquier alabanza general que viniese a refundir las parciales que se han ido haciendo porque, repetimos, que el valor de la obra reside principalmente en su estilo didáctico. No es sólo que CHICO se esté acercando cada vez más al enseñar deleitando, es que en este libro está el embrión de una nueva literatura jurídica para estudiantes en España.

La SEGUNDA PARTE es una recopilación legislativa que comprende los seis últimos años por orden alfabético. Su utilidad para el opositor está fuera de toda duda, aunque no se haya estudiado científicamente en qué medida influye en la capacidad de asimilación del opositor el subconsciente temor de estar estudiando cosas ya modificadas. Y la lectura diaria del *Aranzadi*, si para el profesional es ardua tarea, para el opositor es insoportable martirio.

En más de cien páginas, desde Aguas a Viviendas, hay una selección de disposiciones de las que según su importancia para el Registrador, se hace una más breve o extensa reseña.

En la TERCERA PARTE se condensa lo más importante de la doctrina elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en los últimos seis años por medio de una sintética reseña de Resoluciones ordenadas también por orden alfabético de materias.

La propina de las notas bibliográficas termina esta obra, inapreciable servicio para los opositores e interesante aportación a la bibliografía hipotecaria, que para remate presenta los elegantes «requisitos externos» a los que nos tiene acostumbrados la Editorial Montecorvo, S. A.

TIRSO CARRETERO

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel. Barcelona, 1973.

El Derecho es algo que se produce dentro de la vida social, una zona de la vida social, aunque no toda la vida social. Pero ¿cuál es el rasgo que nos hace definir un fenómeno social como fenómeno jurídico?, o sea, cómo ha de ser un hecho para que además de calificarlo de social podamos adjetivarlo de jurídico. Para la concepción normativa el Derecho es un conjunto de normas que configura de un modo concreto el orden social en abstracto y que impone sanciones a quien contravenga el orden querido.

DÍEZ-PICAZO estima que la experiencia jurídica primaria no es la norma, sino el conflicto de intereses, «las normas no son... algo a lo que la realidad debe ajustarse, sino instrumentos dinámicos para resolver los problemas que esa misma realidad plantea».

La idea de Derecho, dice el autor, «se entronca con una reiteración de los conflictos de un determinado tipo, que adoptan una determinada configuración (tipificación de los conflictos) y con la asunción estable y obligatoria, por parte de una organización social, de la función de llevar a cabo una justa pacificación (institucionalización de los órganos de decisión). ... Para que pueda hablarse rigurosamente de «derecho» es preciso que se conozcan y se institucionalicen también los criterios de decisión».

La norma no es una verdad. De ella se puede predicar que es más o menos justa, más o menos útil o conveniente. ePro si la norma no expresa verdades o juicios lógicos pertenecientes al modo del ser, ¿qué es entonces una norma?

La norma no es un mandato, porque la norma es hipotética y el mandato no puede ser hipotético nunca. Lo más que cabe pensar es que la norma es un imperativo desligado de cualquier contenido de voluntad.

Desde otro punto de vista tampoco se puede asimilar el mandato puro a la norma: junto al imperativo se exige en la norma la existencia de condiciones morales como son su acomodación a las creencias generales y su posibilidad de ser obedecida. El mandato es un *posterius*; es una orden concreta.

La norma, si no es un mandato, será un deber ser, es decir, algo que se estima justo que se cumpla. La norma sería un *prius*, pero con esto no conseguimos penetrar su naturaleza porque al ser también un *prius* las situaciones de deber ser moral, incluiríamos en las normas jurídicas todas las normas morales que enuncian un deber-ser. La moral, sin embargo, tiene un campo de actuación más amplio que el derecho. Contempla relaciones individuales, interindividuales y sociales, mientras que el Derecho sólo regula aquella parte de las relaciones sociales que se considera necesaria desde el punto de vista de la convivencia pacífica; de ahí que la coincidencia entre Derecho y moral sea sólo parcial y no absoluta, de ahí que ciertas soluciones jurídicas sean éticamente indiferentes y que a veces exista incluso una divergencia entre ellas al proteger el Derecho situaciones no absolutamente morales.

Después de este rodeo seguimos en el mismo punto, preguntándonos qué es lo que define a una norma jurídica. Hemos llegado a la conclusión de que no es un mandato—el mandato es concreto y posterior, la norma es hipotética y anterior—, también hemos visto que no es un deber-ser—el deber-ser moral puede no coincidir con el deber jurídico—. Si recurrimos a la idea de la sanción tampoco encontraremos en ese dato el carácter de la norma, pues aparte de los supuestos en que la colectividad reprocha un acto ante el cual el Derecho permanece indiferente, sucede que la violación de la norma la deja inmutable. Se ha incumplido la norma y la norma permanece quieta.

Partiendo del esquema de una proposición normativa en la que la idea central asume la forma de un poder o un deber para expresar una misma situación y de la coincidencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo, la norma jurídica se nos aparece como un pronunciamiento respecto de la posibilidad y justicia de una pretensión. Lo primario es el poder de exigencia que funciona a través de una pretensión. Sólo habrá sanción si la persona a quien se ofrece la posibilidad de ejercitarla exige su cumplimiento. El comportamiento debido es algo que al sujeto le puede ser exigido, porque tal conducta es un proyecto, un modelo, un arquetipo. El deber se ubica en el momento anterior de ser la acción realizada u omitida y sujeta al infractor a la formulación de una pretensión, incumplida la cual surge el conflicto. La norma es el instrumento de que se sirve el intérprete para calificar las pretensiones, es una fórmula de generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones.

Es frecuente confundir norma y texto legal, aunque éste sólo es la señal o signo sensible mediante el cual se manifiesta la norma. Además, «los textos y su articulado se nos ofrecen como una serie de piezas o fragmentos que hay que poner en conexión para encontrar el esquema de la genuina proposición normativa».

Aunque no es preciso que las normas queden plasmadas en textos, modernamente se padece una inflación legislativa debida en buena parte

a la función divulgadora que ejerce la escritura respecto al Derecho y la certidumbre que introduce su trabazón gráfica.

La escritura fija la comunicación normativa e inscribe el Derecho en un proceso de objetivación, fruto de una sabiduría colectiva anónima, cuyo efecto psicológico sobre el destinatario se manifiesta en el temor que le infunde la revelación legal. «La ley escrita es también un oráculo y hay un espíritu, el espíritu de la ley que habla por medio de los textos.»

Si la escritura tiene la virtud de ser un vehículo de comunicación normativa, un museo de declaraciones y un instrumento de certidumbre, también acarrea la textualización algún inconveniente como la suavidad con que se introducen los errores y la extraña dificultad que provoca el intento de desplazarlos.

Pero la escritura, al incrustar sistemáticamente en un Código el panorama de conflictos de una época, nos está iluminando a la vez sobre el solar del período en que se promulgó. Por la montura de la taracea se presiente la composición de la superficie, y así, la obra jurídica se convierte en obra literaria, testimonio de una forma de vida. Esta cualidad, sin embargo, comporta también un grave riesgo, pues la mutación permanente que acompaña las cosas humanas determina el ocaso de las situaciones conflictivas que el texto previó y el surgimiento de otras nuevas que son engarzables con dificultad en el espíritu de las antiguas palabras. El texto se fosiliza y los hechos presentes se insertan con fatiga en la rigidez pétrea de su estructura.

La simbiosis entre Derecho y escritura determina el nacimiento de un lenguaje peregrino y esotérico, repleto de sobrentendidos y claves. Toma el autor ideas de CAPELLA al distinguir lenguaje del Derecho y lenguaje de juristas y afirma «que la pretensión de construir un lenguaje absolutamente formalizado como en las matemáticas o en la lógica simbólica, no parece hoy por hoy realizable».

El estudio de la norma, partiendo de la experiencia no puede eludir la pregunta sobre su origen. La expresión «fuente de Derecho» alude primordialmente a la realidad de la que el Derecho emana: al ente con potestad para crearlo, que puede calificarse como autor de la norma.

La determinación de las fuentes y su jerarquía supone una atribución y un rango en el ejercicio del poder, a la vez que muestra la conseguida hegemonía de ciertos grupos sociales sobre otros que pretenden detentarlo, para monopolizar del mismo modo la producción normativa.

Si la norma es sobre todo un criterio indicativo sobre resolución de pretensiones y decisión de conflictos, las partes en el Derecho internacional nos ofrecen un primer aspecto de solución negociada entre los grupos sociales.

También el precedente, en cuanto modelo de decisión anteriormente establecido, puede ser un indicio válido para encontrar un criterio decisivo en el conflicto presente, pero no es, en realidad, fuente de producción u origen de la norma.

La costumbre, la norma consuetudinaria, es un criterio de decisión de conflictos que permite ser descubierta y valorada como vigente en cuanto que se usa. El uso es vía de expresión y de justificación de la costumbre, cuya creación es obra o de negocios jurídicos reiterados, o de sentencias, o de órdenes particulares.

La primera de las fuentes en importancia es la ley, pero decir que su origen y fundamento es la voluntad del Estado es demasiado simplista; expresiones como «causas de la ley», «genética de las leyes (RIPERT) u «origen social de la ley» (LATORRE) inciden más vivamente en su raíz. Un capricho o conveniencia personal, la proyección de un caso concreto, la transacción o compromiso entre grupos opuestos o la influencia de los grupos de presión son casi siempre el verdadero origen de las leyes, pues

los preámbulos o exposiciones de motivos «ocultan, las más de las veces, los verdaderos motivos, los intereses que están realmente en juego o la lucha que ha sido necesario sostener para poner la ley en vigor». Este punto de vista desmitificador del concepto de ley no lleva al autor a posiciones escépticas, pues a continuación afirma que «la ley-transacción representa un claro progreso frente a la ley-decisión», y advierte que en las sociedades democráticas esta influencia de grupos debe ser mucho más difusa al existir una mayor compenetración entre el poder político y la opinión pública.

Dentro del tema de las fuentes resalta el hecho de la neta separación doctrinal que se establece entre las normas emanadas de cada una (norma legal-norma consuetudinaria), pero esta división formalista no se ajusta totalmente a la realidad.

En algunos casos existe una fusión entre la ley y la costumbre, casamiento que puede ser debido a la habituación de los ciudadanos a la ley o a la sagacidad del legislador que ha promulgado como leyes normas vigentes en el contexto social. A la ruptura del esquema dogmático colabora el concepto de normas heredadas, las cuales pueden provocar un arraigo de la ley en la conciencia social a través de una aplicación constante y de una aceptación espontánea. Desde el punto de vista de la consuetudinización de la ley, el problema de la codificación adquiere dimensiones dignas de análisis, porque van a ser los códigos los que, con su simplificación y automaticidad, provoquen un profundo estudio del Derecho, determinando la aparición de un derecho de juristas, abstracto y racional, favorecedor de soluciones más seguras a los conflictos de intereses. Si los códigos pueden significar un modo de aproximación entre diversas fuentes, pueden también originar dificultades derivadas de la pérdida de matices de los mismos a través de un proceso sucesivo de generalización, el cual produce «una ruptura del cordón umbilical que ligaba al texto con el problema», no siendo menor la posibilidad de que la pervivencia de un Código caduco ocasione un regreso a la arbitrariedad precodificadora, pues los presupuestos socioeconómicos del momento de su confección son inaplicables a las nuevas situaciones engendradas por el cambio social.

Siendo el ordenamiento jurídico no sólo un conjunto de normas a través de las cuales se cumple una función pacificadora de conflictos, sino también una compleja y variada organización del Estado y la sociedad, la urgencia y la abundancia legislativa, ocasionada por la mudanza de los tiempos y el cambio de las formas de vida, nos lleva a buscar una primera nota actual de todo ordenamiento, y ésta es la de su inabarcabilidad. Pero la necesidad de poner límites a lo humano, que permita comprenderlo, nos obliga a considerar como ordenamiento sólo a aquel que incluye normas vigentes en la actualidad y afecta al grupo social que lo ha adoptado como principio de organización. (Estado, Iglesia, C. E. E.)

El ordenamiento «es el resultado de un proceso de racionalización... que opera sobre los resultados obtenidos a través de anteriores experiencias jurídicas. Es a la vez un sistema y un producto espontáneo de la sociedad en que vive. Así se hace notoria la inseparabilidad entre política y Derecho, pues éste es un instrumento idóneo para la realización de una labor política y toda obra legislativa es siempre un cauce y un vehículo de expresión de ideas, de pensamientos y de aspiraciones de índole política.

«El ordenamiento no es espontáneo como una selva virgen, aunque tampoco es geométrico y racional como un versallesco jardín francés. Si quisiéramos compararlo a algo, el objeto de la comparación tendría que ser una ciudad en la que hay vestigios de un acueducto o de una

muralla romana, viejos barrios medievales de calles estrechas que se levantaron así por las necesidades de la defensa y del mercado, paseos y zonas decimonónicas inspiradas en la conveniencia de obtener una imagen continua viajando en coche de caballos, de presenciar una parada militar o de impedir las barricadas en las luchas callejeras, y calles y avenidas pensadas para que circulen vehículos de motor... Fue una obra de alcaldes y regidores, pero es también la obra entera del pueblo o de los pueblos históricos que han vivido allí».

Para que exista una genuina norma jurídica es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés de un grupo social.

Si se entendiera que la sentencia judicial es fuente de producción del Derecho, tampoco sería suficiente la misma para considerar su mandato como regla jurídica. En un caso como en otro (positivismo legalista y judicialista) estamos ante la necesidad de una instancia superior, pues lo mismo que desde siempre ha sido justificada la desobediencia de la ley injusta, «la sentencia injusta es un fenómeno del mismo color, sustancialmente igual al de la ley injusta». Como dice Díez-Picazo, «aunque no existiera ninguna otra razón para desterrar el positivismo, el contexto histórico, dentro del cual nuestra propia existencia se ha desarrollado, nos impide ser positivista. La época de las dictaduras totalitarias y el final de la segunda guerra mundial han desnudado el positivismo y lo han dejado a la intemperie... Varias generaciones de juristas comprendieron en el Derecho no es, ni puede ser, la voluntad o el interés de un Führer, ni la voluntad o el interés de un grupo que domina la organización política».

Pero ¿qué es lo que legitima y da validez a las normas? La solución kelseniana constituye una respuesta formal que se fundamenta en la cadena de justificaciones internas al sistema; la solución iusnaturalista sale del sistema mismo para hallar la instancia legitimadora, pero su acierto básico queda frustrado ante la diversidad de interpretaciones sobre qué sea «naturaleza del hombre» y cómo debe ser reconocida. Evidentemente el análisis de estas cuestiones no puede olvidar los planteamientos de la filosofía y de la historia, ni los resultados a que han llegado las ciencias sociales.

La «naturaleza del hombre» es fundamentalmente historia y cultura y como tal es un punto móvil en una constante evolución.

Supuesta la existencia de un Derecho formado naturalmente y en constante cambio, ¿cómo vamos a reconocerlo? Para este menester queda el hombre sólo con su razón, sin embargo, la razón individual no puede fijar así un fenómeno tan eminente y esencialmente social como es el Derecho, por lo que hay que encontrar un fundamento social o una razón colectiva al llamado Derecho natural, que no puede alojarse más que en las convicciones generales de un grupo social. La búsqueda auténtica del Derecho exige un *iustum* concreto, idea profundamente social, cuya esencia radica en el *consensus* tácito prestado a un mundo de vigencias. El Derecho natural que concibe Díez-Picazo se basa en la naturaleza de las cosas, si esta idea «tratáramos de comprenderla en una forma problemática y relativa, como una determinada estructura de la vida social en un orden histórico dado». El relativismo «no debe asustarnos. Antes al contrario, no sólo es lo más conforme con nuestras propias experiencias vitales, sino también con el sentido mismo de la vida histórica como progreso y como perfección».

Las relaciones entre las normas del ordenamiento jurídico suelen ser contempladas desde una perspectiva jerárquica, pero esta subordinación, puramente formal, no satisface la inquietud del intérprete, obligado a encontrar una razón de fondo para ver si es posible establecer entre las normas de un ordenamiento jurídico dado una relación de superioridad

c inferioridad diferente de la marcada para la formal distribución de competencias.

La jerarquía interna o sustancial puede señalarse dentro de un mismo texto legal, en el que hay normas básicas, que reflejan las líneas maestras y los criterios fundamentales de una institución, frente a otras que resuelven conflictos particularizados con criterios particulares también. Los artículos 348, 349, 1.255, 1.257 y 1.902 del Código civil pueden ser ejemplo de las llamadas normas básicas, a las cuales se las ha llamado también principios. Pero conviene deslindar ambos conceptos. Principios en sentido estricto con los juicios de valor que inspiran una normativa, o sea, las bases de las normas jurídicas tanto legales como consuetudinarias, que equivalen a un conjunto normativo no formulado. Las normas principales son normas jurídicas de carácter básico en la organización del grupo social, cuya normatividad procede de su fuente de producción, pero su índole de principal descansa en la comunidad en la medida en que las convicciones sociales se patentizan a través de ella.

Toda norma existe siempre con la pretensión de que la vida social se ajuste a ella: la realidad del Derecho impone su realización, pero peca de simple la teoría de la subsunción cuando esquematiza el problema de la aplicación del Derecho con fórmulas abstractas, a las cuales los hechos se plegarían de manera obediente y sumisa. «El Derecho no nos parece una formulación ideal, abstracta y general, que posea un valor universal, sino que está formulado fundamentalmente por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son, rigurosamente hablando, decisiones de casos concretos, el Derecho no es un *datum*, sino un *quaesitum*.

La primera fase de aplicación del Derecho es la fijación de hechos; el supuesto de hecho es un *preteritum* respecto a la consecuencia jurídica, lo cual nos señala que el caso es siempre una historia que se documenta a través de la prueba y en cuya construcción se han introducido ciertos elementos valorativos que la moldean, preparando su cabida en algunas hipótesis de las normas. De este modo resulta sumamente difícil deslindar la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. La forma de operar, lejos de ser genuinamente lógica tiene mucho de tópica y es, en definitiva, un *ars inveniendi*, en el que hay que realizar ensayos y tanteos, exclusiones y afirmaciones a través de una actitud planificadora y metodológica facilitada por el sistema en la búsqueda de una proposición jurídica aplicable. Una vez hallados los textos normativos hay que reconstruir la norma. La labor jurídica es una tarea de reconstrucción, de reducción de textos a normas.

La interpretación en sentido general es una «atribución de sentido» o de «significado». Opera sobre toda realidad y también sobre una comunicación significativa ya producida.

En una concepción imperativista del Derecho, la interpretación se reduce a la investigación del sentido o de la significación de la norma aplicable.

Pero cuando el Derecho se concibe como un sistema de justa solución de los conflictos que hay que buscar incesantemente y las normas sólo son las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda, la interpretación se nos manifiesta como un conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para hallar el *iustum concreto*. El Derecho no se crea, porque en cuanto objeto de una búsqueda persiste, pero sí se recrea en cuanto es necesario adoptarlo en un conflicto determinado. La interpretación es una operación total y a través de la misma se puede afirmar que del mismo modo que se interpreta la norma que se aplica, se interpreta también la que se decide no aplicar, porque su propio rechazo implica ya haberle atribuido un sentido diferente al buscado.

«La interpretación, concebida como operación total de búsqueda del Derecho, es una operación que no se produce sólo en el terreno de la decisión de los casos concretos..., el legislador no es más que un intérprete del Derecho cuando trata de plasmar en un texto legal aquello que en un momento dado... es Derecho.»

Toda interpretación jurídica conduce al intérprete a una serie de variantes o de opciones.

¿Dispone el intérprete de una libertad absoluta para llevar a cabo su cometido?

La escuela del Derecho libre preconizó una libre investigación del mismo, pero la seguridad jurídica impone que los ciudadanos puedan saber de antemano cuáles van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos.

Si optamos por la necesidad de unas reglas que deben orientar al intérprete, debemos rechazar el seguimiento literal de las mismas, para afirmar que el criterio viene dado por el espíritu de la ley, el cual se descubre, no buscando la voluntad del legislador que la promulgó, sino desde «las circunstancias existentes y desde los postulados que tengan vigencia en el mundo en que el intérprete se mueve».

El intérprete se vale de diversos medios para construir la interpretación: los antecedentes históricos, las reglas de la lógica y el sustrato sociológico.

La interpretación lógica comprende la llamada gramatical, pero la gramática y la lingüística sólo proporcionan los materiales para el razonamiento jurídico.

¿Cómo se produce este razonamiento jurídico?

Los criterios dogmáticos utilizados por la jurisprudencia de conceptos no son los apropiados para la solución de los problemas reales porque el ordenamiento no es una creación racional, sino vital. La postura de VIEHWEG, secundado por otros autores, aboga por la utilización de la tópica, entendida como una técnica intelectual que permite obtener unos instrumentos con los que sea posible argumentar conclusiones respecto de cualesquiera problemas que se puedan plantear. Si el razonamiento apodíctico parte de premisas verdaderas para llegar a conclusiones verdaderas, el razonamiento dialéctico parte de premisas verosímiles y utiliza tópicos o lugares comunes para llegar a conclusiones aceptables. La experiencia nos dice que la lógica jurídica no es una lógica genuina y estricta, sino una lógica de argumentación tópica en la que ocupan un lugar predominante los conceptos indeterminados y las proposiciones jurídicas basadas en los textos, en la doctrina, en razones prácticas, en resultados de investigación histórica, en juicios de valor, en sentimientos o en creencias, que constituyen la base de una legitimación a través del *consensus*.

Por todo esto, podemos afirmar que hay diferentes formas de gestación de los razonamientos: no habiéndose descartado los propios de la lógica estricta, cuando sea posible hacerlo, hay que añadir los razonamientos dialécticos (legitimación a través de la verosimilitud y la aceptación general) y retóricos o persuasivos, que poseen una elevada dosis de elementos sentimentales o emotivos.

Dentro del campo de la aplicación del Derecho hay que referirse al problema de las lagunas de la ley, pues «el ordenamiento jurídico sería algo así como un queso de bola, lleno en su mayor parte de masa, pero con ciertas oquedades». Desde el punto de vista de una concepción imperativa del Derecho, no es posible hallar la plenitud del ordenamiento jurídico: si el Derecho es un dato, no hay modo de llenar la oquedad del mismo, pero desde la postura que se propugna el dogma de la plenitud es perfectamente coherente, porque «la norma existe siempre con independencia de que se encuentre o no cristalizada y de que haya sido o no formalizada o formalizada de una manera más o menos perfecta».

Las lagunas se integran por el procedimiento analógico. ¿Cómo se distingue la interpretación extensiva de la analogía?

«Actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidas en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra.»

Si las reglas de Derecho tratan ante todo de actuar intereses, como dice IHERING, y permitir la composición y la solución de conflictos de intereses, el problema fundamental radica en la equivocidad del término de interés, que se desencaja de su propio ámbito para hacer alusión a los juicios de valor que los intereses suscitan. La jurisprudencia valorativa de intereses puede partir de criterios subjetivos, con lo cual se llega a la libre investigación, impregnada de inseguridad, o a criterios objetivos de interpretación que tienen en cuenta los juicios de valor generalizados o generalmente admitidos en la comunidad o en el grupo humano en el que el intérprete actúa. De ahí la necesidad de investigar la correspondencia que hay entre las proposiciones jurídicas utilizadas en la interpretación y los criterios sociales imperantes con carácter general.

La sociología y psicología social nos han de nombrar las causas profundas de la relación entre sociedad y ordenamiento jurídico.

Lo típico de nuestro tiempo parece ser la aceleración del cambio que naturalmente experimenta la sociedad: el átomo, la exploración cósmica y la revolución cibernética dotan a nuestro tiempo de unos elementos absolutamente desconocidos hasta hoy, cuya influencia no sabemos hasta dónde va a llegar, ni cómo va a afectar a los conjuntos de ideologías políticas y creencias vigentes en nuestro tiempo.

¿Cómo se relacionan los cambios sociales y los jurídicos? Los cambios políticos, legislativos, tecnológicos, económicos e ideológicos exigen un cambio en lo jurídico.

La implantación de una constitución nueva origina, por sí misma, una visión diferente sobre los problemas particulares; la aprobación de una ley puede suponer una interpretación distinta de un precepto anterior; el descubrimiento de un instrumento nuevo ocasionará en muchas ocasiones una verdadera laguna legal.

Conceptos como los de prudencia, seguridad jurídica, naturaleza de las cosas no pueden detener el cambio. La prudencia verdadera es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin. Pues bien, es claro que cuando lo exijan las condiciones, lo prudente puede ser la audiciencia o la anticipación.

La seguridad no es la quietud. «Es la certidumbre del futuro, y, en cuanto tal, expresa un imposible... Bajo esta idea se expresa la aspiración a la razonable previsión de unos resultados... La seguridad puede reclamar en muchos casos el cambio jurídico.»

La naturaleza de las cosas, tenida por permanente o inalterable, es una idea errónea. «La vida del hombre es historia y cultura y la naturaleza humana—historia y cultura—es siempre un punto móvil en una constante evolución.»

«El ordenamiento jurídico se hace eco del cambio social y lo refleja. No es que el ordenamiento deba cambiar. Es que ha cambiado ya. Cuando el legislador acomete una reforma cumple una función notarial... y cuando permanece inmóvil no hace otra cosa que facilitar los instrumentos espontáneos de reajuste de la vida social.

En cuanto al problema de si son las normas jurídicas vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social, el autor opina que la ley es, por sí misma, inútil como instrumento de transformación, pero si el

legislador está atento a los significados de los tiempos y se mueve dentro de las coordenadas de la obdecilidad, es indudable que la ley servirá para dinamizar el cambio por contribuir a crear hábitos que favorecen el sentido de la modificación.

Estamos ante un libro enormemente rico y sugerente. El autor utiliza un lenguaje llano, incisivo y preciso que hará amena la lectura incluso a profanos.

He pretendido dar resumen completo de este importante texto, pero creo que no lo he conseguido porque el forzoso conceptualismo utilizado en esta nota constituye un pálido reflejo del cúmulo de ordenadas experiencias, hábil soltura doctrinal y sabrosos datos de humor contenidos en este libro, que es preciso leer.

FERNANDO MALO

ELGOZY, GEORGE: *El desordenador. El peligro informático. Asociación para el progreso de la dirección*. Madrid, 1972.

No hace mucho leía en un periódico una frase del premio Nobel ruso, A. SOLZHENITSYN, que me dejó hecha realidad esa tremenda relación existente entre progreso y retroceso. Decía el autor ruso, que en su país existía un viejo proverbio sobre el bosque: «el bosque creció, y por ello el mango del hacha creció con él» ...en este caso, añadía, novecientos millones de hachas. El imperio de la máquina que está tocando techo, va a significar el gran avance tecnológico de una etapa de la Historia, pero esto traerá consigo esas hachas del proverbio ruso. No hace mucho, en una conferencia que tuve la ocasión de pronunciar, hacía una cita de nuestro candidato a Nobel, JOSÉ MARÍA PEMÁN, quien al hablar de los avances técnicos, decía que la llegada de una máquina a su plenitud y madurez supone unos efectos, pero no nos damos cuenta de que de una parte, ofrece nuevas posibilidades que añade a la vida, pero de otra, de un modo negativo, los planteamientos clásicos que barre e inutiliza... Es, en frase castiza, como si a uno le saliera el tiro por la culata.

Por esto traigo ahora este singular libro escrito por un especialista de la informática y humanista, por añadidura, que es GEORGE ELGOZY, el cual, en un alarde de conocimientos formula, entre la tremenda lucha de los pros y los contras, una oración por la buena utilización del ordenador electrónico. La obra se inicia con un prólogo que escribe el mismo autor y que arranca con estas palabras: «Más propensos a apasionarse que a instruirse, nuestros contemporáneos celebran con tanto lirismo los servicios reales o imaginarios prestados por los ordenadores que se olvidan de las molestias, los límites y los perjuicios de los mismos... Las desilusiones que siguen a un descubrimiento están en proporción con las ilusiones que le preceden o acompañan...»

Hav otra razón, además de la expuesta, para traer este libro a la palestra de las recensiones. Con motivo del Primer Congreso Registral que se celebró en Buenos Aires, intuí que una de las sorpresas que nos tenía reservada la nación organizadora del mismo era precisamente la exhibición de un moderno ordenador puesto al servicio de la institución registral. Y fue preciso documentarse para poder emitir con serenidad de juicio lo bueno y lo malo del sistema. Es decir, este libro fue uno de los utilizados, entre otros muchos, para esa documentación. Lo traigo ahora, próximo ya el nuevo Congreso, para que los que piensan que es

mejor hablar de «simplificación» que de mecanización, de actualización más que de nueva reordenación, tengan a mano argumentos sólidos y no nos cuenten esa vieja historia de lo que ha sido su vida registral, sin tropiezos, sin problemas, llena de éxitos y con fórmulas de asientos simplificados por ellos mismos, suprimiendo y reduciendo las viejas maneras tradicionales.

Creo que nuestra institución registral tiene planteado un reto, que tanto la mecanización como los fenómenos urbanos le han ofrecido y es preciso dar una solución, sea cual fuere. No creo, por supuesto, que el mirar atrás evocando épocas ya pasadas, sea la forma de progresar frente a «una juventud que aguarda». Yo comprendo que a ciertas edades es mejor «releer» que leer, pero si el evocar supone palpar realidades vividas, hay que tener también la valentía de afrontar ese presente nuevo y ese futuro incierto, con todo lo que tengan de fantasmales.

En todas mis aportaciones a este tema he puesto de relieve mi actitud conservadora, con simples concesiones a la máquina, pero es tan galopante el cerco que se va formando alrededor de nuestra institución que pienso si habré pecado de retrógrado. No obstante, al compulsar mi opinión con otras todavía más apegadas a nuestros viejos modos, me encuentro muy adelantado. Esta puede ser otra razón justificativa de por qué traigo el libro a la recensión: puede ser el mosaico que nos proporcione sugerencias o inspiraciones para nuestras futuras andaduras.

Y vamos con el libro. Tiene tres partes la primera trata del tema sobre «la ayuda para la toma de decisiones». La segunda afronta el tema de los «mitos y límites» y la tercera sobre «el hombre en peligro». Previamente el autor sitúa al lector en su prólogo, diciendo que «el autor de esta obra no se coloca ni entre los voluntaristas que amenazan con volar los ordenadores, ni al lado de esos *hippies* que se contentarían, con menos ruido y menos furia, con desconectar los enchufes...»

Quien se atreva a erigirse en contestatario—sigue diciendo el autor—de la grandeza absoluta del ordenador se expone a ser clasificado entre... los estancados en el presente; entre esas gentes que vuelven a mascar durante el fin de la vida las bolas de goma mezcladas con los sabores extinguidos de la *belle époque*. Esta melancolía los lleva a añorar los tiempos en que Francia producía más quintales de trigo y de soldados por hectárea que cualquier otro país, los tiempos de las mujeres con velo y los niños en los parques; de los alabarderos y de los miriñaques, de la marina de vela y las cavernas en el pulmón...

Pero el autor no defiende ni ataca al ordenador, simplemente se ciñe a defender al hombre, sin acusar al ordenador, limitándose a denunciar los abusos y los malos usos del mismo. La máquina no es responsable, como no lo son el cuchillo, el cañón o el opio.

a) PRIMERA PARTE.—La titula el autor la «ayuda para la toma de decisiones». Los informáticos están plenamente de acuerdo que el principal papel del ordenador es el de servir de ayuda para la toma de decisiones. ROBERT LATTES resume la idea: la ayuda a la toma de decisiones es la puesta en práctica, a escala industrial, de numerosas técnicas—economía, sociología, psicología, investigación operativa, organización, prospectiva del futuro, *software*, *marketing*, etc.—para ayudar a los responsables, tanto en política, como en la administración y en los negocios, a tomar buenas decisiones, a ponerlas en práctica, y a controlar la ejecución de las acciones que supongan. He oído, y esto lo añado de mi cosecha, a un informático de primera fila europea, que la política llegará a estar dirigida por ordenadores...

El autor contesta a esta proposición diciendo que debe precisarse que la ambigua expresión «ayuda para la toma de decisiones» se aplica a la buena decisión, o mejor aún, a la decisión óptima. Es éste otro equívoco

que es preciso disipar: la ayuda para la toma de decisiones no es la ayuda que el hombre lleva al ordenador, sino la que el hombre espera del ordenador. La sutileza de esta distinción parece que se les escapa a muchos informáticos. Como no se puede resumir el papel de la informática en la ayuda para la toma de decisiones, tampoco se puede resumir en la informática el conjunto de factores que ayudan a tomar una decisión. Para tomar una decisión óptima será necesario contar no solamente con el dominio del *software*, la competencia del organizador y el dominio del arte del *management*, sino con los conocimientos del economista, la experiencia de los mejores dirigentes, una cierta cultura general y... mucha suerte.

Esta primera parte se divide en tres capítulos, con otros tantos epígrafes que en el limitado marco de esta recensión vamos a exprimir para tratar de dar su versión abreviada. Los tres capítulos se titulan «suficiencias e insuficiencias», la «ayuda a la indecisión» y «los futuros imposibles». En su desarrollo van surgiendo esas frases y esas críticas que el autor hace para mantener su tesis: el ordenador es superfluo y además, resulta a menudo insuficiente, pues solamente ejecuta siguiendo órdenes recibidas. La decisión pertenece al hombre, pues los ordenadores ahorran tareas repetitivas y rutinarias, pero nunca le sustituirán para tomar la menor opción. Ese elemento llamado imaginación, iniciativa e intuición del empresario, sólo lo puede y lo debe asumir el director de la empresa. Confiar a los ordenadores el cuidado de arreglar los problemas colectivos, cuyas consecuencias rebasan el dominio material, es cometer un delito de imprudencia. La lógica de las máquinas no conoce más que verdades estadísticas. Sin duda el ordenador, concluye el autor, siembra ideas nuevas en muchas disciplinas en barbecho, como la biología y la fisiología. Permite conocer mejor los procesos de decisión, pero apenas enseña al hombre los medios de definir con más seguridad sus opciones.

Las informaciones que el hombre llega a extraer de la máquina le conducen más a menudo a los callejones sin salida de la indecisión que a la vía del sentido único de la decisión. Los límites del ordenador son los hombres que los manejan. Sólo el hombre podría fiarse sin reserva de un ordenador, cuando los hechos sean datos objetivos y cuando la programación pudiera estar libre de toda norma, de toda evaluación, de toda intervención humana. Todo arbitraje es arbitrario. El ordenador no pasa de ser un balcón al que se asoman las gentes que razonan. La economía no es un río del que se pueda fijar el curso según datos de los geógrafos. Es un torrente con cauces y caudales caprichosos, en el que las fuentes, los afluentes, las desembocaduras varían según el ritmo de la lluvia y del buen tiempo. Hacer matemáticas, por hacer matemáticas es correr el riesgo de alejarse de lo real—y sin vuelta posible—, huir y traicionar al individuo.

b) *SEGUNDA PARTE*.—Lleva por título «mitos y límites». En el frontis de la portadilla que inicia esta segunda parte, se incluye un párrafo tomado de *Diebold Research Program, 1971*, en el que se dice «Lejos de simplificar la técnica o los negocios, el ordenador ha aumentado su complejidad a impuesto a los investigadores y a los directores una serie de servidumbres constantemente cambiantes. Se ha comprobado que la integración de un conjunto en un sistema que funciona sin problemas era mucho más difícil de lo que pensaban y aun de lo que soñaban los mismos fabricantes de ordenadores.»

Aunque esta parte lleve también capítulos, con temas muy sugestivos y frases muy acertadas, estimo que debo concretarme al tema del mito y destacar con el autor la idea de que los adolescentes han creído que las máquinas electrónicas iban muy pronto a liberarlos de los trabajos manuales o cerebrales que les cansan o agobian, pero el mito de la

gran mutación tecnológica toma simultáneamente dos direcciones. Siguiendo la primera, desnaturaliza el papel de los ordenadores, dotándoles de poderes mágicos, milagrosos o nefastos; según la segunda, exagera sistemáticamente sus capacidades.

Por otro lado, se hace necesario destacar el problema de los límites en el cual el autor va comparando la máquina con el cerebro. Creer en el poder autónomo de los «cerebros» electrónicos y temer que un día subyuguen al cerebro del hombre constituye un signo evidente de quiebra mental y una tomadura de pelo poco común. Es el hombre, y no lo que él inventa, lo que es preciso temer. Mientras que el cerebro funciona a veces como una máquina—desde luego no es éste su fuerte—, la máquina no puede ni un solo instante imitar la vida. En resumen, el ordenador aporta menos a la humanidad por sus analogías con el cerebro humano que por sus características específicas. Un hombre, sigue diciendo el autor, puede hacer todo lo que hace una máquina, pero en más tiempo. La afirmación inversa no será nunca verdadera. El idiota es autómatas, dice LA BRUYERE, es máquina, es resorte; el peso lo lleva, lo hace mover. Lo inverso no es verdad: el autómatas no puede ni siquiera ser idiota. En suma, en un conjunto electrónico no existe otro cerebro que el hombre, que lo concibe o lo programa. Lo propio del ser humano no es hacer cálculos; es saber que hace cálculos, y en la medida de lo posible, saber lo que significan.

A todas estas ideas añadido, por mi cuenta, una que se me antoja menos espectacular, pero más técnica. La forma en que el cerebro y la máquina reciben y transmiten. Mientras el cerebro lo hace en forma paralela y reproduce con simultaneidad, la máquina lo hace en serie y en ese mismo orden transmite.

Se examinan, por último, otros límites, como son los de la rentabilidad, respecto de la cual el autor dice que «la seguridad llega a comprometer la rentabilidad». Por respetable o por prohibitivo que sea el precio de un ordenador, es incomparablemente mayor el de su funcionamiento. En lo sucesivo, el Jefe de empresa mostrará menos interés por las proezas de sus ordenadores que por su rentabilidad. Por imperial que sea un águila, un día termina bajando de las alturas. Igualmente la limitación en orden a la llamada posibilidad de evitar el examen detenido, la clasificación y circulación de esa serie de documentos que obstaculizan las actividades humanas y el autor dice que, calculando por lo alto, sólo una centésima parte del papel estropeado por los terminales podría aprovecharse correctamente. La máquina, de otra parte, es superfrágil, ya que la máquina no equilibra la fragilidad del hombre: se añade a ella, si no es que la multiplica. Más frecuentes que los fraudes siguen siendo, sin embargo, los accidentes y los errores.

Concluye el autor este interesante tema, abordado en su segunda parte, señalando las cuatro esperanzas que los informáticos tienen puesta en la máquina: la traducción automática, los bancos de datos, la enseñanza programada y, más recientemente, la ayuda a la toma de decisiones. Pues bien, la más perfecta de las máquinas de traducir no puede distinguir entre el punto que marca el final de una frase, el punto que indica un decimal y el punto que señala una abreviatura. A pesar de todo, lo que la palabra «banco» sugiere de opulencia y de seguridad, los bancos de datos no han dotado todavía a las tecnoestructuras de los tableros de mandos con los que sueñan para controlar las gestiones, preparar las decisiones y prever lo previsible. Las famosas máquinas de enseñar apenas revolucionarán ni la enseñanza ni la pedagogía, mientras estén constituidas por textos impresos encajados en un engranaje. Sistema bastante primario: el alumno desencaja estas viñetas a medida que progresa en sus respuestas.

c) *TERCERA PARTE*.—Bajo el título «el hombre en peligro» se contiene esta tercera parte que comienza con frases alarmantes: la informática constituirá una gran empresa de eliminación del hombre por sí mismo, escribe FRIEDMAN, si éste asiste pasivamente a la abdicación de sí mismo, como un enterrador que se enterrara a sí mismo por negligencia. En general, no se toma la molestia de inhumarse: la sociedad se encarga de ello. Ciertamente se degrada al hombre cuando empuja una barcaza, transporta un fardo o se le utiliza como fuente de energía física. Pero ¿no se le degrada más cuando se le asigna una tarea puramente repetitiva que requiere menos de una millonésima parte de su capacidad intelectual?

El utensilio adquiere valor en función del uso que de él haga el hombre, y el hombre, por el uso que haga del utensilio. En los países donde más se desarrolla, la informática tiende a unificar los modos de vida. Es el aburrimiento creado por la uniformidad; la uniformidad del aburrimiento. Muchos humanistas temen que, al ser el único poseedor de la información, un grupo minoritario llegue a yugular la sociedad del futuro. Se equivocan: ya actualmente un puñado de individuos, a veces cualificados, subyuga la sociedad. La aptitud para dominar las calculadoras confiere un prestigio incalculable a los príncipes que «gobiernan a los gobernantes». La lógica de nuestros técnicos, salida de los moldes de sus calculadoras, no conoce sino verdades estadísticas: ignora los casos individuales. Ello significa que raramente actúa sobre lo concreto.

Para que el conjunto electrónico preste algún servicio, es preciso dotarle de un programa predeterminado y suministrarle todos los datos requeridos. El poder no está ya en los fusiles; está en la terminal de un ordenador. El sentido diabólico de la máquina no es nada, comparado con el conformismo de la sociedad. Si los hombres renuncian a las palabras como vehículo de pensamiento y se expresan en cifras, aceptarán sin reservas los tratamientos de los ordenadores. Mientras la informática fomenta en los ciudadanos la esperanza de una mayor participación en las decisiones que les atañen y de las que depende su porvenir, los instrumentos de la misma están acaparados por una minoría de técnicos que consolidan así su supremacía. Gracias al ordenador, la demagogia debía, así se creía, desaparecer en beneficio de la democracia: eso era subestimar la inteligencia de una oligarquía consciente y organizada.

Para ayudar a tomar una decisión, nunca es recomendable ejecutar cálculos rigurosos sobre datos faltos. Ordinariamente las informaciones útiles están tan diluidas en las inútiles, que el ordenador resulta nocivo. A fin de cuentas y de cuentos, ninguna máquina habrá hecho perder tanto tiempo al hombre como la que reacciona a la millonésima de segundo. Por otra parte, las averías o el sabotaje de un ordenador, tan fáciles de provocar, adquieren categoría de desastre.

El uso abusivo de un carnet de salud puede acarrear consecuencias molestas a los interesados. Difundidos sin discreción, ciertos ficheros de direcciones, cuya utilidad es indiscutible en el plano comercial, desencadenarían hordas de vendedores sobre nuestros domicilios. Mucho más que el timbre del teléfono—del que todo el mundo se queja, pero que nadie tiene el heroísmo de no responder—atenta contra nuestra vida privada una información total sobre la misma. La informática tiene el riesgo de atentar contra las libertades que pertenecen con todo derecho al ciudadano. Un ordenador universal, capaz de registrar todas las informaciones acerca de los ciudadanos, desde su nacimiento hasta su muerte, en todos los aspectos de su existencia—escolar, militar, médico, fiscal, profesional, penal—ciertamente conferiría a los que tuviesen acceso a él un potencial monstruoso de influencia, de coerción y de chantaje. ¿Bastaría para preservar las libertades individuales amenazadas por los ficheros automatizados una legislación apropiada y un código deontológico de

la profesión? Debería definirse con toda precisión la clase de personas responsables del uso de los ordenadores, las informaciones que en ellos se recogen, así como el procedimiento para rectificar las informaciones erróneas. Los poderes públicos deben informar a cada persona de los datos que se han recogido sobre él: comunicación obligatoria que debería hacerse con las informaciones que le atañen, consignadas en las memorias. Las peticiones presentadas por terceros para consultar el fichero deberían someterse de antemano al interesado. Quedaría asegurada la protección del ciudadano, si se impusiese un código deontológico a todo informático, analista o programador, que tuviera que conocer tales expedientes.

La automatización y la informática eliminan los «peones» de escoba y los «peones» de lapicero, pero parece inevitable que muy pronto una minoría de técnicos destacará sobre una masa de ciudadanos ajenos a las corrientes de la tecnología. No quedarán suprimidas las tareas «secundarias» fuente de tensión y monotonía. Aprender un lenguaje con una máquina es exponerse a tener que empezar de nuevo cuando cambia la máquina, o cuando cambia el lenguaje. Si estuviese controlado, el progreso tecnológico podría engendrar una democracia social; descontrolado, crea una segregación social. Inadaptados o poco entrenados para maniobrar sobre las arenas movedizas de la tecnología, muchos asalariados se quedan hundidos en una irreversible pasividad. El servicio de las unidades centrales exigirá siempre un personal muy especializado; en los terminales del mañana, por el contrario, podrá trabajar con éxito un personal menos cualificado.

La automatización elimina la mano de obra no cualificada, para reclutar unos técnicos a los que impone un trabajo en equipo y un reclaje permanente. Aprender a servirse de un ordenador, es aprender a servirle, para terminar siendo un siervo. Una revolución se alimenta de los revolucionarios, como una hoguera de leños. Voraz por definición, la revolución informática consumirá todo cuanto encuentra, después de haber quemado el bosque. Transitorio el fuego, eternas las cenizas. Nuestros romos talentos no descubrirán los confines de una nueva sociedad, a no ser que quemen sus naves para afrontar riesgos y asumir nuevas responsabilidades.

El autor concluye su trabajo con un epílogo en el que, analizados los pros y los contras de la máquina, no pronuncia un requiem para la misma, sino una oración por su buen uso. Creo que una de las frases más acertadas es aquella en la que dice que «Irreemplazable, la calculadora se impone en particular en las tareas administrativas, los sistemas de explotación en tiempo real, el cálculo científico, las ayudas a la gestión. Brevemente en toda tarea repetitiva. Pero, por precaución, se deberá proceder en cada caso a un verdadero análisis de valor».

Quiero concluir aquí esta recensión, en la que abreviadamente he querido reflejar algunos de los pensamientos que la obra contiene, pero al final me voy a quedar con esa frase de Paul Valéry que el autor stampa en alguno de sus capítulos: «Un hombre echa a suerte todas sus decisiones. Y no le va peor que a aquellos que reflexionan.»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

DERECHO FINANCIERO
Y HACIENDA PUBLICA

Marzo-abril

La pequeña y mediana empresa en el impuesto industrial, por Ramón Drake Drake, págs. 309 a 338.

La progresividad en la imposición directa italiana, por Aníbal Caro, páginas 339 a 368.

El usufructo y los impuestos sobre sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales, por Félix Benítez de Lugo, págs. 369 a 454.

La determinación de la base, en los préstamos garantizados con hipoteca, en el impuesto general sobre las transmisiones patrimoniales, por Julio Nieves Borrego, páginas 455 a 472.

La exposición de Diego Gardoqui de 13 de diciembre de 1973: un proyecto de arbitrios extraordinarios, por Juan Hernández Andreu, páginas 505 a 516.

REVISTA DE
DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio

La descentralización regional del urbanismo en Italia, por Giancarlo Mengoli, págs. 13 a 20.

Precisiones sobre urbanismo y Derecho urbanístico, por Adolfo Carrero Pérez, págs. 21 a 68.

El silencio administrativo en el otorgamiento de licencias de construcción, por María Blanca Blanquer Prat, págs. 69 a 109.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Mayo de 1974

Reflexiones retrospectivas en torno a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo, por Alfonso Pérez Gordo, págs. 418 a 428.

BOLETIN MINISTERIO
DE JUSTICIA

Julio de 1974

Algunas consideraciones sobre la citación al juicio oral del responsable civil subsidiario y sobre la notificación al mismo de la sentencia recaída en el proceso penal, por Antonio Perea Vallano, páginas 3 a 6.

ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Enero-marzo

La solidaridad catalana ante los ensayos de reforma local de Maura, por Miguel Marañón Barrio, páginas 9 a 37.

Sistemas de tarificación del servicio público de abastecimientos de agua. Análisis del caso español, por José Valles Ferrer, págs. 39 a 56.

«Necesidad de ocupación» e indefensión de los expropiados en la Administración Local, por Federico Romero Hernández, págs. 57 a 70.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Número 4

Reconocimientos y ejecución extrajudicial de sentencias en la comunidad hispano-luso-americana y filipina, por José Almagro Nosete, páginas 705 a 730.

Aproximación al estudio de la incidentalidad de las faltas en el proceso penal, por Manuel M. Gómez del Castillo Gómez-F., págs. 731 a 756.

Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal, por Faustino Gutiérrez Alviz Conradi, págs. 757 a 800.

La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código civil, por Andrés de la Oliva Santos, págs. 801 a 826.

Un tema jurídico ante el Concordato: «El recurso de fuerza en conciencia», por Santiago Panizo Orallo, págs. 827 a 872.

El reconocimiento y la ejecución en territorio español de las decisiones judiciales extranjeras en materias civiles o mercantiles, por Manuel Telo Alvarez, págs. 873 a 903.

REVISTA DE DERECHO JUDICIAL

Abril-diciembre de 1973

Las costas de la acusación particular en los procesos de urgencia, por Juan Montero Aroca, págs. 15 a 46.

El concepto del delito como pronóstico de no cooperación. Su reflejo en la Ley de la Peligrosidad Social de 1970, por José María Ordeig Fos, págs. 47 a 98.

El título ejecutivo en el accidente de tráfico. Para su validez es necesario que el auto judicial se expida con intervención del asegurador, por Juan José Lozano Lencina, págs. 99 a 103.

Los sistemas automáticos de información jurídica y la teleinformática, por Miguel López-Muñiz Goñi, páginas 104 a 115.

Posibles antecedentes de la premeditación en las legislaciones prerromanas, por Alejandro del Toro Marzal, págs. 116 a 143.

Estudios de organización administrativa, por Carlos Onecha Santa-maria, págs. 144 a 152.

REVISTA DE DERECHO CANONICO

Septiembre-diciembre de 1973

Fundamentación racional del monismo y pluralismo normativo en la Iglesia, por Benito Gangoito, O.P., páginas 553 a 572.

Función de la legislación especial en la Iglesia griega, por Jean Petritakis, págs. 573 a 580.

INFORMACION JURIDICA

Abril-junio 1973

El delito de acusación y denuncia falsas, por Antonio Millán Garrido, págs. 13 a 50.

La redención de penas por el trabajo en el marco del tratamiento penitenciario, por Francisco Bueno Arus, págs. 51 a 66.

Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa (una introducción al Derecho de lo contencioso-administrativo), parte IV, por Luis Fernando Martínez Ruiz, págs. 67 a 104.

Teoría y realidad administrativa, un ejemplo de aplicación del ordenamiento: El real Decreto de 18 de junio de 1852 (Bravo Murillo), parte III, por Carlos Carrasco Canals, págs. 105 a 124.

Los centros asistenciales ante la reclamación de las prestaciones sanitarias a víctimas de accidentes de circulación, por Fernando Gómez de Liaño y González, páginas 125 a 136.