

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX • Septiembre-October 1973 • Núm. 498

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

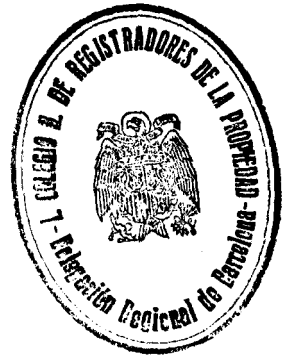
SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. 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 nota marginal", por RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA	1085
"Notas para una introducción al Derecho de Familia", por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	1105
"La llamada novación modificativa en el Derecho civil español", por ANGEL CRISTÓBAL-MONTES	1167

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	1221
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1237
2. Jurisprudencia fiscal, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1309
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1314

LIBROS:

"Estudios de Derecho Mercantil", de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1323
"Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica", de JOSÉ MARTÍN BLANCO, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	1328

LIBROS:

"El contrato bancario. Concepto funcional", de V. SANTOS, por FRANCISCO MESA MARTÍN	1333
"El carácter accesorio del Derecho de Hipoteca", de RICARDO SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1335
"Manual de Derecho Urbanístico", de FEDERICO SPANTIGATI, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	1339

REVISTAS	1347
------------------------	------

ESTUDIOS

La nota marginal

SUMARIO: *Introducción.—La nota marginal: su tratamiento por la doctrina.—Concepto de la nota marginal.—Clasificación de las notas marginales.—Circunstancias formales de las notas marginales.—Notas marginales preventivas o por suspensión de otras.—Cancelación de las notas marginales.—Su nulidad.—Efectos generales de la nota marginal.*

INTRODUCCION

Si observamos superficialmente los asientos registrales, veremos que son un conjunto de líneas escritas resultantes de la expresión gráfica del acto jurídico o del derecho preformado, redactadas mediante una concreción o síntesis del título, conforme a las prescripciones legales o reglamentarias. Pero sin perjuicio de esta unidad esencial, fácilmente se comprende que según sean las relaciones jurídicas inscribibles, según sean las operaciones registrales a que den lugar y según sea la finalidad de cada una de éstas, así ha de variar también la naturaleza y forma de los asientos que en el Registro de la Propiedad se practiquen.

Efectivamente, unas veces los asientos se refieren a la constitución y transmisión del dominio o derechos reales sobre inmuebles (*inscripción propiamente dicha*); otras, justifican registralmente la inexistencia real o extinción de estos derechos (*cancelación*); otras, la adquisición de derechos imperfectos, transitorios, o la protección a relaciones jurídicas o intereses privados dignos de tutela jurídica (*anotación preventiva*); otras, sirven para determinar la fecha de acceso del título al Registro, como acto trascendental para la aplicación de algunos de los principios del sistema (*asiento de presentación*), y otras, en fin, acreditan generalmente un hecho que produce una modificación en la posición o valor del derecho inscrito (nota marginal) (1).

(1) El artículo 41 del Reglamento Hipotecario dice que «en los libros de los Registros de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de asientos o

Carácter común de todas estas clases de asientos es la de referirse siempre a derechos subjetivos, puesto que en el Registro de la Propiedad rara vez tiene acceso el derecho objetivo. Cuando ello sucede es por excepción confirmadora de la regla general; lo que entra a raudales en el Registro son los derechos subjetivos encarnados en su sujeto, o sea, en el titular del derecho inscribible, pues tampoco se concibe normalmente un derecho subjetivo inscrito sin que aparezca su titular manifiesto en el Registro. En éste no se consignan, repito, normas jurídicas de carácter objetivo, sino que, basándose en su vigencia, se inscriben las facultades que corresponden a un titular determinado sobre objetos de derecho también determinados.

Y es que, a pesar de las impugnaciones fundamentales de algunos juristas, entre ellos DUGUIT, contra el «derecho subjetivo», aparece como verdad evidente el que resulta imposible pensar en cualquier derecho, sin pensar al momento, simultáneamente, en su titular. La diferenciación entre el derecho subjetivo (*facultas agendi*), como potestad de actuar de una persona, y el derecho objetivo (*norma agendi*), como ordenamiento legal regulador de la actuación social de la persona, subsiste en nuestros días y es indispensable como luz orientadora de todo análisis jurídico. El derecho subjetivo halla su apoyo, su protección y su garantía en el derecho objetivo, y éste, a su vez, crea aquél y se dicta para tutelarle, hacerle efectivo, limitarle o declararle caducado. Cuando el ordenamiento jurídico objetivo, la ley, establece limitaciones o impone obligaciones, siempre lo hace más o menos directamente en favor de alguien, y de ahí surge instantáneamente la figura jurídica del beneficiado, del sujeto del derecho, del titular o, si se quiere, siguiendo a IHERING, del «interés jurídicamente protegido». Por todo ello, la concepción del derecho subjetivo es imprescindible como guía segura en el estudio del Derecho Inmobiliario Registral, lo mismo que lo es en el Derecho Civil.

Otra nota común a la diversidad de asientos registrales, en razón a su propia naturaleza, es que todos ellos constituyen, en cierto modo, normas de carácter necesario, institucional. Esto es así, ya que parece evidente que los Registradores no pueden indistintamente y a su arbitrio verificar una u otra clase de asientos, sino que deberán forzosamente practicar para cada clase de derecho o de relación jurídica inscribible la que establece la Ley o el Reglamento Hipotecarios.

Hay que tener en cuenta, para apreciar la importancia de la forma de los asientos registrales, que están bajo la salvaguardia o tutela de los

inscripciones: asientos de presentación, inscripciones propiamente dichas, extensas y concisas, principales y de referencia; anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales».

Tribunales de justicia y surten todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos que establece la ley (2), aunque se hubieran practicado indebidamente.

LA NOTA MARGINAL: SU TRATAMIENTO POR LA DOCTRINA

El asiento de presentación, la inscripción, la anotación preventiva y la cancelación, por su mayor relieve e importancia y por estar regulados ampliamente en la Ley y en el Reglamento Hipotecarios, fueron objeto, desde los albores del sistema, de la atención preferente de la doctrina, que dedicó abundantes y completos estudios a clarificar su naturaleza, forma y contenido. Por el contrario, la nota marginal, debido a su menor entidad y a su escasez normativa, fue y es hoy día tratada parcamente, muy a la ligera.

En la actualidad, el asiento de nota marginal atraviesa una época de inflación; nunca como ahora se han practicado tantas notas marginales en los Registros de la Propiedad. Y es que la nueva legislación fiscal, la de propiedad horizontal, la de viviendas de protección oficial, la de expropiación forzosa, la de arrendamientos urbanos, etc., han ampliado sensiblemente el número de las notas marginales, al exigir por medio de ellas la constancia registral de numerosos supuestos jurídicos. Por eso creo conveniente estudiar esta clase de asiento registral.

Los primeros tratadistas hipotecarios no solían definir la nota marginal, y si lo hacían, daban una definición sintética atendiendo a su forma extrínseca. Así, GAYOSO definió las notas marginales como «asientos que se extienden al lado izquierdo de los principales a que se refieren, en el espacio a ello destinado en los libros».

Fue MORELL (3) el primero que, atendiendo a su forma y su fondo, las definió como «asientos accesorios, siempre en relación con el asiento principal a cuyo margen figuran. Unas veces sirven para relacionar las inscripciones, anotaciones y cancelaciones, unas con otras o con el título que las motiva. Otras veces tienen, en cierto modo, una existencia independiente, en cuanto acreditan el vencimiento de un plazo, la llegada de un término, el cumplimiento de una condición, la aceptación de un con-

(2) El párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria establece que: «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». El asiento inexacto puede ser objeto de rectificación o de cancelación.

(3) MORELL y TERRY: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo II, páginas 6 y sigs.

trato, la entrega del inmueble o derecho en un concepto determinado o el carácter que toman por ciertos actos, etc., pero siempre en relación con el asiento principal».

Después de esta prolija definición clasifica las notas marginales en dos grupos: las comunes y las especiales, exponiendo ejemplos de ambas clases.

Como decía, esta definición tiene el inconveniente de ser excesivamente descriptiva, pues al no encontrar caracteres diferenciales con otros asientos, quiere abarcar en su contenido toda la suerte de notas marginales que se practican en los Registros. En realidad, los únicos caracteres comunes de esta clase de asientos son: su accesoriedad, que MORELL resalta, y su sencillez, siendo muy difícil encontrar otros elementos comunes que las unifiquen en una definición breve y completa a la vez. En cuanto a la clasificación que establece de las notas marginales en comunes y especiales es, por el contrario, demasiado genérica. En estos dos grupos encasilla la variedad de notas marginales. Las que denomina notas comunes son las que después se han llamado notas marginales de oficina, y en las que llama especiales engloba no sólo a las de modificación jurídica, sino también a las sucedáneas de otros asientos e incluso a las preventivas, a que se refiere el artículo 163 del Reglamento Hipotecario; pero con esto parece que se demuestra la dificultad que encierra diferenciar entre sí estas clases de notas marginales.

GALINDO y ESCOSURA (4), sin intentar definir la nota marginal, dicen que además de los asientos principales de inscripción, anotación y cancelación que se extienden en los libros del Registro, pueden figurar en éste las notas marginales. Estas notas o son consecuencia necesaria de una inscripción o son independientes, aunque siempre relacionadas con las inscripciones o anotaciones a cuyo margen se extienden. Las del primer grupo, o sea, las dependientes como consecuencia necesaria de una inscripción, son las notas marginales conocidas hoy por notas marginales de oficina. Esto se deduce de los ejemplos que de esta clase de notas expone. Las del segundo grupo, o sea, las independientes, pero relacionadas con otros asientos principales, son todas las demás que pueden practicarse, a tenor del contenido de la Ley y del Reglamento Hipotecarios.

Como vemos, estos autores siguen destacando el principal denominador común de la nota marginal: su dependencia o accesoriedad respecto de otros asientos principales. Pero estableciendo dos grados: el de la entera dependencia (notas marginales de oficina) y el de relación (todas las demás que no sean de oficina).

(4) LEÓN GALINDO y RAFAEL ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Tomo II, págs. 840 y sigs.

FELICÍSIMO DE CASTRO (5), en su obra ajustada al programa de oposiciones a Notarías, contesta a la pregunta sobre el fondo y la forma de las notas marginales de esta manera: muchos asientos, que por su fondo constituyen inscripciones, anotaciones o cancelaciones, se han llevado a la forma especial de notas marginales. De otro orden y con fondo distinto existen otros grupos de notas marginales denominadas orgánicas, que tienen únicamente por fondo el poner en relación unos asientos con otros y sirven al adecuado funcionamiento del Registro.

Como vemos, es autor que no da una definición de la nota marginal y sigue a los anteriormente citados en cuanto a su clasificación, pues denomina notas marginales orgánicas a las que MORELL llamaba comunes; GALINDO y ESCOSURA, dependientes, como consecuencia necesaria de una inscripción, y en la actualidad se las conoce por notas marginales de oficina, y en el otro grupo engloba a todas las demás cuando, por lo que expone, sólo debería agrupar a las que hoy en día la doctrina conoce por el nombre de sucedáneas.

CAMPUZANO (6), en su obra ajustada también al programa de oposiciones a Notarías determinadas, no nos define la nota marginal; pero como respuesta a la pregunta sobre fondo y forma de la misma, dice que el fondo de todas las notas marginales está constituido por ser asientos accesorios que se relacionan con otro principal. Pero dentro de este concepto se destacan variantes muy significativas, que permiten distinguir tres grupos diferentes:

a) El constituido por aquellas notas marginales que si bien lo son en su forma, en cambio, por su fondo son verdaderos asientos principales, poniendo como ejemplo, entre otros, a la hipoteca a favor del Estado para asegurar el pago del Impuesto de Derechos Reales en caso de fraccionamiento del mismo.

b) Las que implican un cambio de posición en el derecho inscrito, como, por ejemplo, las que determinan el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas o el no cumplimiento de las rescisorias o resolutorias.

c) Las que relacionando unos asientos con otros procuran el orden en la buena marcha de la oficina.

Este autor supone un avance en el tratamiento de la nota marginal bastante considerable sobre los ya mencionados con anterioridad. Efectivamente, aunque no las defina, y esto no puede considerarse como

(5) FELICÍSIMO DE CASTRO: *Manual de Derecho Hipotecario*, págs. 35 y 36. Obra ajustada al programa de Notarías. Reus, 1928.

(6) FERNANDO CAMPUZANO HORMA: *Elementos de Derecho Hipotecario*. Tomo I, página 76.

defecto, señala la única característica común de todas ellas, o sea, la accesoriedad. Y se aparta de las clasificaciones dicotómicas y clásicas hasta entonces de los hipotecaristas precedentes estableciendo, por vez primera en la doctrina, tres clases distintas de notas marginales. En su primer grupo se encuentran las notas marginales sucedáneas; en el segundo, las llamadas notas marginales propiamente dichas o de modificación jurídica, y en el tercero, se hallan las de oficina, nombre abreviado posteriormente al que él denominó para la buena marcha de la oficina. Esta clasificación ternaria sigue vigente en el derecho y doctrina actuales, si bien pudiera formarse otro grupo con las llamadas preventivas o notas marginales por suspensión de otras.

CASSO (7) nos define la nota marginal como un breve asiento, generalmente accesorio, que se practica *a latere* (margen) de otro principal. Definición simple y formalista, en la que destaca la nota común de la accesoriedad sin más complicaciones. Y siguiendo la nueva pauta de clasificación ternaria establece tres grupos diferentes de notas:

- a) Notas marginales impropias o equivalentes a asientos principales (las llamadas sucedáneas).
- b) Preventivas o modificativas. Las primeras son las defectivas de otras, y las modificativas, las típicas o propiamente dichas. En realidad, este grupo es doble, por lo que si separamos sus dos componentes tendríamos cuatro tipos distintos de notas.
- c) Rogadas o de oficio.

ROCA SASTRE (8) es el primer hipotecarista que da una definición completa y no formalista de la nota marginal. Dice que es un asiento, en general, accesorio, definitivo y positivo, que se extiende al margen de otros asientos y cuyo objeto es: consignar un hecho que modifica un derecho registrado; hacer las veces de una inscripción, anotación preventiva o cancelación, o facilitar la mecánica del Registro.

Su propia definición incluye ya las tres clases de notas marginales que después establece y que son:

- a) Las notas marginales de oficina.
- b) Las sucedáneas o equivalentes a asientos de inscripción, anotación preventiva o cancelación.
- c) Las notas de modificación jurídica o propiamente dichas.

(7) IGNACIO DE CASSO y ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, págs. 152 y sigs.

(8) ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo III, págs. 5 y siguientes.

En la definición de ROCA destacan como características generales de las notas: la accesoriedad, el ser definitivas y el ser positivas. Así como la accesoriedad de la nota marginal es incuestionable, no parece tan seguro su carácter definitivo, ya que existen las llamadas notas preventivas o por suspensión de otras, que son provisionales, de vigencia determinada, pues caducan a los sesenta días o se convierten en notas definitivas; claro que esto podría ser considerado como patología de la nota marginal. En cuanto a su carácter positivo también parece inseguro, ya que las notas marginales sucedáneas de cancelaciones tienen indudablemente carácter o contenido negativo.

En cuanto a la clasificación de las notas marginales que nos da ROCA SASTRE, podemos observar que deja fuera de ella a las notas marginales preventivas o por suspensión de otras y las trata posteriormente en epígrafe independiente.

LACRUZ BERDEJO (9) trata la nota marginal sin definirla, pero apunta una nueva y original característica de la misma, al decir que existe *numerus clausus* de notas: no se pueden practicar sino las expresamente previstas por la ley, la cual no da regla general alguna y ordena la extensión de notas marginales en casos particulares y específicos. Distingue tres tipos de notas:

a) Las que dan fe de un acontecimiento que impulsa o determina un cambio real, como las que consignan condiciones de los derechos inscritos. Son las llamadas de modificación jurídica o notas propiamente dichas.

b) Las que recogen contenidos que si bien habrían de revestir normalmente la figura de una inscripción, sin embargo, por definición expresa de la ley pueden ser vertidos en esta más simple forma de nota marginal, como, por ejemplo, la concreción de legítimas forales. Son las denominadas sucedáneas.

c) Las de oficina, como las notas al margen del asiento de presentación, las de agrupación de fincas, etc.

La afirmación de LACRUZ BERDEJO de que en las notas marginales existe el *numerus clausus* no parece muy de acuerdo con la realidad legal, ya que aun reconociendo que la Ley y Reglamento Hipotecarios determinan en ciertos casos la extensión de las mismas, deja el portillo abierto para que el Registrador extienda, sobre todo tratándose de notas marginales de oficina, las que crea necesarias. Y es que, como nos decía BERAUD y LEZON, no podía ni debía el Reglamento, sin caer en un casuis-

(9) LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 323.

mo indefinido, descender a todas y cada una de las diversas modalidades de notas (10). De otra parte, el gran número de leyes actuales, relacionadas con el Registro de la Propiedad, que imponen la práctica de diversas clases de notas marginales, no reguladas en la Ley o Reglamento Hipotecarios, amplían de modo notable el número de ellas, pareciendo, por el contrario, que haya un *numerus apertus* (11).

Además, parece ser que en Derecho Inmobiliario se habla de *numerus clausus* o de *numerus apertus*, en cuanto hacen referencia a la creación de nuevos tipos de derechos reales, pero no en cuanto a la forma registral de esos derechos y menos aún tratándose de un asiento accesorio a la vez que complejo, como es la nota marginal. Pero en rigor, así como el derecho de obligaciones es de carácter voluntario, permisivo, y la voluntad de las partes tiene un valor predominante, el derecho de cosas y, por consiguiente, los derechos reales, son de carácter necesario o absoluto, coactivo, y en ellos la voluntad actúa en campos muy acotados y restringidos, porque en los negocios reales se halla directamente interesada la sociedad entera, por lo que tampoco se debiera plantear este dilema. Con razón decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ que los derechos reales son, en cierto modo, moneda acuñada, cuyo peso no debe dejarse al arbitrio de los contratantes. Hoy en día también gran parte de los derechos obligacionales entran en esta corriente y muchos contratos—arriendos, trabajo, transporte, etc.—se hallan estereotipados en los cuerpos legales y se deja escaso margen de desenvolvimiento a la iniciativa y libertad de las partes contratantes.

Nuestra legislación hipotecaria se inclina, en el artículo 7 del Reglamento, al *numerus apertus* en cuanto a la creación de nuevos tipos de derechos reales; pero de hecho, en la práctica su realización no es nada sencilla, porque el intento de configurar nuevos tipos de derecho real tropieza con las dificultades, a veces insuperables, que opone la técnica jurídica. La misma jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado pone de relieve los obstáculos técnicos con que tropieza la inventiva de dar vida registral a nuevas figuras de derecho real. Pero sigamos con nuestro tema.

(10) BERAUD y LEZÓN: *Tratado de Derecho Inmobiliario*, tomo I, Reus, 1929.

(11) La facultad que atribuyo al Registrador para practicar a su buen criterio las notas marginales de oficina está reconocida por toda la doctrina. Véanse estos párrafos del trabajo póstumo de mi padre, RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, titulado *La confusión de derechos en el ámbito registral*: «... Si el titular de la opción adquiere por compra la propiedad de la finca sobre que recae, lo que realmente sucede es que se ha ejercitado y consumado su derecho y queda *ipso facto* e *ipso jure* extinguido sin necesidad de cancelación formal expresa, aunque *para la mejor claridad del Registro pueda ser conveniente extender una nota de referencia al margen de la inscripción de aquel derecho de adquisición...*»

No quiero terminar esta rápida ojeada a la doctrina sin citar a TIRSO CARRETERO (12), que con su fino sentido jurídico nos dice que cuando los autores de derecho hipotecario se enfrentan con el concepto de nota marginal adoptan una de estas dos posturas:

Estimar imposible dar una definición propiamente dicha (esencial) y suficientemente comprensiva de esta clase de asientos... Así, LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, que no intenta una tipificación de sus caracteres generales más allá del lugar de los libros donde se extienden su sencillez y su relación con otro asiento. En cambio, aventura una nota diferencial importante respecto de los restantes asientos: estar sometidos al *numerus clausus*.

Dar una definición descriptiva de sus caracteres y fines, como hace ROCA SASTRE.

Respecto a la afirmación de LACRUZ de que hay *numerus clausus* en las notas marginales, nos dice que, en principio, parece exacta, pero no debe llevarse a sus últimas consecuencias. Ya hemos dejado expuesto nuestro criterio anteriormente, por lo que basta decir que no hay que confundir el *numerus clausus* con las normas de carácter necesario, que obligan al Registrador a practicar para cada clase de derecho el asiento establecido por la ley, si así lo determina, y dejando al buen criterio del Registrador la práctica del asiento preciso en los casos no regulados.

Después TIRSO CARRETERO critica la definición que de la nota marginal expone ROCA SASTRE diciendo que sólo la estadística podría probar que dichas notas sean, en general, accesorias, definitivas y de contenido positivo. Por mi parte, creo que la accesoriedad es de carácter innegable y fundamental; por el contrario, los caracteres de definitivas y positivas pueden ser discutidos, ya que hay notas provisionales y negativas. Capta muy bien la sutil diferencia existente entre las notas de modificación jurídica o propiamente dichas y las sucedáneas, al decir que el deslinde entre estas dos clases de notas se mueve peligrosamente entre lo imposible y lo caprichoso, puesto que es muy difícil su diferenciación. Quizá sea LACRUZ BERDEJO quien mejor haya diferenciado estas dos clases de notas marginales al decir que las primeras (las de modificación jurídica) son las que determinan un cambio real en los derechos inscritos, que por sí mismo no constituye un acto inscribible, y las segundas (las sucedáneas) son las destinadas a recoger contenidos, que si bien habrían de revestir normalmente la forma o la figura de una

(12) TIRSO CARRETERO GARCÍA, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 478 del año 1970, págs. 780 y sigs.

(13) BERAUD y LEZÓN: *Tratado de Derecho Inmobiliario*, tomo I, pág. 69, Reus, 1927.

inscripción, sin embargo, por disposición expresa de la ley, pueden ser vertidas en forma más simple de nota marginal.

CONCEPTO DE LA NOTA MARGINAL

Después de este somero repaso a la doctrina sobre la nota marginal y fijándonos en las características más destacadas por los diversos autores, se podría definir la nota marginal, en sentido lato, diciendo que es una forma registral breve y sencilla, compleja, sin embargo, en cuanto a su contenido, cuyo rasgo común, característico y diferencial es el de la *accesoriedad*, puesto que cualquiera que sea su especie y finalidad, es siempre accesoria de otro asiento principal, con el que se relaciona en vínculo de subordinación y dependencia.

Formalmente es fácil diferenciar este asiento de los demás que se practican en el Registro de la Propiedad. Aparte sus menores solemnidades (en su redacción pueden emplearse guarismos y siempre se autorizan con media firma (14)), su emplazamiento en el folio registral la separa netamente de los restantes asientos. En efecto, todo folio, ya sea de los libros principales o de inscripciones o del diario de operaciones, se halla dividido en dos partes desiguales: la de la derecha, bastante más ancha, reservada para los asientos principales, y la de la izquierda, más estrecha, para las notas, que por resultar al margen de aquellos asientos reciben la denominación genérica de *marginales* (arts. 365 y 366 del Reglamento Hipotecario).

Sustantivamente, es más difícil precisar las características diferenciales, ya que hay notas—prescindiendo de las puramente mecánicas o de oficina—que cumplen el oficio de inscripciones; otras, el de anotaciones, y otras, en fin, el de cancelaciones. Hay notas que declaran subsistentes o modifican las relaciones jurídicas registrales; otras, garantizan sus efectos futuros o establecen afecciones reales en seguridad de derechos de distinta naturaleza; otras, declaran extinguidas las relaciones jurídicas o cancelados los asientos que las tutelaban; otras, en fin, acreditan entregas dinerarias de los derechos inscritos o justifican el cumplimiento de requisitos hipotecarios. Por ello, el carácter diferencial sustantivo no puede ser otro que el de su accesoriedad, porque la nota no tiene existencia independiente y separada; no puede haber una nota marginal sin asiento principal al que se refiera; la historia registral de

(14) El artículo 373, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario establece que podrán autorizarse con media firma las notas marginales de cualquier clase, y el artículo 375 determina que las cantidades, números y fechas se harán constar en las notas marginales con guarismos.

una finca o derecho no puede comenzar por una nota, sino que ésta ha de adjuntarse siempre a otro asiento, con el que debe guardar obligada conexión, ya sea de forma, ya de fondo.

En cuanto a las notas marginales de oficina, como pueden ser las del diario de operaciones, relacionan cada asiento de presentación con las operaciones registrales a que ha dado lugar, indicando que se han practicado o que han sido suspendidas o denegadas, y otras veces afectan a la vida misma del asiento, prorrogando su vigencia o declarando su caducidad y cancelación. Son, pues, notas de mecánica interna del Registro, ajenas a las relaciones jurídicas que tienen acceso al mismo.

Las notas marginales de los libros de inscripciones, en cambio, tienen un ámbito de extraordinaria amplitud, porque si bien las hay de simple mecánica o de oficina, como, por ejemplo, las que indican que una finca pasa a agruparse con otra y expresan el folio y tomo de la inscripción de agrupación, hay otras que se refieren a los elementos accesorios de la relación jurídica (plazo, condición, modo) acreditando su cumplimiento o incumplimiento (15) con las trascendentales consecuencias jurídicas que ello supone, hacen constar hechos o circunstancias extrarregistrales de repercusión notoria en el desarrollo de las relaciones jurídicas inscritas o anotadas, sujetan determinadas fincas o derechos a afecciones reales en favor del Estado o de Ayuntamientos o declaran la caducidad, ya de la misma relación jurídica inmobiliaria, ya del asiento que la expresa. Por tal razón, aunque la nota marginal sea un asiento de «menor cuantía», reviste gran importancia en la técnica registral y son cada día más las operaciones de esta índole que por disposición expresa de las leyes revisten dicha forma. A vía de ejemplo, recuérdese el artículo 15 del Texto Refundido del Impuesto sobre la Transmisiones Patrimoniales y la legislación de Viviendas de Protección Oficial.

CLASIFICACION DE LAS NOTAS MARGINALES

Por lo variado de su contenido y por la falta de un criterio riguroso legal determinante de cuándo debe formalizarse una operación registral por nota o por asiento principal e incluso por la arbitrariedad con que algunas disposiciones han dado forma de nota a lo que debiera constituir una anotación o una cancelación, resultan muy numerosas las clasificaciones que suelen hacerse de las notas marginales, cuyo número es también considerable.

Ya hemos visto las clasificaciones que nos dan los autores citados,

(15) Son las típicas de los artículos 23 de la Ley y 56 y 58 de su Reglamento.

la mayoría de los cuales hacen después una enumeración de las notas marginales existentes; empeño vano, pues raramente será exhaustiva. También se ha dicho, siguiendo a TIRSO CARRETERO, que es muy difícil deslindar el campo entre las diversas clases de ellas. Pero aun con todo, en un intento de sistematizarlas, podría hablarse de las siguientes clases:

A) Atendiendo a los asientos a que se refieren pueden ser:

1) *Notas marginales de asientos preparatorios*, que se extienden en el diario de operaciones.

2) *Notas marginales de asientos principales*, que se extienden en los libros de inscripciones, al margen de las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones.

B) Atendiendo a los textos legales, Ley y Reglamento Hipotecarios, se pueden encontrar las siguientes clases:

1) *Notas marginales de oficina o mecánicas*, como, por ejemplo, las que menciona el artículo 195 del Reglamento Hipotecario.

2) *Notas marginales de modificación jurídica* o propiamente dichas, como son las que determina el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento.

3) *Notas marginales sucedáneas*, como las que determina el artículo 88 del Reglamento Hipotecario. La diferencia entre las de este grupo y las del anterior es, como se ha dicho, de muy difícil logro, pero ambas clases son evidentes en los textos legales.

4) *Notas marginales preventivas* o por suspensión de otras, que se regulan en el artículo 163 del Reglamento. Esta clase puede considerarse también como una subespecie de las de modificación jurídica, pues por disposición reglamentaria sólo se dan en sustitución de dichas notas marginales.

C) Atendiendo a su naturaleza se pueden clasificar en:

1) *Materiales*, si se refieren directamente a las relaciones jurídicas comprendidas en los asientos adjuntos.

2) *Formales*, si se refieren tan sólo a dichos asientos y no a las relaciones jurídicas.

Las notas materiales comprenden las de modificación jurídica, las sucedáneas y las preventivas o por suspensión de otras; las formales sólo son las de oficina. Ya que las primeras son propiamente sustantivas, jurídicas y de origen extrarregistral, y las segundas son mecánicas, adjetivas y de régimen registral interno.

D) Por su origen pueden ser:

- 1) *Convencionales*, que son las solicitadas por los interesados.
- 2) *Judiciales o gubernativas* u ordenadas por los jueces y Tribunales o por las autoridades administrativas.
- 3) *De oficio*, cuando se extienden espontáneamente por el Registrador.

Las notas formales son siempre de oficio.

E) Por su duración, y con esta clasificación se pone de relieve que la nota marginal no es tan positiva como pueda pensarse, se dividen en:

- 1) *Definitivas* o de duración ilimitada.
- 2) *Provisionales* o de vigencia determinada, como son las notas preventivas o por suspensión de otras.

F) Por su extensión: *extensas* y *concisas*, según expresen mayor o menor número de circunstancias, como sucede con los asientos principales.

Y, finalmente, puede hablarse también de notas *reglamentarias* y de notas *legales*, según su extensión sea ordenada por el Reglamento y por la Ley, y aun de notas comprendidas en leyes especiales; de notas *ratificativas*, *modificativas*, *de prórroga* y *cancelatorias*, según que confirmen la eficacia del asiento, la modifiquen, la prorroguen o la extingan.

Conviene no olvidar que algunas de las notas marginales establecidas por el legislador son verdaderas anotaciones preventivas o verdaderas cancelaciones, que por razones de economía, de simplificación o por su índole transitoria han sido revestidas de tal forma abreviada y menos solemne.

CIRCUNSTANCIAS FORMALES DE LAS NOTAS MARGINALES

No hay precepto legal ni reglamentario que determine de modo general las circunstancias que las notas deben contener; sin embargo, el Reglamento contiene en los modelos anexos, números I, III, IV, VIII, IX, X, XVIII, XIX y XX, diversas clases de notas marginales relativas, respectivamente, a las del asiento de presentación, de cancelación de menciones y anotaciones caducadas, de publicación de edicto en la inmatriculación, de referencia a la cancelación de inscripciones de hipoteca, de aceptación de hipoteca unilateral, de constatación de la cualidad de reservable de la finca, de otras notas al margen del asiento de presen-

tación, de cumplimiento de condiciones inscritas y de entrega de bienes dotales o parafernales. Estos modelos de notas deben servir de pauta para la extensión de las notas de este tipo.

Sin embargo, en algunos artículos reglamentarios, y con referencia a cierta clase de notas, se especifican sus circunstancias propias. El más genérico de los preceptos reglamentarios es el del artículo 56, que refiriéndose a las notas para hacer constar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas y el incumplimiento de las resolutorias (artículo 23 de la Ley), dispone que dichas notas expresen el hecho que se trate de acreditar, el nombre y apellidos de la persona o personas que lo hubieren realizado, el documento en virtud del cual se extienda, el pago o la exención del impuesto, la referencia al asiento de presentación del indicado documento, fecha y media firma. Como se ve, esta nota constituye un verdadero asiento y sus circunstancias son bastante completas.

Por todo ello, la regla que comúnmente se debe observar es la de atenerse a las formalidades exigidas por los preceptos reglamentarios y los modelos oficiales cuando existan, y respecto a aquellas notas no modeladas expresamente, dejar al arbitrio y buen juicio del funcionario la expresión de sus circunstancias, que, por lo menos, habrán de ser relativas al hecho u omisión que se haya de acreditar, a las personas que intervinieron, el documento en que consten con indicación de su fecha y funcionario autorizante o expedidor, a la presentación en el Registro, a la fecha de la nota y a la firma de ésta, que es sólo, como sabemos, media firma, por analogía con el contenido del artículo 56 del Reglamento.

Claro que lo que antecede es de aplicación a las notas marginales de modificación jurídica, a las sucedáneas y a las preventivas, porque en cuanto a las notas de oficina o mecánicas ha de bastar la indicación precisa de la relación de unos asientos con otros o de su caducidad y la fecha en que se extiendan.

NOTAS MARGINALES PREVENTIVAS O POR SUSPENSION DE OTRAS

Del mismo modo que los títulos que producen la inscripción, la anotación o la cancelación pueden tener defectos que impidan la práctica de dichas operaciones, y en lugar de las mismas debe tomarse anotación por defectos, anotación de suspensión o cancelación preventiva, respectivamente, los títulos que den lugar a la extensión de notas marginales materiales (no a las de oficina simplemente) pueden contener tam-

bién defectos que impidan la extensión de la nota y en tal caso procede extender una nota marginal *preventiva*.

El Reglamento, recogiendo esta doctrina (16), dice que si pedida una nota marginal que implique adquisición, modificación o extinción de derechos inscritos, cuando no deba verificarse inscripción o anotación, no pudiera efectuarse por algún defecto subsanable, deberá extenderse, a petición de parte interesada, nota marginal preventiva, que expresará el contenido del documento presentado, el objeto de la presentación, la circunstancia de haberse suspendido aquélla y los motivos de la suspensión. Estas notas caducarán a los sesenta días de su fecha, plazo prorrogable hasta ciento ochenta días por justa causa y en virtud de providencia judicial.

Estas notas surten, respecto a la nota suspendida, los mismos efectos que la anotación preventiva por defectos respecto a la inscripción suspendida, o sea, aseguran preventivamente respecto a tercero y por el tiempo de su vigencia los efectos que la nota suspendida hubiere de producir.

Las notas preventivas sólo pueden extenderse por defectos de titulación, no por falta de inscripción, pues si no hay asiento principal a que la nota se refiera, tampoco puede haber asiento accesorio. Y no pueden referirse a las notas de oficina extendidas de oficio, porque para su extensión no puede haber defecto, y si lo hay, será de la propia nota por error del Registrador, y entonces procede o su cancelación—si se puso indebidamente al margen de un asiento distinto—o su rectificación—si contiene errores de referencia.

CANCELACION DE LAS NOTAS MARGINALES

Ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento sientan una teoría general sobre la cancelación de las notas marginales. Sus respectivos títulos cuartos se denominan «De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas», por lo que su cancelación habrá que referirla a la general para esa clase de asientos en lo que pueda ser aplicable. Por ello suelen plantearse en los Registros de la Propiedad problemas respecto a la vigencia de ciertas notas marginales. Por ejemplo, las notas que acreditan la expedición de la certificación de cargas en los procedimientos ejecutivos y de efectos tan importantes, quedan extinguidas al cancelarse la hipoteca o el embargo, por haberse consumado el procedimiento con la adjudicación o venta de la finca embargada o hipotecada; pero si el

(16) En el artículo 163 del Reglamento Hipotecario.

procedimiento no llega a su final por cualquier circunstancia (convenio, desistimiento, transacción, etc.) y no es cancelado el asiento que garantiza el crédito, la nota queda vigente sin que proceda su cancelación, al no existir en la Ley o en el Reglamento precepto que ordene su caducidad o su cancelación, con la consiguiente inseguridad en el tráfico jurídico de la finca o derecho. Lo mismo puede decirse de otros tipos de notas; así, pues, sería conveniente una regulación reglamentaria de estas deficiencias.

Sustantivamente, las notas marginales deben cancelarse cuando haya dejado de existir la razón o el motivo que las produjo, cosa no siempre fácil de acreditar, y, en general, cuando los interesados lo consientan o los Tribunales o autoridades gubernativas lo decreten. También deberán cancelarse por razón de su nulidad, mejor dicho, por la nulidad del título que las produjo o por razón de la nulidad del asiento principal a que se refieran.

Formalmente no existe nulidad, ya que no hay disposición expresa que exija sus requisitos bajo pena de nulidad, y en este punto hay que interpretar las disposiciones legales o reglamentarias dictadas para otros asientos en sentido restrictivo.

Las notas marginales de oficina únicamente se cancelarán si son incongruentes, es decir, si se han extendido en lugar indebido, sin guardar la natural congruencia con el asiento principal adjunto, o si son erróneas y se rectifican.

La cancelación siempre se practica mediante otra nota marginal (17), que puede ser de oficio o nota de oficina, aun para la cancelación de las notas que impliquen adquisición o extinción de derechos, sucedáneas o preventivas, cuando tiene lugar por caducidad.

NULIDAD DE LAS NOTAS MARGINALES

Tratar concretamente de la nulidad de la nota marginal es algo arriesgado, puesto que la Ley Hipotecaria no da reglas sobre esta materia y apenas si se suple su silencio el Reglamento.

Como en algunos artículos del Reglamento, que ya se han mencionado, se expresan las circunstancias que algunas notas deben contener,

(17) El artículo 189 del Reglamento dispone: «Las notas marginales que consignen circunstancias o hechos que impliquen adquisición, modificación o extinción de los derechos inscritos se cancelarán por medio de otra nota marginal, extendida lo más cerca posible de la nota que se cancele.» Como se observa, sólo trata de las cancelaciones de las notas marginales sustantivas, no de las de oficina, cuya cancelación sólo se lleva a efecto por incongruencia.

puede hablarse de defectos formales; ahora bien, el problema estriba en averiguar cuándo éstos darán lugar a la nulidad. Lo único que cabe decir, como ya opinó BARRACHINA, es que serán nulas aquellas notas marginales que no han debido practicarse o que se han practicado indebidamente o cuando se hacen tan deficientemente que no cumplen su cometido. Un buen criterio jurídico, ilustrado con el ejercicio profesional, llena los vacíos en este respecto de la legislación hipotecaria.

Como regla general, podría afirmarse que los defectos formales de las notas marginales revestirán más bien el carácter de errores materiales de concepto, que pueden ser rectificadas sin necesidad de procedimiento judicial. La rectificación de las notas marginales, lo mismo que su cancelación, se extenderá lo más cerca posible de las rectificadas. Sin embargo, puede haber casos en que las notas marginales, si se han extendido indebidamente, no con simple error material, sino por error jurídico, solamente por los Tribunales pueden ser declaradas nulas, y mientras subsistan, aunque indebidamente practicadas, producen sus efectos, como se desprende de la legislación hipotecaria y lo tiene declarado la jurisprudencia de la Dirección General en varias resoluciones, de las que se puede citar, por su antigüedad, la de 21 de noviembre de 1917.

Declarada la nulidad de una nota marginal, se cancelará y en su lugar se practicará la que corresponda con arreglo a la ley. Además, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 318 del Reglamento Hipotecario, se extenderá al margen del asiento equivocado (en el caso de la nota marginal, lo más cerca posible) referencia bastante al nuevo asiento, cruzándose el anulado con tinta de color distinto.

En cuanto al fondo, también las notas marginales pueden ser nulas por vicio del acto jurídico a que se refieran. Claro que únicamente las notas propiamente dichas, pues las puramente mecánicas o de oficina, practicadas generalmente de oficio, no pueden adolecer de esa nulidad. Declarada la nulidad del acto jurídico que dio origen a la nota, en virtud de fallo judicial o administrativo, en algunos casos, la nota se cancelará, surtiendo efectos la cancelación respecto de tercero desde su fecha o desde la anotación de la demanda respectiva.

Tal es la doctrina que puede presumirse como racional, deducida de la general de la ley en punto a inscripciones y anotaciones, teniendo en cuenta, además, la gran variedad de este asiento de nota marginal, que complica su analogía.

EFECTOS GENERALES DE LA NOTA

Poco puede decirse sobre efectos generales de las notas marginales, ya que cada nota produce efectos distintos, según su especial naturaleza y propia finalidad.

Desde luego, las notas mecánicas o de oficina, practicadas generalmente de oficio, no producen más efecto que el de relacionar unos asientos con otros o procurar el orden en la mecánica interna del Registro. No producen efectos jurídicos de ninguna clase.

En cambio, las demás notas producen efectos jurídicos muy variados, poco propicios a síntesis. Basta recordar que alguna de ellas son solamente notas por su forma externa, pero por el fondo son verdaderas anotaciones o cancelaciones y aun a veces, como las que se refieren a ciertas afecciones reales en favor del Estado, equivalen a verdaderas inscripciones. En estos casos producen los efectos de los asientos a los que sustituyen.

En términos generales, puede decirse que el hecho que se constata mediante una nota marginal perjudica a tercero, en el sentido de que si son causa de nulidad o de rescisión o resolución del derecho de éste, su contenido acredita la constancia explícita en el Registro de las causas determinantes de la nulidad, rescisión o resolución. Por el contrario, pueden favorecerle si el hecho o circunstancia que acreditan determina el perfeccionamiento, consumación o ampliación del derecho inscrito.

Como las notas no pueden acreditar por sí solas una transferencia de dominio o derechos reales, no les es aplicable el artículo 17 ni tampoco el 20 de la Ley Hipotecaria, porque no confieren titularidad registral transmisible, ni se les puede aplicar el principio de tracto sucesivo. Ahora bien, en cuanto influyen en el derecho inscrito, en el asiento principal a que se refieren, pueden dar lugar a que éste goce de las prerrogativas del sistema, como, por ejemplo, cuando acreditan el cumplimiento de condiciones suspensivas.

Las notas que afectan al derecho inscrito determinan una modificación en su posición jurídica, esencial o accidental; si acreditan el cumplimiento de condiciones suspensivas, hacen definitiva la adquisición del derecho condicional, y si el incumplimiento de condiciones resolutorias, hacen perfecta e irrevocable la adquisición de dicho derecho; si prueban el pago del precio aplazado, liberan al tercero que adquiera después el inmueble o derecho de cualquier responsabilidad que la falta de pago pudiera determinar, etc.

Son, en suma, medios supletorios de publicidad complementaria del

asiento principal. No producen ni pueden producir efectos sustantivos propios, ni por sí solos legitiman o hacen irrevocable ningún derecho; pero determinan frecuentemente que los derechos inscritos a los que se refieren puedan disfrutar de los beneficios del sistema y producir plena efectividad registral, y en este sentido puede afirmarse que contribuyen de modo inmediato a que el derecho al que se refieren produzca los efectos propios de la inscripción.

RAMÓN DE LA RICA Y MARITORENA
Registrador de la Propiedad

Notas para una introducción al Derecho de Familia

SUMARIO: I) *Generalidades.*—II) *El Derecho de Familia y la suprema distinción del Derecho en público y privado: sentido histórico de la misma.*—III) *La distinción en el ordenamiento jurídico actual.*—IV) *Caracteres del Derecho de Familia en las codificaciones burguesas del siglo XIX:* 1) El puesto modesto del Derecho en la regulación de la vida familiar. 2) La mínima intervención del Estado en la vida familiar. 3) El acusado individualismo de las instituciones familiares. 4) El prejuicio legislativo de regular las relaciones patrimoniales con preferencia a las personales.—V) *Orígenes de la concepción iuspublicista del Derecho de Familia: doctrina de Antonio Cicu.*—VI) *La publicización del Derecho de Familia en las legislaciones y doctrinas extranjeras:* 1) Legislación familiar fascista. 2) Legislación familiar nacionalsocialista. 3) Legislación familiar soviética y de las democracias populares. 4) Legislaciones y doctrinas jurídicas familiares occidentales: «publicización» y «privatización» del Derecho de Familia. 5) Conclusiones.—VII) *Opinión de los autores españoles acerca del puesto sistemático del Derecho de Familia en la distinción Derecho Público-Derecho Privado.*—VIII) *Opinión propia al respecto: Derecho Privado Familiar, Derecho Administrativo Familiar y Derecho Jurisdiccional Familiar.*—IX) *Autonomía del Derecho de Familia:* A) Derecho Privado Familiar. B) Derecho Administrativo Familiar. C) Derecho Jurisdiccional Familiar.—X) *Metodología para el estudio del Derecho de Familia: la concepción tridimensional del Derecho aplicada al Derecho de Familia.*—XI) *Sistematización científica y legislativa del Derecho Privado Familiar:* A) Autores extranjeros. B) Códigos extranjeros: 1) Código civil francés de 1804. 2) Código civil alemán de 1896. 3) Código civil suizo de 1907. 4) Código civil italiano de 1942. 5) Código civil portugués de 1966.—XII) *Sistemática y contenido del Derecho de Familia en la doctrina patria y en el Código civil:* A) Autores patrios. B) El Código civil: su crítica.—XIII) Conclusiones.

I. GENERALIDADES

Creo que es un mérito definitivo del prolongado quehacer científico de ANTONIO CICU haber resaltado las características especiales del Derecho de Familia y planteado las dificultades de su encaje en la tradicional distinción Derecho Público-Derecho Privado.

Al autor no le interesaba en sí tal distinción, más propia de la teoría general del Derecho que del menester habitual de un civilista. La estudió en la medida que afectaba sus propósitos de resaltar el particularismo del Derecho de Familia en el marco del tradicional Derecho Privado.

Sin embargo, consideraciones políticas extrañas al primer designio de Cícu—pero no al trasfondo de su tradicional ideología conservadora-autoritaria—hicieron salir del cauce técnico jurídico sus ideas. Desenvolviendo orgánicamente su pensamiento llegaron algunos juristas extranjeros a considerar el Derecho de Familia como materia ajena al Derecho Privado, y en algunos proyectos de Código civil o de estudio enciclopédico del Derecho Privado se ha planteado el problema de excluir de dicho Código o de la enciclopedia el Derecho de Familia.

En este orden de ideas, la «publicización» del Derecho de Familia llegó al extremo en el Derecho de Familia nacionalsocialista alemán, en el que se regularon de forma «crudamente publicista» (1) cuantas instituciones creyó oportuno el partido disciplinar al servicio de los intereses superiores de la raza germánica. Parecidas tendencias hay que advertir en el Código civil italiano de 1942, consecuencia del «veintenio» de la era mussoliniana, Código que, a juicio del mismo Cícu, era fiel reflejo de sus ideas.

En las democracias populares y en el Derecho soviético no ha pasado inadvertida la singularidad del Derecho de Familia, si bien la distinción de Derecho Público-Derecho Privado carece de sentido en un sistema jurídico basado, no en la noción del Estado de Derecho de las democracias burguesas occidentales, sino en el concepto, plegado a los intereses del partido dominante, de la «legalidad socialista». El aislamiento del Derecho de Familia del resto del Derecho Civil en tales ordenamientos jurídicos y su regulación en leyes especiales es un hecho irreversible.

Las doctrinas jurídicas francesa y belga no hacen demasiado hincapié en las singularidades del Derecho de Familia ni distinguen esta materia del tema de las personas, tal vez como reacción a los excesos de la «publicización», que he apuntado.

Nuestra doctrina, que de forma abrumadoramente mayoritaria se niega a reconocer la autonomía del Derecho de Familia, su destaque del seno del Derecho Privado con principios autónomos, sin embargo, creo que sin excepciones reconoce la esencia del pensamiento de Cícu o de los autores que han seguido sus huellas: Derecho fundamentado en la ética, Derecho disciplinador de *status* más que creador de derechos subjetivos, carácter de *officium* de Derecho Privado, de derecho deber de

(1) BELTRÁN DE HEREDIA: «La doctrina de Cícu sobre la posición sistemática del Derecho de Familia», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1965, pág. 824.

los más característicos poderes del Derecho de Familia, las llamadas potestades familiares, subordinación de las relaciones patrimoniales familiares a las personales, limitado lugar de la autonomía de la voluntad en la disciplina de los *status* familiares, consiguiente negación o minimización del negocio jurídico familiar...

El problema del encuadre sistemático del Derecho de Familia y el contenido concreto de sus instituciones se agudiza cuando a los métodos tradicionales de aproximación a su estudio se agrega el «método tridimensional», que concibe al Derecho a la vez como norma, hecho social y juicio de valor.

No es posible estudiar hoy ninguna institución jurídica sin apreciar el influjo que en la misma pueda originar el agudísimo proceso de cambio social, la aceleración del ritmo de la Historia y las consecuencias que el jurista debe extraer del análisis por la Sociología de dicha institución: consecuencias en el campo de la interpretación de la norma jurídica—interpretación progresiva o evolutiva (1 bis)—y en el de la apremiante reforma de la legislación.

En el campo del Derecho de Familia, fundado sobre la ética y las costumbres familiares—*mores*—, el cambio de la concepción de la ética en un sentido más comunitario, menos cerradamente individualista que la que hasta la fecha ha presidido el desarrollo del pensamiento de Occidente, no menos que la difusión de ideologías emancipadoras y la creación de costumbres familiares democráticas—supresión de los agrios perfiles de la patria potestad y la autoridad marital, matrimonio considerado como un pacto entre iguales, etc.—, tiene necesariamente que influir en el sentido dicho, en la interpretación evolutiva de las normas familiares y en la necesaria reforma legislativa de muchas instituciones que se ven desfasadas del momento actual.

La Filosofía jurídica, meditación trascendente, radical, sobre el Derecho, tiene que aportar un constante estímulo para que el jurista vaya más allá del Derecho Positivo y propugne constantemente, dentro del sistema del Derecho, modificaciones, perfeccionamientos de las instituciones familiares.

Las Ciencias Humanas—nuevas Humanidades, al decir de ARANGUREN—, cuyo desarrollo espectacular en los últimos decenios es tan importante, al menos, como la revolución científico técnica en que nos hallamos inmersos, deben ofrecer materia suficiente para estas medita-

(1 bis) Sobre las consecuencias que el cambio social produce en el campo de la interpretación de la norma jurídica—interpretación evolutiva o de reajuste, e interpretación abrogante—, véase DÍEZ PICAZO, *Cambio social y evolución jurídica*, trabajo inédito, que según mis noticias ha sido entregado a la *Revista de Occidente* para su publicación.

ciones filosóficas trascendentales o estas aproximaciones a la Sociología de la Familia.

Un campo insospechado se abre, creo yo, para el jurista que huyendo de dogmatismos conceptualistas y de fragmentarismos especializados, al estudiar un concreto caso jurídico no olvida su relación con los restantes problemas y con el sistema todo del Derecho y de las Ciencias Humanas.

El Derecho de Familia no puede ser una excepción y creo que debe replantearse de nuevo, trascendiendo y superando lo que hasta la fecha se ha escrito y profesado—mucho y bueno—acerca de la materia.

La introducción al estudio del Derecho de Familia es, pues, problemática y en ella se plantean muchas de las cuestiones que luego se perfilarán en detalle en el estudio concreto de las singulares instituciones familiares.

Creo con lo dicho no exagerar demasiado si afirmo que el estudio de los fundamentos del Derecho de Familia es una de las labores más trascendentales que puede hoy acometer un jurista consciente de su vocación.

II. EL DERECHO DE FAMILIA Y LA SUPREMA DISTINCION DEL DERECHO EN PUBLICO Y PRIVADO: SENTIDO HISTORICO DE LA MISMA

Insisto en que CICU no planteó el tema del encuadre del Derecho de Familia en dicha clasificación por un deseo de llegar a los últimos principios del Derecho, sino como especialista que era del Derecho de Familia. Ello es tanto como afirmar que no le movió afán político de «militarizar» la familia al extraer su regulación del puro Derecho Privado, sino sólo de llegar a un profundo conocimiento de la peculiarísima relación jurídica familiar, *status familiae*.

Su indagación se movía en el orden de ideas de los autores del siglo XIX, que dieron al contraste Derecho Público-Derecho Privado, como afirma DE CASTRO, «un nuevo valor y lo exaltaron hasta considerarle división suprema y radical del Derecho y de la ciencia jurídica» (2).

No fue culpa de CICU si sus ideas fueron convertidas en armas políticas para el control de la familia por el Estado totalitario.

Creo interesante traer a colación las investigaciones romanistas modernas acerca de la célebre distinción del Derecho Público y Privado.

Es útil resumir aquí la opinión de ALVARO D'ORS.

Para dicho autor, *lex pública* era toda ley comicial, sea cual sea la

(2) *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la persona*, 5.^a edición, Madrid, 1970, pág. 15.

materia a que se refiera; *lex privata*, la cláusula negocial establecida por la autonomía privada. Mientras la primera era objeto de una *publicatio*, que la convierte en patrimonio de todos (*ius publicum*), el *privatum*, la *lex privata* permanece reservada al conocimiento de los que intervienen en el negocio.

La introducción de la jurisprudencia en la práctica de los negocios planteó el problema de su encaje en la distinción anteriormente esbozada. Cuando los juristas no gozaban del *ius publice respondendi*, necesariamente era *ius privatum*; después de la concesión de tal privilegio, las *responsa* dotadas de carácter oficial era *ius publicum*; en tal época, el *ius privatum* quedó reducido a las declaraciones de voluntad negociales y también a aquellas respuestas de los prudentes que no fueran públicas, sino que suponían un asesoramiento privado de los juristas (3).

«Cuando todo el *ius* llega a ser de origen estatal, el *ius publicum* se convierte en el conjunto de todas las normas, equivaliendo a lo que hoy llamamos Derecho Objetivo. La progresiva ampliación de la actividad normativa estatal acaba por privar de sentido al *ius privatum*, pues en el nuevo sistema los particulares no hacen más que situarse en posiciones previstas por la norma pública sin crear directamente un *ius*. La autonomía privada pierde así su fuerza originaria y se integra en el marco de disponibilidad que deja la norma pública; el *ius privatum* pasa a ser originado por las normas estatales que encauzan la autonomía privada» (4).

La definición de ULPIANO (5) se sitúa en este estado de la evolución de las fuentes: «Las normas que *spectant*, que miran al Estado, son de *ius publicum*; las que pertenecen, están a disposición de los particulares, son de *ius privatum*.»

La *utilitas singulorum* la entiende D'ORS como discreción de la autonomía privada: «Las normas del *ius privatum* son ahora las normas dispositivas que los particulares pueden acomodar según su conveniencia, según su particular *utilitas*» (6).

Para ULPIANO no se trataba de dos clases de normas que diferían por su objeto o interés regulado, sino de una distinción de objetivos

(3) JORDANO BAREA: «Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público», en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1963, pág. 870.

(4) JORDANO BAREA, *ob. cit.*, págs. 870 y 871.

(5) *Digesto*, 1, 1, 12: «Dos son los aspectos de este estudio: el público y el privado. El Derecho Público es el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo, pues unas cosas son públicas y otras privadamente. El Derecho Público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes y las de los magistrados. El Derecho Privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o los de gentes o los civiles.»

(6) *Id.*, *id.*, pág. 871.

o puntos de mira, de dos posiciones que se pueden tomar al considerar las normas jurídicas en el *studium iuris*.

D'ORS aclara que las dos posiciones, puntos de vista que cabe adoptar para contemplar el mundo jurídico, son la de configurarlo como sistema de situaciones o de relaciones.

Esto es tanto como hacer resurgir en nueva forma la genuina distinción romana entre norma estatal y autonomía privada, entre *lex* e *ius*. Así, D'ORS identifica el Derecho Privado con *ius dispositivum*, y el Derecho Público con el *ius cogens*. El Derecho Civil así no es puro Derecho Privado, pues contiene normas de Derecho Público: todas las normas que no se proyectan sobre el mundo de las «relaciones», sino el de las «situaciones», resultan, sin dejar de ser civiles, de Derecho Público. Como toda norma legal es pública, el simple aumento de legislación, que todo lo enfoca como juego de «situaciones» y no de relaciones, tiende a convertirlo todo en Derecho Público.

Fue sólo un glosador—dice D'ORS—, que añadió una nota desorientadora al texto de ULPIANO: *sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatim*. «En virtud de esta torpe glosa, la distinción quedó consagrada como diferencia de interés (el Derecho Público es el que afecta a la utilidad del Estado, el Privado, el que se refiere a la utilidad de los particulares), como si unas normas pudieran interesar tan sólo al Estado y otras únicamente a los particulares» (7).

Durante la Edad Media—dice GARCÍA TREVIJANO (8)—«se produce el disgregamiento de la unidad romana. Es la época del feudalismo y surgen los 'señoríos'. No existe un poder central. El poder público está absolutamente dividido. El sentido de la Administración en esta época es patrimonial. Es decir, los asuntos administrativos de la 'res pública' se llevan como se pueden llevar los asuntos administrativos de una casa doméstica».

La distinción de Derecho Público y Privado, necesariamente, se oscurece en este período. Tampoco el nacimiento del Estado español aporta una novedad trascendente a la confusión práctica entre el Derecho Público y el Privado.

En el Estado de los Austrias y luego en el borbónico no se distingue entre «Imperio» y «jurisdicción», entre Administración y jurisdicción; existe, sí, una Administración con un cuerpo de funcionarios especializados, mas se sostiene la fórmula de «todo por el pueblo, pero sin el pueblo», el poder no está limitado por cortapisa alguna—salvo las pura-

(7) Id., *id.*, pág. 871.

(8) *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, tomo I, págs. 28-30.

mente morales—y no existe en España, como en el Sacro Imperio Romano Germánico, un Fisco como entidad jurídica de Derecho Privado junto al monarca, que responda de los actos de éste. Aunque los juristas clásicos estimaban que los actos generales o singulares del rey que se opusieran al Derecho divino, natural, civil o de gentes eran nulos, «en España tales esfuerzos fueron más bien teóricos y románticos que reales. Sobre todo, el *ius civile* era constantemente desconocido mediante privilegios y dispensas». No era precisamente para inducir al respeto de la ley la fórmula que incluían muchos de los preceptos regios: «cualquiera otra disposición contraria a la presente se obedezca, pero no se cumpla».

En el Estado absoluto, el súbdito tenía a su disposición una zona privada no intervenida por el poder, pero tal zona no estaba delimitada con precisión.

La seguridad jurídica no era precisamente uno de los fines del Derecho mejor cumplidos en el Derecho del antiguo régimen. La subsistencia de los señoríos jurisdiccionales segregados del cuerpo de la nación, la venta de cargos públicos, la concepción del Estado como patrimonio del monarca, no permitían distinguir adecuadamente lo que ya había sido una realidad en el Derecho Romano: la clara distinción entre la zona del Derecho que afectaba a la cosa pública y la que regulaba las relaciones entre los particulares.

Por todo ello creo que es imposible distinguir las nociones de Derecho Público y Privado prescindiendo de la noción histórica del Estado y, sobre todo, del nacimiento moderno del Estado liberal de Derecho.

Y que ello es así lo demuestra ANGEL LATORRE (9) al afirmar que «hoy domina, en general, la opinión de que ambos tipos de Derecho —Público y Privado— no son tajantemente diferenciados y aun opuestos, sino principios y criterios que se encuentran combinados, aunque en diversas proporciones, en cada una de las ramas del Derecho. En realidad, para llegar al último sentido de la distinción hay que tener en cuenta su significado ideológico y su trascendencia social y política. El apogeo del liberalismo en el siglo pasado trajo como consecuencia la necesidad de delimitar lo más claramente posible el campo de actividad de los particulares del campo de acción del Estado, la vida pública del hombre como miembro del Estado, de su vida privada como particular, y todo ello tanto en el terreno estrictamente político como en el económico. De acuerdo con el individualismo de la época es el Derecho Privado el que ha de tener la primacía, mientras que el Derecho Público sirve,

(9) *Introducción al Derecho*, Ariel, S. A., Esplugues de Llobregat (Barcelona), 1968, pág. 188.

sobre todo, para encerrar en las fronteras más estrechas posibles la acción del Estado».

Interesaba delimitar lo más tajantemente posible lo público de lo privado, dentro de una filosofía fundamental del liberalismo—*laissez faire, laissez passer*—que restringía al mínimo los resortes del Estado y limitaba los poderes del mismo mediante el mecanismo del Estado liberal de Derecho (10).

La preocupación fundamental de la limitación del Estado—dicen ANDRÉ DEMICHEL y PIERRE LALUMIÈRE (11)—«se encuentra en las grandes teorías propias de cada rama de Derecho Público. El Derecho Constitucional se fundamenta en las teorías de la separación de los poderes y de las libertades públicas destinadas a proteger a los ciudadanos. El Derecho Administrativo consiste en buscar concretamente los medios de protección de los administrados respecto de la Administración. La teoría financiera clásica reposaba enteramente sobre la idea de un control parlamentario por intermedio de medios financieros concedidos a la Administración del Estado. El Derecho Internacional Público se esfuerza en sobrepasar el principio de la soberanía del Estado y, por consiguiente, de limitarlo gracias a la construcción de una sociedad internacional. No obstante la diversidad de los problemas abordados, el Derecho Público

(10) «Las características generales que corresponden como exigencias básicas indispensables para todo auténtico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas: a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material... A pesar de todas las insuficiencias del liberalismo, no es menos cierto que éste cumple sobradamente el *mínimum* de condiciones válidas para situar en él—como sistema contrapuesto al absolutismo—el punto de arranque de Estado de Derecho» (ELÍAS DÍAZ: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1969, págs. 27-30).

Por supuesto que el autor no considera satisfactoria la fórmula de Estado liberal de Derecho: estima que en una recta evolución política debe superarse esta fase, llegando primero al Estado social del Derecho, «concibiéndose éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base. postulando planteamientos de carácter «social» que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas» (*ob. cit.*, pág. 92). La última fase de la evolución, en la que ningún país de Occidente está incluido todavía, es el Estado democrático de Derecho, «Estado que exige ser construido sobre una organización económica e ideológica de carácter socialista como forma más correcta de llegar a la realización de una auténtica democracia. Lo importante entonces es que el binomio democracia-socialismo se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las mencionadas exigencias fundamentales del Estado de Derecho...» (*ob. cit.*, páginas 177-178).

(11) *Le Droit Public*, Presses Universitaires de France, París, 1969, págs. 19-20.

clásico tiene de hecho una fuerte unidad, que le ha sido dada por el liberalismo».

Con un evidente prejuicio contra la forma política liberal, el profesor DE CASTRO (12) afirma que los términos Derecho Público y Derecho Privado cambian radicalmente de valor en los siglos XVIII y XIX. «Utilizados por la ideología liberal individualista se cargan entonces de contenido político, polarizándose en su doble dirección revolucionaria y conservadora. El Derecho Público (forma política, Gobierno, Administración)... se considera campo acotado para la discusión sobre regímenes políticos (formas de Gobierno) y entregado a la lucha de los partidos (aspirantes del Gobierno). Al Derecho Privado se le atribuye otra función, la de conservar y defender, aislándolo de sus veleidades con la política, la posición de los particulares (burguesía); su condición y su fortuna se colocan en una zona neutra y segura regida por la autonomía de la voluntad.»

III. LA DISTINCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL

No quiero exponer el conjunto de teorías doctrinales acerca de la distinción entre Derecho Público y Privado (13). Sólo hacer resaltar que la polémica existente entre los partidarios de la teoría del interés, de los sujetos, del carácter de la norma o aquellos que niegan uno de los miembros de la distinción parece definitivamente apaciguada en nuestra Patria, pues la mayoría de los autores, siguiendo a DE CASTRO, han considerado que la distinción no rompe en modo alguno la unidad fundamental del Derecho, ni contrapone sus dos ramas—Público y Privado—, ni permite considerar a una más importante que otra, a capricho de la especialización del autor que la estudia.

DE CASTRO (14) afirma que aun siendo el Derecho uno, aun no existiendo dos sistemas de Derecho ni un Derecho con caracteres o principios exclusivos o totalmente opuestos a los del otro Derecho, en la antigua distinción hay un fondo de verdad que no debe desconocerse. El Derecho cumple su función en dos direcciones fundamentales: 1.^a, para que la persona realice sus fines, lo que presupone (ser social) la organización y conservación de la comunidad; 2.^a, para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad

(12) *Compendio*, citado, pág. 19.

(13) Un buen resumen de las teorías al respecto, en el *Compendio* de DE CASTRO, págs. 20 a 22.

(14) *Ob. cit.*, pág. 23.

jurídica) que haga respetar y proteja la persona. En el Derecho actúan dos principios: el de la personalidad y el de comunidad. Ambos están dirigidos al mismo fin (realización social de la justicia) y han de estar presentes en cada norma y en cada institución. Pero como el Derecho se refiere a distintas realidades, para ajustarse a la naturaleza de cada una, las diferentes normas habrán de reconocer primacía a uno o a otro principio. Donde predomina el principio de la personalidad nos hallaremos ante una forma de Derecho Privado; donde el de la comunidad, de Derecho Público.

JORDANO BAREA (15), haciéndose eco de la distinción fundamental de DE CASTRO, afirma que la distinción se hace, por tanto, sobre la base de los dos grandes principios enunciados, pero al mismo tiempo *ratione materiae*, porque ésta, por su misma naturaleza, postula ya la primacía de un determinado principio. Puede suceder que en determinadas coyunturas históricas, contrariando la naturaleza propia de la materia o institución, se dosifique inadecuadamente el predominio de uno u otro principio. Pero la privatización del Derecho Público o la publicación del Derecho Privado son contrarias a la *natura rerum*. Son fenómenos de reacción, contingentes, transitorios, «históricos», que tienden a refluir volviendo las aguas a su cauce. Derecho Público y Derecho Privado representan valores irrenunciables y permanentes fundados en el Derecho Natural; son formas jurídicas *a priori*, que tienen validez previa y superior a toda experiencia, presentándose siempre instintivamente a la conciencia jurídica.

RECASENS SICHES (16) rechaza el carácter apriorístico de la distinción y afirma que se trata de una diferencia histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos y normas protectoras de intereses privados. Sin embargo, aun cuando, en términos generales, la distinción es correcta, ella no cubre ni con exactitud ni con plena generalidad todas las normas jurídicas, pues dentro del campo de las normas reputadas típicamente de Derecho Privado, como son las civiles, algunas de ellas, cual, por ejemplo, las protectoras de los hijos, tienen un carácter público, que es salvaguardado de oficio por la intervención del Ministerio Público.

DÍEZ PICAZO (17) resalta también el carácter histórico de la distinción y enuncia como criterios de orden práctico para deslindar los campos del Derecho Público y del Derecho Privado algunos característicos

(15) *Ob. cit.*, pág. 874.

(16) *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, pág. 179.

(17) *Lecciones de Derecho Civil, I, Parte General*, pág. 398 (Univ. de Valencia, Facultad de Derecho, 1967).

de la teoría de los sujetos. El Derecho Privado lo constituirán las normas que regulan las relaciones entre particulares, y el Público estará constituido por las normas referidas a la estructuración y actividad del Estado y las que regulan las relaciones entre el Estado y los súbditos, siempre que aquél ejercite el *ius imperii*. En definitiva habrá que atender también a los criterios generales de la interpretación de las normas.

Por el contrario, apoyándose en la investigación romanística de D'ORS, BELTRÁN DE HEREDIA afirma que la distinción se basa en el poder de la voluntad y consiguiente autonomía privada. La relación jurídica privada tiene una estructura diferente de la pública, «donde lo que predomina es la existencia de un fin o interés superior al que quedan sometidos los de los particulares que intervienen en la misma, cuya voluntad carece de poder para determinar y regular la relación. Ciertamente es que esto último se puede observar en muchas de las instituciones que tradicionalmente se conocen como de Derecho Privado. Pero no es menos cierto que en la misma medida en que eso ocurre, las normas que lo producen no son privadas, sino públicas» (18).

VALLET DE GOYTISOLO (19) señala que «el Derecho Público regula la organización y el régimen de los órganos oficiales, y el Derecho Privado, la de las personas y los órganos sociales espontáneos. Ahora bien, el problema de la diferencia específica entre el Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho de los órganos oficiales y el Derecho de las personas, individuales o colectivas, de interés social privado, se ha querido resolver con distintos módulos... Me inclino a creer que positivamente la distinción debe situarse en el modo de realizar el Derecho; cuando son los mismos órganos estatales... los que realizan el Derecho directamente, nos hallamos en la esfera del Derecho Público.

Cuando las normas jurídicas se dirigen y el cumplimiento del Derecho se encomienda a los particulares y sólo represivamente intervienen los Tribunales de Justicia para decidir lo que es justo en caso de contienda o para imponerlo en el de violación, creo que nos hallamos en el campo propiamente dicho del Derecho Privado. Pero la determinación de cuál es el ámbito en el que puede y debe realizarse el Derecho por los organismos públicos, sólo el orden natural, el Derecho Natural, puede establecerlo». Apunta el grave peligro que para la familia, para las personas y para las asociaciones privadas tiene suponer la identificación de la sociedad y del Estado, que significa la omnipotencia del Estado—nuevo Leviathán—, que ostenta plena soberanía sobre el individuo. El extremo

(18) *Ob. cit.*, pág. 843.

(19) *Panorama del Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963, páginas 92-93.

individualismo lleva al totalitarismo, sea marxista o fascista. «Sólo admitiendo que hay un Derecho Natural o extrapositivo, con resortes metafísicos y jurídicos capaces de mantener las respectivas zonas de influencia de lo individual, apoyado en la existencia de cuerpos intermedios que puedan frenar la omnipotencia del Estado, se podrá hallar el equilibrio» (20).

Yo creo que la distinción que examino, o sea, el predominio en los singulares institutos jurídicos de los principios de comunidad y de personalidad, es un precipitado histórico, sí, pero también una conquista histórica, que en cualquier momento puede desvirtuarse, perderse.

Es muy sospechoso que los juristas, en los ordenamientos totalitarios, desdénen la distinción, la desvirtúen o la tachen de puro formalismo burgués (21).

Un ordenamiento jurídico basado en una concepción humanista personalista de la justicia, anclado en el respeto del Estado de Derecho, debe distinguir lo público de lo privado en las diversas instituciones que lo integran.

Como conquista histórica que es, no creo que se funde en un Derecho Natural inmutable, dimanante de una naturaleza humana pretendidamente inmovilista y no perfectible. Los valores supremos de comunidad-personalidad son entendidos de modo diverso en las distintas concepciones sociopolíticas que reinan en el mundo—neoestamental, burguesa liberal neocapitalista, democrática socializante, materialista dialéctica.

No tiene mucho sentido encastillarse en un Derecho Natural o en un positivismo rígido y postular, por tanto, que la distinción que examino tiene uno u otro origen, cuando en la actualidad, la polémica entre iusnaturalistas y positivistas está muy apaciguada y carece de importancia si se adoptan las versiones intermedias, moderadas, de uno y otro pensamiento (22).

(20) Id., íd., pág. 90.

(21) BELTRÁN DE HEREDIA, en su *obra citada*, pág. 841, cita la fórmula aceptada en las reuniones del Comité de Juristas ítalo-alemán, de 1939, acerca de la distinción del Derecho Público y Privado: «El Comité de Juristas ítalo-alemán tiene en cuenta que la distinción entre Derecho Público y Privado, en cuanto expresa el contraste entre comunidad e individuo, entre Estado y Sociedad, está superada por la concepción fascista y nacionalsocialista del Derecho y de la Nación; pero considera que, dentro de esta concepción unitaria del Derecho, es necesaria una distinción según que el Derecho se realice mediante actos de la Administración pública o mediante iniciativas privadas desarrolladas por los ciudadanos bajo su propia responsabilidad, dejando a salvo en todo caso la primacía del interés estatal.»

(22) Para una distinción entre las versiones radical y moderada del iusnaturalismo y del positivismo jurídico, que dan así lugar a cuatro formas típicas de ideología de la justicia, véase la cita que de BOBBIO hace ELÍAS DÍAZ (*Sociología y Filosofía del Derecho*, Tauros Ediciones, S. A., Madrid, 1971, págs. 384-385).

La distinción es una conquista histórica también en nuestro Derecho. Anteriormente examiné el estado de la cuestión en nuestro antiguo régimen, anterior a la Revolución de 1808. Lo menos que puede decirse es que en tal período de nuestra Historia no se destaca en modo alguno lo público de lo privado en el ordenamiento jurídico.

Entre el Estado borbónico, que concluye con la Revolución de 1808, y el Estado burgués liberal de la Restauración canovista de 1874-1875 existe un estremecedor vacío de instituciones públicas, que ha advertido lúcidamente GARCÍA DE ENTERRÍA (23). Creo que por los avatares políticos y las sucesivas guerras civiles, que llenan este lapso de tiempo, no puede hablarse de un Estado de Derecho eficiente hasta tal fecha. No existe—afirma GARCÍA DE ENTERRÍA—nexo orgánico entre la Administración de 1808 y la que a lo largo de todo el siglo XIX trabajosamente va sentando las bases jurídicas del moderno Estado español: contraste agudísimo con la Administración francesa del siglo XIX, fiel heredera de la de Luis XVI.

Por tanto, considerar como de Derecho Natural la distinción entre Derecho Público y Privado, cuando la misma ha sido ignorada o conculcada en la práctica hasta hace cien años, es excesivo, a menos que vaciemos de sentido la noción de Derecho Natural.

Por lo mismo que no es un principio de Derecho Natural, por lo mismo que es fruto de una apasionante «lucha por el Derecho», resulta inocuo pretender que existe una especie de paradigma ideal de cuestiones y ramas del Derecho que deban ser tratadas como Derecho Público, y otras, como Derecho Privado. Que cuando las aguas vuelven a su cauce, lo que era Derecho Público seguirá siendo Derecho Público, y lo que era Derecho Privado seguirá siendo Derecho Privado.

Eso es desconocer la dialéctica de la Historia—dialéctica que, por supuesto, no tiene por qué ser ni marxista ni hegeliana: el ritmo del

(23) «La Administración española padece ya de origen de un defecto que no debe ser minusvalorado: el de ausencia de raíces históricas profundas. Desde el punto de vista de la historia de la Administración, la nuestra actual es una Administración improvisada. Es ya un tópico observar que las grandes Administraciones contemporáneas proceden en línea directa de la obra del antiguo régimen... Frente a estos ilustres ejemplos, dos grandes simas históricas han cortado sucesiva y trágicamente la continuidad del desarrollo de la Administración española (la Guerra de Sucesión, que en 1700 pulveriza todo el Estado de los Austrias y origina un estremecedor vacío, y la Guerra de la Independencia, que origina una segunda sima a lo largo de otro tercio de siglo)... Toda la vieja tradición de los servidores del rey..., esta gran tradición ha sido definitivamente perdida para nosotros, que debemos comenzar nuestra historia administrativa en el segundo tercio del siglo XIX. ¡Y qué fecha y qué momento de nuestra historia nacional más poco propicio que éste para sentar unas bases fundacionales sólidas con las que intentar suplir la falta de raíces profundas!» (GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Administración Española*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1972, pág. 114).

devenir histórico es uno de los problemas más apasionantes que tiene planteados la cultura fáustica occidental, a la que pertenecemos y en cuyo seno pensamos—: las aguas de la Historia jamás vuelven a pasar por el mismo cauce.

El peligro de la privatización del Derecho Público no es menor que el de la «publicización» del Derecho Privado: intereses muy importantes se mueven en esa dirección. De nuevo, la aguda pluma de GARCÍA DE ENTERRÍA lo ha denunciado (24).

Del riesgo de la «publicización» del Derecho Privado se ha escrito mucho más, en España y fuera de ella. Lo menos grave sería que la intervención del Estado en la vida privada obedeciera a factores claramente jurídicos: necesidad de regular el mercado, de evitar la degradación del ambiente, de reprimir los abusos de los monopolios en la producción y distribución de los bienes y servicios vitales, de asegurar que la educación general se adapte a los modernos imperativos de la sociedad más justa que se vislumbra. En la medida en que tales principios fueran enunciados en leyes de vigencia general, claramente promulgadas con el concurso de toda la nación, la «publicización», entendida como un mal necesario o vista desde otra perspectiva, como el cauce imprescindible de la libertad, sería irreprochable.

Por el contrario, en la medida en que la «publicización» de las instituciones privadas, sea cual fuere la legislación que se dictara, la imponga una Administración que puede adolecer de los defectos que ha denunciado GARCÍA DE ENTERRÍA y frente a la cual el cuadro de medios de defensa del ciudadano sea de costoso y difícil manejo, existe un grave peligro de pérdida de las libertades fundamentales de la persona y la familia. Tales libertades, tradicionalmente—y con no escaso éxito, a mi modo de ver—, las ha venido salvaguardando el Derecho Privado y los que han sido siempre sus más fieles defensores: la justicia europea occidental y las asociaciones profesionales de abogados.

La conquista histórica exige una permanente reactualización de principios. Dicha reactualización deben acometerla los ciudadanos todos y los que son guías naturales en materia jurídica: los juristas.

(24) Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que en nuestra Administración existe lo que en frase de MAX WEBER se llama «feudalismo prebendario», o sea el sistema de remuneración de los funcionarios por las llamadas tasas, consagrado por la Ley de 26 de diciembre de 1958; la presencia puramente parasitaria de los funcionarios en la organización, con formas típicas y notorias, como el absentismo, la reducción de la jornada y calendario laborales, la compatibilidad de las funciones públicas y las privadas, la conversión de la organización administrativa en patrimonio de los cuerpos de funcionarios, la pervivencia de muchas formas de intervención administrativa que no sirven a los fines de la organización, sino a los personales de sus agentes; la adscripción de los Cuerpos de funcionarios a un servicio concreto del que no pueden salir... (*ob. cit.*, págs. 119-122).

GARCÍA DE ENTERRÍA apunta agudamente la debilidad inicial de nuestra Administración, la dejación sistemática por ella de las tareas de reflexionar sobre la propia organización, de perfeccionarla, de planear a larga escala sus intervenciones, el esclerosamiento de sus estructuras, la falta del liderazgo institucional de sus instituciones... Todo ello no ha sido corregido por las sucesivas reformas de la Administración que se han intentado.

Es menester emprender un esfuerzo de replanteamiento de las bases orgánicas más profundas de nuestra Administración...

El tiempo nos impulsa con la inexorabilidad de lo perentorio a depurar resueltamente en nuestra realidad administrativa lo verdaderamente funcional de lo que es debido a la simple inercia de una fase inicial que tampoco fue muchas veces planeada con la debida profundidad ni seguida con la adecuada consecuencia, lo que es positivamente degenerativo y patológico de aquello otro en que existen positivos o potenciales valores con la finalidad básica, que me parece previa a toda otra medida, de robustecer las líneas puras y abstractas de la organización, entendiendo ésta en su genuino sentido de estructura objetiva e impersonal, devolviéndola su sentido instrumental y evitando que pueda considerarse como un fin en sí misma, separando rigurosamente a la organización de sus agentes, desfeudalizando—hemos visto que podemos decir—y profesionalizando nuestros cuerpos funcionariales... (25).

La reforma de la Administración, encargada de aplicar el Derecho Público, dará sentido a la distinción entre Derecho Público y Privado, sentido que he apuntado corre el riesgo de perderse, cualesquiera que sean las teorías abstractas que se profesen al respecto y las elucubraciones conceptuales que adoptemos para distinguir uno de otro Derecho.

No es menos trascendental la tarea de los iusprivatistas. Por todos ellos, en unas páginas antológicas, ha hablado Díez PICAZO (26): «¿Cuál es el quehacer actual del Derecho Civil? ¿Cómo se presenta el Derecho Civil actual?

Formalmente hay como una continuidad palpable en el hilo argumental del Derecho Civil: este Derecho Civil actual desmembrado, patrimonializado, administrativizado, continúa poseyendo una vigorosa propensión a ser aquella parte o sector del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y la ordenación de sus fines dentro de la comunidad. Su problema primordial de hoy es de reajuste. Llamamos reajuste a la necesidad de obtener la más completa adecuación del concepto formal del Derecho Civil, que, como hemos

(25) *Ob. cit.*, págs. 123-124.

(26) *Lecciones de Derecho Civil*, I, citado, págs. 21-22.

dicho, continúa vigente, con sus principios internos de organización y con su contenido externo.

Este reajuste exige, en primer lugar, una reacción vigorosa contra todas las tendencias que sean contrarias a su esencial finalidad de protección y defensa de los fines de la persona. Contra la excesiva ingerencia estatal en la órbita de actuación de la persona, le corresponde al Derecho Civil la labor, penosa, ciertamente, de conservación y mantenimiento de las prerrogativas de la persona (autonomía privada). Frente al excesivo auge de los valores económicos y patrimoniales debe el Derecho Civil recoger la totalidad de los fines de la persona y agrupar debidamente jerarquizadas las instituciones que las realicen (valor de la persona).

Para reafirmar este puesto central del Derecho Civil dentro de la total organización jurídica hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídicos civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario...

El reajuste del Derecho Civil moderno exige también la actualización del Derecho Civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas... El Derecho Civil tiene que estar a la altura de su tiempo. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho Civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente...»

En la medida en que los sugestivos programas de acción de GARCÍA DE ENTERRÍA y DÍEZ PICAZO sean puestos en práctica por grupos cada vez más numerosos de juristas; en la medida en que el especialista de Derecho Privado se interese vivamente no sólo en el perfeccionamiento de su disciplina, sino en la reforma de la Administración y, como es lógico, del Derecho Público todo—Administrativo, Procesal Civil y Penal, Orgánico Judicial, Penal—; en la medida en que el iuspublicista se mantenga al corriente de la fundamental problemática del Derecho Privado y postule como jurista su inaplazable perfeccionamiento, la vieja distinción de Derecho Público-Derecho Privado no será flor de un día—el Estado burgués liberal de Derecho—, que pasó y ya no volverá, ni distinción formal perteneciente al panteón de las figuras jurídicas inútiles, sino base firme, inconmovible, del quehacer diario, de la disci-

plina mental y, en definitiva, de la interior satisfacción de todos los que profesamos el Derecho.

IV. CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA DE LAS CODIFICACIONES BURGUESAS DEL SIGLO XIX

Hecha esta larga digresión, debo volver a lo que es el fundamento de mi estudio: el puesto sistemático del Derecho de Familia en el sistema todo del Derecho.

En el siglo XIX, la sistematización del Derecho de Familia en el seno del más puro y genuino Derecho Privado era indiscutible. A ello contribuyen una serie de circunstancias, que creo debo exponer con alguna extensión:

1) El puesto modesto del Derecho en la regulación de la vida familiar: Si, como se afirma con acierto, la familia está regida más por las *mores* que por las *leges*, y si subsistía en la legislación y en las costumbres la autoridad marital más vigorosa, con la consagración por los Códigos civiles del deber de obediencia de la mujer al marido y la patria potestad más absorbente, de la que se excluía a la madre, al menos, en primer término, el Derecho familiar sólo tenía aplicación práctica en las causas matrimoniales, ciertamente escasas, al alcance sólo de las clases pudientes, que para muchos Derechos concordados quedaban sustraídos a la competencia de los Tribunales civiles, o en las relaciones patrimoniales familiares, en las que entonces, como ahora, la influencia de los principios del más elaborado Derecho Patrimonial desdibujaba los perfiles de las relaciones familiares típicas o características: la conyugal, la paterno filial, la tutelar.

La autoridad marital, la patria potestad absoluta de los padres de familia victorianos, la prohibición de la investigación de la paternidad, el desconocimiento absoluto de la filiación ilegítima, prácticamente relegaban al campo de las *mores*, del no Derecho, las relaciones familiares. La elaboración doctrinal del Derecho Familiar era imposible en el marco de un Derecho casi inexistente, que capitulaba constantemente ante las *mores* familiares autoritarias de la época.

2) La intervención del Estado en la vida familiar, consecuente con el principio general del liberalismo, era mínima. El Estado definía las condiciones básicas de la familia—regulación del matrimonio religioso o civil, la patria potestad, la filiación, la autoridad marital, las relaciones económicas entre los esposos y las instituciones tutelares—. El marco de dicha regulación era puramente jurídico, el Estado no era intervencio-

nista: ni pretendía proteger especialmente la familia ni controlarla para que cumpliera fines estatales—demográficos, laborales, militares, etc.

3) El acusado individualismo de las instituciones familiares. UNGARI (27) afirma que «la familia de tipo napoleónico, no obstante su fuerte estructura de mando, aparece constituida sobre una trama jurídica netamente individualista. No hay ya un cuerpo social, como el antiguo linaje, ni una magistratura social, como la familia noble de la Francia *ancien régime*, sino una constelación (según los polemistas 'ultra', una 'colección') de personas que mediante el divorcio o con la emancipación que sigue de pleno derecho a la mayoría de edad pueden marchar cada una hacia un individual destino propio. El hijo, aun menor y aunque permanezca en la casa, es capaz de adquirir y poseer en propiedad... El Código no impone ni siquiera a la mujer asumir el apellido del marido: la costumbre francesa por decenios consentirá en muchas zonas a ellas conservar el de soltera, y a los hijos, juntarlo al propio. A los veinticinco años, para los hombres, y a los veintiuno, para las mujeres, cesa la necesidad del consenso de los padres a las nupcias... La prohibición de desheredar y la igualdad sucesoria, mientras indirectamente debilitan la autoridad paterna, hacen caer la distinción entre los primogénitos y los menores, entre varones y hembras... Pero el instituto que luce de modo decisivo sobre todos los otros del nuevo Derecho de Familia y forma el fondo común es el divorcio».

4) El prejuicio legislativo de regular las relaciones patrimoniales con preferencia a las personales. Sobre todo, en la doctrina francesa se ha criticado la ideología burguesa-patrimonialista del Derecho Familiar.

SAVATIER (28) resalta el desequilibrio existente entre el número de artículos dedicados en el *Code civil* a las personas—515—y los destinados a los bienes—1.766—. En el caso concreto de la tutela y de la interdicción «son más los bienes del incapaz que su persona los que preocupan al legislador». El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio es clasificado por el *Code civil* como ¡modo de adquirir la propiedad!

No está muy alejado de esta concepción nuestro Código civil cuando clasifica en el libro IV, en las obligaciones y contratos, el contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio (título III).

El cambio, perfectamente perceptible a fines del siglo XIX, de las estructuras familiares, consecuencia del cambio de las socioeconómicas y políticas y, sobre todo, las ideologías individualistas, que afirmaban la emancipación de la mujer y la protección del niño, debía dar lugar

(27) *Il Diritto di Famiglia in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1970, pág. 88.

(28) *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, Première Serie, 3.^a edición, París, Librairie Dalloz, 1964, págs. 407-408.

a las primeras leyes y jurisprudencia innovadoras en materia familiar, reformadoras del viejo Derecho de Familia codificado o creadoras de los rudimentos del Derecho Administrativo Familiar. Todo ello, aun en embrión, no pudo dejar de llamar la atención de algunos juristas de espíritu despierto, como ANTONIO CICU, que precisamente completaba su formación intelectual en dichos años.

V. ORIGENES DE LA CONCEPCION IUSPUBLICISTA DEL DERECHO DE FAMILIA. DOCTRINA DE ANTONIO CICU

No había pasado inadvertida a la doctrina la singularidad de la normativa del Derecho de Familia. UNGARI (29) reconoce que la tesis de CICU acerca de la singularidad del Derecho de Familia, en la división Derecho Público-Derecho Privado, tiene un precedente en las afirmaciones de PISANELLI en la discusión parlamentaria del Código civil italiano de 1865.

Sin embargo, MESSINEO (30) resalta el mérito de la obra de CICU al desenvolver en consecuencias jurídicas el primordial principio del aspecto ético de los institutos familiares.

Creo que la circunstancia histórica en que se desenvolvió la formación de ANTONIO CICU en los últimos años del siglo XIX influyó sustancialmente en su teoría. La familia italiana que vio formarse al insigne profesor era la característica del cambio social de la primera industrialización italiana de fines del siglo XIX. El Código de 1865 significó un gran avance en la regulación de la familia, que hasta la fecha había estado normada por ordenamientos civiles anteriores a la unificación de la península. La vieja familia patriarcal, que reflejan la literatura y el séptimo arte italianos, venía reduciendo su tamaño como consecuencia del cambio económico y social: el antiguo régimen familiar definitiva-

(29) «El Código de 1865 se presentaba con perfiles característicos. Sistemáticamente, la estructura es de tipo francés: la mayor parte de los institutos de la familia están por ello regulados en el libro de las Personas, mientras Sucesiones y Contratos del matrimonio encuentran lugar en el libro tercero, entre los modos de adquisición de la propiedad. Pero PISANELLI, del que el texto tomó nombre, hubiera querido una mayor pureza de principios privatísticos, en virtud de la cual la propiedad campeaba sola en el centro del Derecho Civil: la idea fundamental del Código civil es la de la propiedad y todas sus disposiciones giran en torno de sus bienes. El primer libro del Código hace referencia, no obstante, a los derechos de familia, *aunque a mí siempre me ha parecido que este primer libro sea una rama de leyes especiales e intermedias entre el Código civil y el Estatuto (ley constitucional del Reino italiano)*... El Código civil atañe al individuo; el primer libro del Código, a la sociedad familiar; el Estatuto, a la sociedad política» (ob. cit., págs. 136-137).

mente pasaba a la historia. La familia nuclear moderna se imponía progresivamente por todas partes.

El legislador iniciaba una tímida intervención en los poderes familiares, limando las aristas más hirientes de la patria potestad y de la potestad marital. En este sentido, GIORGIANNI (31) resalta la progresiva regulación por la norma jurídica de los poderes familiares, antaño absolutos, del marido sobre la mujer y del padre sobre el hijo. «El contenido de los poderes estaba determinado exclusivamente por la costumbre social de la época y del lugar. El Derecho de Familia constituía la zona del no Derecho. La necesidad de dictar reglas jurídicas se ha manifestado cuando el ordenamiento—bajo la presión de variadas exigencias—ha sentido la necesidad de controlar el ejercicio de aquellos poderes preocupándose también de los otros miembros del grupo y tal vez de intereses superiores. Así, poco a poco, este sector ha llegado a estar más influido por normas jurídicas... Tal evolución, sustrayendo a los poderes familiares el originario carácter individualista, ha sido expresada desde el punto de vista doctrinal en varias fórmulas, como la de la «publicización» del Derecho de Familia, de las potestades que son también 'oficios', del poder-deber, etc.»

La codificación de 1865 y los estudios doctrinales y filosóficos posteriores a esta fecha preparaban el adecuado marco cultural para que un talento sintético de altos vuelos, como ANTONIO CICU, expusiera su brillante teoría acerca del Derecho de Familia.

No es un secreto para nadie que, según CICU, la familia es el arquetipo del Estado, y el Estado, de la familia. «La elementalidad y tangibilidad de la estructura de la familia servía para iluminar la estructura de la sociedad organizada en forma de Estado, y ésta, a su vez, me confirmaba y aclaraba la esencia de la familia. En la concepción del Estado encontraba solución una multitud de problemas fundamentales. Sociedad

(30) «Por más de uno se reconocía—es cierto—el fondo genéricamente ético de tales relaciones (familiares): basta tomar la... *Enciclopedia Juridica* de FILOMUSI GUELFI... para comprobar que para este autor, representante de su generación y teniendo intereses a caballo entre el Derecho Civil y la Filosofía moral y jurídica, el aspecto ético de los institutos familiares no era desconocido o desdeñado...

No obstante, respecto al Derecho de Familia esto era poco menos que una profesión de fe, que se limitaba a afirmar principios y no andaba muchos más adelante, en la identificación del modo en que el elemento ético se traduce en aspectos y cánones netamente jurídicos. Tal tarea, que llamaré de transmutación, es la contribución que Cicu ha aportado mientras que antes de él nadie había andado en tal dirección» (*L'opera de Antonio Cicu*, prólogo a los *Scritti minori*, volume primo, tomo primo, págs. XI y XII).

(31) «La disciplina dei rapporti personali nel disegno di legge governativo sulla riforma del diritto di famiglia», en *Aspetti della riforma del Diritto di Famiglia*, Giuffré, Milán, 1968, págs. 10-11.

natural, organismo más que organización, surgido no de un artificio contractual, sino de los impulsos que mueven a los individuos a unirse con otros cuando adquieren la conciencia más o menos instintiva de que el juntarse, el agregarse, es una necesidad imprescindible» (32).

Para Cicu, la relación jurídica no se presenta siempre con la misma estructura. Confrontando el matrimonio o la relación jurídica paterno filial con el vínculo que une entre sí a los socios, se aprecia una diversidad estructural evidente.

«En el segundo caso hay voluntades libres que con el contrato proveen a los propios intereses individuales: autonomía de la voluntad, autonomía de intereses. En el primer caso falta la autonomía de la voluntad, porque ésta debe servir a un interés que frente a los intereses individuales de cada uno se presenta como superior, dominando sobre las voluntades, y es este interés el que liga a los individuos e indisolublemente» (33).

A este vínculo llama Cicu relación orgánica, «porque, como en todo organismo, en él hay una combinación de elementos para un fin unitario» (34). Aspecto o rasgo que falta en el vínculo que une entre sí a dos socios de una sociedad.

Hay, por tanto, dos tipos diversos de relación jurídica, por la diversa naturaleza que tiene en ella el interés y la diferente función que ejerce la voluntad.

Tal diversidad de estructuras no puede menos de dar lugar a distintos principios y conceptos fundamentales.

En la relación orgánica—*status familiae, status civitatis*—, la tutela de la norma se actúa fundamentalmente imponiendo deberes, invistiendo funciones y predisponiendo los medios para obtener que deber y función sean bien cumplidos. Cuando en la relación orgánica se establece un derecho, éste es otorgado para obtener el cumplimiento de un deber. Esto ocurre en la relación de Derecho Público y en la familiar. No así en la relación típica de Derecho Privado: aquí, la tutela jurídica actúa fundamentalmente atribuyendo derechos y dejando libre a su titular de proveer a su ejercicio y demandar su tutela.

«De constatar que tiene estructura de relación orgánica la existente entre el individuo y el Estado y la relación familiar y no la que haya

(32) «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», en *Scritti minori di Antonio Cicu*, volume primo, *Scritti di Teoria Generale del Diritto, Diritto di Famiglia*, tomo primo, Milán, Giuffrè Editore, 1965, págs. 118-119.

(33) *Sulla struttura del rapporto giuridico*, en el mismo tomo, pág. 73.

(34) *Id.*, *id.*, pág. 74.

entre particulares pueden aportarse notables luces para los máximos problemas del Derecho, tanto técnicos como filosóficos y políticos» (35).

De tal planteamiento era lógico deducir consecuencias, en el campo de la sistematización del Derecho de Familia, en el cuerpo general del ordenamiento jurídico.

«Tradicionalmente—afirma CÍCU—había sido considerado como una de las partes del Derecho Civil o Privado, sometido, por tanto, a los principios y figuras generales del Derecho, que la doctrina pandectista alemana había recogido en una parte general. La doctrina civilista se sintió incómoda en varios puntos al forzar la inclusión dentro de estos principios y figuras del Derecho de Familia, incomodidad natural y evidente, porque los pilares del Derecho Privado son las instituciones de la propiedad, del negocio jurídico y de la responsabilidad por acto ilícito... Por el contrario, en el Derecho de Familia, la voluntad está determinada por el interés, pues está puesta para servirle: los bienes están vinculados a los fines, como ocurre en la dote o en el patrimonio familiar; sirven para el mejor cumplimiento de una función, como sucede en el usufructo legal de los padres, o son para fines altruistas, como acaece en la obligación de alimentos» (36).

El concepto de autonomía de la voluntad aplicado al campo del Derecho de Familia tiene una utilidad limitada, pues servirá para la doctrina general del Derecho, pero no borrará la profunda diferencia entre la autonomía privada en el Derecho Patrimonial y en el Derecho de Familia: la noción es inservible para la dogmática jurídica usual y para la práctica jurídica.

«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 de Derecho Público, era evidente que no podía acomodarse al 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

(35) *Cómo llegué...*, citada. pág. 117.

(36) *Cómo llegué...*, pág. 116.

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» (37).

En ningún momento, pues, CÍCU llegó a identificar el Derecho de Familia con el Derecho Público, a integrar el primero en el segundo. Destacó únicamente la evidente analogía de la relación jurídica familiar con la iuspública; la separación de aquélla de la relación jurídica atomística, individualista, característica del Derecho Privado, y la necesidad de construir los principios generales del Derecho de Familia así caracterizado. Por tanto, el Derecho de Familia, en la concepción primera de CÍCU, venía a ser un *tertium genus*, intermedio entre el Derecho Público y el Privado.

En 1955, sin llegar a rectificar su idea fundamental, la especificidad del Derecho de Familia dentro del sistema general del Derecho, precisó y matizó algunas de las conclusiones. En su obra *Principii generali di Diritto de Famiglia* (38) afirma que aunque la estructura de la relación jurídica familiar conduce a acercar el Derecho de Familia al Derecho Público, ello no lleva a considerarlo como parte del Derecho Público, sino más bien como parte autónoma del Derecho Privado. La razón para distinguirlo—como parte que es del Derecho Privado—del Derecho Público es la falta del concepto de soberanía, pues aunque existe en la familia un poder sobre individuos determinados—la patria potestad—tiene, sin embargo, una duración limitada. El *status* familiar, la relación orgánica familiar, pueden nacer de un hecho o un acto jurídico, pero nunca de un contrato. Ni están reguladas contractualmente ni se extinguen por el concorde querer de las partes, ya que la voluntad por sí sola es ineficaz para constituir, regular o extinguir las relaciones familiares: ni aun en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pese a que se reconozca aquí a la voluntad una eficacia mayor.

En la distinción, fundamental para la ciencia jurídica, entre Derecho Público y Derecho Privado, al Derecho de Familia se le mantiene en la posición sistemática tradicional, que lo incluye en el Derecho Privado. «Pero 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» (39).

(37) *Cómo llegué...*, págs. 117-118.

(38) Sigo la síntesis que del referido trabajo realizan LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, página 20, nota) y BELTRÁN DE HEREDIA (*ob. cit.*, pág. 844).

(39) CÍCU en la síntesis de dicho trabajo de BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 844.

VI. LA «PUBLICIZACION» DEL DERECHO DE LA FAMILIA EN LAS LEGISLACIONES Y DOCTRINAS EXTRANJERAS

El cambio social irreversible que se produjo en Europa en los primeros decenios del siglo xx motivó el nacimiento de ideologías totalitarias —fascismo, nacionalsocialismo, comunismo—, que no dejaron de influir en la legislación familiar de los países a los que llegó su influjo.

La victoria de los aliados en la segunda guerra mundial llevó a la parte del mundo a que se extendió la esfera de influencia de Occidente, un ideario familiar esencialmente basado en la democracia liberal.

Por el contrario, en Europa oriental, sede de la U.R.S.S. y las democracias socialistas, preponderó lo que RIGAUD llama concepción dogmática secularizada de la familia.

a) Legislación familiar italiana de entreguerras: UNGARI (40) afirma que «en el ciclo político legislativo abierto por la marcha fascista sobre Roma en 1922 confluyen algunos postulados de la reforma propios de la era liberal, pero que llegan ahora a actuar una política legislativa dirigida a la restauración de la familia, que no tanto deriva del programa fascista como tal, sino que debe reconducirse al nacionalismo corradiano, a sus juristas y a su ideología. En sus más consecuentes elaboraciones doctrinales y, en particular, aquellas que están ligadas a la polémica científica emprendida antes de la guerra por CICU para la reivindicación del Derecho de Familia a la esfera del Derecho Público, esta tendencia podía contrastar de modo radical con la dirección concordataria que después fue seguida».

ALFREDO ROCCO, ministro de Justicia fascista, al que se debió la promulgación del Código civil de 1942, aunque no llevara su firma de ministro el Decreto real que lo promulgó, afirmó que «el principio de la fuerte organización social» y de «las diferencias cualitativas de los miembros» de la familia debía importar también el sacrificio de los intereses de los individuos a la unidad familiar y a las razones de la política demográfica nacional (41).

MAROI (42) resumía un estado de opinión de los juristas italianos de aquellos años al afirmar que «nuestro Código civil de 1965 ha ignorado todo lo que de cohesión y cooperación, de fraterno y patriarcal, hay todavía en las costumbres de nuestras familias rurales, es decir, un 'patrimonio de stirpe' todavía incorrupto, que mientras cimentaba la

(40) *Ob. cit.*, págs. 177-178.

(41) Citado en *Ungari*, pág. 178.

(42) Citado en *Ungari*, págs. 185-186.

homogeneidad étnica podía consentir vincular la obra de la nueva codificación civil a los tesoros del folklore jurídico y (lo que era parcialmente lo mismo) a la gran tradición del Derecho Común, preunitario y prenapoleónico».

La legislación fiscal, de seguridad social, administrativa, del fascismo, intentaba, sí, robustecer la familia para hacerla un instrumento al servicio del Estado.

CICU captó perfectamente la esencia del Derecho Familiar contenido en el Código Rocco, al afirmar que el legislador fascista tuvo clara conciencia de que el Código italiano de 1865, modelado sobre el napoleónico, aun inspirándose en los principios individualistas y liberales de la Revolución, no había podido, en la disciplina del instituto familiar, renegar aquello que es en su natural esencia, su función social, el predominio que tiene el interés superior, el momento del deber, sobre el interés individual, sobre la autonomía del individuo (43).

«Por tanto, el legislador fascista no introdujo—continúa CICU—radicales innovaciones en la disciplina de la familia» (44).

Enumera en dicho trabajo CICU los puntos en que el nuevo Código acogió o acentuó el espíritu propio del Derecho Familiar—en el sentido expuesto por el autor: transindividualista, autoritario y eminentemente conservador y jerarquizante de las relaciones jurídico familiares—y que, por supuesto, no voy a detallar.

b) Legislación familiar nacionalsocialista: No estoy de acuerdo con CATHERINE LABRUSSE-RIOU (45) y sí con BELTRÁN DE HEREDIA (46), al afirmar que la ideología política nazi tuvo influjo, y no escaso, en el Derecho de Familia Alemán. A las leyes que cita BELTRÁN DE HEREDIA habría que añadir la *Erbhofgesetz* de 1933, que restablecía la sucesión amayorazgada de las explotaciones agrarias familiares que no excedieran de 125 hectáreas de extensión. La finalidad de dicha ley era arraigar en la tierra a la familia campesina y hacer efectivo el mito nazi de *Blut und Boden*.

En la práctica se convertía en un útil instrumento de intervencionismo del partido y del Estado en la vida de la familia campesina.

El peligro para el Derecho de Familia alemán lo constituía, más que las singulares leyes nacionalsocialistas, el *Führers-prinzip*, contradictorio con la noción del Estado de Derecho y de la distinción del De-

(43) «Lo spirito del Diritto Familiare nel nuovo Codice Civile», en *Scritti minori*, tomo citado, pág. 145.

(44) Id., id., pág. 145.

(45) *L'égalité des époux en Droit Allemand*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, pág. 21, nota.

(46) *Ob. cit.*, pág. 824.

recho en Público y Privado. La voluntad de Hitler hubiera podido arruinar, si se le hubiese dado tiempo, la estructura de la sana y tradicional familia alemana.

c) Legislación familiar soviética y de las democracias populares: Estudiar un conjunto de Derechos de Familia de características tan peculiares, influidos por la peculiar concepción materialista histórica marxista, pero que a la vez conservan reminiscencias de los ordenamientos jurídicos nacionales presoviéticos, es una tarea enorme para la que no me siento capacitado. Sin embargo, cabe apuntar algunas de las características o trazos comunes de lo que a los ojos de los especialistas constituye ya un sistema de Derechos de elementos determinantes semejantes, aunque varíen los elementos fungibles, que debe contraponerse a los sistemas de Derecho continental, anglosajón o cualesquiera otros en que para su estudio por el Derecho Comparado se divide el orbe de los ordenamientos jurídicos.

En la U.R.S.S., de un Derecho prácticamente liquidador de la vieja familia zarista—extensa, autoritaria, patriarcal—, muy radical en su emancipación de la mujer y en la concepción del matrimonio y de la familia—libre investigación de la paternidad, matrimonio por *usus* no formalizado legalmente, divorcio por mutuo disenso, aborto libre, supresión absoluta de la autoridad marital, separación absoluta de bienes en el matrimonio—, característico de los primeros tiempos del comunismo soviético, se pasa en la actualidad a una noción mucho más equilibrada y conservadora, en que los rasgos jurídicos de la familia soviética apenas si difieren de los de la burguesa occidental (47).

Sin embargo, la «publicización» del Derecho de Familia es obvia para el jurista soviético. «La teoría y la práctica del Derecho socialista no aceptan la división bipartita de los sistemas de Derecho en Derecho Público y Derecho Privado, añadiendo eventualmente un tercer grupo de Derechos especiales variados conocida en los Derechos continentales y en los sistemas de Derecho anglosajón también. La teoría socialista

(47) CZACHORSKY, en «Observations préliminaires concernant le droit de la famille», en *Introduction aux Droits Socialistes*, obra colectiva de BLAGOJEVIC, CZACHORSKY, IONASCO y otros, publicada por la Akademiai Kiadó, Budapest, 1971, página 528, afirma que «la existencia de rasgos comunes explica de un modo relativamente fácil la aparición en los sistemas de Derecho de todos los países socialistas europeos de las mismas ideas o, si se puede decir, principios generales comunes del Derecho de la Familia. Estos principios constituyen el fundamento de las leyes y los códigos de familia de los países en cuestión. A nuestro parecer, parecen ser los siguientes: 1) laricización del matrimonio; 2) monogamia; 3) estabilidad de la familia; 4) igualdad de derechos de la mujer y el hombre; 5) protección del niño nacido fuera del matrimonio; 6) protección de los menores; 7) protección de las personas incapaces de trabajar (derecho de alimentos)».

del Derecho constata, ante todo, que, en el fondo, la división en cuestión no es la del sistema de Derecho en diferentes ramas, sino una distinción hecha según ciertos grupos de ramas del Derecho... Haciendo abstracción de toda otra consideración, la división tradicional del sistema de Derecho en Derecho Público y Derecho Privado reposa sobre un criterio formal, es decir, sólo sobre el modo de la reglamentación aplicada por el Derecho en uno y otro dominio. Esta división no tiene en cuenta, en efecto, lo que es reglamentado por tal o cual parte del sistema del Derecho, especialmente los caracteres que revisten las condiciones de vida reglamentadas. La base de la crítica ejercida en esta materia por la teoría socialista del Derecho consiste brevemente en que esta división desdeña el criterio objetivo frente al metodológico. En todo caso, en el Derecho socialista, los diferentes métodos de la reglamentación no se delimitan unos de los otros con una claridad que permita que el modo de la reglamentación, reposando, de una parte, sobre la subordinación, y de otra, sobre la autonomía, pueda llegar a ser un criterio independiente de la división. En consecuencia, la teoría socialista del Derecho busca otros criterios de división...» (48).

La supresión de la distinción del Derecho en Público y Privado para el jurista soviético creo responde a la especial consideración del concepto de «legalidad socialista» frente a la tradicional noción de Estado de Derecho de las democracias occidentales.

Se sostiene que la protección de los derechos y libertades individuales, aunque absolutamente necesaria, «no es para nosotros una cuestión de las más importantes. No lo es por la sencilla razón de que hay cosas más importantes todavía y elementos del concepto de legalidad socialista más esenciales. El elemento más importante—e insisto sobre esta palabra—y decisivo de la legalidad socialista es la garantía de la realización del socialismo, realización que se debe operar estrictamente según las reglas del Derecho, estableciendo los fines inmediatos y los más lejanos y definiendo los medios y las modalidades de la acción» (49).

En suma, la realización de los designios del Estado socialista tiene prioridad sobre la protección de los derechos y libertades humanos, que en la práctica carecen de las garantías necesarias y pueden ser conculcados diariamente. Los fines del Estado impiden que la distinción entre Derecho Público y Privado tenga sentido en los Derechos socialistas: dentro de la concepción unitaria del Derecho, el Derecho Público regula

(48) SZABÓ: «Le droit socialiste» (Introduction), pág. 125, en *Introduction*, citada, págs. 128-129.

(49) JAROSZINSKI: «Les éléments populaires dans le concept de la légalité socialiste», citado en *Sociedad, Estado y Derecho en la Filosofía marxista*, de REMIGIO CONDE, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pág. 181.

lo que en Derecho burgués es el Derecho constitucional, pero no existe un Derecho privado aislado de la influencia del Estado, como era característico del Derecho Privado del Estado burgués liberal de Derecho.

En tal sentido tiene escaso interés dentro de la concepción de la legalidad socialista si el Derecho de Familia forma parte del tradicional Derecho Civil o si es una rama autónoma del Derecho (50).

El Derecho de Familia está totalmente subordinado al Estado y tiene, ante todo, un carácter moral. Su función educadora es resaltada por todos los juristas: «Los principios fundamentales del Derecho de Familia coinciden necesariamente con los de la moral comunista, puesto que son partes integrantes de la misma supraestructura, expresan los intereses e ideales del pueblo trabajador y contribuyen a la realización de un mismo fin: la edificación de la sociedad comunista... El Derecho de Familia ejerce una función moral y educadora singularmente importante, cuyo influjo alcanza a las relaciones extrafamiliares» (51).

Como dice ARANGUREN, «se trata, como se ve, no de una simple 'socialización' de la moral, sino de su estatificación, de su politización. Y no sólo de la moral, sino de toda la cultura y—en la idea—de la vida entera. Todo es absorbido por el Estado, que impone una ideología oficial, a la manera del dogma u ortodoxia seculares, y dicta a cada

(50) SZABÓ, *ob. cit.*, págs. 143-144, afirma que... «el contenido principal del Derecho de la Familia y de la rama del Derecho a ella relativa están determinados por el carácter moral de los vínculos del matrimonio y del parentesco. El reconocimiento de este hecho ha coincidido en todos los países socialistas con el objetivo de realizar la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en el interior de la familia igualmente. Este reconocimiento ha comportado la necesidad de crear leyes especiales sobre el matrimonio y la familia, y en consecuencia de ello el Derecho de la familia se ha desgajado del Derecho Civil en cuanto a su materia también, y ha accedido a la autonomía. Hoy en día, en la mayor parte de los países socialistas, el Derecho de la Familia es una rama distinta de Derecho, la cual tiene evidentemente ciertas conexiones con el Derecho Civil que son más estrechas que las que la unen a las restantes ramas del Derecho, lo que no modifica en nada el hecho de que el Derecho socialista de la familia reposa sobre principios fundamentales que, en su esencia, son otros distintos de los del Derecho Civil socialista».

Sin embargo, dicha opinión no es unánime. Así, CZACHORSKY opina «parecer más razonable pronunciarse por los partidarios de la unidad y no por los de la separación».

Así creemos justo tratar las materias de las relaciones familiares como parte de las relaciones de Derecho Civil en el sentido más amplio del término. Bien seguro, las relaciones familiares de que se trata tienen más de común con todos los reglamentos de Derecho puramente patrimonial que se refiere a los sujetos —personas físicas— que con lo que toca al orden de todas las personas morales, comprendidas las personas morales estatales, y su participación en las relaciones con otros sujetos de derecho» (*ob. cit.*, págs. 525-526).

(51) POPESCU: «Die erziehrische Rolle des Familienrechts, Neue Justiz», 1964-2, citado en REMIGIO CONDE, *ob. cit.*, pág. 208.

individuo lo que ha de crear, saber y hacer. El ámbito privado es completamente eliminado, la 'publicación' de la vida llega a ser completa. El Estado, mientras no se cumpla la mística escatológica marxista, se hace absorbente, cerrado, omnipotente, total» (52).

d) Legislaciones y doctrinas jurídicas familiares occidentales: «publicización» y «privatización» del Derecho de Familia: La «publicización» del Derecho de Familia, o si se quiere hablar con menos precisión, el intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar, es una realidad evidente incluso en los ordenamientos democráticos de Occidente. Antes vimos el carácter no intervencionista en materia familiar del Estado burgués liberal del siglo XIX. Hoy en día, la familia, grupo social mínimo, que ha perdido muchas de sus funciones tradicionales y que difícilmente puede cumplir las nuevas exigencias que una sociedad mucho más evolucionada y compleja le impone sin cesar, debe ser ayudada por el Estado.

Tal intervencionismo sería absurdo se realizase bajo el signo exclusivo del Derecho Privado, dejando los mecanismos de protección y apoyo a la discreción de los miembros de la familia. Algunos deberes primordiales de la misma, como el sustento y el cuidado de las enfermedades de sus miembros o la educación de los niños, no pueden simplemente dejarse al buen criterio de los padres: la obligatoriedad de tales funciones, ya imperante en todos los Códigos civiles liberales, se refuerza con nuevas leyes, que apenas dejan nada a su arbitrio.

Surge así el Derecho Familiar «administrativo» (53), descuidado curiosamente por los especialistas de Derecho Privado y por los administrativistas, como toda institución situada a caballo de dos ordenamientos.

El peligro grave de tal intervencionismo, que no dejan de apuntar los juristas extranjeros, es que si el Estado paga a la familia, la asalaria por el viejo aforismo de que «quien paga, manda». Cabe que los genuinos reductos del Derecho Civil, la patria potestad, la educación de los hijos, queden así a merced del poder público, que sutilmente puede dictar una política educativa que convenga a los intereses del grupo hegemónico que controla el Estado y no a los de promoción de la sociedad toda.

Se habría llegado en tal supuesto a una situación nazi sin terror o soviética sin ideología materialista ni ética comunitaria absorbente: el poder utilizaría a la familia como elemento de garantía, de protección

(52) *Ética y política*, Ediciones Castilla, S. A., Madrid, 1968, págs. 240-241.

(53) FRIEDMANN, en «El Derecho en una sociedad en transformación», traducción de la obra, mundialmente famosa, *Law in a changing Society*, por Fondo de la Cultura Económica, México, 1966, pág. 273, emplea esta denominación.

de los intereses de las casta dominante, imponiéndole la tarea de reprimir los intentos contestatarios de los jóvenes en etapa de formación, a cambio de la protección económica, que probablemente se discerniría de un modo paternalista, a las familias fieles al poder.

Viceversa, determinadas instituciones represoras del Derecho de Familia (vg., intervención del Estado en la patria potestad) se reservarían a aquellas clases sociales poco adictas al poder.

Se utilizaría el nuevo y el antiguo Derecho de Familia para el logro de los fines del grupo político hegemónico. La desaparición del Derecho Familiar Privado, reducto inviolable de la libertad civil, sería una consecuencia de esa torcida y nefasta «publicización» del Derecho Familiar. El final de un proceso semejante, unido a otra serie de medidas de gobierno—«privatización del Derecho Público»—, daría al traste con los últimos vestigios del Estado de Derecho.

En tal sentido, CARBONNIER (54) afirma que antaño la familia era un conjunto cerrado a la sociedad, se afirmaba incluso frente a ésta y obtenía de ella independencia, y de esta oposición, más independencia y más fuerza. Hoy todas las relaciones familiares son invadidas por intervenciones de la sociedad, es decir, por el Estado. Estas intervenciones estatales toman dos formas: 1) El Estado reemplaza a la familia en número creciente de funciones (por ejemplo, en la función pedagógica, por la educación nacional; en la función alimentaria, por la seguridad social y las prestaciones familiares). 2) El Estado controla a la familia en el ejercicio de las funciones que ella conserva... Las dos formas de intervención, por lo demás, tienen muchas veces entre sí una relación lógica; el que ayuda tiene el derecho de controlar; si la colectividad paga al padre para educar a sus hijos, no es sorprendente que pueda desposeerle de sus poderes nombrando un tutor para las prestaciones familiares.

El mismo autor no deja de reconocer que los mecanismos protectores y admonitores de las familias sólo afectan a algunas de ellas. «Sería una ilusión creerlas a todas igualmente expuestas a las presiones de la colectividad. En materia de poder paterno, por ejemplo, los controles más constrictivos han sido siempre reservados a una minoría de familias pobres o no conformistas, y una encuesta podría revelar que en el funcionamiento de la tutela, las relaciones de la familia al juez se establecen diferentemente, según los medios sociales» (55).

Apunta CARBONNIER que «el peligro del intervencionismo creciente del Estado es real para las libertades. Sin embargo, es la contrapartida

(54) *Flexible Droit*, París, 1971, págs. 128-129.

(55) *Id.*, *íd.*, pág. 129.

de las ventajas, que nadie rechaza (y la pobreza es también un peligro para la libertad). No se trata por ello de una condenación absoluta, sino de conciliación, de precauciones y de arreglos» (56).

El mismo autor, pese a subrayar el creciente intervencionismo del Estado en la vida familiar, no deja de reconocer que el Derecho de la Familia sigue siendo fundamentalmente Derecho Privado, Derecho Civil, cuya misión es, ante todo, resolver los conflictos entre personas privadas. No deja, no obstante, de reconocer el particularismo del Derecho de Familia: que la parte de la autonomía de la voluntad sea en él más reducida, el orden público más desenvuelto; que las teorías generales del Derecho civil no se apliquen sin más (ejemplo: acto jurídico y matrimonio, medios de prueba y filiación); en el plano de procedimiento, la existencia de procedimientos especiales debatidos en jurisdicciones especiales.

Sin embargo, sería anticientífico no reconocer que junto a la «publicización» o intervencionismo del Estado en la vida familiar hay, por el contrario, un repliegue de esa misma intervención, una «privatización» del Derecho de Familia, que ha destacado clarivamente FEDERICO DE CASTRO (57).

Si en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de Europa occidental se ha eliminado—o está en vías de eliminación, como en Italia—la potestad marital y se atribuye la patria potestad conjunta al padre y a la madre sobre los hijos menores, se está quebrantando por doquier la imagen patriarcal autoritaria de la relación jurídico familiar; según CICU, se está rompiendo la analogía entre la relación familiar y la de Derecho Público, pues ya no existe supremacía en uno de los miembros de la familia y subordinación en otro, sino la misma se estructura democráticamente.

La intervención del Estado en las relaciones familiares—para resolver el disenso de los cónyuges en el manejo de su hogar o en la educación de los hijos—no es sino esporádica y en cierto modo teórica en aquellos ordenamientos jurídicos inspirados en el principio de la par condición de los cónyuges (Derecho alemán, francés e italiano, según el proyecto de 1971).

condición de los cónyuges (Derechos alemán, francés e italiano según el

(56) *Droit Civil*, 2, *La Famille. Les incapacités*, P. U. F., París, 1969, página 10.

(57) *Compendio de Derecho Civil*, cit., pág. 35, nota: «Los autores que siguen la ideología individualista criticada podrían hablar (lo que no hacen) de una «privatización» del Derecho de Familia en las leyes modernas de diversos países (divorcio por mutuo disenso, etc.), en verdad, contrarias a la naturaleza de la familia y así repugnantes a la del Derecho Civil.»

acuerdo privadamente para resolver los problemas comunes. La democratización de la familia (58) comporta, a mi juicio, privatización de las normas que la regulan.

LACROIX (59), por cierto, nada sospechoso de individualismo o de laicismo, afirmó ya hace bastantes años que la familia era «encarnación de la categoría de lo social privado». «Frente a una observación superficial, la familia aparece como el lugar privilegiado de la defensa de lo privado...

Es preciso rehusar toda experiencia familiar y estar obsesionado por las preocupaciones político económicas para no ver en la institución familiar más que la célula de la sociedad... El desarrollo de la persona humana exige imperiosamente que el hombre no se dé enteramente ni a la vida privada ni a la pública, sino que progrese a través de una y otra. Uno de los peores peligros que hoy amenazan al ser humano es lo que podría denominarse su publicidad...

Para HEGEL todo es público, todo está abierto, todo está revelado, y en cierto sentido, el hegelianismo es la identidad de la impresión y de la expresión, del interior y del exterior... El pudor se opone a la publicidad del universo hegeliano; está esencialmente ligado a la noción de lo privado. De esta forma puede hablarse del pudor familiar, ya que en la familia existe un secreto y un privado que se comunican inmediatamente a todos los parientes sin que se expresen fuera.»

RIGAUX (60) distingue tres concepciones fundamentales en la estructuración jurídica de la familia en el mundo actual: la concepción cristiana tradicional, fundada en el matrimonio indisoluble; la concepción empírica, consecuencia del proceso de secularización de la familia, y la secular dogmática, característica de la secularización operada en los países socialistas.

En los países occidentales de civilización cristiana, en los que predomina la concepción empírica de la familia, dos ideas fundamentales parecen hoy dominantes: en el matrimonio, los valores de la intimidad pasan a primer plano y crean un derecho nuevo, el derecho a la felicidad. La estabilidad de la pareja llega a ser el ideal del matrimonio, pero

(58) «Es todavía hablar por analogía lejana. Se quiere decir que las relaciones de autoridad que caracterizaron en otro tiempo a la familia han cedido el lugar a relaciones de reciprocidad, que la autocracia del «marido padre», jefe de la familia, se ha desvanecido frente a la autonomía de la mujer y de los hijos» (CARBONNIER: *Flexible Droit*, citado, pág. 132).

(59) *Fuerzas y debilidades de la familia*, Editorial Fontanella, Barcelona, 1967, páginas 61 y sigs.

(60) *Les personnes*, tomo I, *Les Relations Familiales*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruselas, Maison Ferdinand Larcier, S. A., 1971, pág. 123.

el Derecho Positivo admite más ampliamente que otras veces el alineamiento de relaciones jurídicas sobre las situaciones de hecho. El divorcio se limita a liquidar el fracaso de la experiencia conyugal. Para este autor (61), las fuentes del Derecho de Familia pertenecen al Derecho Civil o Derecho Privado, no, como tantas veces se ha afirmado, al Derecho Público. Ni el interés del Estado en la familia ni la circunstancia de que el matrimonio se celebre ante el oficial del estado civil justifican la aproximación del Derecho de Familia al Derecho Público. Los derechos subjetivos familiares son individuales, ligan entre sí a las diversas personas que integran la comunidad familiar. La familia no constituye una entidad con existencia propia. La comunidad familiar no está estructurada jurídicamente.

Para ERNST WOLF (62), lo que en las relaciones familiares bajo sus dos formas (esposos y padres e hijos) constituye 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 tanto que persona. Existir como persona significa tomar sus decisiones libremente, es decir, sin estar dependiente en virtud de un vínculo causal.

En la misma dirección de la privatización del Derecho de Familia se mueven las doctrinas de los sociólogos del Derecho que reconocen la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, de un pluralismo jurídico, en el que la familia sería una fuente de normas jurídicas. Dichas normas jurídicas necesariamente serían privadas, pues no parece lógico que el Estado moderno tolere ordenamientos iuspublicísticos sustraídos de su directo control.

LEVY BRUHL (63) se pregunta cuáles son los grupos humanos que pueden imponer a sus miembros normas jurídicas y si es exacto que cada grupo humano tiene su derecho. Distingue el autor entre la escuela monista y la pluralista. La primera, a la que se adhieren casi todos los juristas, estima que un solo tipo de grupo social, el grupo político, está habilitado para crear normas jurídicas. La otra escuela sostiene que en todo grupo de alguna consistencia pueda darse, y a menudo se da, normas de gobierno que pueden exceder el carácter de simples reglamentos para alcanzar el rango de verdaderas normas jurídicas. Hay, al lado de Derecho estatal, Derecho supraestatal (Derecho Canónico, De-

(61) *Ob. cit.*, pág. 107.

(62) Citado en RIGAUX, *ob. cit.*, pág. 89, su artículo «Das Begriff Familienrecht», publicado en 1968.

(63) *Sociología del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, páginas 13 y sigs.

recho de las organizaciones internacionales) y Derechos infraestatales. En el Derecho histórico, entre otras agrupaciones, la *gens*, el *genos*, la *sippe*, ejercían funciones públicas. En los Derechos modernos, los juristas pluralistas afirman que teóricamente, al menos, toda agrupación humana tiene su Derecho: lo mismo lo tiene un club deportivo, una sociedad de comercio, un sindicato, que una nación.

SÁNCHEZ DE LA TORRE (64) afirma que los 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 familia y las personas individuos, explican las diversas evoluciones que consigo lleva la institución del matrimonio (indisolubilidad o licitud del divorcio, patria potestad unilateral o conjunta de ambos cónyuges).

SANTORO PASSARELLI (65), aun en una perspectiva netamente conservadora de cara al proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados italiana en primera lectura en diciembre de 1971, que modifica de modo casi revolucionario muchas instituciones del Derecho Familiar italiano, examina la posición que el Derecho estatal debe asumir respecto de la autodeterminación de la familia. Hay intereses generales ligados a la existencia de la familia, de la familia como es configurada en el artículo 29 de la Constitución de la República italiana (66), y también a la condición de los hijos naturales, como debe ser asegurada según la norma del artículo 30 (67), y, ciertamente, la tutela de tales intereses

(64) *Introducción al Derecho*, Ediciones Anaya, S. A., Salamanca, 1971, página 112.

(65) «Significato attuale del Diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia», en *La Riforma del Diritto di Famiglia*, Quaderni della Rivista di Diritto Civile, Padua, Cedam, 1972, pág. 11.

(66) Dicho artículo dice así: «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio está regulado sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.»

(67) Los dos últimos párrafos del artículo 30 dicen así: «... La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. La ley dicta las normas y los límites para la investigación de la paternidad.»

no puede no atañer a la Ley del Estado. Pero existen intereses de la familia como tal, que deben ser dejados al cuidado y a la realización de parte de los componentes de la familia. Esta es una sociedad que no puede dejar de ser dotada de autonomía en el ámbito del ordenamiento jurídico. Parece que la autonomía de la familia, de las singulares familias, no ha sido suficientemente respetada en el proyecto de ley.

BUCCIANTE (68) reconoce que la fórmula del artículo 29 de la Constitución italiana, que consagra la unidad del agregado familiar, permite una vastísima gama de interpretaciones, y la más idónea es apreciar en las fuerzas internas de la familia el medio más idóneo para mantener la unidad familiar y superar lo que podríamos definir como las enfermedades contagiosas de la vida conyugal.

e) Conclusiones: El análisis de la «publicización» del Derecho de Familia permite deducir que la misma alcanzó su cenit—no siempre por influjo directo de Circu, pero sí de las ideas nacionalistas y católico autoritarias en que dicho autor se formó—en la legislación fascista, y fuera de todo influjo del profesor italiano, en la nacionalsocialista. Que el Código italiano de 1942, que vige sustancialmente en la actualidad, debe ser—y de hecho lo es por los juristas actuales y por los Tribunales—interpretado de acuerdo con la nueva constitución republicana democrática de 1946, aunque, como es lógico, haya diversidad de pareceres al respecto. Que la concepción dogmática secularizada que inspira los Derechos de Familia socialistas presenta externamente los rasgos técnicos del Derecho Familiar de las democracias occidentales, pero que la no distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, la supresión de la noción de Estado de Derecho y la conceptualización de la familia como un organismo ético al servicio de los fines de la sociedad comunista la hacen divergir profundamente de aquél. Que el nuevo influjo de las cambiantes *mores* familiares—democratización de las familias, supresión de los viejos símbolos patriarcales de la autoridad del padre de familia y del esposo que regían en el ámbito de lo privado familiar—alejan el peligro de «publicización» de la familia en el Derecho europeo occidental, pese a la intervención del Estado en la vida de la familia y a la presión del Derecho Administrativo. Familia protegida y familia libre privada, autónoma, son perfectamente posibles en el seno de una nueva ética comunitaria o societaria, y de un renovado concepto de Estado democrático de Derecho.

(68) *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milán, Giuffré, 1971, pág. 12.

VII. OPINION DE LOS AUTORES ESPAÑOLES ACERCA DEL PUESTO SISTEMATICO DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DISTINCION DERECHO PUBLICO-DERECHO PRIVADO

La mayor parte de los autores españoles se niegan a romper la unidad sustancial tradicional de los diversos cuerpos que integran el Derecho Civil y separar del mismo el Derecho de Familia. En este sentido, entiendo que ni siquiera la última opinión de Crcu, pretendiendo configurarlo como parte autónoma del Derecho Civil, con la que mantendría evidente conexión, ha tenido demasiado eco en nuestra doctrina.

DE CASTRO (69) afirma que en la concepción liberal individualista se entienden los Códigos civiles dictados 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 buena parte de los preceptos del Código civil. «Ello explica que casi todas las recientes disposiciones se diagnostiquen como síntomas 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 o al que contrata forzado), *para mantener la unidad y buena organización de la familia*, 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* —los subrayados son míos—, 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 (70) que la especialización del estudio científico de materias comprendidas en el Código civil, como es el Derecho de Familia, no supone peligro grave de disgregación del ordenamiento civilista.

DÍEZ PICAZO (71) 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 diferente organización del régimen jurídico de las relaciones familiares frente a las 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 de Derecho Público se propugnará la autonomía del Derecho de Familia frente al Derecho Civil. Esta direc-

(69) *Compendio*, citado, pág. 35.

(70) *Compendio...*, pág. 34.

(71) *Lecciones*, citada, pág. 19.

ción 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 jurídica civil aquellos que en realidad se presentan sólo en la relación jurídica patrimonial.»

JORDANO BAREA (72), comentando el texto de DE CASTRO, que ha reproducido en la nota 69, afirma que «esto aclara bastante las ideas frente a la postura de quienes se obstinan en ver un fenómeno de 'publicación' del Derecho Privado siempre que se está frente a instituciones que, por fuerza de urgentes exigencias, sustituyeron la inspiración liberal individualista por otra orientación cimentada en el *bonum commune*. El moderno intervencionismo administrativo no siempre responde a un aumento del poder estatal, sino que muchas veces implica una reacción del Estado para defender a la persona y a la comunidad frente a las fuerzas sociales fomentadas por el régimen de la economía liberal».

Sentado lo que antecede, concluye el autor (73) que el Derecho Civil es, desde luego, Derecho Privado, el Derecho Privado general o nuclear. Y en nota agrega:

«Sin exceptuar al Derecho de Familia, que para nosotros, como para la doctrina dominante, forma parte del más puro y genuino Derecho Privado, una de cuyas materias o instituciones propias es precisamente la familia. La concepción del Derecho de Familia como Derecho autónomo, afín al Derecho Público (CICU), aunque logró en gran parte alguna adhesión (RUGGIERO), no ha tenido gran acogida, ni siquiera en Italia. La concepción semipublicista que del Derecho Familiar tiene CICU es falsa en su mismo fundamento. Presupuesto de la doctrina de CICU es la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, cifrada en el interés, en la voluntad y en la posición que ocupa el individuo de la relación jurídica.»

HERNÁNDEZ GIL (74) afirma que «la base de la concepción de CICU no es, por tanto, muy estable, en la situación actual de la ciencia jurídica, porque descansa en una distinción entre Derecho Público y Derecho Privado inaceptable».

Para PUIG BRUTAU (75), «la cuestión está en la actualidad práctica-

(72) *Ob. cit.*, pág. 874.

(73) *Ob. cit.*, pág. 875.

(74) *El concepto de Derecho Civil*, citado en la nota de JORDANO BAREA a que se alude en nota 73.

(75) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, *El Matrimonio y el Régimen Matrimonial de Bienes*, Barcelona, Bosch, 1967, pág. 16.

mente resuelta, pues es de reconocer de manera muy preponderante que pertenece al Derecho Privado».

Para ROYO MARTÍNEZ (76), CICU en su razonamiento envuelve una petición de principio, porque arranca de haber configurado previamente al Derecho Privado recogiendo los caracteres que se le asignan nada más que del Derecho del tráfico. Si se adopta para marcar la distinción fundamental un criterio formal..., que atendiendo a la estructura fundamental de la relación jurídica y a la cualidad de los sujetos de la misma señala como Derecho Público al que regula las relaciones jurídicas en las que interviene como sujeto el Estado o uno de los entes que forman parte de su organización o estructura, y precisamente con el carácter de titular o partícipe de la soberanía política, entonces no se podrá compartir ni aprobar la tesis del profesor CICU.

Con esta noción de Derecho Público-Derecho Privado... «desaparecerá la incompatibilidad entre el Derecho de Familia, dados los caracteres que dijimos antes que lo configuran, y el Derecho Privado, porque éste no será ya el Derecho consagrado al egoísmo, sino el Derecho consagrado a la persona en las íntimas relaciones que no tienen por parte al Estado..., y sí será el Derecho consagrado a la persona en aquellas actuaciones que no realiza como súbdito de un Estado, sino simplemente como persona y respecto de otras personas...

Pienso, en resumen, que el Derecho de Familia es Derecho Privado, porque concierne a un sector importantísimo de nuestra vida en cuanto simples personas y no en cuanto súbditos o miembros de la comunidad nacional u organización política a la que llamamos Estado».

BONET RAMÓN (77), tras citar el precedente párrafo de ROYO MARTÍNEZ, afirma que «ésta es la *communis opinio* en nuestra Patria—DE DIEGO, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, ESPÍN—, aun reconociendo que el Derecho de Familia ocupa un puesto propio en la órbita del Derecho Privado, porque las normas de que resulta son imperativas o de *ius cogens* (llamadas de orden público) y repugnan a los derechos subjetivos familiares algunos caracteres que aparecen connaturales en los derechos subjetivos patrimoniales».

ESPÍN (78) no tiene una opinión muy decidida sobre el problema, pues tras estudiar los caracteres del Derecho de Familia en la forma que es tradicional en nuestros autores, afirma que «estas características, propias del Derecho de Familia, le dan una fisonomía publicista, que ha

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

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

(78) *Manual de Derecho Civil español*, vol. IV, *Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, págs. 5-6.

hecho pensar en la pertenencia del mismo al Derecho Público; en crear una zona próxima al mismo, intermedia entre éste y el Derecho Privado, integrada por el Derecho de Familia (tesis de CICU, según ya vimos), o, finalmente, aun rechazando la inclusión del Derecho de Familia en el público, así como su exclusión del Privado, afirmar simplemente que, aun dentro de la órbita del Derecho Privado, mantiene una posición destacada frente al resto del mismo».

En una posición claramente minoritaria, los partidarios de CICU en nuestro Derecho insisten en los distintos caracteres de la relación jurídica individualista—esencialmente, la patrimonial—y de la relación jurídica familiar para singularizar al Derecho de Familia del conjunto del Derecho Privado.

Anteriormente expuse la tesis de D'ORS distinguiendo el sistema de situaciones (características de la visión del Derecho Público) y el sistema de relaciones (propio del Derecho Privado). Derecho Privado es para él el *ius dispositivum*; Derecho Público, el *ius cogens*. El Derecho Civil contiene, al lado de las normas típicamente privativas (*ius dispositivum*), otras que sin dejar de ser civiles pertenecen, por ser *ius cogens*, al Derecho Público. Para D'ORS no cabe duda que el Derecho de Familia no puede ser Derecho Privado, pues para este autor el «Derecho propiamente dicho» tiene por objeto las relaciones y es fundamentalmente privado, esto es, Derecho Patrimonial (79). El estudio de las situaciones la reserva D'ORS a la llamada ciencia de la organización: «El conjunto de la organización no es propiamente Derecho. La ciencia que estudia estas materias es la ciencia de la organización. En cierto modo tiene prioridad sobre el Derecho, pues los factores fundamentales del Derecho—como la situación de las personas y el sistema judicial—dependen del sistema público previamente organizado» (80).

«La familia es el órgano mínimo de toda la organización social del género humano; es también el más natural e imprescindible, pues ella reduce la continuidad del mismo. La organización social debe tomar la familia como principio y fundamento para el desarrollo de toda la escala de los otros grupos humanos» (81).

Creo que no hay una prueba más concluyente de la opinión de este autor, que ni siquiera considera como de Derecho Público a la familia, sino que la excluye del campo jurídico propiamente dicho y la considera como la base primaria de la organización social, a imagen de la

(79) Véase *Una introducción al estudio del Derecho*, Ediciones Rialp, S. A., Madrid, 1963, págs. 25 y sigs.

(80) *Una introducción...*, pág. 26.

(81) *Una introducción...*, pág. 53.

cual se organiza jerárquicamente la sociedad civil en todos sus niveles y la comunidad internacional.

Con un enfoque dogmático-jurídico, BELTRÁN DE HEREDIA insiste en los desgastados argumentos de CICU acerca de la distinción entre la relación jurídico individualista y la orgánica. Resulta que allí donde la autonomía de la voluntad no funciona, no puede hablarse de Derecho Privado. En la medida que el Derecho Civil contiene normas imperativas, en las que la voluntad no tiene imperio, dejan automáticamente de pertenecer al Derecho Privado.

Su posición le obliga a degradar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, «carente de contenido sustancial en el momento actual, en cuanto que permite incluir dentro de lo que tradicionalmente integraba el segundo a instituciones reguladas por normas del primero, que no responden a los principios que fueron característicos de aquél, e incluso a instituciones que se rigen por normas de ambas clases conjunta e indiscriminadamente» (82). Todo lo cual le lleva a rechazar el uso del Derecho Privado y a considerar que el «término Derecho Civil, como más general y amplio, comprendería las instituciones referentes al ciudadano o individuo, cuya regulación se efectúa en unos casos con normas de Derecho Privado—cada vez más reducidas en número y debilitadas en profundidad—y, en otros, por normas de Derecho Público, sin que por ello pierdan su carácter de auténticas instituciones de Derecho Civil» (83).

VIII. OPINION PROPIA AL RESPECTO: DERECHO PRIVADO, DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO JURISDICCIONAL FAMILIAR

Yo creo que la inclusión del Derecho de Familia dentro del Derecho Público es inadmisibles. Al menos, lo que hemos entendido tradicionalmente por Derecho de Familia: el contemplado esencialmente por el Código civil y su legislación complementaria y modificativa. Otra cosa muy distinta es lo que podríamos llamar «Derecho Jurisdiccional Familiar»—Civil, Canónico, de Tribunales Tutelares de Menores—y el Derecho Administrativo Familiar, tan injustamente preterido por nuestros autores. Decir sin más que tales materias no son Derecho de Familia (84)

(82) *Ob. cit.*, págs. 844 y 845.

(83) *Ob. cit.*, pág. 845.

(84) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía*, citado, pág. 19.

es demasiado poco: ¿Qué son, entonces? ¿Simple acción de fomento del Estado en la vida familiar? ¿No le interesa al civilista en absoluto saber qué pretensiones puede aducir la familia española concreta ante los diversos organismos e instancias de la vida nacional e incluso internacional? ¿Cuál ha de ser la posición del Derecho Civil en la proyectada Escuela de Ciencias Familiares? ¿Llegarán tarde los juristas españoles, por haber desdeñado el análisis del Derecho Administrativo Familiar, a la cita que a la familia española brinda la Historia para emprender derroteros hacia metas de mayor libertad y bienestar?

El Derecho de Familia pertenece al Derecho Privado. En la medida que el ordenamiento jurídico establece las reglas supletorias o correctoras de la libre autonomía familiar, definiendo las grandes líneas sobre las que se basa la institución familiar—matrimonio, patria potestad, régimen de la filiación—, prescribiendo un mínimo jurídico indispensable para el recto funcionamiento de la familia, por estimar que las simples *mores* familiares no deben ser árbitros de intereses sociales tan fundamentales como la educación y manutención de los hijos, la convivencia ordenada de los esposos, la recta composición de los intereses de los esposos y de los terceros en el patrimonio familiar, la protección de los incapacitados que se hallan incardinados en una relación familiar o la imitación de los vínculos de la naturaleza por la convivencia entre adoptante y adoptado, en modo alguno nos hemos alejado de la *privacy*, del más íntimo, entrañable y recóndito Derecho Privado.

Decir, como CÍCU (85), que la familia es una institución privada, la más privada de las instituciones, y que, por tanto, no puede subsumirse en el Derecho Público, es tanto como decir lo que la mayor parte de los juristas de Occidente creen en el momento presente: que el Derecho de Familia sigue siendo Derecho Privado.

Como tal Derecho Privado deberá tener un contacto íntimo, aún más que con el Derecho Patrimonial, con el Derecho de la Persona, ya que éste regula—hasta donde le es posible—las más íntimas esferas del ser humano, comprendido en su radical individualidad y el Derecho de Familia los medios por los que en el seno del conjunto familiar se socializa, a la par que se individualiza—dos facetas existencialmente indisolubles—el ser humano. Materias como la atribución del nombre familiar, la regulación de la capacidad, de los estados, la tutela, la protección del honor familiar, etc., se hallan a caballo de ambos ordenamientos. Creo que un ahondamiento en la esencia del Derecho de la Familia provocará un enriquecimiento del Derecho de la Persona y viceversa.

En tal orden de cosas no puede considerarse un demérito técnico el

(85) *Cómo llegué...*, ob. cit., pág. 117.

que los civilistas franceses y belgas y el propio Código civil italiano de 1942 ignoren, como cuerpo sistemático del Derecho, el Derecho de Familia y estudien sus instituciones bajo la rúbrica de «Las personas», coincidiendo en esto con el criterio del *Code* civil francés de 1804.

El Derecho Administrativo Familiar es obviamente Derecho Público. El Estado define un orden soberano y sin deber limitar ni menoscabar la autonomía familiar establece instituciones y modos de intervención en el desenvolvimiento externo de la familia—no en su esfera íntima—, que corrigen los posibles casos patológicos en que los fines del agregado familiar no se cumplen, o apoyan decisivamente, con todo el poder de un ordenamiento cogente, a la misma en los diversos planos en que sus intereses—educativos, económicos, organizativos, etc.—se hallan en juego.

Construir este Derecho Administrativo Familiar como categoría científica singularizada, separada del inmenso magma del Derecho Administrativo Común, es una labor que merece los esfuerzos de un tratadista de la talla de ANTONIO CICU, o mejor aún, de equipos interdisciplinarios de profesionales del Derecho asesorados por técnicos de las más diversas especialidades—sociólogos, urbanistas, médicos, asistentes sociales, arquitectos, psicólogos, filósofos—. Creo que no es enumerar demasiadas especialidades para conseguir la justa regulación y sistematización científica de la intervención de los poderes públicos en pro del bienestar de la familia.

Resulta difícil, dado el estado actual de estudios de la materia, enumerar principios fundamentales de tal disciplina. Creo que en el plano más formal que sustancial deben destacarse dos: el de legalidad y el de subsidiariedad.

La justicia social exige que las prestaciones que haya de atribuirse a la familia, las intervenciones todas de la Administración en el quehacer externo de la misma, no sean graciabiles ni discrecionales, sino sometidas a criterios objetivos, inspirados en el bien común y en la protección de los intereses de los más débiles. Todo un sistema de recursos ante jurisdicciones independientes, incluso la contencioso administrativa, debe ser articulado para respetar el principio de legalidad. La Administración, encargada del bienestar de las familias, debe aplicar la regla de Derecho. La discrecionalidad debe ser reducida al mínimo: el poder reglado debe ser un *desideratum* de la acción de la Administración.

El principio de subsidiariedad es un corolario del necesario respeto de la autonomía de la familia, de todas las familias. Lo que pueda hacer por sí sola esta singular familia, aun ayudada tangencialmente por el poder público, debe hacerlo. Lo que un grupo de familias asociadas vo-

luntariamente pueda hacer por sí solo debe, asimismo, hacerlo aunque haya de recibir ayudas de toda índole de los poderes públicos. Cuando sea absolutamente imprescindible atribuir a una asociación o grupos de asociación familiares el monopolio de ciertos intereses o alguna representación familiar, por estimarlo conveniente el poder público, en el seno de dicha asociación debe reinar una democracia real, no formal; otra cosa sería una inadmisibile militarización de la familia.

El Derecho Familiar Administrativo debe inspirarse en la Declaración de los Derechos de la Familia, emanada de la U.I.O.F. (Unión Internacional de Organismos Familiares) (86): Artículo 1. «El Estado debe garantizar el libre ejercicio de su misión dejándole la responsabilidad de su futuro.» En su artículo 7, la Declaración señala que «los medios empleados por los organismos públicos o privados para la ayuda de la familia deben respetar la autonomía de la comunidad familiar».

Del Derecho Administrativo Familiar debe distinguirse la política familiar. Mientras el Derecho Administrativo debe definir un cuadro estable de pretensiones que la familia puede ostentar frente a las diversas instancias de la vida nacional—consumo, educación, vivienda, familias numerosas, previsión de los infortunios, protección de los subnormales, lucha contra la marginación social de algunos de sus miembros, etcétera—, cuadro que debe rígidamente configurarse, en el marco de un Estado de Derecho, en un régimen jurídico claro y estable, que atribuya auténticos derechos a las familias y establezca un sistema de recursos contra los actos administrativos, la política familiar tendrá el carácter de circunstancial, evolutiva, cambiante: en suma, poco reducible a normas jurídicas. Pero no por ello discrecional, graciable ni paternalista.

El Estado de Derecho impone un control al quehacer político de los gobernantes y la par condición de los ciudadanos ante el poder es incompatible con tales desviaciones de la recta filosofía de la política familiar (87).

El Derecho Jurisdiccional Familiar es más bien una generosa idea que una verdadera realidad. Es obvio que los diversos conflictos que se suscitan en la vida familiar requieren instancias judiciales—o arbitrales—que los zanjen y dicten la regla jurídica aplicable al caso concreto.

En nuestro Derecho, el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los matrimonios canónicos y, en general, de las causas matrimoniales, se atribuyen a la jurisdicción eclesiástica (art. 80 del Có-

(86) Citadas en «Notas sobre política social familiar», de JUAN A. PEREDO, en *¿Hacia dónde va la familia española?*, publicación de la Fundación Foessa, octubre-diciembre de 1971, pág. 28.

(87) Sobre política social familiar, ver el artículo citado en la nota anterior y la bibliografía que el mismo contiene.

digo civil). Fuera de tales casos es competente la jurisdicción civil ordinaria.

El Derecho de Familia no matrimonial es aplicado, asimismo, por la jurisdicción ordinaria, si bien lo relativo a la protección de los menores de dieciséis años compete a los Tribunales Tutelares de Menores, organismos mixtos jurisdiccionales-administrativos.

La formulación del concepto del Derecho Jurisdiccional Familiar se ve obstaculizado por el pluralismo de ordenamientos que lo integran—canónico y civil—, que difícilmente pueden homogeneizarse, reducirse a principios jurídicos semejantes y unitarios. No es fácil que en nuestra Patria tengan acogida en un futuro próximo ideas que flotan en el ambiente de la doctrina patria, en el sentido de que el conocimiento de las causas de separación de personas fuera atribuido a los Tribunales civiles, aun en el caso del matrimonio canónico. Tal idea, que no hace sino reproducir la solución dada al problema por el proyecto de Código civil de 1851 (88), permitiría un cierto desenvolvimiento de la jurisprudencia matrimonial de los Tribunales civiles, tan escasa y sin contenido en la actualidad, y probablemente daría ocasión a que el Derecho Jurisdiccional Familiar tomara cuerpo, saliera de la nebulosa en que hoy se encuentra.

IX. AUTONOMIA DEL DERECHO DE FAMILIA

A) DERECHO PRIVADO FAMILIAR.—Creo deben precisarse las diversas acepciones que la palabra «autonomía» tiene en la teoría general del Derecho aplicada a un cuerpo sistemático de normas jurídicas.

La autonomía docente del Derecho Privado Familiar, en el sentido del estudio jurídico singularizado de las relaciones privadas familiares en los planes de las Facultades de Derecho, no sólo es deseable, sino ya existe en la actualidad. Los autores patrios, a diferencia de los franceses, han acogido la idea de tal estudio separado del indiferenciado Derecho de las Personas y no parece haber discrepancia acerca de tal punto. La innegable especialidad que las relaciones familiares presentan frente a las patrimoniales y a las personales o de la personalidad justifica el destaque de aquéllas y su estudio especializado.

No se ve ningún peligro, como acertadamente anotó DE CASTRO, en tal examen singularizado, siempre que los programas de estudios in-

(88) El artículo 75 de dicho proyecto sometió tanto los efectos civiles del matrimonio como el divorcio—no vincular, por supuesto—a la jurisdicción civil. Véase DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, citado, pág. 190.

sistan en su carácter iusprivatístico y mantengan la adecuada conexión con el restante Derecho Privado, singularmente el Derecho Patrimonial Común y el Derecho de las Personas. En tal sentido, el mismo autor (89) afirma que: «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 los principios del predominio del valor personal, respecto a la palabra dada, restablecimiento del significado del honor en el tráfico y supremacía de la relación causal y de la buena fe sobre las exigencias de la seguridad mercantil.»

La autonomía científica, en el sentido de articular el Derecho de Familia en un sistema de principios separados del resto del cuerpo de Derecho Civil, ya hemos visto que ha sido rechazada casi por unanimidad por la doctrina española y por lo más moderno y actual de la europea.

Sin embargo, no deja de ser curiosa la postura de la mayor parte de nuestros autores, al rechazar la tesis sistematizadora de CÍCU, sin dejar por ello de caracterizar el Derecho de Familia con los rasgos dominantes de la concepción transpersonalista autoritaria de dicho autor. Quizá sea una excepción dentro de este orden de ideas DÍEZ PICAZO, que reconoce que «la autonomía privada—y, por tanto, el negocio jurídico—funcionan en el Derecho de Familia en la misma forma y con iguales límites que en el resto del Derecho Privado, si bien toman en él mayor amplitud el límite moral y el de orden público, amplitud que no puede ser *a priori* establecida, sino que, dada la naturaleza de ambos conceptos, deberá ser en cada caso determinada» (90).

La autonomía legislativa, en el sentido de agrupar las normas del Código civil y las leyes especiales que regulan la familia (compilaciones de Derecho Civil especial), creando con ellas un Código separado del actual, es totalmente inviable y doctrinalmente inadecuada, pues estando ya codificada la regulación de la familia de Derecho Común nada se ganaría con la extracción de la misma del cuerpo legal. La autonomía legislativa tiene sentido en aquellas legislaciones, como la agraria, que no han sido objeto de una codificación: una ley agraria general sería beneficiosa desde el punto de vista técnico-sistemático; una ley especial de la familia que regulara su estructura íntima fuera de su sede natural, el Código civil, sería un retroceso histórico.

(89) *Derecho Civil de España*, cit., pág. 122.

(90) «El negocio jurídico del Derecho de Familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio de 1962, pág. 12, del sobretiro de dicho artículo, editado por Instituto Editorial Reus.

B) DERECHO ADMINISTRATIVO FAMILIAR.—Creo interesante postular la autonomía docente del Derecho Administrativo Familiar. La materia está en nebulosa, aunque ciertamente en menor nebulosa que el Derecho Jurisdiccional Familiar. Agrupar, al principio un tanto empíricamente, las diversas instituciones y normas legales que regulan el intervencionismo del Estado en la vida familiar, intentar hallar principios comunes, suscitar—mediante coloquios e incluso en fase más avanzada congresos científicos—el estudio sistemático de la materia administrativa familiar, denunciar las lagunas de la disciplina, la falta de un rígido esquema de derechos de la familia frente al poder público, definir el régimen jurídico de los recursos en vía jerárquica y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia, creo que no pueden sino beneficiar a la familia dotándola de un estatuto jurídico cimentado y seguro y los estudios todos del Derecho.

Los administrativistas, obviamente, tendrían la primera palabra para la elaboración de tal disciplina singular, pues es claro que dicho Derecho, que podría ser considerado como una especialización del Administrativo, debe ser deslindado del Derecho Privado, debe ser estudiado primordialmente con mentalidad iuspublicista.

Pero sólo en una primera fase. La unidad del Derecho impide, como vimos, el fragmentarismo de los estudios especializados.

La noción de familia, los fines de la misma, la sociología jurídica de la familia, las *mores* familiares y el estudio de los cauces jurídicos del Derecho Externo Familiar (SÁNCHEZ DE LA TORRE), de la regulación estatal de la familia contenida en el Código civil y demás normas privadas serían de absoluta precisión para este estudio especializado del Derecho Administrativo. Y es claro que sólo los civilistas podrían facilitar a sus compañeros de trabajo tales nociones.

La autonomía legislativa, en el sentido de una regulación más sistemática que hasta el presente de las diversas normas e instituciones de la Administración que intervienen en la vida familiar, sería deseable. Definir las bases de la intervención del Estado en los aspectos de la vida social en que la familia está interesada (viviendas, trabajo, emigración, educación, familias numerosas, seguridad social de la familia y protección de los miembros incapacitados, marginados o subnormales de la familia) debiera ser objeto de una ley general de la familia, de que se habla en los últimos tiempos. Los principios de subsidiariedad, legalidad e igualdad ante la ley debieran ser cardinales en dicha ley.

En una fase más avanzada de los estudios y del funcionamiento del renovado Derecho Administrativo Familiar tal ley general podría ser la

base de un Código de la Familia, semejante en estructura al que en la actualidad rige en Francia.

La autonomía doctrinal—segregación del Derecho Administrativo Familiar del tronco del Derecho Administrativo Común y formulación de principios jurídicos totalmente independientes de éste—es inviable y contraria al último fin que pretendo: una visión unitaria del Derecho de Familia en sus diversos aspectos, una contemplación interdisciplinar de todos los problemas jurídicos que atañen a la familia. Mal podría ser elaborado el Derecho Administrativo Familiar prescindiendo de las construcciones mucho más avanzadas del ordenamiento administrativo común.

C) DERECHO JURISDICCIONAL FAMILIAR.—La regulación del Derecho Jurisdiccional Familiar, en el doble plano orgánico y procedimental, está en sus comienzos en nuestra Patria. Es muy difícil construir una doctrina del proceso familiar, como es muy difícil establecer una jerarquía de Tribunales de la familia separados de la jurisdicción ordinaria (90 bis). Ya vimos algunos de los obstáculos que se oponen a la creación de una disciplina docente con tal título. La formulación de unos principios comunes al proceso canónico y al proceso civil basados en evoluciones históricas dispares, cuando no antagónicas, es prácticamente imposible.

Aun soportando la gran limitación de competencia que el sistema concordatorio del matrimonio comporta para los Tribunales civiles, la regulación de los Tribunales de familia supondría previamente una profunda reforma del Código civil, en la que deberían ser novadas muchas cosas antes que la organización y el procedimiento para la resolución de las controversias de Derecho de Familia.

Es evidente que el aspecto orgánico de la cuestión supondría el empleo de medios materiales cuantiosos, la organización de estudios de

(90 bis) «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 Lille. 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 Lille, han comunicado sus experiencias. Los resultados obtenidos son muy alentadores... Las experiencias bordelesas y lilesas nos muestran que la institución de las salas familiares representan un neto progreso en las perspectivas 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 treinta últimos años. Ha llegado el momento para que el legislador se haga cargo del problema e instituya en el plano nacional salas familiares» (JEAN CHAZAL: *Les Droits de l'enfant*, P. U. F., 1969, páginas 116-118).

las ciencias de la familia, la creación de cuerpos de consultores de tal institución, la investigación en instituciones especializadas de la magna problemática familiar que la sociedad tecnificada y urbanizada de nuestro tiempo lleva consigo.

El juez que resuelva una causa de separación matrimonial, que apruebe una modificación de capitulaciones matrimoniales o una adopción o que falle una reclamación de paternidad que comporte el análisis de las pruebas biológicas que se aduzcan, difícilmente podrá ser el honesto y competente juez ordinario español, cargado de trabajo, abrumado por la compleja tramitación que el universo de la práctica judicial moderna comporta e imposibilitado de especializarse en los rudimentos de las ciencias humanas y de la familia que su altísima y delicada misión llevaría consigo.

La organización del cuerpo de jueces especiales de la familia sería un engranaje más en la compleja máquina que el Derecho Administrativo Familiar debería crear para promover el bienestar de la familia: asistentes sociales especializados en cuestiones familiares, técnicos en desarrollo comunitario, médicos especializados, psiquiatras, investigadores, sociólogos, urbanistas.

Todos estos profesionales especializados, encuadrados en organizaciones adecuadas provistas de medios económicos suficientes, serían indispensables para que el juez o Tribunal familiar, utilizando sus servicios, pudieran, fallando en equidad, arbitrando, cautelando más que juzgando de acuerdo con el principio dispositivo, ser la última *ratio* para el posible arreglo de la problemática familiar.

El Derecho sería la última medida que la sociedad tomaría respecto de las cuestiones familiares en litigio. Donde bastara el asistente 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 Derecho estricto, de acuerdo con el principio dispositivo.

El panorama del Derecho Jurisdiccional Familiar es tan sugestivo; por otra parte, la falta de atención hacia los problemas que enuncio, tan completa; la insuficiencia de los actuales presupuestos de los ministerios interesados, tan aguda respecto de las necesidades y atenciones de la familia que nuestra compleja sociedad comporta, que desborda casi mi competencia y mi imaginación. Los Tribunales familiares, los jueces juveniles—con una mayor competencia, desde luego, que nuestros Tribunales Tutelares de Menores, necesitados de una profunda reforma—

existen en otros países. Los estudios de Derecho Comparado son indispensables para sentar las bases del moderno Derecho Jurisdiccional Familiar. Las ciencias humanas tienen que suministrar su sustrato, su enfoque científico, al jurista familiar.

Esto me lleva al estudio del Derecho de Familia dentro del seno de las restantes ciencias jurídicas, al engarce del mismo en la sociología jurídica y en la filosofía jurídica.

X. METODOLOGIA PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO DE FAMILIA: LA CONCEPCION TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO APLICADA AL DERECHO DE FAMILIA

No creo revelar nada nuevo al afirmar que el problema de la metodología es la clave de las ciencias humanas. La revolución científico técnica en que nos hallamos inmersos queramos o no, el progreso explosivo de las ciencias humanas de los últimos decenios, acumula tal marejada de información, que podemos sufrir un auténtico *shock* por exceso de noticias si no somos capaces de ordenarlas, sistematizarlas, someterlas a método.

No es éste el punto indicado para traer aquí a colación los diversos planteamientos que las varias escuelas (91) han formulado de la cuestión del método jurídico. Algunos de ellos, obviamente—escuela histórica, exégesis, jurisprudencia conceptualista pura—, están radicalmente superados. Otros—sociologismo jurídico, escuela del Derecho libre, normativismo jurídico—son insuficientes por sí solos para captar la compleja realidad del Derecho, a la vez norma, hecho social y valor ideal.

El análisis del Derecho de Familia exige algo más que el examen de la norma jurídica familiar. No olvidemos que el radical problematismo del Derecho de Familia, que, en parte, impide su autonomía científica—digan lo que quieran los seguidores de CICU—, estriba en que mientras el Derecho Patrimonial se asienta en instituciones jurídicas clave—«propiedad», «contrato», «sucesión *mortis causa*»—perfectamente definidas y dotadas de sentido unívoco, la «familia» no tiene entidad jurídica, sólo sociológica. Existen las relaciones—personales y patrimoniales—que entre sí mantienen los diversos miembros de la familia como individuos,

(91) Sobre Metodología jurídica en nuestra patria, véase la trascendental obra de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, de la que hay publicada hasta la fecha los volúmenes I y II, Madrid, 1971, y las págs. 105 a 132 de la capital obra de ELÍAS DÍAZ: *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1971.

sin relación alguna con el conjunto familiar, noción existencial, íntima, pero que no se traduce en derechos y deberes atribuidos a un sujeto jurídico independiente de sus miembros. Parafraseando a LACROIX, diré que lo que es la «fuerza» de la familia en el plano existencial, vivencial—su intimidad, el sentido de lo privado y lo sacro familiar, el ámbito de lo humano, el refugio que presta a sus miembros frente al mundo—, es su «debilidad» en el plano jurídico: todas esas relaciones vivenciales no son aprehendidas por el Derecho sino en mínima parte.

Lo que decía SÁNCHEZ DE LA TORRE al hablar de normas internas de la familia frente a las externas o estatales es rigurosamente cierto: la norma interna es escasamente jurídica; no está codificada; no es dogmática, sino amplia y suave; es evolutiva. «En su conjunto—dice el autor—, el sistema de las reglas familiares es simple, claro, discrecional y basado en el desarrollo inductivo de un principio muy profundo, que cada vez se hace más explícito cuando por el crecimiento de los hijos éstos llegan a depender menos de los padres por las necesidades, pero se compenetran más con ellos de un modo radicalmente libre y estrictamente personal, desde los estímulos del amor en que han sido formados lentamente por aquéllos» (92).

Todo ello ya lo intuyen los tratadistas del Derecho de Familia cuando afirman que «las reglas jurídicas que disciplinan la familia son un *posterius*, determinación, concreción y a veces simple repetición de reglas de un orden mucho más elevado» (93).

El Derecho de Familia, por supuesto, se apoya en la existencia de reglas morales propiamente dichas y de *mores* familiares, en usos sociales diferenciados de la regla moral, que tienen vigencia en las familias de un determinado sector o de unas ciertas características o clasificación social.

El estudio radical de la ética familiar creo que conduce necesariamente a la filosofía de la familia y, por consiguiente, a la filosofía jurídica, puesto que al jurista le interesa la ética de la familia no en su sentido ideal, sino en cuanto se proyecta en la esfera externa, coactiva, del Derecho.

El estudio de las *mores* familiares supone, asimismo, penetrar en el campo de la sociología de la familia y la sociología de la ética.

En suma, la cuestión metodológica presupone la delimitación del objeto del estudio, el sentido de la investigación y la relación de la dogmá-

(92) A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *ob. cit.*, pág. 114.

(93) LACRUZ BERDEJO y SÁNCHEZ REBULLIDA: *Derecho de Familia. El Matrimonio y su economía*, cit., pág. 19.

tica jurídica familiar con el resto de disciplinas: sociología jurídica y filosofía jurídica.

La sociología jurídica de la familia suministra las bases para un conocimiento en profundidad del efecto de las normas sobre el organismo familiar y viceversa, el efecto de las *mores* familiares, de la nueva ética comunitaria y, en general, del cambio ético sobre la actividad del legislador, el quehacer de los jueces y el estudio de los juristas especializados en el Derecho de Familia. Este Derecho, tan íntimamente ligado a la ética y a las *mores*, no puede menos de ser especialmente sensible al cambio ético y al cambio de las costumbres.

La sociología familiar tiene consagrados determinados modelos ideales de la familia europea occidental en proceso de cambio—familia rural, familia urbana proletaria, familia urbana acomodada—, que son aplicables, creo, con pocas variantes, a nuestra Patria. Su conocimiento por nuestros autores servirá para eliminar muchas ideologías que siguen insistiendo en la noción patriarcalista, idílica, religiosa, inmune al cambio de nuestra idealizada familia «tradicional» (94).

Pero de poco serviría que el sociólogo de la familia constatará la existencia de determinadas costumbres o de ciertas ideologías desfasadas si la labor del mismo y del jurista familiar terminara ahí. Entra entonces en función el filósofo del Derecho: éste debe meditar radicalmente si los hechos familiares tienen un sentido, si la ética familiar actual—o la que se vislumbra en una concepción personalista comunitaria de la vida—contribuye o no al desarrollo de los valores humanos, de la autonomía de la persona, de su autorresponsabilidad, dentro de un orden jurídico en que los intereses de otras personas implicadas no sean perjudicados.

La noción filosófica en que se basa CICU—transpersonalismo familiar, subordinación de los intereses de los miembros de la familia a los del conjunto familiar, subordinación de los intereses de los individuos todos a los del Estado o comunidad—no es hoy defendible o, al menos, no debe ser impuesta autoritariamente por el aparato de un Estado.

(94) Sobre la influencia que en la ideología política tienen las estructuras familiares y la correlación que guardan entre sí los símbolos de padre de familia—jefe de Estado—, Padre Eterno, véase la ponencia de CARLOS MOYA: «Familia e ideología política», en el Coloquio «Las Ideologías en la España de hoy», de JOSÉ JIMÉNEZ BLANCO, AMANDO DE MIGUEL, CARLOS MOYA y otros, publicado por Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972. Sobre los rasgos de los modelos sociológicos de los diversos tipos de familia española—campesina autónoma, rural proletaria, urbana industrial—, ver el trabajo de DEMETRIO CASADO, «Esquemas para el estudio sociológico de la familia española», en *¿Hacia dónde va la familia española?*, citado, págs. 7 y sigs. Es también interesante el capítulo séptimo, «Familia», del *Informe Sociológico sobre la Situación Social de España 1970* de la Fundación Foessa.

El desarrollo de la persona humana en el marco de la familia lleva consigo a un replanteamiento de una serie de cuestiones acuciantes, que la filosofía jurídica no puede menos de denunciar. La potestad marital, ¿puede sostenerse hoy a la luz del reconocimiento filosófico de la igualdad intrínseca de los sexos, de que la condición de la mujer ha sido desde milenios inferior al varón por una serie de costumbres y presupuestos socioeconómicos carentes hoy en día de sentido? La patria potestad, ¿debe seguir siendo atribuida en exclusiva al padre, cuando la madre, en la práctica, es la guardiana del hogar y la que pecha con el peso de la educación de los hijos; cuando el padre, en virtud de los agobiantes horarios de trabajo moderno, es en casi todo Occidente un «visitante de la familia a la hora de dormir»? ¿Deben seguir privados de todo derecho familiar los hijos extramatrimoniales no naturales, prohibida la investigación de la paternidad, rechazada la prueba biológica de la paternidad? Por el contrario, ¿no es más justo y más humano que el Derecho arbitre fórmulas (95) para que sin mengua de la protección de la familia legítima sea desenvuelto el justísimo deseo y derecho humano de toda persona de conocer sus orígenes?

Es así como RECASENS SICHES, BOBBIO, REALE, ELÍAS DÍAZ y otros juristas filósofos propugnan una concepción tridimensional del Derecho. «El jurista (y el juez de modo preeminente) deberá respetar siempre las normas—lo contrario sería caer en la arbitrariedad y en la inseguridad jurídica—. Pero esa crítica-valoración desde la sociología y, sobre todo, desde la filosofía del Derecho cumple, puede decirse, una doble importante función: primera, con respecto a la creación de un nuevo Derecho o a la transformación del existente; segunda, función más compleja y polémica, ayudando al jurista y a la ciencia del Derecho a una aplicación de las normas que, por supuesto, sin falsearlas ni mucho menos violarlas, incorpore progresivamente a su contenido las constantes nuevas exigencias de la sociedad (científicamente aportadas por la sociología jurídica) y las también constantes nuevas exigencias de la justicia (derivadas de forma mucho más problemática e incierta... de la filosofía jurídica).

De este modo, parece que podremos acercarnos algo más a la superación, hoy perentoriamente exigida, tanto del exclusivismo, se ha dicho, de una *Begriffsjurisprudenz*, como del exclusivismo de un *Interessenjurisprudenz*, en una real y auténtica *Justizjurisprudenz*, en una jurisprudencia de justicia» (96).

(95) El Derecho Comparado las ofrece y recientísimas: Ley francesa de 3 de enero de 1972 sobre el estatuto jurídico de los hijos extramatrimoniales; proyecto unificado de ley italiana, aprobado en primera lectura por la Cámara de Diputados en diciembre de 1971.

(96) *Sociología y Filosofía del Derecho*, citada, págs. 130-131.

El papel del jurista que utiliza el método tridimensional de aproximación al estudio del Derecho es trascendental: creo sinceramente que su papel se ha visto revalorizado y no es en modo alguno inferior al del jurista romano clásico, que ante las imperfecciones del viejo *ius civile* supo crear un flexible y justo *ius honorarium*, aplicando un método tópico de examen de casos concretos a la luz de su particular concepción filosófica estoica (97). Sólo que las ciencias humanas y la filosofía humanista, no exenta de connotaciones comunitarias, darán sentido pleno a las investigaciones del jurista especializado en Derecho Familiar, dotando de plenitud la trascendental innovación metodológica que ha supuesto la concepción tridimensional del Derecho.

Tal vez nunca ha estado el porvenir del Derecho, como hoy en día, en mano de sus servidores, nosotros, los juristas. Porvenir del Derecho que supone la regulación de una sociedad más civil, más humana que la del presente, en la libertad y la justicia.

XI. SISTEMATIZACION CIENTIFICA Y LEGISLATIVA DEL DERECHO PRIVADO FAMILIAR

Mientras sea tan controvertida la existencia misma y los principios generales en que se fundan el Derecho Administrativo Familiar y el Derecho Jurisdiccional Familiar, resulta un tanto aventurado ensayar la sistematización de la doctrina jurídica de uno y otro Derecho.

La sistemática del Derecho Privado Familiar es, por el contrario, tema relativamente trillado, aunque tanto los autores como las legislaciones se muestran dispares en sus elaboraciones. Sin embargo, como antes vimos, la construcción de un sistema es lo que puede permitir predicar la existencia de la ciencia jurídica, aun cuando no haya que exagerar su importancia ni olvidar la fecunda aportación de VIEHWEG a la lógica jurídica con su método tópico de enfocar los problemas jurídicos.

La ciencia del Derecho es a la vez sistema y conjunto de soluciones

(97) Sobre el método tópico de los juristas romanos, véase VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, 1964. Critica este método, al ser aplicado por los juristas modernos, ELÍAS DÍAZ: *Sociología...*, citada, pág. 104. Estima que: «... ¿Hasta qué punto podría seguir hablándose de ciencia con respecto de un conglomerado asistemático de problemas, de proposiciones y de soluciones a su vez imposibles de irse progresivamente sistematizando? ¿El ataque a todo el sistema no es, en cierto modo, el ataque a la ciencia? ¿Una Jurisprudencia así entendida no estaría precisamente justificando, en definitiva, la tesis de KIRCHMANN sobre «la falta de valor científico de la Jurisprudencia»? Conuerdo con quienes, por lo demás desde diferentes perspectivas, reafirman que la idea del sistema es irrenunciable para la ciencia, para el Derecho y para la Ciencia jurídica.»

de casos concretos. El Derecho de Familia no puede estar ausente de esta problemática.

A) AUTORES EXTRANJEROS.—CARBONNIER (98), en el tomo II de su *Droit Civil*, expone las materias de la familia y las incapacidades. Divide la exposición de la familia en el matrimonio (los esponsales, la formación del vínculo matrimonial, los efectos del vínculo matrimonial, relaciones personales y relaciones pecuniarias, los atentados al vínculo matrimonial y el concubinato o unión libre); la filiación (legítima, natural, legitimación, filiación adoptiva); el parentesco, la afinidad y el estar a cargo de otro, y, por último, estudia las incapacidades, entre las que expone la obligación del padre y de la madre de alimentar, mantener y educar a sus hijos y la potestad paterna.

DELMAS MARTY (99) expone, con un criterio más sociológico que jurídico, a mi juicio, la materia del Derecho de Familia según un triple círculo de amplitud: *el círculo familiar amplio*: la solidaridad familiar—extrapatrimonial y patrimonial—y la carga de otro (noción fundamental en la seguridad social francesa para atribuir las prestaciones familiares); *el hogar*: los padres y la persona del niño—la autoridad parental y la tutela—y los padres y el patrimonio del niño—la manutención del niño y los bienes del niño—; y *la pareja*—la unión de las personas de los esposos regida por los principios de reciprocidad, igualdad y jerarquía—y las relaciones de intereses, en las que estudia el derecho común matrimonial o régimen matrimonial primario e imperativo y los diversos regímenes matrimoniales.

En obra aparte (100) estudia el autor el matrimonio y el divorcio, distinguiendo en el primero el elemento fisiológico, el elemento psicológico y el elemento sociológico, y en «descasamiento» (*demariage*), la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la separación de hecho.

RIGAUX (101) no se aleja de la sistemática del *Code civil* de 1804, vigente en Bélgica, con las modificaciones que el legislador y los Tribunales belgas han introducido a lo largo de la historia de esta nación. En este sentido ha agrupado en el tomo I del *Precis de Droit Civil*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina («Las personas»), las relaciones personales dimanantes del estado familiar. Las relaciones patrimoniales familiares ocupan en el *Precis* un tomo aparte. Re-

(98) *Droit Civil*, citado, tomo II.

(99) *Le Droit de la Famille*, P. U. F., Colección *Que sais je?*, 1972.

(100) *Le mariage et le divorce*, de la misma Colección y Editorial, 1972.

(101) *Obra citada*.

chaza expresamente la noción «Derecho de Familia», «que no ha sido jamás usual en la doctrina francesa» (102). Con esta importante limitación destina la primera parte de la obra al estudio de la familia y del Derecho de Familia: familia y sociedad, Derecho de Familia y su relación con las otras fuentes de Derecho, caracterización jurídica de la familia, el parentesco y la afinidad, las fuentes del Derecho de Familia, los derechos subjetivos familiares y la evolución del Derecho de Familia hasta nuestros días. La segunda parte, al matrimonio y la sociedad conyugal, destinando un capítulo a la doctrina del matrimonio, elementos de la historia del matrimonio, matrimonio civil y sacramento, definición del matrimonio, teoría institucional del matrimonio y la problemática del matrimonio en la sociedad contemporánea.

Otros capítulos de dicha segunda parte los destina el autor a la regulación de las relaciones sexuales en función del matrimonio, las promesas de matrimonio y las cláusulas de celibato o de viudedad, la conclusión del matrimonio, los efectos personales del matrimonio y el divorcio y la separación de cuerpos.

En la tercera parte, destinada a la filiación, examina en diversos capítulos el derecho de la filiación, los modos de establecimiento de la filiación, generalidades sobre los efectos de la filiación, los efectos de la filiación en relación con el hijo menor y las obligaciones alimentarias entre personas mayores.

En la doctrina italiana, DOMENICO BARBERO (103) divide en cinco grandes capítulos la materia, comprendiendo: en el primero, las nociones generales; en el segundo, el matrimonio; en el tercero, la filiación y la adopción; en el cuarto, la asistencia y protección, y en el quinto, los alimentos. Es de notar que en la sección cuarta del capítulo segundo (el matrimonio) examina el régimen matrimonial de la familia, y en la filiación (capítulo tercero), la administración y el usufructo legal sobre los bienes del hijo.

B) **LEGISLACIONES EXTRANJERAS:** a) Código civil francés de 1804. Fracciona la unidad del Derecho de Familia al regular el aspecto personal de las relaciones familiares en el libro I («De las personas»), y el contrato matrimonial y los regímenes matrimoniales, en el libro III («De los diferentes modos de adquisición de la propiedad»). En el primero, el título V se destina al matrimonio; el VI, al divorcio (con un capítulo destinado a la separación de cuerpos); el VII, a la paternidad y filiación;

(102) Introducción, pág. VI.

(103) *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1958, tomo I.

el VIII, a la filiación adoptiva; el IX, a la autoridad de los padres; el X, a la minoridad, la tutela y la emancipación, y el XI, a la mayoría de edad y a los mayores protegidos por la ley.

El título II del libro III contiene, en su capítulo VIII, el régimen de las donaciones hechas por contrato de matrimonio a los esposos, y el título V del mismo libro, el contrato matrimonial y los regímenes matrimoniales.

Sobre confundir en un solo libro la materia de las personas y de la familia—lo que no creo constituya un defecto, sino todo lo contrario, al menos para un Código civil, por la íntima conexión de una y otra esfera jurídica—, rompe la unidad del Derecho de Familia al extraer la materia patrimonial familiar del libro I y regular el contrato matrimonial como un modo de adquirir la propiedad.

b) Código civil alemán de 1896.—Primer gran Código en seguir el plan pandectístico de SAVIGNY, dedica el libro IV al Derecho de Familia. En la sección primera regula el matrimonio civil, subdividido en los títulos I (esponsales), II (conclusión del matrimonio), III (nulidad e impugnación del matrimonio), IV (ulteriores nupcias en el caso de declaración de fallecimiento), V (efectos del matrimonio en general), VI (derecho matrimonial de bienes), VII (divorcio) y VIII (obligaciones eclesiásticas). La sección segunda (parentesco) se subdivide en ocho títulos: el I (disposiciones generales), II (descendencia legítima), III (obligación de alimentos), IV (posición jurídica de los hijos legítimos), V (posición jurídica de los hijos de matrimonio nulo), VI (posición jurídica de los hijos ilegítimos), VII (legitimación de los hijos ilegítimos) y VIII (adopción).

La sección tercera, destinada a la tutela, se subdivide en los títulos I (tutela de los menores de edad), II (tutela de los mayores de edad) y III (curatela).

c) Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907.—Destina el libro II al Derecho de Familia. El título III regula el matrimonio; el IV, el divorcio; el V, los efectos generales del matrimonio; el VI, el régimen matrimonial; el VII, los hijos legítimos; el VIII, la filiación ilegítima; el IX, la familia (la deuda alimentaria, la autoridad doméstica y los bienes de familia); el X, la organización de la tutela; el XI, la administración de la tutela, y el XII, el fin de la tutela.

d) Código civil italiano de 1942.—El Código civil italiano de 1942 no destina, como sería de esperar, dada la trascendencia que las ideas de ANTONIO CICU tuvieron en Italia en el tiempo de su redacción y los precedentes de los Códigos civiles alemán y suizo, un libro independiente al Derecho de Familia, sino que dedica el libro I a las personas y a la

familia. El título I de dicho libro regula las personas físicas; el II, las personas jurídicas; el III, el domicilio y la residencia; el IV, la ausencia y la declaración de muerte presunta; el V, el parentesco y la afinidad; el VI, el matrimonio; el VII, la filiación; el VIII, la adopción; el IX, la patria potestad; el X, la tutela y la emancipación; el XI, los menores confiados a la asistencia pública o privada y el prohijamiento; el XII, la enfermedad de la mente, la interdicción y la inhabilitación; el XIII, los alimentos, y el XIV, los actos del estado civil.

e) Código civil portugués.—Aprobado por Decreto-Ley 47.344, de 25 de noviembre de 1966, destina, siguiendo en este punto el ejemplo suizo, el libro IV al Derecho de Familia. El título I regula las disposiciones generales; el II, el matrimonio—en el que se comprenden tanto los efectos del mismo en cuanto a las personas y en cuanto a los bienes de los cónyuges—; el III, a la filiación; el IV, a la adopción, y el V, a los alimentos.

XII. SISTEMATICA Y CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA DOCTRINA PATRIA Y EN EL CODIGO CIVIL

A) AUTORES PATRIOS.—ROYO MARTÍNEZ (104), tras una introducción destinada a generalidades y a la historia de la familia, destina una primera parte al matrimonio (generalidades; esponsales y teoría general del matrimonio; prohibiciones comunes al matrimonio canónico y civil; inhabilidades absolutas para el matrimonio civil; forma, título de estado y prueba del matrimonio; supuestos de ineficacia del matrimonio civil; efectos civiles del matrimonio canónico o civil; efectos civiles del matrimonio canónico o civil; efectos civiles del matrimonio canónico o civil nulo; separación conyugal y divorcio vincular; relaciones extramatrimoniales); una segunda, al régimen económico del matrimonio (los sistemas económicos en general; el Derecho común sobre el régimen de bienes en el matrimonio; las masas patrimoniales; el examen de las distintas masas, en particular, del régimen dotal y de la dote; de las distintas masas patrimoniales, bienes gananciales y la separación de bienes); en la tercera parte acomete el estudio de la filiación (generalidades e historia; filiación legítima; filiación ilegítima; patria potestad; la adopción; parentesco y alimentos entre parientes), y en la cuarta, las instituciones cuasi familiares (tutela; órganos de la tutela y su funcionamiento y extinción).

(104) *Obra citada.*

BONET RAMÓN (105) destina la sección primera del Derecho de Familia al estudio de los principios generales (la familia y el Derecho de Familia); la sección segunda, a las relaciones conyugales (el matrimonio y los sistemas matrimoniales, el sistema español vigente en particular, el matrimonio civil y las formas excepcionales, las relaciones personales entre cónyuges, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, las donaciones matrimoniales, la dote, los parafernales y bienes propios del marido, comunidad y separación de bienes, comunidad legal de adquisiciones, la invalidez y disolución del matrimonio, los conflictos de leyes); la sección tercera, a las relaciones paterno filiales (filiación legítima, filiación ilegítima, legitimación de hijos naturales, Derecho foral e internacional, la patria potestad, la modificación, suspensión y extinción del poder paterno); la sección cuarta, a las relaciones parentales (prestación alimenticia, el patrimonio familiar); la sección quinta, a las relaciones cuasi familiares (la institución tutelar, sistemas y delación, el tutor y el protutor, el consejo de familia, la autoridad judicial y los conflictos de leyes).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (106) distinguen en su estudio: la familia y el Derecho de Familia; el matrimonio; el contrato matrimonial; ineficacia, relajación y disolución del vínculo conyugal; defectos del matrimonio; organización económica de la sociedad conyugal; los capítulos matrimoniales; donaciones *propter nuptias* y dote; las masas patrimoniales en general; la sociedad legal de gananciales; otros regímenes económicos del matrimonio; Derecho foral; Derecho internacional e interregional; la filiación en general; filiación legítima; filiación ilegítima; filiación reconocida; filiación ilegítima no reconocida; la adopción; la patria potestad; el parentesco; la tutela en general; organización y constitución de la tutela, y el funcionamiento de la tutela.

PUIG BRUTAU (107) destina el tomo IV, dividido en dos volúmenes, al Derecho de Familia. El primero («El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes») estudia la familia y el Derecho de Familia, el matrimonio, los esponsales, matrimonio canónico, matrimonio civil, nulidad, disolución y separación en el matrimonio, la separación de hecho en el matrimonio, efectos del matrimonio en las personas de los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, la dote y el régimen dotal, bienes privativos de los cónyuges, la sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad, régimen de separación de bienes, y dos apéndices sobre la

(105) *Obra citada.*

(106) *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1966.

(107) *Obra citada.*

Compilación de Derecho Civil Especial de Aragón y la Ley de la libertad en materia religiosa.

El segundo («Filiación, patria potestad, adopción, alimentos, tutela») contiene el examen de la filiación legítima, la filiación ilegítima, la legitimación, la patria potestad, la adopción, la deuda alimenticia entre parientes y la tutela.

DÍEZ PICAZO (108), aun sin haber escrito un tratado de Derecho de Familia, esboza en la parte general de sus lecciones lo que para él constituye el sistema de esta disciplina. «La única innovación que se debe ensayar o insinuar es una parte general o introducción que comprenda los conceptos generales de esta parte del Derecho Civil. Tras ella, el estudio de las particulares relaciones familiares. El Derecho de Familia se ofrece así comprendido en dos apartados: A) Introducción. B) Las relaciones familiares particulares.

A) La introducción al Derecho de Familia comprende realmente tres grupos o problemas. El primero, el estudio del Derecho de Familia como disciplina científica y, lo que es más importante, de la familia misma como realidad social y principalmente como realidad jurídica. El segundo lo compone el estudio, en términos generales, de la relación familiar (parentesco, poderes y derechos familiares, prestación de alimentos, derechos sucesorios). El tercero lo integra el estudio de los negocios jurídicos familiares.

B) La segunda parte del Derecho de Familia—relaciones familiares, en particular—enfila tres órdenes de problemas claramente diferenciados: relación matrimonial, relación paterno filial e institución tutelar.»

El mismo autor no deja de criticar (109) el plan clásico de exposición del Derecho Civil (parte general y parte especial, subdividida en Derecho de Cosas, Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones), cuyo autor fue SAVIGNY. Aconseja reducir la excesiva extensión de la parte general y sustituirla por una sencilla introducción al Derecho Civil, reservando la primera parte institucional al Derecho de la Persona, exigido no sólo por la tradición jurídica, sino también, y aún con más fuerza, por el hecho de ser la persona la primera realidad institucional del Derecho Civil, aquellas cuestiones que sobre ella se centran y a ella hacen referencia.

«La dimensión familiar del hombre, preeminente de acuerdo con los principios cristianos, obliga a convertir el 'Derecho de Familia' en la segunda parte institucional del Derecho Civil. No obstante, el hecho de suponer necesariamente su estudio conceptos jurídicos de carácter

(108) *Obra citada*, pág. 29.

(109) *Obra citada*, pág. 23.

patrimonial hace aconsejable, por una razón de orden didáctico, posponer su estudio al del Derecho de Bienes sin desvirtuar, desde luego, su consideración de pieza maestra del Derecho Civil ni convertirle, según alguna moderna dirección apunta, en parte del Derecho Público» (110).

ESPÍN CÁNOVAS (111), tras una introducción, dedica una sección primera al vínculo matrimonial (celebración del matrimonio, nulidad del vínculo matrimonial, separación conyugal); la sección segunda, a los efectos del matrimonio (efectos personales entre cónyuges, relaciones patrimoniales entre cónyuges); la sección tercera, a las relaciones paterno filiales (filiación legítima, filiación natural, filiación ilegítima no natural, filiación legitimada, filiación adoptiva, patria potestad); la sección cuarta, a las relaciones parentales; la sección quinta, a las relaciones cuasi familiares (tutela, personas sujetas a tutela y su extensión, delación, órganos tutelares, constitución del organismo tutelar, ejercicio, extinción e inscripción en el Registro Civil).

B) SISTEMÁTICA DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL: SU CRÍTICA.—Como es sabido, nuestro Código se inspira en el Plan francés, con la variante de diferenciar en dos libros—III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad»; IV, «De las obligaciones y contratos»—los diferentes modos con que se adquiere la propiedad, que para el *Code civil* de 1804 constituyen el tercero y último libro.

No es lugar el Código civil para construcciones doctrinales; de ahí que la ausencia de una parte general, como la existente en Derecho alemán, ni mucho menos la inconcebible para su época, introducción al Derecho de Familia, sean en modo alguno deméritos; ni tampoco, como antes apunté, la regulación conjunta del Derecho de Personas y del Derecho de Familia, en el libro I de nuestro Código.

Sí es de reprochar el fraccionamiento del Derecho de Familia al llevar al libro IV, título II, las capitulaciones matrimoniales y los regímenes matrimoniales de bienes. Sin embargo, al legislador no se le ocultó el carácter singularísimo de estas materias y al colocarlas—siguiendo en esto también la técnica del *Code civil*—en el primero de los títulos, destinado a contratos en particular, y anteriormente a la regulación del capital contrato de compraventa, creo que las dotó de la suficiente autonomía del resto del cuerpo del Derecho de Contratos, como queriendo aislarlas de los restantes contratos típicos.

Tal vez una de las razones que movieron al legislador a adoptar esta sistemática fue la necesidad de desenvolver en el capital artículo 1.315 lo que no es sino un corolario del también capital artículo 1.255: la

(110) *Obra citada*, pág. 24.

(111) *Obra citada*.

libertad de pactos en las capitulaciones matrimoniales muy a tono con el liberalismo del período codificador, no menos que con la tradicional libertad capitular de los Derechos forales. Por otra parte, la deficiente sistemática empleada puede ofrecer ventajas al permitir aplicar la teoría general de los contratos (título II del mismo libro) a las capitulaciones matrimoniales, con las adaptaciones precisas.

Hecha esa somera crítica de la sistemática empleada por nuestro Código al regular la materia familiar, creo ocioso reproducir los títulos que el mismo dedica en el libro I a la materia.

XIII. CONCLUSIONES

No ha sido mi propósito al iniciar la redacción de estas notas pretender agotar la materia, analizar las Fuentes del Derecho de Familia, los caracteres que presenta este Derecho, ni mucho menos la sociología de la familia, distinguiendo el modelo tradicional de la familia extensa y el modelo moderno de la familia nuclear en proceso de cambio social. Tampoco era posible esbozar una historia del Derecho Privado familiar, tarea que, al menos en el campo de nuestro Derecho, es materia prácticamente virgen (112). La materia de la introducción al Derecho de Familia es muy amplia, como hace resaltar DÍEZ PICAZO. El análisis pormenorizado de las singulares instituciones de la parte especial es tarea que agotaría la vida de un equipo de especialistas, sobre todo si emplearan el método en profundidad de la concepción tridimensional del Derecho.

Es mi propósito continuar ahondando en los puntos indicados—excepto, tal vez, la historia jurídica de la familia española, tarea superior a mis fuerzas y competencia—y en los restantes que integran la introducción al Derecho de Familia: la relación jurídico familiar; sus clases; caracteres de la misma; los poderes, derechos, deberes y facultades familiares; las potestades familiares, y el negocio jurídico familiar.

Ni siquiera esta enumeración ejemplificativa de DÍEZ PICAZO agotaría el estudio de la introducción al Derecho de Familia, pues los principios nuevos de igualdad jurídica de los esposos—frente a la arcaica potestad marital—, solidaridad de la pareja en el manejo del consorcio conyugal y en la dirección de la familia y los hijos y la protección de los intereses del niño estimo que pugnan por desplazarse de la esfera de la

(112) No ocurre así en otros países. En Italia, véase *Ungari, obra citada*, en la que se suministra bibliografía acerca de la materia. En Francia, *Histoire de Droit Privé, Le Droit Familial*, de OURLIAC y DE MALAFOSSE, en colección Themis, de P. U. F.

filosofía jurídica a la del Derecho Positivo y deben ser estudiados en la introducción, como pórtico informador de las singulares instituciones familiares.

Algunos de dichos principios tienen una base firme en nuestro ordenamiento jurídico y sólo precisan ser desenvueltos por la ley o la jurisprudencia.

La relación entre el Derecho Privado, Derecho Administrativo y Derecho Jurisdiccional Familiar debe ser desvelada en la introducción; para ello es preciso que las dos últimas nombradas disciplinas salgan de la relativa nebulosa jurídica en que se hallan inmersas.

¿Se podrá llegar a una teoría jurídica general de la familia de la que sean subdisciplinas las tres ramas del Derecho indicadas? ¿Cabe construir una categoría jurídica unitaria con la inaprehensible idea de la familia o tal vez de la relación jurídico familiar?

El tema excede ya mi competencia: roza la filosofía jurídica al entrar decididamente en la teoría general del Derecho. Los estudios de dicha teoría general se hallan lo suficientemente atrasados como para no permitir en un futuro próximo tal construcción. Quede constancia de mis preocupaciones metodológicas y sistemáticas.

Pero sin olvidar lo que debe ser mi meta: contribuir a esclarecer en la medida de lo posible la solución justa de los complejos problemas jurídicos en que los intereses familiares están en juego, a la luz de los valores jurídicos ínsitos en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo muy presentes los sistemas jurídicos extranjeros que nos son más afines y, sobre todo, las exigencias de la moderna sociología y filosofía jurídicas en una renovada concepción de las ciencias humanas y del humanismo personalista.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Notario

La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español *

SUMARIO: 1. *Consideraciones introductorias.*—2. *El origen histórico del problema.*—3. *La llamada novación modificativa en el Derecho español.*—4. *Nuestra concepción del problema.*—5. *La adecuada interpretación de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil.*

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La civilística moderna suele hacer gala de la altura de sus visiones y de lo fácil que le resulta, cuando encuentra razones justificativas para ello, remontar el rígido y estéril encierro que supone la pura literalidad de las normas; abundan en los trabajos científicos de los tiempos actuales «reconstrucciones» dogmáticas de los defectuosos encuadres normativos del legislador, «superaciones» y aun «traslaciones» de enfoques y esencias que se juzgan exigidas por la adecuada formulación teórica de los institutos jurídicos y que no fueron tomadas en cuenta por el legislador, ya por un deficiente conocimiento y preparación del mismo a la hora de regular determinada figura, ya porque se trata de novedosas y positivas construcciones, que la doctrina científica en su secular e inacabable recreación de las categorías jurídicas ha elaborado y consagrado con una u otra dosis de generalidad y de pacífica aquiescencia.

Nada tenemos que oponer a este estado de cosas; en semejante tensión entre la norma y la mente inquieta, insatisfecha y elevadora del jurista progresista radica en buena medida la superación científica del Derecho. Si el *iuris prudens*, por servil reverencia o por comodidad, aceptase en todo caso como buena e intangible la palabra normativa del

(*) Trabajo realizado en el Seminario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

legislador poco se habría avanzado en nuestro campo y no sólo en el sector doctrinario, sino también en la propia esfera del perfeccionamiento legislativo, porque el sancionador de la norma no habría contado con el acicate ni con el elemento esclarecedor de dudas y equivocaciones que supone la crítica teórica hecha con altura, seriedad y desinterés. Nos basta volver los ojos al ejemplo siempre vivo que es la jurisprudencia romana para constatar, sin solución de continuidad, ese mutuo influjo de *leges* y *iura*, esa recíproca interacción de la norma y el pensamiento teórico en aras siempre de la superación y mayor perfección del ordenamiento destinado a regular de la manera más satisfactoria posible las relaciones temporales entre los hombres.

Y nada tenemos que oponer porque en nuestra modesta producción científica hemos dado cumplida cuenta, según creemos (1), de que no nos detiene la letra de la ley ni lo que PACCHIONI ha llamado «falsa estatoidolatría» cuando juzgamos que debe hacerse uso de la interpretación correctora, de la investigación integradora del Derecho y aun, simple y llanamente, de ignorar y dejar a un lado la norma legal, tenerla por no escrita, aunque esto pueda sonar a mentecortos y espíritus reverentes como desafuero y soberbia.

Porque pensamos que el Derecho, como, en general, los otros órdenes del espectro social, es tensión y pugna, constante lucha superadora, y que, por tanto, rinde un flaco servicio científico quien se arredra ante un precepto, quizá viejo y venerable en sí, que ya no puede entenderse en la forma en que tradicionalmente lo había sido porque han mutado las condiciones ambientales en que debe tener aplicación o porque una mejor elaboración teórica del instituto a que hace referencia impide seguir manteniendo la imagen clásica de aquella norma. El jurista que ante el peligro e intranquilidad que entraña toda novedad, el estudioso que ante la «santidad» de la ley escrita sienta que debe frenar sus inquietudes y retirar al campo de sus preocupaciones metafísicas las concepciones que juzga justas y convenientes, se ha rendido a discreción antes de comenzar la batalla, ha tocado a retirada y ha renunciado a lo único que quizá sirve para caracterizar al que se entrega al noble oficio de la formulación jurídica teórica: la independencia y el espíritu de intransigencia e inconformismo.

Por otro lado, el desconocimiento en uno u otro grado de la literalidad normativa tampoco constituye en nuestros días empresa descabe-

(1) Cfr. al respecto nuestras obras: *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967; *La venta de herencia*, Caracas, 1968; *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, 1970; *La separación de los bienes hereditarios*, Caracas, 1970; *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; *La disminución de la garantía hipotecaria*, Caracas, 1972, etc.

llada o aventurada sólo apta para los más osados o los más noveles, porque la mejor doctrina contemporánea sobre interpretación jurídica, de RADBRUCH a BETTI y de GUARINO a DE CASTRO, nos enseña que al indagar el alcance y sentido de las normas hay que tener por norte la *ratio iuris* del precepto en función del entorno socioeconómico que ha de condicionar su aplicación, esto es, que debe imponerse el criterio racional y teleológico porque, como dirá el primero de los autores reseñados, la interpretación ha de buscar el sentido objetivamente válido del precepto jurídico (2).

Pero quizá, si cabe, todavía más peligrosa que la excesiva y no justificada reverencia a la norma escrita es la incondicional entrega al criterio o parecer jurisprudencial, que en España alcanza grados alarmantes, pues pareciera que casi nadie se atreviese a defender una determinada postura si no encuentra el asidero y el punto de apoyo de las sentencias del Tribunal Supremo, en base, generalmente, a ese manido e inexacto tópico de que los Tribunales, en cuanto palpan la realidad de la vida, las preocupaciones e inquietudes del momento, son los únicos que pueden dar al teórico los límites exactos, el «techo» hasta donde puede llegar en sus lucubraciones conceptuales. Y hay en esto, a nuestro entender, error y exceso, pues, sin que ello suponga desdoro ni mengua de la alta formación y preocupación teórica de la Magistratura, pensamos que las cosas ocurren a la inversa: el juez, en sus decisiones viene condicionado no sólo por las circunstancias y límites impuestos por el caso concreto sometido a su *iurisdictio*, sino también, y acaso en mayor medida, por el ambiente, la valorativa y las tendencias a la sazón imperantes en el medio en que desarrolla y cumple su alta función de aplicar las leyes «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», y ello, de manera necesaria, ha de inculcar a sus resoluciones una ponderación, una prudencia y un equilibrio que, en principio y en la misma medida, no tienen por qué condicionar la labor del teórico puro.

Y no quiere decir esto que la jurisprudencia deba ser estática ni que el juez tenga que limitarse a aplicar fría y mecánicamente el Derecho recibido, pues la realidad misma se encargaría de desmentirnos y la experiencia diaria nos muestra cómo evoluciona y progresa la doctrina legal y cómo el fecundo hacer de los órganos decisorios, a todos los niveles, va insuflando, lenta, pero constantemente, nueva savia, nuevas

(2) RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, pág. 147. El mismo autor escribe las siguientes significativas palabras: «Es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad del autor de la ley. El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor—es más, tiene que ser más inteligente que su autor—» (pág. 148).

orientaciones y enfoques a unas leyes que, por antiguas y en buena medida rebasadas por la realidad social, ya no son aptas a plenitud para atender a la adecuada tuición de los intereses en conflicto que plantea un signo de los tiempos en trance de vertiginoso cambio y arrolladora creación *ex novo*.

No; no es eso ni podría serlo. De lo que se trata es de que, según se apuntaba líneas arriba, la jurisprudencia tiene unos condicionamientos y debe observar una ponderación y exquisito tacto, que no soporta ni tienen por qué coartar la labor creativa del jurista libre, porque éste se mueve en unas coordenadas diametralmente distintas. El juez recibe, el teórico da; el juez dirige fundamentalmente la vista hacia atrás, mientras el teórico avizora el futuro; el juez ha de tratar con todo cuidado de no rebasar el *habitat* sociojurídico que condiciona su actuar, y el teórico, por el contrario, si quiere ser fiel a su altísima e irrenunciable función, debe tratar de desembarazarse de las «impurezas» de la realidad y habilitar fórmulas que proyectando las instituciones hacia el devenir permitan anticipar, a nivel de laboratorio jurídico, soluciones para los problemas a presentarse y distiendan los mecanismos jurídicos hacia un desarrollo, progresión y perfeccionamiento constante, metódico e indefinido.

Por ello, y de manera contraria a lo que comúnmente se cree, no es que el jurista teórico deba recabar de manera necesaria el dato jurisprudencial para apoyar su teoría ni mucho menos que tenga que contrastar ésta o hacerla pasar por la prueba de fuego del apoyo de las sentencias, en términos de que si no encuentra decisiones judiciales que avalen su postura ha de proceder a arrinconarla, sino al revés: es al juez al que corresponde, jurista práctico al fin (sin que esto suponga juicio peyorativo alguno, pues se trata tan sólo de dos distintas y complementarias funciones, tan alta y necesaria la una como la otra), cuando quiera rebasar un criterio que juzgue periclitado y encuadrar el «caso» a resolver dentro de unos lineamientos que no sean los precedentes o los de la «jurisprudencia constante y reiterada», recabar el auxilio del creador, del pensador puro, impetrar la ayuda del que tiene como cometido facilitar los encuadres teóricos nuevos y acomodados a las cambiantes situaciones, pues en otro caso se estaría adentrando en un campo en el que, por no ser el suyo, corre el riesgo de desbarrar y, sobre todo, lo que es mucho más grave, de rebajar y aun olvidar el alto cometido que le concierne de buscar soluciones razonables y justas a los específicos conflictos y pugnas que se someten a su conocimiento y decisión.

Claro que hay mucho jurista timorato y cómodo, que, por una parte, rehúye todo lo que suponga apartarse del camino trillado y pacíficamente andado, porque toda disensión entraña riesgos y aventura oposiciones

y polémicas, y, por la otra, encuentra fácil fungir de creador simplemente con recopilar doctrina jurisprudencial, ordenarla más o menos sistemáticamente y destilarla para tratar de extraer de ella una superestructura teórica (o pseudoteórica), que de manera pomposa habrá de llamar «su teoría». Abundan en España y en otros países libros que no tienen otra trama ni otro mérito teórico que el que se acaba de especificar y que si tienen justificación y cumplen una importante función práctica, en cuanto ordenan y condensan para el *usus fori* la abrumadora jurisprudencia existente (y, en tal sentido, nada tienen de reprochables), tratan de pasar a veces (y esto sí es ya vituperable y deshonesto) como elevadas elaboraciones doctrinarias.

El *ius peritus* nada tiene que aprender del juez (y ojalá no se nos malentienda y se estimen estos términos en su exacto sentido, fácilmente deducible de lo que hasta aquí va escrito), nada tiene que pedir a éste, porque el orden de sus respectivas actuaciones parte del segundo y culmina en el primero; el teórico puro no puede pretender contrastar sus creaciones con el dato jurisprudencial, porque en tal caso está invirtiendo la secuencia lógica de su actuación y desnaturalizando su cometido, ya que, como bien dice ese gran maestro mundial del método comparativo que es RENÉ DAVID, si la doctrina quiere cumplir una función esencial que le está asignada ha de servir de orientación y guía a la jurisprudencia en el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho (3).

Pues bien, todas estas consideraciones, que constituyen una larga digresión, se formulan a propósito de un punto en el que, a nuestro entender, la doctrina civil española no ha asumido, en general y a plenitud, los deberes que pensamos le incumben en el vasto proceso de la superación jurídica y se ha sentido excesivamente atada por una literalidad normativa, que creemos puede superarse, prescindiendo de manera injustificada de la exacta construcción dogmática del instituto matriz, del dato que proporciona el Derecho comparado y del pórtico de luz que siempre suele brindar la prospección histórica de la figura estudiada, aparte de haber pagado una excesiva tributación al criterio jurisprudencial imperante al respecto. Nos estamos refiriendo a ese extraño híbrido, a esa singular creación que ha aceptado la civilística española, que es la denominada novación modificativa.

En aras a la verdad y al rigor, empero, hay que reconocer aquí también que toda generalidad siempre es lesiva y que en relación a la figura apuntada no han faltado voces, las menos, sin duda, que hayan objetado su admisión y criticado adversamente sus presupuestos existenciales, y de manera muy particular, y para el autor muy placentera por la especial

(3) DAVID: *Tratado de Derecho civil comparado*, Madrid, 1953, pág. 130.

relación de amistad y afecto que a él me une, debe resaltarse la claridad, el rigor y la sana influencia debeladora que sobre la materia ha traído esa magnífica obra monográfica relativa a la novación obligacional que ha realizado el profesor FRANCISCO SANCHO REBULLIDA (4).

2. EL ORIGEN HISTORICO DEL PROBLEMA

Los juristas romanos manejaron con relativa precisión tres figuras, en las que puede centrarse el origen histórico de la cuestión a estudiar: se trata de *iussum*, *delegatio* y *novatio*.

El *iussum* era una figura amplísima, plena de aplicaciones y empleos en las fuentes romanas, consistente en la simple declaración unilateral y no solemne de que lo que haga otro va a repercutir patrimonialmente en quien la formula (piénsese, por ejemplo, en el *iussum* del *paterfamilias* o *dominus* respecto a las actuaciones negociales a realizarse por el *filius* o por el *servus*, respectivamente); pues bien, una de tales utilizaciones fue precisamente la *delegatio*, que, en esencia, consiste en una autorización para asumir una obligación o para practicar un pago.

Ahora bien, de la misma manera que entre el *iussum* y la *delegatio* se da una relación de género a especie, asimismo en la concepción jurídica romana la *delegatio* es más amplia que la *novatio* y viene a constituir el género próximo a ésta.

La autorización en que consiste la *delegatio* podía ser *dandi* (*credendi* o *solvendi*) o *promittendi*, diferencia que reviste el mayor interés, ya que en el primer caso en cuanto el delegante se limitaba a actuar mediante el delegado, dando o pagando, no había novación, mientras que en el segundo, en razón de que la estipulación se cerraba entre delegatario y delegante, siempre que la misma apareciese referida a la obligación existente entre delegado y delegante, tenía lugar la novación. «Esta novación será activa (cambio de acreedor)—escribe SANCHO REBULLIDA—si el delegado era deudor del delegante y el *idem debitum* de la estipulación novatoria era precisamente éste, el del delegado frente al delegante; pero será pasiva (cambio de deudor) si el delegante era deudor del delegatario y el *idem debitum* de la estipulación se refirió a esta deuda» (5).

Tales situaciones nos revelan el más amplio carácter de la *delegatio* frente a la *novatio*, pues la primera tan sólo en alguna de sus aplicaciones era susceptible de provocar la segunda, circunstancia que exigía para su

(4) SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

(5) *Ibid.*, págs. 45-46.

verificación de manera necesaria el juego de los tres siguientes elementos: la existencia de una obligación previa entre delegante y delegado o entre delegatario y delegante; que la autorización no fuese *dandi*, sino *promittendi*, y que el vínculo obligacional surgiese mediante contrato estipulatorio referido al mismo débito del promitente (6); faltando alguno de estos requisitos no había *novatio*, por más que hubiese *delegatio*.

La clasificación y la ordenación romanas se van a perder lamentablemente durante la época del *ius commune*, dándose la paradójica circunstancia de que a la confusión que sobrevino contribuyó, al menos en forma material, la impropia ordenación justiniana de los textos clásicos. En efecto, la célebre y discutida definición de ULPIANO de la novación (*novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex precendenti causa ita nova constituitur ut prior perimatur, novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*) constituye el proemio de fragmento primero del título segundo del libro 46 del Digesto, título segundo, que lleva por epígrafe precisamente *De novationibus et delegationibus*, que hará pensar en precipitada y errada apreciación que la *delegatio* no es sino una especie de la *novatio*, o sea, una de las fórmulas por las que ésta puede realizarse, sin percatarse de que si el compilador bizantino coloca la novación con antelación a la delegación lo hace porque en el título citado se va a tratar de manera preferente del mecanismo novatorio actuado por vía delegatoria.

El glosador, primero, y el comentarista, después, cometerán el error de invertir el orden histórico y lógico de las figuras en tratamiento y de trastornar la concepción romana de que la delegación envuelve, como una de sus especies, a la novación, en esa otra de que la novación abarca la delegación y de que ésta no es otra cosa sino una de las maneras de practicar la novación subjetiva y aun, en forma más restringida, la novación subjetiva pasiva. *Ideo tamen possuit genus et speciem, quia maxime tractat de ea novatione, quae fit per delegationem*, dirá ACCURSIO; a lo que apostillará HEINECIO: *facile patet, delegationem esse speciem novationis*.

Aquí estaba el material para formular esa regla del Derecho intermedio que, contrariando la esencia de los textos romanos que debería haberla informado, pasó a ser una de esas «verdades» incontestables que la dogmática medieval nos legó y de las que la ciencia moderna se ha ido trabajosamente liberando: *In delegatione semper inest novatio*.

«Las bases textuales de los supuestos de delegación no novativa

(6) D. 16, 1, 8, 2; D. 17, 1, 26, 2; D. 46, 2, 31, 1, etc.

—nos dirá con acierto SANCHO REBULLIDA—pasan casi inadvertidos para los juristas del Derecho intermedio; no totalmente, como es natural, pero al contemplarlos, la figura resultante se desprecia. Y de este desprecio conceptual surge el embrión de una denominación que juzgo extraordinariamente significativa en el desenvolvimiento ulterior del instituto de la novación: la delegación que no produce novación es considerada como espúrea e *impropia*; sólo es delegación propia la que produce novación, la delegación novativa. Cuando el término delegación no se correspondía con el significado técnico por ellos atribuido, los juristas medievales hablaban de *delegación impropia* e imperfecta... Delegación impropia, pues, era aquella que no producía novación; aquella delegación que producía una nueva obligación sin extinción del antiguo débito, el cual permanecía intacto; frente al acreedor existían dos deudores: el antiguo y el nuevo. A esta segunda obligación que se añadía a la primera algunos la denominaron cumulativa, accesoria, semejante a una *fideiussio*» (7).

Pero la mixtificación de glosadores y comentaristas no se detuvo ahí. Al hablar de delegación impropia los juristas medievales no se referían a los casos romanos de delegación en que al no existir obligación previa entre delegado y delegante no cabía novación, sino a aquellos otros en que existiendo dicha obligación no se producía el efecto extintivo propio de la novación, ya por no existir *animus novandi*, ya por cualquier otra circunstancia que lo obstaba, y ello explica que a la *nova obligatio* se la denomine ora cumulativa ora accesoria. El círculo parecía cerrarse y el conjunto cobrar armonía y rigor sistemático: si la novación es el género, y la delegación, la especie subjetiva, habrá novación propia cuando la delegación también lo sea; mas cuando la delegación es impropia, porque no ocasiona la extinción de la *prior obligatio*, no es extraño que en tal supuesto se hable de novación impropia, con lo cual la tergiversación quedaba consumada, pues, por un lado, la especie se había ensanchado hasta conformar un género y, por el otro, una de las subespecies de este sedicente *novus genus* (la llamada delegación impropia) servía, a su vez, para generar un nuevo género novatorio: el de la novación impropia.

Se produce de esta manera un error más grave que el primeramente cometido, ya que si por la equivocación conceptual sufrida por el Derecho intermedio se llama delegación impropia a la que no ocasiona novación, queda todavía la atenuante de que en ella estamos ante una autén-

(7) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 101-102. Cfr. GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del diritto intermedio*, Milán, 1952, págs. 221 y sigs.

tica delegación (en el sentido romano) (8), cosa que no sucede cuando al ocurrir el nacimiento de una nueva obligación, que no elimina la anterior, y no poder reconducirse el supuesto al campo de la delegación (ya que no existe obligación previa entre delegante y delegado) se habla de novación impropia, resultando evidente que tal situación es imposible encajarla dentro del concepto romano de novación. Esto es, para la mente romana, la delegación podía entrañar extinción o acumulación y en ambos casos era genuina delegación, mientras que para el jurista medieval sólo podía producir el primer efecto y por eso llama impropia a la que no lo genera; pero en todo caso, aun mutilado el instituto romano, todavía se sigue respetando realmente la esfera de actuación del mismo, porque en la delegación impropia se da verdadera delegación (lo impropio es llamarla impropia); por el contrario, en la terminología romana (la primera dogmática jurídica, como nos recordará BIONDI), la novación es siempre y solamente extintiva (su esencia radica en la *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, de que habla ULPIANO) y nunca acumulativa, y, en consecuencia, hablar de una novación que no destruye, de una novación que acumula, en fin, de una novación impropia, es un desvirtuamiento de las ideas romanas, una desnaturalización de los conceptos mucho mayor que llamar delegación impropia a la que no destruye la precedente obligación, porque si para los romanos es también delegación (eso sí, propia) la que no extingue, no fue nunca novación la que acumula; como certeramente ha dicho algún autor: es evidente que en la llamada delegación impropia hay verdadera delegación, mientras que en la novación impropia, en cambio, no hay novación, porque si en ambos casos se produce un mismo resultado, la acumulación, este resultado es compatible con el concepto de delegación, pero no con el de novación. Tan sólo la cercanía estructural de ambos fenómenos, advierte el mismo, puede explicar este mimetismo terminológico, que, por lo demás, no tiene justificación conceptual.

Pues bien, estas vicisitudes de las ideas romanas sobre la *delegatio* y la *novatio* influyeron de diversa manera en las distintas codificaciones

(8) Según GUARINO, para el Derecho romano la delegación era la designación unilateral, expresa o tácita, de un sustituto en la posición de acreedor (delegación de crédito o novativa activa), o en la de deudor (delegación de débito o novativa pasiva), o en la de *accipiens* (delegación de pago activa) o en la de *solvens* (delegación de pago pasiva): *Diritto privato romano*, Nápoles, 1957, páginas 621-622. Acerca de la diferenciación por los juristas romanos entre delegación y novación pueden consultarse también: COVIELLO: «Successione nei debiti a titolo particolare», en *Archivio Giuridico*, 1893, pág. 211; ANDREOLI: *La delegazione*, Padua, 1937, págs. 25 y sigs.; GIDE: *Etude sur la novation et le transport des créances en Droit romain*, París, 1879, págs. 379 y sigs.; BIONDI: «Appunti intorno agli effetti estintivi della delegazione nel Diritto romano», en *Studi Paoli*, 1955, págs. 97 y sigs., etc.

civiles e incluso quedaron relegadas a un plano de intrascendencia al entrar en crisis en algunos ordenamientos la figura de la novación, porque mientras el Código civil francés y el italiano de 1865 conservan la institución en sus tres variantes tradicionales de novación objetiva (sustitución de la anterior por la nueva obligación entre los mismos sujetos), subjetiva activa (cuando, por efecto de una nueva obligación, un acreedor sustituye al primitivo respecto al cual el deudor queda libre) y subjetiva pasiva (cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es liberado por el acreedor), otros Códigos, como el B. G. B. alemán y el Código federal suizo de las obligaciones, prescinden de regular la novación y, en consecuencia, remiten el efecto de la extinción de las obligaciones mediante la creación de otras que las reemplazan al amplio y abierto campo de la libertad de negociación entre los interesados.

Pero nosotros vamos a prescindir de mayores disquisiciones sobre los precedentes históricos y sobre las variantes que los mecanismos en estudio adoptan en los diversos ordenamientos civiles en nuestros días, para centrarnos, lo que constituye la razón de ser de este trabajo, en la consideración y análisis de cómo las ideas sucintamente expuestas pueden servirnos para alumbrar la normativa española sobre la novación y cómo los textos del Código civil hispano pueden cobrar nuevo y armónico sentido al influjo de una interpretación ponderada, racional y realista.

3. LA LLAMADA NOVACION MODIFICATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código civil español dedica a la novación una regulación que no cabe calificar de modélica ni aun de medianamente aceptable, ya que incurre en un grado de imprecisión y confusionismo y cae en equívocos no sólo de concepto, sino hasta terminológicos, que explican en buena medida la desorientación que en esta materia ha caracterizado siempre a la doctrina española, la cual, como antes se apuntaba, no ha sabido desprenderse del defectuoso arrastre legal y en lugar de superar, con sus precisiones y puntualizaciones, las fallas normativas, ha consumado el desatino y hasta posiblemente ha dado carta de naturaleza en el Derecho español a una figura que nunca estuvo en la mente ni fue querida por el legislador patrio.

Y lo curioso es que el Código civil parece partir de un encuadre preciso y firme de la figura novataria cuando en su artículo 1.156 incluye

la novación, sin puntualización ni mediatización alguna, entre los modos de extinción de las obligaciones; pero es luego, al desarrollar *in extenso* la figura, cuando el rigor inicial se diluye en una terminología vaga y ambigua, en la que hoy busca el origen de la confusa situación doctrinal imperante en la doctrina española. Circunstancia que, en nuestro sentir, no libera a dicha doctrina de responsabilidad porque precisamente la altura y grandeza del genio jurídico se manifiestan cuando sus creaciones tienen que salvar los obstáculos legales en aras de una interpretación y aun de una recreación más justas y deseables, no cuando claudica ante los obstáculos materiales que la norma ofrece y fuerza sus razonamientos, en claro abandono de su misión, para justificar el precepto que le ha llevado al abatimiento de su posición.

La raíz del equívoco se encuentra en la desdichada redacción del artículo 1.203, el primero de los que el Código dedica a regular *in concreto* esa figura, que previamente en su artículo 1.156 había calificado de manera rotunda como medio de extinguir obligaciones, pues sucede que el referido artículo 1.203 comienza hablando de que «las obligaciones pueden modificarse», y tras esa desafortunada introducción precisa que la modificación puede tener lugar «variando su objeto (de la obligación) o sus condiciones principales», «sustituyendo la persona del deudor» y «subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»; mas como luego el artículo 1.205 se refiere a «la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo», introduce un nuevo condicionamiento en el panorama global de la figura, que SANCHEZ REBULLIDA sintetiza de la siguiente manera: «Podría decirse que el Código enumera y sitúa la novación como medio extintivo, y lo regula en posición escorada: en el centro, la novación objetiva con criterio, en principio, ambivalente; en un extremo, la novación subjetiva por cambio de acreedor, solamente como modificación subjetiva de la relación (es decir, como transmisión del vínculo con subsistencia de su identidad), y en el otro extremo, la novación subjetiva por cambio de deudor, como necesaria extinción del vínculo precedente, como novación romana» (9).

Y de este punto ha arrancado una poderosa corriente doctrinal y jurisprudencial, que ha creado una nueva figura carente de justificación y de sentido (la novación modificativa) y ha enturbiado los perfiles de la novación, cuando pensamos que la institución podría haberse conservado en su prístina formulación, que es la romana, con sólo no haberse dejado obnubilar por la textualidad de las normas legales y haber dado a los preceptos del Código una interpretación de conjunto superadora y racional. Vamos, tratando de no extendernos en demasía, a dar una

(9) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 160.

visión panorámica del sentir doctrinal y jurisprudencial español sobre la materia.

El mal parece venir de lejos, pues, según señalan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (10), ya GARCÍA GOYENA, en el *Febrero reformado*, habría sostenido que la novación consiste en la modificación de una obligación preexistente o en su destrucción, con lo que daría cabida tanto a la novación extintiva como a la modificativa, porque no siempre la novación lleva consigo la destrucción de una obligación: la modificación tendrá lugar cuando se sustituye uno en vez de otro deudor o uno en vez de otro acreedor o se suprimen o crean fianzas, mientras la destrucción por novación operará cuando se varía la forma de una obligación preexistente y se la sustituye con otra nueva.

MUCIUS SCAEVOLA advierte que la novación no es siempre una causa de extinción de las obligaciones ni siquiera en el mayor número de los casos, puesto que se limita generalmente a modificar los términos en que se encuentran establecidas, aunque a continuación puntualice un tanto estas afirmaciones (11).

MANRESA considera que frente a los restantes modos de extinción, la novación produce tan sólo una extinción relativa de las obligaciones, ya que en la misma la subsistencia de relaciones jurídicas es indispensable, esencial y de resultado directo, por lo que la novación, más que extinguir las obligaciones, lo que hace es cambiarlas en otras (12).

También DE DIEGO piensa que cabe novación tanto en la extinción de la deuda antigua reemplazada por la nueva como en la simple modificación de aquélla, ora afecte el cambio al objeto y condiciones principales, ora a los sujetos activo y pasivo de ella, ya que si la extinción se considera esencial al concepto de novación, ésta se difumina y desaparecen de ella los supuestos de cambio de acreedor o deudor con subsistencia de la obligación antigua (13).

Con ligeras variantes, en esta misma línea de admisión de la novación modificativa, se manifiesta lo más descollante de la doctrina española del presente siglo: VALVERDE, DE BUEN, CASTÁN, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, ESPÍN CÁNOVAS, ALBALADEJO, PUIG PEÑA, etc.

Más recientemente y en estudios de índole monográfica se ha venido

(10) Notas al *Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS y LEHMANN, I, Barcelona, 1933, pág. 411.

(11) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, págs. 844 y sigs.

(12) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, páginas 392 y sigs.

(13) DE DIEGO: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y legislación española y extranjera*, Madrid, 1912.

insistiendo en la misma dirección. Vamos a señalar con mayor detalle alguno de estos últimos intentos:

REYES MONTERREAL sostiene que si bien hoy día nadie pone en duda la doble eficacia que la doctrina, la práctica y la misma jurisprudencia atribuyen a la novación: extintiva y modificativa, debe llegarse todavía más lejos y entender, contrariamente a lo que suele informar a la doctrina y a la jurisprudencia, que la novación de nuestro Código, lejos de ser el medio de extinguir, en general, las obligaciones, es el más adecuado vehículo para modificarlas simplemente; en su opinión, la verdadera esencia de la novación es esa no extinción, la simple modificación o alteración, pues el Código no es que «admita» además de la novación extintiva la meramente modificativa, sino que la «contempla» y «regula», y a la que «alude» es a la que produce efecto extintivo; en consecuencia, sólo puede y debe hablarse de novación propia cuando se produce una mera modificación (14). Como se ve, pues, no sólo se mantiene la posición tradicional, sino que incluso se invierten los términos y llega a predicarse como principio o regla general lo que en el sentir general de la doctrina no pasaba de ser una excepción, todo lo amplía que se quiera, pero excepción al fin.

Más moderadamente, LOZANO BERRUEZO piensa que si el artículo 1.156 incluye la novación entre los modos de extinguirse las obligaciones y el 1.203 la considera capaz de modificarlas, lo más sencillo sería unir estas dos posibilidades y decir que la novación en el Código civil puede extinguir o modificar las obligaciones, porque si tanto supone para una institución el hecho de estar en un artículo que se inicia con las palabras «las obligaciones se extinguen...», no vemos por qué ha de suponer menos el que otro artículo comience con «las obligaciones pueden modificarse». Para él es evidente que la institución que tenga que soportar semejantes epígrafes habrá de albergar la doble posibilidad o ninguna de ellas, porque, ¿qué razón hay para preferir una sobre la otra? A la primera, la recogida en el artículo 1.156, la sostiene la más pura tradición, el fuerte puntal que supone ser el calco del artículo 1.234 del Código civil francés y un hecho: el de que la novación es un modo de extinguirse las obligaciones. A la segunda, la del 1.203, la hace nacer y permanecer una existencia: la de que en el mundo jurídico actual no tiene sentido mantener los inconvenientes de una rigidez innecesaria y, lo que es más, inexistente, y que, por tanto, habrían de suprimirse: y la apoyan todos los artículos que contiene la sección (15).

(14) REYES MONTERREAL: «Esencia de la novación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960. págs. 601 v sigs.

(15) LOZANO BERRUEZO: *La extinción de las obligaciones por novación*, Barcelona, 1963, págs. 121 y sigs.

HERNÁNDEZ-GIL ha señalado que en el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia constituye un verdadero aserto, aceptado sin excepción, el de que en el régimen del Código civil la novación no importa siempre y necesariamente un efecto extintivo respecto de una relación obligatoria precedente. Junto a la novación en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor. Y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificativa o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda. El Código civil, a través de una terminología a veces equívoca y en ocasiones claramente significativa, brinda cierta base para sostener que la novación no implica siempre extinción.

En su sentir, para que la novación sólo tenga un alcance modificativo y subsista la obligación originaria, se requiere que haya compatibilidad entre lo anteriormente pactado y lo posteriormente convenido, facilitando o no estorbando la ejecución de lo uno el cumplimiento de lo otro; porque así como la incompatibilidad, caracterizadora de la novación extintiva, se deriva de la alteración de los elementos esenciales, la compatibilidad, caracterizadora de la novación modificativa, entraña sólo la introducción de variaciones accidentales.

Según HERNÁNDEZ-GIL, el artículo 1.203 no pasa de decir que la variación en el objeto o en las condiciones principales entraña una modificación en la obligación precedente. El artículo 1.203 no alude para nada a la extinción ni da a entender que la modificación implique extinción. En algunos casos, la modificación podrá provocar la extinción. Pero esta consecuencia jurídica no se produce por la sola concurrencia de los supuestos delimitados en el artículo 1.203 ni tampoco como efecto indisoluble de la modificación. Y siempre que no haya extinción, la novación será sólo modificativa. Habrá una novación que genere la extinción. Toda novación es modificación; no toda novación es extinción, aunque pueda serlo. ¿Cuándo la novación, que genéricamente es modificación, trae consigo la extinción? Mientras el artículo 1.203 responde—con la enunciación de tres supuestos—a la pregunta relativa a la modificación, el propio artículo no responde de suyo a la pregunta relativa a la extinción. Para obtener una contestación adecuada hay que acudir a otros preceptos y singularmente al artículo 1.204. La novación extintiva requiere para producirse algo más que por sí solo no brinda el artículo 1.203. Así las cosas, para elaborar en el sistema del Código civil el concepto

de la novación objetiva modificativa, no hay que acudir al rodeo de las modificaciones accidentales. La novación puede ser modificativa no porque las modificaciones accidentales no estén comprendidas en el artículo 1.203, sino porque las variaciones en el objeto o en las condiciones principales—comprendidas en el mismo precepto—no entrañan de suyo la extinción de la obligación precedente. Para entrar en el ámbito de la novación extintiva hay que dar un paso más: es preciso introducirse en los dominios del artículo 1.204.

Sobre la base de las argumentaciones transcritas concluye el mencionado autor de la siguiente manera: «Es claro, por tanto, que el efecto extintivo de la novación objetiva se logra siempre por un doble juego de factores. De un lado, los derivados del número 1.º del artículo 1.203; de otro, los requeridos por el artículo 1.204. Es cierto, asimismo, a nuestro juicio, que la novación es modificativa cuando quedando comprendido el supuesto en el número 1.º del artículo 1.203, no llega a penetrar en la esfera del artículo 1.204, bien por falta de una declaración terminante, bien por falta de una incompatibilidad de todo punto. Siendo así, la novación modificativa, más que una modalidad de la novación, paralela, pero distinta, de la extintiva, es un primer estadio de ésta. Para modificar basta variar el objeto o las condiciones principales; para extinguir se requiere, además, el concurso de los requisitos del artículo 1.204» (16).

Para DÍEZ-PICAZO, en líneas generales, cabe admitir que en nuestro actual Derecho positivo son posibles dos formas de novación: la llamada novación propia o extintiva y la llamada novación impropia o modificativa. El deslinde entre una y otra, como dicen CASTÁN y los anotadores de ENNECCERUS, debe hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación. Dicho de otro modo, para que la extinción se produzca y para que la sustitución sea plenamente derogatoria es necesario o bien una expresa cláusula derogatoria o bien una objetiva incompatibilidad o contradicción entre ambas reglamentaciones o sistemas de organización de intereses. En la duda, el Código (art. 1.204) parece inclinarse por la solución de que no hay extinción de la antigua obligación. La conclusión que de todo ello cabe extraer es, a su juicio, la de que la figura de la modificación de la relación obligatoria cobra en sí misma una evidente autonomía y que para esclarecer el panorama deben invertirse los términos tradicionales. En lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, debe hablarse de una modificación sim-

(16) HERNÁNDEZ-GIL: «El ámbito de la novación objetiva modificativa», en *Revista de Derecho Privado*, 1961, págs. 797 y sigs.

ple con pervivencia de efectos y de una modificación extintiva con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecido por las partes (17).

Pues bien, frente a este verdadero bloque doctrinario en pro de la admisión de la novación modificativa, aunque no haya faltado algún tímido intento en contra o algún aislado y parcial alegato en rebeldía (18), sólo un autor, el profesor SANCHO REBULLIDA, ha intentado un ataque frontal total, pleno de altura y aciertos, orientado a debelar una construcción artificiosa que perezosamente se había ido deslizando y había acabado por tomar carta de naturaleza en el panorama doctrinal español. Se trata, repito, de una bien meditada argumentación, que ha puesto muchas cosas en claro y ha traído a colación datos históricos y dogmáticos en buena medida irrefutables; con ella, el admirado compañero y querido amigo ha dado buena prueba de la inquietud, valentía y rigor inconformista que anima a la joven y valiosa civilística hispana.

Para SANCHO REBULLIDA, en el aspecto conceptual, «novación» modificativa supone un contrasentido. «Modificar» es distinto de «extinguir» y, en cierto sentido, contradictorio, pues predica la subsistencia del *quid* modificado. Si el Código involucra efectivamente ambos conceptos, parece que la misión de la doctrina que atienda exigencias conceptuales deba ser el separarlos y diferenciarlos, aunque advirtiéndolo, para aclarar y corregir, esta ambigüedad legal. El Código adolece de imprecisión y ambigüedad y para comprender su auténtica postura es necesario referirla a la situación—no cronológica, sino doctrinal—de la evolución de estos conceptos: por una parte, la libertad de contratación, la autonomía de voluntad, hace posible la modificación objetiva de las obligaciones; por otra parte, la transmutación conceptual y terminológica operada en el Derecho intermedio, partiendo del concepto de «delegación impropia», la que no produce novación (extinción), se denominó «novación impropia» a la alteración que no producía extinción. Ahora bien, esta alteración no afectaba directamente a la *prior obligatio*, que subsistía íntegra; en puridad de doctrina, la «novación impropia» producía acumulación de las dos obligaciones, aunque la segunda fuere accesoria de la principal, y en este estado de la cuestión algunos autores introdujeron dentro del término «novación impropia» la acumulación no ya de una obligación

(17) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I (Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias), Madrid, 1970, pág. 787.

(18) Por ejemplo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER apuntan que cabe hablar de modificación de una relación obligatoria sin calificar tal acontecer de novación en su sentido estricto, pero tras esta matización no tienen luego ningún reparo en afirmar que parece que en el Derecho español novación tanto puede significar extinción como modificación (*op. cit.*, I, págs. 219 y 411, respectivamente).

accesoria, pero distinta, sino de elementos estructurales (principalmente, *dies y condicio*), a la *prior obligatio*, y si esto es así, ¿por qué no incluir en el término los supuestos de destrucción o cambio del contenido? Tales derivaciones y ampliaciones no son unánimes, pero sí lo suficientemente divulgadas y fundadas para que el Proyecto de 1851 y el mismo Código civil ya no pudieran encontrar fronteras preestablecidas entre acumular y modificar ni entre modificar y extinguir.

Corregir la ambigüedad legal es también una exigencia sistemática: si el propio Código enumera la novación como una de las especies de extinción, ¿puede reducirse a subespecie lo que signifique subsistencia? Las obligaciones son modificables, pero la modificación requiere ser situada en el plano sistemático en que se halla el nacimiento y la extinción de las obligaciones: fuentes, modificación, transmisión y extinción son categorías sistemáticas homólogas; la categoría extinción se diversifica en una serie de medios, uno de los cuales es la novación; sistemáticamente, ésta no puede diversificarse, a su vez, en modificación y extinción, que son categorías genéricas respecto de su especificidad. Por otra parte, en el sistema del Código, el artículo 1.204 no constituye la pieza clave entre novación modificativa y extintiva, en que la doctrina ha querido constituirlo. La razón histórica lo demuestra suficientemente, dándole, a la vez, eficacia lógica y práctica, que, de otra suerte, no puede alcanzar; porque si en la novación modificativa, por definición, el vínculo subsiste es uno solo, ¿cómo puede ser incompatible?, ¿cómo puede haber incompatibilidad entre la nueva y la antigua obligación si hay una sola? La incompatibilidad exige ineludiblemente dualidad de términos.

¿Supone todo esto—se pregunta el autor reseñado—negar la libre modificabilidad de las obligaciones? No, en absoluto; supone simplemente no forzar los conceptos (haciendo de la modificación subespecie de una de las especies de extinción) ni los preceptos, sacándola de la ambigüedad corregible del artículo 1.203, 1.º, y, sobre todo, del artículo 1.204, que para nada contempla la modificación. La modificación tiene su sede conceptual junto a la originación (fuentes), transmisión (modificación subjetiva) y extinción de las obligaciones. Y su base legal en el artículo 1.255 del Código, puesto que, en abstracto, el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público... Así, el artículo 1.203, 1.º, limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación: si se varía el objeto o las condiciones principales no hay subsistencia modificada, ¿hay novación (extinción)? El 1.203 sólo dice que «puede haberla», pero no habiendo subsistencia modificada pueden ocurrir dos cosas: o que subsista (sin modificación) la obligación y que junto a ella nazca otra

nueva (acumulación) o bien que la nueva extinga a la anterior (novación); pues bien, a determinar cuál de las dos posibilidades del 1.203 (excluida la modificación) se da en efecto vienen las dos reglas del 1.204: si hay expresión del *animus novandi* o incompatibilidad de las dos obligaciones (transmutación de causa), habrá novación; en otro caso, acumulación.

Y acaba SANCHO REBULLIDA su exposición crítica señalando cómo la satisfacción de las exigencias lógicas, sistemáticas e históricas en la interpretación del Código, por lo que respecta a la pretendida «novación modificativa», lejos de conducir a resultados poco prácticos e injustos, nos lleva—esto sucede con más frecuencia de la que una, por otra parte, justa reacción contra los excesos conceptualistas hace suponer—a otros tan prácticos y cómodos como el manejo, junto a los artículos 1.203, 1.º, y 1.204, del 1.255 y del 1.281 y siguientes y tan justos como los evidenciados con referencia al rango y al decaimiento de obligaciones accesorias (19).

Hasta aquí el panorama doctrinal español. ¿Cuál ha sido y es el criterio jurisprudencial al respecto? Desde tempranos momentos, el Tribunal Supremo aceptó la existencia en el Código civil de la denominada novación modificativa, produciéndose en tal sentido esa influencia negativa, que al principio de este trabajo criticábamos *in genere*, del dato jurisprudencial sobre el doctrinario puro, pues buena parte del pensamiento científico hispano se ha servido y apoyado en la admisión judicial de la figura para fundamentar, justificar y aun «santificar» la operancia de la misma en el sistema civil español, con lo cual se ha invertido el camino lógico de la construcción dogmática y se ha trastornado el orden racional de los dos factores de la formulación técnica del Derecho, porque si bien es cierto que para este cometido no cabe prescindir de ninguno de ellos, el elemento teórico es el que debe dar la pauta y servir de orientación y base a las formulaciones jurisprudenciales y no a la inversa, como en buena medida ha ocurrido en este sector y en tantos otros del Derecho civil español.

Ya en la sentencia de 26 de junio de 1923, sin mayor puntualización ni escrúpulo, se manejan como especies de un mismo género la novación propia y la modificativa, al hablar de que debe atenderse a los términos (de una póliza de seguro) que «resulten de la modificación de que fue objeto y, por tanto, novada, según dispone el artículo 1.204». En la sentencia de 29 de abril de 1947, el germen de esta doctrina se desarrolla a plenitud, sin ambages y en perfecta concordancia con los criterios a la sazón imperantes en forma casi incontestada en la civilística patria: «Pro-

(19) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 298-310.

cede tener en cuenta—afirma—que si bien el mencionado artículo 1.204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto —novación extintiva—, no a la meramente modificativa, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203 e igualmente, *a sensu contrario*, del texto del artículo 1.207, y es lógico la admita porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifiesta, desde el punto de vista económico, esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.»

Curiosamente, sin embargo, la Sala Primera no parece estar muy convencida de la fortaleza del basamento que a la novación modificativa brindan los artículos 1.203, 1.204 y 1.207, porque en una sentencia del mismo año (de 5 de diciembre de 1947) trata de hallar para la misma una fundamentación diferente: la del artículo 1.255 del Código civil. Dice, al efecto, dicha sentencia: «Considerando que, por tanto, queda firme en casación el hecho de que las partes estuvieron conformes en la sustitución del transformador de mayor potencia por otro de potencia menor, y aunque no pueda configurarse jurídicamente esta sustitución como novación objetiva propiamente dicha, en atención, sobre todo, a que no hay alteración *sustancial* que se traduzca en extinción de la primitiva relación obligatoria y nacimiento de otra que la reemplace, sí cabe apreciar la existencia de una novación *impropia* o meramente modificativa de la obligación inicial, amparada por los términos del artículo 1.255 del Código civil, que vincula el cumplimiento de la obligación a la forma en que por consentimiento de las partes ha sido modificada.» No obstante, este basamento más racional de una figura que en sí es irracional no ha sido mantenido y posteriores sentencias del Supremo (10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 20 de diciembre de 1960, etc.) han vuelto a buscar, para arropar la sedicente novación modificativa, el abrigo de los artículos 1.203, 1.204 y 1.207 del Código civil. Señalemos, finalmente, que esta doctrina legal ha sido complementada por numerosos fallos, en el sentido de que, en cuanto la novación no se presume, cuando no exista terminante declaración de ser la intención o propósito de los otorgantes el tener con la nueva, extinguida la anterior, ni sean de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones,

habrá que considerar querida, en función del artículo 1.204, la novación meramente modificativa en cuanto efecto más débil (sentencias de 8 de julio de 1909, 4 de junio de 1919, 30 de diciembre de 1935, en la que se afirma que «la novación, por su índole y trascendencia, no puede apoyarse en actos equívocos ni debe ser apreciada en casos dudosos, en los cuales se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación», 9 de junio de 1950, 20 de enero de 1961, etc.).

4. NUESTRA CONCEPCION DEL PROBLEMA

A nosotros nos parece que la doctrina dominante española ha pagado un excesivo tributo y ha rendido desmesurada pleitesía a unos términos legales que el codificador no utilizó con plena consciencia ni menos con pretensiones definitorias. El Código civil español, y no se trata de revelar ningún secreto, no obstante que para el momento de su promulgación la ciencia pandectística alemana y sus esferas de influencia en los países latinos habían desarrollado ya una estimable depuración jurídico-conceptual y formulado un entramado dogmático de considerable altura y rigor, no es, en línea de principio, un Código de gran precisión técnica. Maneja los términos y los conceptos jurídicos con cierta irresponsabilidad y no parece atribuir excesiva importancia al sentido y valor exacto que deba atribuirse a uno u otro vocablo ni al alcance definitorio y delimitador que haya que entrañar en las expresiones legales. Llama heredero a quien no lo es, designa como poseedor a quien no puede tener tal carácter, denomina prescripción a lo que es otra figura, confunde el contrato con la obligación que genera y, en fin, casos y más casos en que la terminología jurídica es utilizada atécnicamente y en que fallan ostensiblemente las exigencias dogmaticoconceptuales que otros Códigos (como el alemán o el italiano de 1942) han tenido buen cuidado de respetar todo lo posible.

En el punto en que nos ocupa esta situación es patente; el Código civil no toma partido ante ninguna polémica doctrinal, ni pretende expandir o diversificar la figura, ni acabar con errores o malentendidos, sino que lo único que sucede es que regula la institución con una absoluta falta de criterio, sin categorías claras ni fijas y hasta con una cierta despreocupación o indiferencia en el empleo de una y otra fórmula legal. Como ha dicho SANCHO REBULLIDA: «No es que deliberada y ciertamente introduzca aportaciones doctrinales progresivas ni que rectifique, sobre puntos críticos, concepciones históricas superadas. Recoge, simplemente, la institución en pleno vaivén conceptual y sin comprometer so-

luciones inamovibles mezcla criterios conservadores con aportaciones más o menos valoradas, en medio de una ambigüedad en ocasiones exasperante» (20).

Pues bien, lo realmente sorprendente es que a la vista de este panorama, que no precisa de harto esfuerzo para patentizarse, la doctrina española mayoritaria se haya dejado obnubilar por unas imprecisas expresiones y por unos términos gratuitamente manejados, hasta el punto de querer edificar con tan endebles elementos nada menos que toda una nueva institución jurídica, sin arraigo ni valedores, cual es la llamada novación modificativa.

Histórica y dogmáticamente, la novación no tiene ni puede tener sino un solo significado: es un medio de extinguir una relación obligatoria mediante la creación de otra nueva que la sustituye y reemplaza; es la *transfusio atque translatio* ulpiniana, que sigue tan vigente hoy como en Roma. Importa poco ahora que la novación sea en sí un negocio (contrato), o un simple efecto o consecuencia de tal negocio, un mero *effectus iuris*; pero lo que resulta desde todo punto de vista inobjetable es que en la figura novatoria está entrañado en forma consustancial ese juego recíproco creación-extinción, ese crear extinguiendo y extinguir creando, que es el que la dota de caracterización y esencia.

En su estricto y único sentido, la novación supone medio de extinción de las obligaciones y el legislador español tuvo conciencia de ello cuando en un artículo principista y programático, cual es el 1.156, la incluye como el sexto y último de los mecanismos extintivos que contempla. Y pienso que a este artículo y a esta inclusión no se les ha dado toda la importancia que merecen; es un artículo en el que se formulan las disposiciones generales, el punto de partida del capítulo 4.º del título I, que va a ser después desarrollado a través de seis secciones, una para cada una de las formas de extinción previstas. Creer, como piensa, por ejemplo, LOZANO BERRUEZO, que «si tanto supone para una institución el hecho de estar en un artículo que se inicia con las palabras *las obligaciones se extinguen por...*, no vemos por qué ha de suponer menos el que otro artículo comience con las *obligaciones pueden modificarse*», y que, en consecuencia, «la institución que tenga que soportar semejantes epígrafes habrá de albergar la doble posibilidad o ninguna de ellas», porque no hay razón para preferir una frente a la otra (21), es no ver más que la superficie de las cosas y colocar en un plano de igualdad lo que normativa y dogmáticamente se halla a niveles diferentes.

En efecto, el artículo 1.156 del Código habla de que «las obligacio-

(20) *Ibid.*, pág. 297.

(21) LOZANO BERRUEZO, *op. cit.*, pág. 122.

nes se extinguen», y el 1.203, de que «las obligaciones pueden modificarse»; se trata, sin duda, de distinta terminología y no puede negarse que desde el estricto ángulo técnico-jurídico el «se extinguen» del artículo 1.156 no entraña ni supone lo mismo que el «modificarse» del artículo 1.203, pues sabido es que una y otra expresión hacen referencia a dos de las grandes vicisitudes porque pueden atravesar, y que constituyen su ciclo vital, las relaciones jurídicas: las relaciones jurídicas se constituyen, se modifican y se extinguen (22).

Si nos atuviésemos, pues, al mero significado y alcance de las palabras utilizadas por el legislador, no podría negarse que cada uno de los preceptos mencionados está haciendo referencia a situaciones jurídicas diferentes; pero el intérprete no puede desprenderse nunca, aparte del elemento teleológico, del criterio logicosistemático, y éste, a poco que reflexionemos, nos dice que bajo un mismo epígrafe no pueden cobijarse dos figuras que suponen estadios y momentos disímiles en el desenvolvimiento de las relaciones de Derecho. La relación jurídica o se extingue o se modifica; lo que no puede pretenderse es que ocurrido uno de tales acontecimientos se tenga por producido el otro (por más que se lo califique de impropio), porque en tal caso ya no estaríamos ante dos etapas o momentos conceptuales distintos por que pueden atravesar los vínculos jurídicos, sino ante una sola vicisitud, que ora se denominaría novación, ora modificación. Y obsérvese que si se admite tan anómala situación no hay nada absolutamente que justifique el que los dos acaecimientos o vicisitudes se decanten hacia uno solo de ellos, es decir, se hable (claro está, cuando se dé alguno de los supuestos contemplados por el artículo 1.203) de novación extintiva y novación modificativa, porque ante semejante admisión cabe perfectamente igual invertir los términos y hablar, como lo hace Díez-PICAZO, de modificación simple (debería decir, modificación modificativa) y modificación extintiva, porque nada hay que permita jerarquizar una vicisitud respecto a la otra y porque tan absurda como resulta la primera mixtificación lo es la segunda.

Ahora bien, de aceptarse esta segunda nomenclatura, cosa perfectamente lícita puestos a confundir los conceptos, resultaría que la novación como figura propia y autónoma se nos habría volatilizado y a fuer de querer ser respetuosos con la letra del Código (porque el mismo habla de modificar) se estaría cometiendo flagrante atentado contra esa misma letra, que se quiere santificar, porque no puede negarse que el mismo habla también, tajante y definitivamente, de novación, y lo hace no sólo a nivel de texto de artículo (previa calificación de su alcance y come-

(22) ALLARA: *La teorie delle vicende del rapporto giuridico*, Turín, 1950, páginas 28 y sigs.

tido: arts. 1.156, 1.205, 1.207, 1.208, etc.), sino a nivel de epígrafe o rúbrica de toda una sección (la sexta del capítulo cuarto del título primero), lo que, a no dudar, dota a la expresión de una mayor preeminencia e impide desdibujar la misma bajo el manto de otras actuaciones no dotadas de rango legal superior o, al menos, similar.

En resumen, el elemento logicosistemático y la atinada valoración y jerarquía de los preceptos jurídicos deben llevarnos a la conclusión de que por más que se den las disímiles expresiones de los artículos 1.156 y 1.203 del Código, no cabe pensar en una institución bifronte porque no haya razón para preferir una expresión a la otra. En aras de un esterilizante y seco literalismo, no cabe desconocer la realidad de las cosas, sacrificar lo trascendente al mero dato gramatical y confundir sectores jurídicos que deben desenvolverse por caminos diferentes; sin perjuicio de que luego abundemos sobre estas mismas ideas, nos parece que si el artículo 1.156 (que es norma principista, que tiene carácter definidor y que encierra las disposiciones generales de las que los artículos subsiguientes son mero desarrollo) dice que la novación es un mecanismo de extinción de las obligaciones y luego en la explanación normativa correspondiente nos encontramos con que la sección sexta lleva por título «De la novación», que impide cualquier equívoco u oscurecimiento de la materia, el hecho de que el primero de los artículos de tal sección (el 1.203) comience hablando de que «las obligaciones pueden modificarse» tiene una importancia muy relativa y hay que calibrarlo en su justo y exacto valor. Jerárquicamente no puede entrar en conflicto con la norma superior, que lo encuadra y le da vida (el art. 1.156); ni por lógica elemental puede contrariar u oponerse al rótulo que lo ubica y cobija (la novación), cuyo sentido ya ha sido definido por la norma programática, y es, de manera evidente, contrario al alcance que el texto del artículo parece querer conseguir. Si la novación es extinción y si bajo dicho título pretende regularse la figura, es obvio que todo lo que sea mera modificación sobra y no es encuadrable por aquél; la conclusión se adivina cuál ha de ser, pero no queremos insistir por el momento sobre el punto, ya volveremos a él en su oportunidad.

SANCHO REBULLIDA dice con razón que en el aspecto conceptual el término «novación modificativa» supone un contrasentido, porque modificar es distinto que extinguir y, en cierto sentido, contradictorio, ya que predica la subsistencia del *quid* modificado (23). Tiene razón, pero es incompleto, porque olvida el otro término de la relación; si se habla de «novación modificativa», hay que hablar también y para contraponerlo de «novación extintiva», y aquí ni siquiera cabe hablar de contrasentido,

(23) SANCHO REBULLIDA; *op. cit.*, pág. 298.

sino que estamos ante una evidente e inocultable redundancia, repetición innecesaria e improcedente, porque si hay novación, hay extinción, y si hay extinción, es porque ha tenido lugar la novación. La pretendida división del género novación en dos especies: la extintiva y la modificativa, se nos revela como imposible, porque la primera de tales especies tiene que ser por necesidad el género mismo, y si falta una especie tampoco puede darse la otra (en cuanto desaparece la división), y si esta segunda no es una especie del género novación tiene que ser algo distinto, cosa que tampoco cabe admitir, ya que por muy modificativa y especialísima que sea se la denomina siempre novación. En fin, se cierra el círculo: la espúrea variedad novatoria no puede escapar de las implacables reglas que conducen a una clara *reductio ad absurdum*.

HERNÁNDEZ-GIL afirma que junto a la novación, en el sentido gramatical y romano de la expresión, que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor, y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. Y concluye: «La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificativa o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda» (24). Afirmaciones difíciles de suscribir.

La novación objetiva no extintiva se denomina novación modificativa; la novación subjetiva igualmente no extintiva da lugar y, por tanto, se denomina transmisión. Es decir, que en un caso estamos en el campo de la novación (aunque impropia), mientras que en el otro trascendemos de él y pasamos al de la transmisión. ¿Es ello lógico y posible? Pensamos que no. En ambas hipótesis o nos quedamos en un sector o nos pasamos al otro; lo que no cabe es que estando en presencia, en uno y otro supuesto, de un cambio esencialmente igual se produzca una mutación de sector jurídico tan básica y radical.

La modificación de las relaciones jurídicas hace referencia tan sólo a alguno de los elementos de las mismas, dejando inalterada, por definición, la identidad de la relación, la cual continúa siendo la misma, aunque cambie el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto o el contenido; pues bien, en consonancia con esto cabe hablar de modificación subjetiva de la relación, que supone el cambio del sujeto en la posición activa o pasiva de la relación y recibe el nombre técnico de sucesión, como cabe hablar de modificación objetiva, que implica, con el solo límite resultante de la estructura de la relación, alterar cuantitativa o cualitativamente el objeto de la relación jurídica, por la voluntad de las partes

(24) HERNÁNDEZ-GIL, *loc. cit.*, pág. 797.

o también por la voluntad de la ley, sin que por ello desaparezca la identidad de la relación (25).

Ni con uno ni con otro fenómeno tocamos para nada el estricto campo de la novación que hace referencia, por necesidad, al momento de la desaparición de la relación obligatoria. Mientras por la extinción de la relación el sujeto activo pierde el derecho, pérdida a la que no corresponde una adquisición de otro sujeto precisamente porque el derecho se ha extinguido, cuando tiene lugar la modificación, ésta es compatible con la continuación de la relación existente, produciendo la conservación de la situación jurídica, ora se sustituya un sujeto por otro, ora se verifique una subrogación real mediante la sustitución en el objeto de la misma relación jurídica, que constituye, como dice el mismo SANTORO PASSARELLI, el caso límite en que la modificación objetiva es compatible con la conservación de la relación (26). En consecuencia, en la novación objetiva no productora de extinción estamos ante la modificación objetiva, y en la novación subjetiva, también no extintiva, nos hallamos en presencia de la modificación subjetiva de la relación; ni en uno ni en otro supuesto la recta conceptualización de las cosas precisa para nada del recurso de la novación, ésta se mueve en una esfera diferente, en un momento o estadio distinto por el que pueden atravesar las relaciones de Derecho: el de su extinción.

Parece, pues, que no hay sitio para la llamada novación modificativa y, en este sentido, SANCHO REBULLIDA tiene el mérito en la doctrina española de haber precisado que la modificación tenga su sede conceptual junto a la originación, transmisión y extinción de las obligaciones y que su base legal se halla en el artículo 1.255 del Código civil, ya que, en abstracto, el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público (27). Sin embargo, la construcción de este civilista, que constituye el primer esfuerzo general y metódico de clarificar las cosas en el ámbito de la novación, se resiente, a nuestro modo de ver, de un defecto parcial, que enturbia su exposición científica y puede conducir incluso a comprometer y debilitar su fortaleza.

SANCHO REBULLIDA piensa, con toda razón, que negar la novación modificativa no supone negar la modificabilidad de las obligaciones, sino que tan sólo implica, lo que es deseable, no forzar los conceptos haciendo de la modificación subespecie de una de las especies de extinción. En consecuencia, estima que se puede cambiar el objeto o el contenido de

(25) SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, páginas 92 y sigs.

(26) *Ibid.*

(27) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 307.

la relación obligatoria sin que por ello se produzca novación, sino tan sólo mera modificación objetiva; que se puede mutar el sujeto activo y aquí tampoco hay novación, sino simple modificación subjetiva del tipo transmisión o cesión del crédito; pero, en cambio, cuando tiene lugar la sustitución de la persona del deudor siempre se origina la novación subjetiva pasiva de la relación jurídica.

Y aquí, en aras de un respeto histórico-dogmático excesivo, es donde creemos que el autor citado pone en peligro y entredicho su valiente y meritoria construcción. Porque todo arranca de considerar, siguiendo a un destacado grupo de autores (PACCHIONI, LIPPMANN, ROCA SASTRE, LACRUZ, PUIG BRUTAU, etc.), que la transmisión de las deudas por acto *inter vivos* no es posible sino mediante la novación. En tal sentido, trae a recuerdo los conocidos alegatos de PACCHIONI de lo impropio que resulta hablar de cesión de deudas, porque las deudas no son cosas, ni derechos, ni valores, sino simples limitaciones de la libertad de acción del deudor y potenciales disminuciones de su patrimonio: jurídica y económicamente son un «no valor» y, por tanto, no pueden ser susceptibles de posesión y enajenación; de que el concepto de deuda es sólo el reverso de la existencia del crédito, por lo que no cabe estimarla como titularidad o derecho subjetivo ni es posible su transmisión aisladamente, y de que la deuda del nuevo deudor es una deuda nueva, que aceptada por su voluntad y reconocida por el acreedor tiene el mismo contenido que la antigua deuda que se extingue, tratándose, en definitiva, de dos deudas distintas que tienen el mismo contenido y no de una sola deuda que pasa de una persona a otra (28); para concluir que en el Derecho español las deudas no pueden transmitirse a título singular manteniendo su identidad y que toda transmisión, en este sentido, se opera a través de una verdadera y propia novación.

No vamos a inmiscuirnos aquí en la polémica sobre la posibilidad o no de la transmisión pasiva de las obligaciones a título particular. Ya lo hemos hecho en otras ocasiones habiendo llegado a la conclusión de que en los ordenamientos jurídicos, como el español, donde no existe una prohibición legal expresa, el juego de la autonomía o libertad negocial (art. 1.255), la operancia del principio de que en Derecho civil lo no prohibido está permitido y las características mismas del mecanismo novatorio (pues bastará la no constancia expresa del *animus novandi* o la mención de que no obstante el cambio de deudor y la liberación del primitivo no se quiere que opere la extinción novatoria) conducen de

(28) PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, II-1.º (*Delle obbligazioni in generale*), Padua, 1941, págs. 360 y sigs., y *Lezioni di diritto civile*, Padua, 1926, págs. 348 y siguientes.

manera inexorable a tener que admitir la posibilidad jurídica de la sucesión negocial y a título particular en las deudas, de la que ningún perjuicio deriva y de la que cabe obtener numerosas ventajas en razón de una mayor fluidez y vías de actuación en tutela de los intereses legítimos de los sujetos de Derecho (29).

Lo que sí queremos significar ahora es que si se ha insistido tanto en delimitar los conceptos de novación y modificación y en resaltar con justeza que el término «novación modificativa» supone un contrasentido, la construcción se desdibuja un tanto y el rigor y la coherencia de la teoría sufren cuando se sostiene que de manera necesaria la mutación del deudor en una relación obligatoria tiene que hacerse por novación y da lugar a una novación. Sean cuales sean el ámbito y los elementos de la novación en el Derecho español, lo que no cabe duda es que, en principio, el cambio de sujetos en una relación jurídica hay que ubicarlo conceptualmente en el campo de la modificación y no en el de la extinción, y ello ocurre tanto cuando se trata del sujeto activo como cuando se trata del sujeto pasivo; ahora bien, si se nos dice que en relación al crédito cabe la novación y la modificación (cesión), pero que respecto al débito es posible la novación y nunca la modificación (asunción), habrá que concluir que la novación modificativa no ha sido desterrada del todo, porque el cambio de deudor en una relación obligatoria dará lugar a una novación que, en el fondo y dogmáticamente, sólo está produciendo la modificación subjetiva pasiva de la relación, esto es: una novación modificativa.

Claro que se nos dirá que en cuanto la construcción que se critica sólo considera auténtica novación la extintiva, siempre que se produzca la mutación personal en la posición pasiva de una obligación, la antigua relación habrá desaparecido y en su lugar surgirá una nueva (con otro deudor) que la reemplaza, por lo que no cabrá hablar de novación modificativa, ya que en ésta, por definición, el juego extintivo queda excluido y todo se limita a meras innovaciones en un vínculo obligatorio que en esencia permanece idéntico.

Mas a ello podrá replicarse de la siguiente manera: Si se considera, como hace SANCHO REBULLIDA, que siempre que cambia la persona del deudor hay novación, deberá aceptarse también que en ningún caso en

(29) Cfr. en tal sentido nuestros trabajos «La venta de herencia», Caracas, 1968, págs. 94 y sigs., y «La cesión de contrato», en *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970, págs. 76 y sigs. y 99 y sigs. Lo que interesa al acreedor, dirá SALEILLES, es el resultado útil que espera de la prestación, siendo para él, en general, indiferente que la necesidad de cooperar recaiga en el deudor originario o sobre otro en su lugar. La identidad del deudor interesa al acreedor únicamente por lo que respecta a la garantía de su crédito, la cual no puede reconducirse a la esencia misma de la obligación.

que en la relación obligatoria se haya sustituido al deudor estaremos ante una transmisión pasiva de la misma o, si se prefiere, ante una asunción de deuda. Ahora bien, las modificaciones subjetivas activas no precisan del mecanismo novatorio porque para ellas está prevista la cesión de créditos, mientras que las modificaciones subjetivas pasivas tienen que actuarse mediante la novación, aunque las mismas sólo persigan el traspaso de la deuda de un sujeto a otro; en consecuencia, si, según dice el autor citado, toda transmisión en este sentido tiene que operarse a través de una verdadera y propia novación, ¿qué duda puede haber de que ésta es una genuina y auténtica novación modificativa, en cuanto por su través se logra la sucesión particular en el débito?

Es más, nos atreveríamos a decir que mientras en la *communis opinio* española el uso de los términos «novación modificativa» supone una paradoja, porque no se aspira mediante ella a novar (extinguir) nada, sino tan sólo a modificar, el mantenimiento de la susodicha expresión, dentro de la peculiar concepción de SANCHO REBULLIDA negatoria de la asunción de deuda, aunque él no lo diga, es cuando cobra todo su sentido y caracterización, porque en el supuesto contemplado se tratará de extinguir una obligación para reemplazarla por otra de nueva factura, en la que se habrá sustituido al deudor a objeto de conseguir una transmisión de la deuda (modificación subjetiva) a título particular: esto es, ahora sí que estamos frente a una verdadera novación modificativa.

Por lo que con la teoría del autor que se comenta se habrá llegado en nuestro sentir a la siguiente conclusión, un tanto extraña y hasta contradictoria: la generalidad de los autores españoles que aceptan la asunción negocial de las deudas han inventado, por un injustificado respeto a la letra de la ley, una pseudoinstitución que llaman novación modificativa, que no la necesitan en absoluto, porque los efectos que a través de ella se quieren conseguir (siempre no extintivos) se alcanzan cumplidamente en la esfera jurídica mediante las modificaciones de las relaciones jurídicas, ora subjetivas, ora objetivas; mientras que SANCHO REBULLIDA, que con acierto reniega de la novación modificativa por juzgar que toda novación es histórica y conceptualmente extintiva, tiene que recurrir a ella en una decantación rigurosa de su doctrina (por más que él no lo haga), porque al negar la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular, la novación subjetiva pasiva que produzca esta consecuencia (imprescindible, según él, para alcanzarla) tendrá que ser, desde un punto de vista dogmático riguroso, una novación modificativa.

Aquellas atinadas palabras de Cossío, de cara a la doctrina tradicional y ortodoxa, de que los autores se hallan obsesionados con el problema de los nombres, porque, de una parte, se sostiene que nuestro Código

admite la posibilidad de una novación meramente modificativa y, de otra, se trata de construir la transmisión de la deuda fuera de la novación, apoyándose en los principios que rigen la autonomía de la voluntad (30), podrían emplearse ahora, a la inversa, contra SANCHO REBULLIDA, porque mientras niega la posibilidad de la novación modificativa, acaba tácita y necesariamente admitiéndola cuando se atrinchera en una postura de exclusión a ultranza de la sucesión en las dudas a título singular, ya que no advierte que negada ésta está dando vía libre a la primera, y no ya como una innocua novación extintiva, sino como una auténtica novación extintiva con finalidad traslativa. Tan estéril e innecesaria como la primera concepción resulta la segunda, en una lógica y cónsona ordenación de las instituciones y categorías jurídicas.

En resumen, se pueden adoptar dos posturas: o se admite la sucesión *inter vivos* y a título particular de las deudas y, por tanto, en este sector no hay por qué hablar de novación modificativa, que es contradictoria e innecesaria, o no se admite dicho tipo de sucesión y en tal caso, en cuanto para producir la transmisión de los débitos hay necesidad de recurrir a la novación, debe aceptarse una especie de novación, que, al menos, en cuanto a su objetivo último y determinante, cabe calificar de modificativa, y esto parece reconocerlo, en cierta medida, el mismo SANCHO REBULLIDA cuando afirma que la diferencia, desde el punto de vista de la novación, es de carácter estructural, pero no esencial, por cuanto la asunción de deuda, con distinta iniciativa, con diferente primer plano, con otros protagonistas, sigue operando necesariamente a través del fenómeno de la novación (31).

En consecuencia, no es, como dice este autor, que la novación subjetiva por cambio de deudor, en el Derecho español, puede tener lugar mediante tres procedimientos distintos: delegación, expromisión y contrato de asunción, sino que lo cierto será que sólo en los dos primeros casos tendrá lugar la extinción de la relación obligatoria, mientras que en el tercero se verificará su transmisión. ¿Cuándo estaremos en un caso y cuándo en otro? Esto es algo que habrá que resolver atendiendo de manera fundamental al *animus novandi* de los intervinientes y en cualquier forma a través de un procedimiento interpretativo, en el que deberán tomarse en cuenta las siguientes indicaciones de BETTI: «Se tendrá la primera (la novación) cuando se averigüe que a la relación preexistente sustituye otra, que toma su puesto, dado el carácter peculiar de la novación, que extin-

(30) COSSÍO: «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1945, páginas 187 y sigs.

(31) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 323.

que la precedente obligación absorbiendo su objeto y poniendo una nueva en su lugar. Se tendrá, por el contrario, sucesión a título particular en la deuda cuando el nuevo deudor tenga que sustituir al precedente sujeto en la relación preexistente. Esta sucesión a título particular en la deuda es una verdadera y auténtica sucesión, que en su estructura debe aproximarse a la sucesión a título universal, de la cual se distingue, sin embargo, por su función, en cuanto no depende de la desaparición de un sujeto, si bien atiende a su salida de la relación jurídica preexistente» (32).

Toda novación supone por esencia extinción; éste es el efecto primero y último del mecanismo, que tiene lugar precisamente mediante la creación de una nueva relación obligatoria, que viene a reemplazar a la que desaparece. Para que haya novación, el nuevo vínculo tiene que diferenciarse en algo del precedente (*aliquid novi*); esta mutación puede afectar a los sujetos (novación subjetiva), al objeto o contenido (novación objetiva) o a ambos (novación mixta). Respecto a la primera cabe recogerla o no en base a considerar la justificación o injustificación de la misma; el Código civil italiano de 1942, aunque en el epígrafe de su artículo 1.235 hable de *novación subjetiva* (cosa que critica acertadamente la doctrina italiana), la ha rechazado y en su lugar, fuera del ámbito de los modos de extinción de las obligaciones, regula la cesión de créditos, la delegación y la expromisión (sin virtualidad novatoria estas últimas): es una postura que tiene su razón de ser y que cabe justificar, aunque a nosotros nos parezca que por el solo hecho de admitirse la transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones no se hace automáticamente innecesaria e improcedente la novación subjetiva, que puede servir para conseguir ciertos resultados que no derivan de la sucesión en el crédito o en la deuda.

Los romanos tuvieron que servirse de la novación para obtener, amén de otros fines, la transmisión de las relaciones obligatorias, porque ésta no estaba admitida en forma directa por su ordenamiento; los modernos hemos superado este inconveniente y admitido, en forma general, que los créditos pueden ser cedidos y las deudas asumidas, aunque no con la misma generalidad. Pero ¿quiere decir esto que ya no precisemos de la novación subjetiva? Es cuestión de ponderación y criterio: cabe prescindir de ella y razonar su exclusión, como cabe mantenerla y justificar igualmente su permanencia; se trata de un punto de política legislativa.

Ahora bien, es evidente que, pese a lo que ocurra al respecto en Alemania, Suiza o Italia, en España se ha mantenido la novación subjetiva y la misma constituye una especie novatoria en pleno vigor y operancia. Que, además, se ha regulado la cesión de créditos, tanto mejor; que, además, es posible, según pensamos, la sucesión singular en las deudas, no

(32) BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, II, Madrid, 1970, pág. 341.

obstante la ausencia de regulación legal, también mucho mejor. Todo ello supone poner a disposición de los interesados un caudal creciente de recursos y mecanismos jurídicos de los que se podrán servir a discreción para una mejor protección de sus intereses en juego: lo que abunda no daña y misión del Derecho moderno, en tantos aspectos rebasado por una realidad socioeconómica explosiva y en trance de alucinante cambio e innovación, es brindar a los sujetos el mayor número posible de instrumentos y figuras en aras de una mejor, más rica y fluida actuación de sus relaciones. Por ello, en nuestro sentir personal, la libre transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones no tiene por qué desbancar el milenarismo instituido de la novación subjetiva, porque ésta es un recurso más del que se podrá hacer uso cuando, por una u otra razón o para excluir o producir uno u otro efecto, no se quiera acudir a la cesión de crédito o a la asunción de deuda.

Pero admitida la transmisión de las obligaciones, aunque subsista, y en nuestro Derecho subsiste, la novación subjetiva, ésta será siempre extintiva y nunca cabrá catalogarla de modificación, porque para las modificaciones subjetivas está el instrumento técnico de la transmisión. Contrariamente, si se parte de la base, como hace SANCHO REBULLIDA, de que en el Derecho español no es posible la transmisión de las deudas a título particular, entonces el panorama se nos desdibuja, porque tendremos que, igual que ocurría en el Derecho romano, cuando los interesados quieran cambiar el sujeto pasivo de una relación obligatoria tendrán que recurrir a la novación (en forma de *delegatio* o de *expromissio*), y en este caso, aunque no quepa desconocer u oscurecer el hecho de que ésta extingue la obligación, como lo realmente perseguido y obtenido era la transmisión de la deuda, nos hallaremos siempre, *stricto sensu*, en el área de las modificaciones subjetivas de las relaciones, y en cuanto semejante mutación se habrá obtenido mediante una novación en rigor cabrá considerar ésta como novación modificativa o, si se prefiere, para evitar la *contradictio in terminis* que semejante expresión entraña, como novación con finalidad modificativa (traslativa).

Volvemos, pues, al punto de partida: la errada, contradictoria e innecesaria noción de la novación modificativa sólo es posible desterrarla desde un punto de vista rigurosamente dogmático si se acepta, como no hay inconveniente en el Derecho español, que junto a la transmisión singular activa de las obligaciones se da la transmisión singular pasiva de las mismas, esto es, que al lado de la cesión de créditos se encuentra la asunción de deudas. En caso contrario, no es posible escapar de la trampa que supone la novación modificativa, y la mejor prueba de ello la encontramos en que la bien construida doctrina del profesor SANCHO RE-

BULLIDA, debedora de tal pseudoespecie novatoria, debería recurrir al auxilio y admisión de la misma, aunque él no lo haga, si quisiera ser plenamente consecuente y llegar hasta sus últimos extremos en un riguroso plano conceptual, y tal necesidad se debe, según se ha tenido ocasión de explicar al detalle, al hecho de partir de la idea de que no es posible la transmisión particular de las deudas si no es mediante una verdadera y propia novación.

Por otra parte, sostener que siempre que en una relación obligatoria se cambia la persona del deudor se está de manera necesaria en presencia de novación conduce a situaciones extrañas y a contorsionismos de difícil justificación en base a las exigencias estructurales mismas del fenómeno novatorio. En efecto, sabido es que uno de los requisitos de la novación es la voluntad de los interesados de llevarla a cabo, esto es, el *animus novandi*, sin el cual, por más que se cree una nueva obligación, no habrá extinción y reemplazo de la precedente, sino acumulación; ahora bien, si la novación consiste, como creemos, en un medio de extinguir la obligación a través de una nueva que la sustituye, parece que el *animus novandi* no podrá entenderse en un sentido que no sea el de querer obtener precisamente este resultado, en que se sustancia y define la novación. Decir que la novación es extinción y sólo extinción y sostener de seguidas que, no obstante ser el *animus novandi* su elemento más propio y caracterizador, el mismo no hay por qué considerarlo de manera necesaria como orientado a conseguir ese efecto extintivo suena a algo poco lógico, porque equivale a decir que una figura jurídica puede estar formada por elementos que sirven para darle su carácter específico, pero que, sin embargo, no tienen por qué participar de la sustancia de la figura, como si fuera posible conservar ésta cuando se cambia la esencia y función de los requisitos precisos para su existencia. Una institución no es más que la superestructura, la unidad orgánica que se obtiene sobre la base de reunir una serie de elementos integradores y configuradores (los llamados requisitos, elementos esenciales o elementos constitutivos), y parece razonable pensar que la institución cambiará de matiz y de carácter en la medida en que cambie la conceptualización, alcance y sustancia jurídica de los elementos que la componen.

Si la novación es extinción, el *animus novandi* tiene que ser voluntad dirigida a la extinción, y si deja de serlo no hay novación, sino acumulación o coexistencia de relaciones obligatorias. Ahora bien, como es sabido, en el Derecho moderno, la novación no se presume, hay que quererla (y aun declararla terminantemente, según exige el artículo 1.204 del Código civil español), lo cual significa que las partes deben tener la intención clara, precisa y determinante de extinguir una obligación y de

crear una nueva que la reemplace y, en consecuencia, ¿qué ocurrirá cuando los sujetos no exterioricen o declaren su voluntad novatoria?, y lo que es todavía más delicado, ¿qué sucederá, no obstante cambiarse la persona del deudor en la obligación, cuando no tengan el *animus novandi* o tengan precisamente el *animus non novandi* y así lo manifiesten y declaren? En otras palabras, si ellos lo único que persiguen es que un nuevo deudor asuma la deuda, que en la relación obligatoria, que desean permanezca la misma e idéntica en lo demás, tan sólo cambie la persona del sujeto pasivo, deberá concluirse de todas maneras que no obstante ser ésta una convención que no es contraria a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, que no obstante la consagración principista en los Derechos modernos de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil español), se trata de una convención ineficaz, inoperante (ya que no inválida en cuanto no quebranta precepto alguno de *ius cogens*), y entenderla convertida legalmente en un contrato o convenio novatorio.

Pero vamos a suponer que así fuera; vamos a suponer, lo que a no dudar constituye exceso de imaginación jurídica, que del espíritu de la ley (ya que no de la letra, pues no existe artículo que expresamente lo establezca) pudiera deducirse que en el caso contemplado, con indiferencia de cuál sea el querer o deseo de las partes, hay novación y no mera transmisión de deuda, porque ésta no es posible en el Derecho español (sin importar que no haya norma que la prohíba y olvidando incluso ese principio cardinal, progresista y precioso, de que en Derecho civil lo no prohibido está permitido), ¿dónde hallaremos el *animus novandi* cuando las partes no lo declaren, no lo tengan o de manera expresa y para que no haya duda de su verdadero propósito lo hayan excluido? (33). Porque sin *animus novandi* no hay novación, y si tampoco hay asunción de deuda, porque *a priori* se excluye, no habrá nada. Aquí es donde reside el verdadero problema y empiezan las difíciles piruetas para justificar lo injustificable y donde se pone a prueba la inventiva del autor para encontrar lo inexistente (34).

SANCHO REBULLIDA comienza diciendo, para allanar el camino, que el *animus novandi* no tiene por qué ir dirigido a la novación como mecanismo técnico, como efecto jurídico; como cualquier consentimiento negocial

(33) El artículo 1.315 del Código civil venezolano, recogiendo la tradicional fórmula francoitaliana, establece de manera tajante: «La novación no se presume: es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto.»

(34) No es necesario advertir que en el punto que se plantea se excluye la hipótesis de que la antigua y la nueva obligación sean «de todo punto incompatibles» (art. 1.204), porque en ella no es que tenga lugar una novación legal o forzosa, sin *animus novandi*, sino que se trata de una novación presunta con *animus novandi* implícito.

BULLIDA, delatadora de tal pseudoespecie novatoria, debería recurrir al auxilio y admisión de la misma, aunque él no lo haga, si quisiera ser plenamente consecuente y llegar hasta sus últimos extremos en un riguroso plano conceptual, y tal necesidad se debe, según se ha tenido ocasión de explicar al detalle, al hecho de partir de la idea de que no es posible la transmisión particular de las deudas si no es mediante una verdadera y propia novación.

Por otra parte, sostener que siempre que en una relación obligatoria se cambia la persona del deudor se está de manera necesaria en presencia de novación conduce a situaciones extrañas y a contorsionismos de difícil justificación en base a las exigencias estructurales mismas del fenómeno novatorio. En efecto, sabido es que uno de los requisitos de la novación es la voluntad de los interesados de llevarla a cabo, esto es, el *animus novandi*, sin el cual, por más que se cree una nueva obligación, no habrá extinción y reemplazo de la precedente, sino acumulación; ahora bien, si la novación consiste, como creemos, en un medio de extinguir la obligación a través de una nueva que la sustituye, parece que el *animus novandi* no podrá entenderse en un sentido que no sea el de querer obtener precisamente este resultado, en que se sustancia y define la novación. Decir que la novación es extinción y sólo extinción y sostener de seguidas que, no obstante ser el *animus novandi* su elemento más propio y caracterizador, el mismo no hay por qué considerarlo de manera necesaria como orientado a conseguir ese efecto extintivo suena a algo poco lógico, porque equivale a decir que una figura jurídica puede estar formada por elementos que sirven para darle su carácter específico, pero que, sin embargo, no tienen por qué participar de la sustancia de la figura, como si fuera posible conservar ésta cuando se cambia la esencia y función de los requisitos precisos para su existencia. Una institución no es más que la superestructura, la unidad orgánica que se obtiene sobre la base de reunir una serie de elementos integradores y configuradores (los llamados requisitos, elementos esenciales o elementos constitutivos), y parece razonable pensar que la institución cambiará de matiz y de carácter en la medida en que cambie la conceptualización, alcance y sustancia jurídica de los elementos que la componen.

Si la novación es extinción, el *animus novandi* tiene que ser voluntad dirigida a la extinción, y si deja de serlo no hay novación, sino acumulación o coexistencia de relaciones obligatorias. Ahora bien, como es sabido, en el Derecho moderno, la novación no se presume, hay que quererla (y aun declararla terminantemente, según exige el artículo 1.204 del Código civil español), lo cual significa que las partes deben tener la intención clara, precisa y determinante de extinguir una obligación y de

crear una nueva que la reemplace y, en consecuencia, ¿qué ocurrirá cuando los sujetos no exterioricen o declaren su voluntad novatoria?, y lo que es todavía más delicado, ¿qué sucederá, no obstante cambiarse la persona del deudor en la obligación, cuando no tengan el *animus novandi* o tengan precisamente el *animus non novandi* y así lo manifiesten y declaren? En otras palabras, si ellos lo único que persiguen es que un nuevo deudor asuma la deuda, que en la relación obligatoria, que desean permanezca la misma e idéntica en lo demás, tan sólo cambie la persona del sujeto pasivo, deberá concluirse de todas maneras que no obstante ser ésta una convención que no es contraria a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, que no obstante la consagración principista en los Derechos modernos de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil español), se trata de una convención ineficaz, inoperante (ya que no inválida en cuanto no quebranta precepto alguno de *ius cogens*), y entenderla convertida legalmente en un contrato o convenio novatorio.

Pero vamos a suponer que así fuera; vamos a suponer, lo que a no dudar constituye exceso de imaginación jurídica, que del espíritu de la ley (ya que no de la letra, pues no existe artículo que expresamente lo establezca) pudiera deducirse que en el caso contemplado, con indiferencia de cuál sea el querer o deseo de las partes, hay novación y no mera transmisión de deuda, porque ésta no es posible en el Derecho español (sin importar que no haya norma que la prohíba y olvidando incluso ese principio cardinal, progresista y precioso, de que en Derecho civil lo no prohibido está permitido), ¿dónde hallaremos el *animus novandi* cuando las partes no lo declaren, no lo tengan o de manera expresa y para que no haya duda de su verdadero propósito lo hayan excluido? (33). Porque sin *animus novandi* no hay novación, y si tampoco hay asunción de deuda, porque *a priori* se excluye, no habrá nada. Aquí es donde reside el verdadero problema y empiezan las difíciles piruetas para justificar lo injustificable y donde se pone a prueba la inventiva del autor para encontrar lo inexistente (34).

SANCHO REBULLIDA comienza diciendo, para allanar el camino, que el *animus novandi* no tiene por qué ir dirigido a la novación como mecanismo técnico, como efecto jurídico; como cualquier consentimiento negocial

(33) El artículo 1.315 del Código civil venezolano, recogiendo la tradicional fórmula francoitaliana, establece de manera tajante: «La novación no se presume: es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto.»

(34) No es necesario advertir que en el punto que se plantea se excluye la hipótesis de que la antigua y la nueva obligación sean «de todo punto incompatibles» (art. 1.204), porque en ella no es que tenga lugar una novación legal o forzosa, sin *animus novandi*, sino que se trata de una novación presunta con *animus novandi* implícito.

se dirige a los presupuestos económicos o sociales que lo determinan; las partes, cuando cambian el objeto entero de la obligación, lo que quieren es esto: cambiar el objeto debido, A, por un nuevo objeto, B; pueden incluso querer que no haya novación; sin embargo, la novación se produce no «sin» o «contra» el consentimiento de las partes, sino en base a la existencia de *animus novandi*, la voluntad de la alteración sustancial. Y concluye con estas sorprendentes palabras: «El ejemplo más claro lo constituye la novación subjetiva por cambio de deudor: las partes ‘quieren’ transmitir la deuda, pero como ello no es técnicamente posible sino a través de la novación, este ‘querer’ es constitutivo de *animus novandi*. La observación tiene mucha importancia para decidir si subsisten ligados los dos deudores o sólo el nuevo, aplicando a esta apreciación del *animus* el juego señalado en el apartado anterior» (35).

La argumentación es, sin duda alguna, ingeniosa, pero de difícil y aun imposible, en nuestra opinión, sostenimiento y defensa. Mantener que el *animus novandi* no tiene por qué ir dirigido a la novación como *effectus iuris* es algo difícil de entender cuando dicho *animus* se reputa, como no puede ser de otra manera, como requisito esencial. Si para que haya sustitución de la precedente obligación por la nueva las partes han de querer y declarar «terminantemente» dicho cambio, y a este querer se le denomina *animus novandi*, ¿cómo cabe sostener que el mismo no tiene por qué estar dirigido hacia semejante efecto? ¿Acaso si está dirigido hacia otra consecuencia se produce la novación? ¿No hemos quedado en que cuando no hay *animus novandi*, explícito o implícito, no hay extinción, sino acumulación de obligaciones? Si no hay voluntad de llevar a cabo la sustitución, no hay novación, y no puede haber duda de que esa sustitución o cambio de la relación obligatoria constituye el *effectus iuris* que la novación produce o, si se prefiere, en que la novación se sustancia.

Por otra parte, no creemos que todo consentimiento negocial se dirige a los presupuestos económicos o sociales que lo determinan. Todo consentimiento negocial, toda declaración de voluntad, se orienta, desde el ángulo jurídico, que es el único a considerar en la visión técnica del problema, hacia la consecución de unos determinados efectos jurídicos, porque si no el negocio jurídico, el contrato, dejarían de ser categorías jurídicas para pasar a serlo económicas o sociales. Otra cosa es que en la visión inmediata de las partes, en la consideración pragmática del negocio, se tengan en cuenta de manera fundamental los intereses o efectos económicos del mismo; pero en cuanto tales efectos se logran mediante la conclusión de un determinado negocio jurídico es obvio que el consentimiento negocial, en cuanto elemento esencial del negocio, no puede estar

(35) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 347-348.

dirigido sino hacia la obtención de los efectos jurídicos propios de éste. Cualquier otra consideración constituirá el entorno extrajurídico del negocio, la motivación ajena al Derecho, que lleva a los interesados a la conclusión del mismo; pero nunca podrá incardinarse en la estructura de él ni constituir, desde el punto de vista jurídico, el punto de referencia de las declaraciones de las partes.

Pese a lo que diga SANCHO REBULLIDA, si los interesados quieren que no haya novación, no puede haber novación, porque un efecto legal no puede imponerse cuando la propia ley subordina su producción al efectivo deseo del mismo. Decir que sin *animus novandi* no puede haber novación y sostener, al mismo tiempo, que aunque éste falte o se excluya se produce el juego novatorio constituye, *pure et simpliciter*, un contradictorio; tal situación sólo podría darse en virtud de una explícita previsión legal (cosa que no sucede) y, además, por vía de excepción, porque es obvio que su admisión generalizada conduciría al desmantelamiento del instituto de la novación en su versión histórica y dogmática normal.

En nuestra opinión, ni siquiera en el supuesto de incompatibilidad *in radice*, previsto en el artículo 1.204 del Código civil, cabe prescindir del *animus novandi*. Allí hace falta también este elemento para que la precedente obligación desaparezca y la nueva ocupe su lugar, esto es, para que la novación se produzca, porque si no, por más incompatibilidad que se dé entre las relaciones obligatorias, el juego extintivo no podrá darse por medio de la novación. El susodicho precepto no elimina la exigencia del *animus*, sino que lo único que hace es prescindir de su declaración terminante o expresa, porque la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación se estima como manifestación o exteriorización suficiente de dicho ánimo y constituye la versión tácita, la única admisible en el Derecho español, del mismo.

Por tanto, y volviendo al supuesto de siempre, si la voluntad de las partes se orienta a que cambie la persona del deudor en una determinada relación obligatoria, en forma tal que el primitivo deudor quede liberado, pero al mismo tiempo la obligación continúe siendo la misma, en el Derecho español no cabrá hablar de novación porque el efecto extintivo propio de ésta, la sustitución de una obligación por otra, sólo se produce cuando los interesados así lo quieran y especifica y claramente lo expresen. Admitir lo contrario supondría trastornar el cuadro conceptual de la novación e incluso negar su indudable entraña o sustancia voluntaria, porque en la hipótesis en consideración no puede haber duda de que estaríamos ante una auténtica novación forzosa o impuesta, lo que, como es natural, sólo sería posible por una excepcional y tajante declaración legal en tal sentido, caso que, en nuestra opinión, no sucede.

Decir, como lo hace SANCHO REBULLIDA, que las partes pueden querer transmitir la deuda, pero como ello no es técnicamente posible sino a través de la novación, ese «querer» es constitutivo del *animus novandi*, encierra graves contradicciones y da solución gratuita a serios problemas indemostrados. En primer lugar, porque no es exacto que en el Derecho español no sea posible transmitir las deudas fuera de la novación; es más, lo que técnicamente no es posible es la transmisión del débito mediante novación, pues si hay extinción no puede haber transferencia. No vamos a extendernos más sobre el punto; en el Derecho hispánico nada obsta, antes bien todo coadyuva (comenzando por la propia regulación de la figura novatoria) a la admisión de la sucesión en las deudas a título particular y por acto *inter vivos*, y, por tanto, en nuestro sentir, partir de la idea de que no es técnicamente posible la asunción de deuda constituye una petición de principio, ya que coloca como premisa lo que debería constituir conclusión demostrada (36). Se afirma que todo cambio del sujeto pasivo supone novación y, en consecuencia, que no es posible hablar de transmisión de deuda, cuando el procedimiento correcto debería consistir en demostrar que en el ordenamiento español y en base a específicos preceptos no es posible la asunción de débitos, y, por tanto, siempre que en una relación obligatoria se mute la persona del deudor habrá tenido lugar, por novación subjetiva pasiva, la extinción de la antigua y el nacimiento de una nueva obligación, tal como ocurría en el Derecho romano.

Y en segundo término, nos parece que el «querer» de las partes orientado hacia la transmisión pueda entenderse como constitutivo de *animus novandi* supone una metamorfosis singularísima, que rompe el cuadro lógico de la novación y conduce de retruque a tener que admitir la existencia de la novación forzosa o impuesta por la ley, lo que nadie hace ni aun siquiera en el supuesto de incompatibilidad absoluta de obligaciones. Si las partes quieren excluir la novación y ésta es voluntaria, ¿cómo explicar que semejante deseo constituye precisamente la expresión de su voluntad novatoria? ¿Acaso el *animus non novandi* cabrá entenderlo en algún supuesto como *animus novandi* sin incurrir en contradicción y paradoja? Si las partes quieren transmitir la deuda, su voluntad, su querer, se dirige hacia ese único objetivo jurídico; pero vamos a suponer que el mismo no es alcanzable porque el ordenamiento lo excluye (que es lo que se afirma, aunque por vía indirecta, ocurre en el Derecho español y, en nuestra opinión, no se da bajo ningún concepto), ¿querrá decir esto que en aras de la prohibición legal su voluntad se transmuta en voluntad nova-

(36) Cfr. JORDANO BAREA: «Asunción de deuda», en *Anuario de Derecho civil*, 1950, págs. 1372 y sigs.

toria, en *animus novandi*? Desde luego que no; si las partes quieren transmitir y esto no es posible, no habrá transmisión, pero tampoco habrá novación, porque nos encontraremos ante un acto radicalmente nulo, por ir contra norma imperativa (¿cuál es ésta?); para que haya novación, los interesados deberán tener precisamente la intención de sustituir una obligación por otra, y este singular *animus* no es posible suplirlo por otro dirigido a distinto objetivo y menos por uno que implique voluntad de permanencia de la misma relación obligatoria (como sucede en todo *animus transferendi* por hallarnos en el estricto campo de las modificaciones subjetivas de las relaciones jurídicas).

En el Derecho romano, al estar prohibida la transmisión de las obligaciones, las partes recurrían a la novación, aunque sólo desearan aquélla; pero ésta era una verdadera novación y, por tanto, dotada de su correspondiente *animus novandi*. Que se afirme corrientemente que de esta manera se lograba, entre otros fines, la transmisión activa y pasiva de las obligaciones no pasa de ser una manera de describir las cosas, porque lo cierto es que desde un estricto ángulo jurídico nunca será posible hablar de transmisión en cuanto ha tenido lugar la extinción de la obligación al consumarse la novación (cosa distinta es que a los efectos reales, prácticos o económicos se tenga por producida la sucesión en el crédito o en la deuda). Por tanto, no es exacto que en el Derecho romano se alcanzase la transmisión de las obligaciones a través de la novación, sino que lo correcto es decir que en dicho ordenamiento no existía la posibilidad de tal transmisión directa y que la novación sólo servía jurídicamente para extinguir las obligaciones, si bien la novación subjetiva servía para lograr en el plano patrimonial (y aun esto sería muy discutible y difícil de admitir en términos absolutos) unos efectos similares a la cesión de créditos y a la asunción de deudas.

Pero obsérvese que esto es bien distinto de lo que ahora se pretende: Ahora se pretende que la sucesión singular en las deudas continúa prohibida (sin que este extremo se acredite a fehaciencia) y que, por tanto, cuando las partes pretenden la transmisión de deuda en realidad quieren la novación subjetiva de la obligación por cambio de deudor, lo que equivale a sostener la existencia de una novación no querida. En el Derecho romano habría novación orientada a la transmisión, pero novación querida; en la actualidad estaríamos también ante una novación con finalidad transmisiva, pero una novación no querida, lo cual resulta mucho más grave y difícil de justificar, aparte de que el aireado desarrollo y adelanto del Derecho moderno frente al Derecho romano, al menos en este sector, quedaría en entredicho. Una admisión semejante hablaría muy poco a favor de la autonomía negocial, de la libertad de formas y del respeto

a la voluntad real de las partes, que se predicen como encomiables conquisistas de los ordenamientos jurídicos de nuestros días.

Una última dificultad encontramos en la construcción que se comenta y a la que antes aludíamos de pasada. Se trata de la siguiente: Si en el Derecho español está prohibida la sucesión particular en las deudas, es obvio que cualquier negocio orientado a obtenerla (y, por tanto, integrado por unas voluntades que buscan la transmisión) será radicalmente nulo (artículo 4.º del Código civil); ahora bien, si se sostiene que en tal supuesto, aunque las partes quieren la transmisión, ese querer da lugar a un auténtico *animus vivandi*, se están afirmando, además, dos cosas: que dicho paso de voluntad transmisiva a voluntad extintiva sólo puede ser obra de la ley, es una imposición legal ineluctable, y que en cuanto ahora en lugar del originario negocio nulo tenemos un negocio novatorio válido, se ha producido un supuesto de conversación legal, ya que no cabe pensar en actividad subsanatoria por las partes en cuanto éstas no han mutado su voluntad negocial y en cuanto no se estaría en presencia de una invalidez convalidable (anulabilidad). Mas, como es sabido, la conversión legal de un negocio nulo en otro válido sólo puede ordenarla la propia ley en forma clara y terminante, sin que quepan formulaciones tácitas ni sea posible tratar de inducirla mediante el juego combinado de factores y situaciones extraños a la hipótesis que se considere, y resulta que en la que estamos contemplando el precepto legal que ordene una semejante conversión del negocio nulo de asunción de deuda no se avizora por lado alguno.

5. LA ADECUADA INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1.203 Y 1.204 DEL CODIGO CIVIL

Si el Código civil español, en el artículo que dedica a las clases de novación, hubiese utilizado la fórmula francoitaliana, los problemas que hoy confrontamos en esta materia y el surgimiento y desarrollo en la doctrina y jurisprudencia españolas de esa incongruente novación modificativa, en buena medida, no los padeceríamos.

Según la fórmula referida, la novación se realiza de tres modos: a) Cuando el deudor contrae con su acreedor una nueva deuda, que sustituye a la antigua, la cual queda extinguida. b) Cuando un nuevo deudor sustituye al antiguo, que es liberado por el acreedor. c) Cuando, por efecto de una nueva obligación, un acreedor sustituye al acreedor primitivo, respecto al cual el deudor queda libre. Ahí no puede haber

duda; trátase de novación objetiva o de novación subjetiva activa o pasiva, queda en todo caso claro que para que cualquiera de esas especies se produzca hace falta la creación de una obligación nueva, que viene a reemplazar o sustituir a otra precedente. Toda ambigüedad se disipa porque los términos legales son meridianos y no hay espacio para encuadrar la pseudoespecie de la novación modificativa.

Por desgracia, el Código civil español, que en tantos otros sectores se inspiró en el modelo francés, en éste desechó el prototipo galo y fungió de creador, generando el artículo 1.203, en cuya desdichada redacción se encuentra el origen de todos los problemas. Dice textualmente el mencionado precepto: «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.»

La verdad es que a la vista del texto desnudo del artículo 1.203, la tentación por inclinarse hacia la denominada novación modificativa es demasiado fuerte y se explica, aunque no se justifica, que a ella haya sucumbido la casi generalidad de la doctrina española. El precepto comienza hablando de que las obligaciones pueden modificarse y luego se refiere a «variar», «sustituir» y «subrogar», términos todos ellos próximos a la mera mutabilidad de las relaciones jurídicas, sin que en ningún momento utilice la expresión extinguir. ¿Pero hacía falta, en realidad, utilizarla?

Si el artículo considerado fuera una norma aislada y reguladora de un instituto sin proyección histórica, quizá el empleo del término resultase ineludible; pero no se trata de eso ni remotamente, sino de un precepto que tiene un origen y una trayectoria histórica perfectamente conocidos y que debe interpretarse en forma lógica y sistemática, sin que quepa su aislamiento al objeto de convertirlo en matriz de una nueva figura jurídica, ya que ni su razón de ser ni su estricto contenido permiten semejante actuación.

El artículo 1.203 es el primero de la sección sexta del capítulo cuarto (del título primero del libro cuarto del Código civil), capítulo que lleva por rúbrica «De la extinción de las obligaciones. Disposiciones generales», y está integrado por un único artículo (el 1.156), que señala en forma taxativa los seis supuestos en que legalmente se produce la extinción de las relaciones jurídicas obligatorias, entre los cuales, en último lugar, incluye la novación. El señalado capítulo cuarto se descompone en seis secciones, una para cada uno de los medios extintivos previstos, siendo la sexta la que está dedicada a la novación y precisamente bajo este título: «De la novación».

Hasta aquí no nos hemos salido en nada del estricto campo de la

extinción de las obligaciones. La novación viene expresamente conceptualizada por la ley como un modo de extinguir, sin ninguna puntualización o matización y sin reserva o condicionamiento alguno; se respeta en ella, pues, su sentido y significado gramatical, técnico e histórico.

Pues bien, así las cosas, el primero de los artículos de la referida sección sexta, el 1.203, parece trastornarlo todo, porque no se refiere textualmente a la novación y no habla para nada de extinción, sino de modificación. Aquí es donde se halla la raíz del problema y el punto de arranque y apoyo de todos los que sostienen la existencia en el Derecho español de una nueva especie novatoria no extintiva: la novación modificativa.

¿Hay basamento suficiente en el propio Código, prescindiendo ahora de razones dogmáticas e históricas, que antes se expusieron, para una tal conclusión? A nosotros nos parece que de ninguna manera, pues, como antes señalábamos, los autores han dado excesiva beligerancia a unos términos legales que el codificador no utilizó con plena conciencia ni menos con pretensiones definitorias. El artículo 1.203, diga lo que diga, se exprese como se exprese, nunca puede referirse, en una visión racional sistemática del mismo, a la modificación de las obligaciones, porque pertenece a una sección que se intitula «De la novación», y la novación ha sido calificada por el propio legislador como modo de extinguir las obligaciones y en ninguna forma como mecanismo modificador de las mismas.

Además, aun prescindiendo de su incorrecta ubicación legal, ¿es razonable pensar que el Código civil se ocupe *in abstracto* de la modificación de las obligaciones? La modificación genérica de las relaciones obligatorias es una categoría o construcción dogmática que no puede tener regulación jurídica en cuanto carece de sustancia normativa; la ley podrá regular *in concreto* las particulares formas de modificación (y así lo hace, por ejemplo, a propósito de la cesión de créditos), pero lo que no tiene sentido ni es posible, es proceder a la normación de algo, cual la modificación de las obligaciones genéricamente entendida, que nunca podrá constituir el supuesto de hecho de una regla jurídica.

Por otro lado, si el artículo 1.203 del Código civil se refiriese, en realidad, a la modificación parece lógico pensar que tras el enunciado principista que el mismo implicaría habría de seguir la regulación legal concreta de las hipótesis en él previstas, esto es, la forma de actuación, requisitos y efectos de las particulares especies de modificación objetiva y subjetiva de las obligaciones; mas lo cierto es que los artículos siguientes hablan de manera constante de extinción y de novación, y respecto a ésta, si bien cabría su relativo olvido en el artículo 1.203, que

no la menciona, no es posible ignorar, en los preceptos que de manera expresa la recogen, el indefectible efecto extintivo que el Código civil le ha asignado en un precepto tan caracterizador y de tan superior rango, en una ordenación racional de la materia, como es su artículo 1.156.

En fin, según el numeral primero del mencionado artículo 1.203, las obligaciones pueden modificarse «variando su objeto o sus condiciones principales». Frente al parecer jurisprudencial, tendente a estimar que existe novación extintiva en todo cambio de objeto y condiciones principales y mera modificación no extintiva en la mutación de las condiciones secundarias, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, con variados argumentos e inteligente manejo de los recursos legales, han sostenido una posición que hoy es mayoritaria en la civilística española. Según los mencionados autores, del tenor literal del artículo 1.203, número 1.º, no se desprende para nada que la modificación de las condiciones principales represente la destrucción de la obligación. El precepto dice escuetamente que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales; el verbo modificar gramaticalmente no expresa extinción de lo modificado, sino, antes bien, su permanencia, y lo mismo debe decirse del verbo variar. Y añaden: «Sin embargo, la jurisprudencia, teniendo, sin duda, en cuenta que dicho artículo no habla para nada de condiciones principales, bajo influjos tradicionales ha considerado fácil su tarea, consistente en ver novación en todo cambio de objeto y condiciones principales y considerar mera modificación no extintiva toda mutación en las condiciones secundarias. Pero esta concepción de la jurisprudencia parte de una base poco firme, ya que el hecho de estar previstas unas condiciones y silenciadas otras no puede determinar por sí solo las distintas soluciones que respectivamente les asigna. Nada dice el artículo 1.203 de las variaciones de las condiciones secundarias, pero ello no es óbice para que tal fenómeno se produzca con eficacia, como justamente reconoce la jurisprudencia; mas igualmente tiene que reconocerse la misma solución para el caso de mutación de las condiciones principales, puesto que si bien este cambio está reconocido en el referido artículo, en éste se dice expresamente que pueden variar y no otra cosa» (37).

Prescindiendo ahora de este vidioso problema de qué debe entenderse por condiciones principales y por condiciones secundarias, para nosotros, la argumentación aludida no tiene la solidez que la doctrina le reconoce. Los autores citados atribuyen excesivo valor al sentido gramatical de los términos utilizados por el legislador cuando en este sector, según se ha tenido ocasión de señalar con reiteración, el Código civil ha pecado de

(37) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, I, págs. 220-221.

falta de rigor al emplear expresiones verbales que no se compadecen con la *ratio iuris* de la institución regulada; aquí, el valor gramatical de los preceptos, antes que ayuda, representa un obstáculo, que hay que superar y debelar para la recta inteligencia y aplicación de los mismos.

Dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que el hecho de que el artículo 1.203 no mencione a las condiciones secundarias no constituye obstáculo para que su variación se estime como modificación de las obligaciones, ni a ello se opone el que el fenómeno se catalogue igual cuando se esté ante una mutación de las condiciones principales. En el fondo, late en la construcción una simple aplicación del argumento *a fortiori* en su variante *a maiori ad minus*, esto es, si la norma considera que la obligación se modifica cuando se cambian las condiciones principales, igual solución deberá predicarse cuando tan sólo haya tenido lugar la variación de las condiciones secundarias o accesorias, y aquí es donde creemos reside el error.

Si el artículo 1.203 cobijase estrictamente la modificación de las relaciones obligatorias vendría a decirnos en su ordinal primero que aquélla puede tener lugar variando el objeto o las condiciones *principales* de éstas. ¿Tendría sentido y razón de ser este señalamiento? No parece que así sea, pues es obvio que la mera modificación de las obligaciones siempre ha de tener lugar cuando se alteren sus condiciones, porque es indudable que por pequeño e intrascendente que sea el cambio, la obligación ya no permanece inalterada y, por tanto, se ha modificado. ¿Se habla de condiciones principales precisamente para significar que aunque la mutación alcance a las mismas no se ha rebasado el campo de la escueta modificación? No se ve la necesidad porque el mismo resultado se habría alcanzado, aparte de no plantear cuestión alguna respecto a las secundarias, con haber hablado la ley simplemente de condiciones. Pero no, la ley matiza; la ley habla de condiciones principales.

A no dudar, y en esto coincidimos con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que la obligación puede modificarse variando sus condiciones accesorias, pero la ley menciona tan sólo la variación de las condiciones principales y, por tanto, aquí ya encontramos un primer indicio de que, pese a su restante terminología, el artículo 1.203 puede no referirse a la modificación de los vínculos obligacionales. ¿Cuál es el sentido exacto que hay que atribuir a la expresión? Nosotros lo vemos de la siguiente manera:

La novación, en principio, precisa para darse del *animus novandi*, que constituye su requisito básico y caracterizador, pero requiere también de una nueva obligación, que va a reemplazar a la que se extingue, *nova obligatio*, cuyo carácter le viene de que discrepa en algo de la

antigua, esto es, de que se da en ella un *aliquid novi* en relación a la precedente, pues si en nada se diferenciara se estaría, como señala NÚÑEZ LAGOS, ante un mero reconocimiento de ésta (38).

Pues bien, esto supuesto, cabe adoptar dos posturas respecto a la entidad e incidencia del elemento novatorio *aliquid novi* en su faceta objetiva, pues el legislador puede prescindir de cualquier exigencia o puntualización al respecto, en cuyo caso, existiendo *animus novandi*, tendrá lugar la novación por insignificante e intrascendente que sea el cambio operado en el contenido de la obligación (es lo que hacen los Códigos seguidores del modelo francés, que se limitan a hablar *lato sensu* de que el deudor contraiga con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, pero sin señalar matices ni límites mínimos para que se reconozca la existencia de una auténtica *nova obligatio*) o puede exigir que el cambio objetivo operado tenga determinada trascendencia o significado.

Esto último es lo que ocurre en el Derecho español. En él, sin duda, hace falta el *animus novandi*; pero aunque exista éste, la novación no se dará cuando en la *nova obligatio* únicamente se hayan cambiado condiciones secundarias o accesorias respecto a la antigua, es decir, se le impone al requisito *aliquid novi* una cierta entidad o importancia. Si se mutan las condiciones principales habrá novación; si tan sólo se alteran las condiciones secundarias, por más que haya *animus novandi*, no tendrá lugar la novación, porque la ley viene a establecer un límite a la operancia de dicho *animus*, en el sentido de que sólo cabrá hablar de nueva obligación cuando el cambio de contenido operado respecto a la *prior obligatio* sea de determinada entidad e importancia.

De las dos posturas, la más respetuosa con la voluntad de las partes y con el principio de la autonomía negocial es la primera, pues deja en todo supuesto, dado el *aliquid novi*, la producción o no de la novación a lo que deseen los interesados, mientras que la segunda impide la producción de tal efecto, aun querido por las partes, cuando el cambio operado no revista cierta entidad; pero no por eso deja de tener justificación, porque, como con sensatez ha escrito ALBALADEJO, si las partes son ciertamente dueñas de construir un caso concreto, que objetivamente permita la elección, bien como extinción de una obligación y nacimiento de otra, bien como modificación de obligación, sin embargo, de lo que no son dueñas, porque mira contra la naturaleza de las cosas, es de realizar una novación extintiva en un caso en que el cambio que se establezca sea tan exiguo que objetivamente excluya la posibilidad de

(38) NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, págs. 325 y sigs.

pensar que se está frente a otra obligación, pues es sólo la anterior con un ligero retoque (39).

Pensamos, en consecuencia, que cualquier variación de las condiciones de una obligación, sea mayor o menor su entidad e importancia, supone la modificación objetiva de la misma; cuando el Código, en su artículo 1.203, habla de alteración de las condiciones principales, no se puede estar refiriendo *stricto sensu*, aunque así la denomine, a la modificación: por un lado, porque resultaría insuficiente y dogmáticamente inexacto, y, por el otro, porque cabe interpretar el señalamiento en forma cónsona y lógica mediante la entrada de la figura novatoria. En nuestro sentir, la mención de que se hayan variado las condiciones principales constituye una llamada lógica e inexcusable a la novación, un primer elemento de que el artículo 1.203, no obstante su defectuosa expresión, está contemplando la única novación existente: la novación de signo extintivo.

Ya se ha señalado antes que la particular concepción que sostenemos respecto a la novación en el Derecho español no supone en forma alguna la exclusión en el mismo de la libre modificación de las obligaciones, tesis que carecería por completo de fundamento. Porque aunque no lo digan de manera expresa, algo de esto parece alentar en los defensores de la denominada «novación modificativa» en cuanto se empeñan en enlazar la idea de modificación con el artículo 1.203.

Y, en realidad, no sólo no hace falta referir a dicho precepto las vicisitudes de cambio subjetivo u objetivo que pueden experimentar las relaciones obligatorias, sino que incluso, rectamente entendido, el mismo conduce, al menos en su numeral primero, a tener que precindir del mecanismo de la modificación. Como antes se apuntaba, la modificación de las obligaciones tiene cumplida admisión en el Derecho español sin necesidad de tener que demandar la ayuda de la mera literalidad del artículo 1.203 del Código civil, pues para ello bastará atenerse al juego combinado del artículo 1.281, que ordena la remisión en los contratos a la intención de las partes, y del artículo 1.255, que permite, en base a la autonomía privada que consagra, alcanzar cualesquiera fines jurídicos que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público. Si los contratantes han querido la modificación de la obligación y si semejante convención no es ilegal, inmoral o prohibida, ¿cómo sostener que de todas maneras lo que ha ocurrido ha sido la novación del vínculo?

Como dice SANCHO REBULLIDA, la modificación tiene su sede conceptual junto a la originación, transmisión y extinción de las obligaciones, y su base legal en el artículo 1.255 del Código, puesto que, en abstracto,

(39) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, pág. 631.

el pacto de modificación no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público; tiene sus reglas de determinación (mucho más cómodas que la rígida e inadecuada del 1.204) en los artículos 1.281 y siguientes, y su límite objetivo concreto en el mismo 1.255 y en el 1.203, 1.º (40), aunque respecto a este último precepto sea otra nuestra opinión, según se expuso en las páginas precedentes.

Lo curioso es que algunos de los autores que defienden la posición que rechazamos se encuentran muy cerca de la recta formulación del fenómeno en estudio; tan sólo el influjo nocivo de la letra del artículo 1.203 les arrastra en el último instante hacia la tesis equivocada. Es lo que ocurre con PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, quienes después de encuadrar adecuadamente la figura acaban claudicando por la novación modificativa, siquiera no la llamen de esta manera. Oigamos sus palabras:

«El artículo 1.203 dice que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales, y el 1.255 dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, afirmando el 1.166 que el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba otra prestación diferente y que tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor. Tomando en consideración los preceptos citados, ¿no podrá construirse la modificación de una relación obligatoria sin que tal fenómeno implique novación extintiva? Frente a la declaración expresa de las partes o deducida directa y lógicamente de su voluntad (art. 1.281) de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla, aceptada por las partes dicha modificación, ni se produce lesión en lo prescrito por las leyes (ningún precepto positivo se opone, reconociendo la modificación o variación al art. 1.203), ni afecta a la moral ni al orden público, no debiendo tampoco aceptarse, en principio, que con ello se produce perjuicio a tercero ni que la modificación violenta el interés del acreedor, puesto que la acepta. Frente a esta situación legal y de hecho entendemos que debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto» (41).

Obsérvese lo correcto de los lineamientos maestros de la doctrina sostenida por los anotadores de ENNECCERUS; ante la pregunta de si cabrá construir la modificación de las obligaciones sin tener que recurrir a la novación extintiva se pronuncian con toda razón por la afirmativa, pero no logran desasirse del error que supone la admisión de la novación

(40) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, pág. 307.

(41) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, I, pág. 219.

modificativa, puesto que ponen a jugar al mismo tiempo las ideas de novación y modificación, ideas que son entre sí incompatibles, en cuanto la primera entraña la desaparición del vínculo obligatorio, mientras la segunda supone la subsistencia del mismo, aunque alterado. Así no contraponen la modificación a la escueta novación, sino a la novación extintiva, como si pudiera existir otra modalidad novatoria que no sea ésta, y al final, al entender que debe aceptarse la modificación de las obligaciones, puntualizan que tal admisión no implica calificar la figura de «novación en su sentido estricto», esto es, que no hay obstáculo para considerarla novación en sentido lato, con lo cual vienen a aceptar, aunque no la nominen así, la sedicente novación modificativa.

Ya nos hemos extendido en repetidas ocasiones sobre la influencia que en el nacimiento de esta figura ha tenido la nuda literalidad del artículo 1.203 del Código civil, que al hablar de modificación de las obligaciones, a continuación de un título de sección que se nomina novación, constituye una tentación demasiado fuerte amén de una trampa lo suficientemente operante como para que la doctrina española haya sucumbido casi en bloque en pro de la llamada novación modificativa. Ahora bien, ni siquiera desde este ángulo la situación es tan meridiana y rotunda como para que hayan dejado de generarse legítimas dudas, porque, como antes se ha señalado, en la propia letra del artículo 1.203 cabe encontrar algún indicio de que el precepto no va referido a la escueta modificación de las obligaciones, concretamente, en el ordinal primero, cuando habla de variación de las condiciones principales. No vamos a insistir más sobre el punto, como tampoco queremos volver a insistir en que siendo el artículo 1.203 el primero de una sección que se refiere a la novación, y habiendo sido calificada ésta por el superior artículo 1.156 como modo de extinguir las obligaciones, aquél no puede referirse, en una consideración lógica, ordenada y armónica de la situación, a la simple modificación o alteración con subsistencia de las relaciones obligatorias; ello suena a impropio, sobre todo cuando la modificación de las obligaciones no necesita de previsión y regulación legal específica en los ordenamientos jurídicos, como el nuestro, en que está consagrada la autonomía contractual.

Sí vamos, en cambio, a ocuparnos en este lugar de cómo la obligada interpretación conjunta de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil nos lleva hacia la tesis que propugnamos de exclusión de la novación modificativa; con ello daremos por terminado el presente trabajo.

El Código civil español sigue en la presentación de la novación el mismo formato que instaurara en su día el *Code Napoléon* y siguieran después la casi generalidad de los Códigos latinos. Este formato consiste

en indicar primero las especies de novación, o el señalamiento de los elementos de la obligación, cuya mutación puede ocasionar su extinción, y después en resaltar de manera enfática que sin *animus novandi* no puede haber novación y que hace falta que el mismo conste de manera clara, ya que la noción no se presume.

Dos variantes, empero, se observan en la fórmula española: una, tantas veces señalada, que en el primer precepto no se habla de novación, sino de modificación, y la otra, que en el segundo se recoge la incompatibilidad absoluta entre la antigua y la nueva obligación como supuesto de extinción o, si se prefiere, como modalidad de *animus novandi* implícito.

La existencia de esta segunda circunstancia no enturbia en nada el panorama de la novación ni desdibuja conceptualmente las líneas maestras de la figura; se trata tan sólo de un residuo histórico que otros Códigos civiles marginaron (porque, en realidad, no era precisa su conservación) y que el Código español, por el contrario, acogió. SANCHEZ REBULLIDA ha sintetizado admirablemente el origen y explicación del supuesto de incompatibilidad de obligaciones previsto en el artículo 1.204: «El Derecho romano postclásico había admitido la novación tácita deducible a través de reglas formuladas como presunciones; la situación de ambigüedad e inseguridad a que este sistema conducía fue determinante de que JUSTINIANO impusiese como requisito la expresión del *animus novandi*; pero después, como quiera que la novación objetiva tácita respondía a necesidades vivas de la práctica medieval, el Derecho común introdujo algunas presunciones, entre las que destaca la de la incompatibilidad. A la hora de la codificación, el legislador encontró así dos sistemas entre los que elegir: el justiniano y el del Derecho intermedio. El legislador francés (para el que nunca supuso nada la 'novación modificativa') optó por el primero y en el artículo 1.273 impuso el requisito de la expresión del *animus*; el legislador español reprodujo el precepto, pero le añadió una sola presunción, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio, la regla de la incompatibilidad» (42).

Por lo que hace a la primera circunstancia, volvemos a insistir en lo que reiteradamente hemos venido señalando a lo largo de este trabajo: se trata de una defectuosa expresión, de una incorrección terminológica, que no puede ni debe servir de base para la creación de una nueva figura jurídica (la contradictoria novación modificativa), sino que hay que tratar de clarificar y superar mediante el adecuado juego de los factores

(42) SANCHEZ REBULLIDA, *op. cit.*, págs. 304-305.

histórico y dogmático y la ayuda que pueda proporcionar la visión racional sistemática del fenómeno.

En particular, nosotros creemos que bajo este último aspecto pueden obtenerse resultados halagüeños, porque, en nuestro sentir, el Código civil español proporciona suficientes elementos en tal sentido aun olvidando en este momento, pues ya se ha hecho suficiente alusión al respecto, el engarce y coordinación que debe darse entre el artículo 1.156 y los artículos 1.203 y siguientes, por un lado, y la clarificación parcial del problema que cabe obtener de la propia expresión literal del numeral primero del artículo 1.203.

En buena parte, la confusión existente en la actualidad sobre la materia tiene su origen en la visión parcial e incorrectamente divisoria que la doctrina española mantiene respecto al punto en estudio. Partiendo de una literalidad deformadora e inexacta, los autores han resultado prisioneros y tributarios de sus propias concepciones y se han visto obligados a pagar un precio excesivo por una aparente facilidad inicial. En efecto, parece que respetando la letra del artículo 1.203, que habla de «modificar», se elimina el problema y la dificultad que supone el tratar de subsumir el mencionado precepto dentro de la estructura que histórica y dogmáticamente corresponde a la novación; ahí está la facilidad, pero ahí está también el gravamen, porque en adelante ya no habrá manera de enlazar el artículo 1.203 con el que, de manera evidente, constituye parte de una misma realidad jurídica, elemento componente de un solo y único supuesto, esto es, el artículo 1.204.

Porque si el 1.203 se contrae a la esfera de la modificación de las obligaciones, el 1.204 ya no guarda ninguna relación con él, en cuanto se refiere a la necesidad de que se dé un típico elemento novatorio, como es el *animus novandi*; ahora bien, si tal disección es absurda en relación al primero de los citados preceptos, porque supone incluir dentro del campo normativo de la novación algo que corresponde a una distinta vicisitud jurídica de la relación obligatoria, como es la modificación, resulta fatal, y de esto parece no haberse percatado la doctrina, para la segunda de dichas normas, ya que desdibuja y mutila la conformación y estructura de la *novatio*.

El artículo 1.204 dice que «para que una obligación quede extinguida por otra, que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente», lo cual supone caracterizar el fenómeno novatorio por las circunstancias (o requisitos) de que existan una *prior* y una *nova obligatio* y de que exista y se proclame una voluntad orientada a la extinción de la primera mediante la creación de la segunda, que la va a sustituir: el

animus novandi; mas es claro que con ello la figura no queda precisa y totalmente formulada, ya que sigue faltando todavía algo para que la novación se plasme de manera plena, y ese algo consiste en que la nueva obligación debe diferenciarse de la precedente; nos estamos refiriendo, como es obvio, a ese elemento esencial de la novación, ayer como hoy, que es el *aliquid novi*.

Algo nuevo o todo nuevo, porque pensamos, contra el parecer de CODACCI PISANELLI (43), que en la nueva obligación se han podido cambiar todos los elementos de la antigua y no sólo uno o algunos; pero, en cualquier caso, es necesario e insoslayable que se dé diferencia entre una y otra relación obligatoria, ya que de otra manera estaríamos, según antes se advertía, ante un simple reconocimiento de obligación. Mas ¿cualquier innovación en la *prior obligatio* será determinante de novación? No; sólo lo será en cuanto afecte a los elementos esenciales de la misma: sujetos, objeto y causa. Surgen así la novación subjetiva, la novación objetiva y la novación mixta (44).

Pues bien, el Código civil español se mueve en este orden de ideas y así es como hay que entender su plasmación normativa de la novación. El artículo 1.203 determina en qué puede consistir el *aliquid novi*, el cambio que se produzca en los elementos de la relación obligatoria a extinguir, ya afecte al objeto o condiciones principales de la misma (novación objetiva), ya al sujeto activo (novación subjetiva activa), ya al sujeto pasivo (novación subjetiva pasiva), ya a todos los elementos de la relación obligatoria (novación mixta); ése es el punto de partida, la plataforma o supuesto de hecho que es necesario y del que tiene que arrancar la actuación del mecanismo novatorio.

Así entendido el artículo 1.203 hasta cobran un relativo sentido sus defectuosas expresiones, porque al no considerarlo en forma aislada, sino como formando parte de la formulación normativa de la novación, no hay por qué referirlo al campo de la modificación de las relaciones obligatorias y, en consecuencia, entender que cuando el mismo habla de que «las obligaciones pueden modificarse» se está refiriendo y está contemplando, en realidad, el juego de ese peculiar requisito de la nova-

(43) Para este autor, entre las dos relaciones debe existir una íntima conexión en función de que la novación no es más que una especie de renovación, y no es posible renovar sino conservando algún elemento de lo que ya existía, por lo que uno al menos de los elementos esenciales de la obligación extinguida debe permanecer en la que la reemplaza («Ampiezza del concetto di novazione», en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, págs. 346 y sigs.).

(44) AZURZA: «Notas sobre la novación», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, págs. 599 y sigs.

ción que es el *aliquid novi*. Como no puede haber novación sin que la nueva obligación discrepe en algo de la antigua, el artículo 1.203 se encarga de allanar el camino procediendo a señalar en qué debe consistir la diferencia entre una y otra y precisando el elemento o elementos de la obligación afectados por el cambio, mutación o alteración: los sujetos, el objeto o las condiciones principales.

Con semejante inteligencia del precepto no hay mayor inconveniente en hablar de modificación de las obligaciones, porque en tal caso es evidente que al modificación de la relación obligatoria no se considera como el fin y objetivo jurídico perseguido, sino como simple paso previo, amén de elemento constitutivo imprescindible, para que pueda actuarse la figura novatoria; sencillamente, consiste en la materialización y especificación del *aliquid novi*.

Algún autor parece haber avizorado esta interpretación; tal es el caso de AZURZA cuando habla de que el artículo 1.203 reconoce las especies de novación objetiva, subjetiva del deudor y subjetiva del acreedor; pero de seguida neutraliza este atisbo al admitir como clases de novación, en función de sus efectos, la novación propia o extintiva y la novación impropia o meramente modificativa (45).

En definitiva, pues, los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil español no pueden separarse, no contemplan dos situaciones jurídicas distintas, no son dos normas autónomas, sino partes de un todo, elementos integrantes de una única estructura, una sola norma en realidad. Su contenido podría perfectamente haber constituido los dos apartados o proposiciones de un único precepto. El primero de dichos artículos se refiere a la necesidad de la presencia del *aliquid novi* en la novación; el segundo, a la existencia y declaración del *animus novandi* para que la vieja obligación quede sustituida por la de reciente factura: el artículo 1.203 resulta absurdo, innecesario y anodino sin el siguiente; éste queda incompleto y carente de base al prescindir del precedente. El uno precisa del otro porque, repito, son partes de un todo y entre ambos conforman la estructura de la novación, sin que, por tanto, ninguno pueda faltar so pena de mutilar y desfigurar la institución.

Creemos que a través de esta interpretación logicosistemática queda nítidamente delimitada la figura novatoria en el Código civil español, se dota de armonía y sentido a los distintos artículos del mismo referidos al instituto, se produce una purificación dogmática e histórica que ubica a la novación española en el lugar adecuado dentro del campo de las

(45) *Ibid.*, pág. 599.

vicisitudes de las relaciones obligatorias y, sobre todo, se procede a erradicar con argumentos y recursos extraídos del propio Código civil esa insulta, innecesaria y equívoca novación modificativa, que sin mayor razón de ser ni méritos propios ha calado tan hondamente en la doctrina y jurisprudencia españolas.

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES

Catedrático de Derecho romano y Derecho civil en las Universidades Central de Venezuela y Católica «Andrés Bello» (Caracas)

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

13. PROPIEDAD HORIZONTAL. VENTA DE PORTERIA.—ENTRE LAS FACULTADES QUE CORRESPONDEN A LA JUNTA DE CONDUEÑOS DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL SE ENCUENTRA LA DE PODER DESAFECTAR UN ELEMENTO COMÚN, COMO LA PORTERÍA, Y PROCEDER A ENAJENARLO DIRECTAMENTE A UN EXTRAÑO UNA VEZ QUE SE HAYA HECHO LA PREVIA REDISTRIBUCIÓN DE CUOTAS, YA QUE AL NO PASAR DICHO ELEMENTO COMÚN, EN NINGÚN MOMENTO INTERMEDIO, A LA CATEGORÍA DE LOCAL PRIVATIVO HAN DE APLICARSE LAS NORMAS SOBRE MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMUNIDAD ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 12, 13 Y, SOBRE TODO, 16 DE LA LEY ESPECIAL. Y NO SIENDO LOS PROPIETARIOS INDIVIDUALMENTE QUIENES ENAJENAN, SINO LA JUNTA DE PROPIETARIOS, NO HA DE APRECIARSE INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY POR NO FIJAR EL ACUERDO DE ALTERACIÓN EN LOS ELEMENTOS COMUNES EL TITULAR O TITULARES DEL NUEVO PISO, NI DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA NI 1.413 DEL CÓDIGO, EN SU CASO.

Resolución de 15 de junio de 1973 (B. O. del E. de 9 de julio).

Antecedentes de hecho.—La casa número 17 de la calle de Daganzo, de Madrid, fue vendida por pisos con anterioridad a la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por el sistema entonces posible, de segregación y venta de cada piso separadamente; previamente habían sido redactados unos estatutos de comunidad que fueron protocolizados por acta ante el Notario recurrente; en estos estatutos, inscritos en el Registro de la Propiedad, se citaba como elemento común la vivienda del portero; la Junta de Propietarios de la casa, en sesión de 15 de noviembre de 1962, con la concurrencia de la totalidad de los propietarios, acordó por unanimidad la supresión del servicio de portería, la configuración de la antigua vivienda del portero como finca propia e independiente fijando su descripción y cuota, la venta de la misma, la modificación de cuotas de los restantes pisos de la casa y la adaptación de los estatutos a la Ley de Propiedad Horizontal; por no haberse podido realizar la venta, el referido acuerdo no fue llevado a efecto en ninguna de sus partes; la propia Junta de Propietarios, en otra sesión, celebrada el 25 de mayo de 1970, después de hacer constar que no se habían podido formalizar los acuerdos de la anterior, acordó: 1.º Poner en práctica lo convenido en la sesión anterior en el sentido de desvincular la vivienda de portería, que pasaría a ser un piso más de la casa, desprovisto de su carácter de elemento común, y su venta a don Gregorio Rodríguez Castellano en el precio de 60.000 pesetas.

2.º Rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa.

3.º Derogar los estatutos, estableciendo como normas de la comunidad las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

4.º Notificar a los propietarios de los pisos 1.º D, 3.º A y 3.º B, que no concurrieron a la Junta, los acuerdos recaídos a los efectos del artículo 16 de la Ley, y

5.º Facultar al presidente para todos los actos necesarios en relación con los anteriores acuerdos otorgando las correspondientes escrituras públicas o documentos que se precisen. En cumplimiento del acuerdo cuarto, que se acaba de relacionar, se notificó el acta de la sesión a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos (piso 3.º derecha interior) y a doña María Sájara Martínez o sus herederos, sin que durante los treinta días siguientes a la notificación hicieran manifestación alguna en contrario; respecto del otro piso que no estuvo representado en la Junta, su dueña, doña Fermina Jiménez Cura, prestó su consentimiento a los acuerdos de aquella en escritura otorgada ante el Notario don Angel Sanz Fernández el 8 de julio de 1970. En ejecución de lo acordado, el 16 de julio de 1970 se otorgó ante el nombrado Notario la correspondiente escritura, en la cual se procedió: 1.º A suprimir el servicio de portería y desvincular la vivienda de la misma, fijando su descripción y cuota.

2.º A rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa.

3.º A vender la vivienda desvinculada a don Gregorio Rodríguez Castellano, y

4.º Derogar los antiguos Estatutos que regían la comunidad, estableciendo como normas de la misma las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede, al que se acompañan los complementarios que se dirán, por observarse los siguientes defectos: 1.º En cuanto a la compraventa que en el mismo se comprende, falta de capacidad de la Comunidad de Propietarios para realizar la enajenación,

toda vez que dicho acto no se halla comprendido en la Ley de Propiedad Horizontal, por la que se rige.

2.º En relación con el defecto anterior, falta de previa inscripción a favor de quien proceda, con infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

3.º Falta del consentimiento que previene el artículo 1.413 del Código civil para actos de disposición de bienes inmuebles de las esposas de los titulares registrales casados.

4.º Falta de autenticidad en las notificaciones hechas a dos de los propietarios no asistentes o sus herederos, no apareciendo en cuanto a los últimos justificado dicho carácter y si son uno o varios, a fin de determinar si pueden ostentar la representación de la herencia yacente y calificar su capacidad.

5.º Falta de previa inscripción a favor de doña Fermina Jiménez Cura del piso 1.º exterior derecha, que aduce comprado en la escritura de consentimiento, a los acuerdos adoptados, así como la falta de previa inscripción a favor de los herederos de los dos propietarios notificados, caso de su fallecimiento.

6.º Infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto que procediéndose a una alteración en los elementos comunes, el acuerdo adoptado no fija el titular o titulares del nuevo piso, que se ha desafectado de la condición que anteriormente tenía de elemento común, sino que directamente se procede a su venta. Tratándose, como se desprende de la cláusula 5.ª, de una adaptación de la Propiedad Horizontal a la Ley de 1960, falta de expresión de número correlativo a cada uno de los pisos, como preceptúa el artículo 5.º de dicha Ley. Y siendo insubsanable el primero de los defectos consignados, no procede anotación preventiva de suspensión, la cual tampoco se ha solicitado. Se acompañan como complementarios los siguientes documentos: Testimonio librado el 15 del pasado abril por el propio Notario señor Sanz Fernández comprensivo de las actas de las reuniones celebradas el 15 de noviembre de 1962 y 25 de mayo de 1970 por la Junta de Condueños de la casa; copia autorizada por el mismo Notario del acta por él formalizada el 8 de junio último, por la que se notifica a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos y a doña María Sájara Martínez o sus herederos los acuerdos referidos de la Comunidad, y otra copia autorizada del acta formalizada por el mencionado fedatario el 8 de julio próximo pasado, por la que doña Fermina Jiménez Cura presta su conformidad a los acuerdos repetidos de la Junta.»

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la resolución de 5 de mayo de 1970, que fue tenida en cuenta y sirvió de pauta para el otorgamiento de la escritura calificada, resuelve prácticamente la cuestión al decidir un caso idéntico en líneas generales al planteado; que entrando en el análisis de los varios extremos de la nota, prescindiendo de su ambigua redacción, es evidente que el poder dispositivo sobre los elementos comunes de una casa en régimen de propiedad horizontal ha de corresponder a la Comunidad, entendiéndose por tal el conjunto de propietarios de pisos del inmueble; que el problema estará en determinar qué órgano de la Comunidad es el legitimado para ejercer este poder dispositivo; que los órganos de gestión establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 12 y 13) son tres: El administrador, el presidente de la Junta con fines representativos y la Junta de Propietarios, órgano supremo con plena facultad decisoria; que teniendo en cuenta las peculiaridades de la Propiedad Horizontal y la legislación y jurisprudencia aplicables, hay que concluir que toda clase de asientos que afecten al interés común son de la competencia de la Junta General, conforme al número 5 del artículo 13, cualquiera que

sea su naturaleza, sin que quepa excluir, puesto que en él no se establece limitación alguna, los actos de disposición y enajenación de elementos comunes, como es la vivienda portería; que así lo ha reconocido la Dirección General en la resolución de 5 de mayo de 1970 y el presente caso se presenta con caracteres aún más claros y terminantes, puesto que en aquél hubo dos acuerdos: uno, de desafectar la vivienda del portero, y otro, de enajenación, y aquí existe un acuerdo conjunto y un solo instrumento para formalizarlo; que de no admitirse la venta por la Junta de Propietarios tendrían que realizarla éstos, lo que no se ajusta a la realidad, pues es la Comunidad la que vende y sería, además, contrario a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, que no faculta a todos los propietarios individualmente considerados para realizar ningún acto de interés general de la Comunidad; que en cuanto al segundo defecto, al relacionarlo con el anterior y carecer éste de fundamento, conforme queda expuesto, cae por su base y queda también sin valor; que el artículo 20 queda cumplido al ser la vivienda portería un elemento común de la Comunidad, que al desafectarlo y venderlo pasa directamente de la misma al adquirente, mientras que si se pretendiese una inscripción intermedia sería extraña, sin saberse a ciencia cierta a nombre de quién tendría que hacerse, como resulta de la propia nota, que se limita a decir vagamente que debería practicarse «a favor de quien corresponda»; que debe tenerse presente que en la Propiedad Horizontal, la inscripción de las transmisiones separadas de cada uno de los pisos no supone la extinción de la inscripción general de aquélla, la cual subsiste con carácter permanente y es base para los actos dispositivos de elementos comunes desafectados, como lo prueba el hecho de que aunque hubiesen concurrido a la venta individualmente todos los propietarios de pisos, no se habría exigido la previa inscripción a su favor de la vivienda-portería; que en cuanto al tercer defecto, supone también una confusión relacionada con las anteriores, puesto que, como hemos dicho, no son propietarios de pisos quienes venden, sino la Comunidad, razón por la cual el consentimiento de los cónyuges de los propietarios no es preciso; que en cuanto al cuarto defecto, la notificación se ha hecho por correo certificado con acuse de recibo, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 202 del Reglamento Notarial, confirmado por la resolución de 1 de abril de 1965, y por lo que se refiere a la representación de un copropietario fallecido insiste en que la Propiedad Horizontal no es un condominio romano, sino una comunidad de especiales características, cuya actividad no puede quedar paralizada por cuestiones que afecten privativamente a los titulares de pisos, como se aprecia claramente si se piensa en unas reparaciones urgentes que hubiese que realizar; que por ello procedió bien la Junta al dirigir la notificación a los respectivos propietarios o a sus herederos, de acuerdo con lo declarado en la repetida resolución de 5 de mayo de 1970; que en cuanto al quinto defecto, doña Fermina Jiménez Cura prestó su consentimiento en la escritura de 8 de julio de 1970, y si en el momento de la calificación no había llegado al Registro, al inscribirse desaparecerá toda cuestión, y respecto a los herederos de los dos propietarios fallecidos, se remite a lo dicho al hablar del defecto primero, invocando de nuevo, como tantas veces, la resolución de 5 de mayo de 1970; que en cuanto al sexto defecto, su lectura causa cierta perplejidad, pues contra lo que dice la nota del Registrador, en el acuerdo de la Junta de Condueños se cumple exactamente el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo claro que a la persona a quien ha de corresponder el nuevo piso es don Gregorio Rodríguez Castellano, a quien se vende, constituyendo en un solo acto la desafección de su anterior destino y la venta al adquirente; que en cuanto al séptimo defecto, su inconsistencia e inexistencia quedan patentes si se tiene en cuenta que la asignación de un

número correlativo lo exige la Ley en su artículo 5.º para el título constitutivo solamente, pero no para los Estatutos a cuya adaptación se refiere la misma Ley, y en la Junta de 1970 se acordó la derogación de éstos adoptando como normas, por las que debía regirse la Comunidad, los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, acuerdo que se recoge en la cláusula 5.ª de la escritura calificada.

El Registrador informó que en toda la argumentación del recurrente late la idea de que la Comunidad de Propietarios en la Propiedad Horizontal es un ente jurídico con personalidad propia distinta de cada uno de sus miembros componentes; que entiende, por el contrario, que tal Comunidad no es una persona jurídica, de acuerdo con lo que afirma la generalidad de los tratadistas, y no siéndolo, no puede ser titular del derecho de propiedad y, por consiguiente, no radica en ella el *ius disponendi*, uno de los más importantes del dominio; que si se acepta esta orientación de la doctrina, confirmada en el artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, es indudable que la Comunidad de Propietarios carece de capacidad para vender por sí ninguno de los elementos comunes de la Propiedad Horizontal; que de los tres acuerdos de la Junta de Propietarios son de su indudable competencia los dos primeros (desvinculación de la vivienda de su destino a portería y modificación de las cuotas de copropiedad), pero no así la venta de la portería, que es facultad exclusiva de los propietarios, en quienes radica el poder dispositivo, y en este punto faltó un acuerdo para determinar a favor de quién o quiénes habría de inscribirse el piso que fue portería; que el recurrente pretende que el acuerdo de desafección y venta fue único y simultáneo, siendo así que debe considerarse anterior el de desafección, y posterior, el de venta; que las pesetas importe del piso son de exclusiva pertenencia de todos y cada uno de los dueños y si se depositan en poder de la Comunidad se lucra de ellas el propio comprador, que al comprar pertenece a la Comunidad; que las facultades de la Junta de Propietarios se refieren a las cuestiones de interés general para la Comunidad en los casos de uso común, y si se enajena un local no puede decirse que sea para el mejor servicio de la Comunidad; que si una cosa deja de ser común pasará a ser privativa, en este caso, de los condueños, que son los propietarios colectivos de las cosas comunes; que en la Propiedad Horizontal, conforme a lo establecido en el artículo 8.º, apartados 4 y 5 de la correspondiente Ley, se practican dos clases de inscripciones: por un lado, los inmuebles sujetos a tal régimen de dominio y, por otro lado, los distintos pisos o locales que lo integran; que en la práctica registral se pueden presentar dos casos: El del propietario único, que inscribe a su favor el edificio y en folios separados cada uno de los pisos o locales que luego puede vender a distintos adquirentes, y el de varios dueños, que inscriben a nombre de los mismos y sus esposas, si son casados, el edificio en régimen de Propiedad Horizontal y en folios separados a nombre de cada uno de ellos los pisos o locales que se les hayan adjudicado conforme al reparto estipulado; que esta última figura la llama la Ley Fiscal cesación de comunidad y la liquida como disolución de sociedad, lo que nos hace ver con gran claridad que no existe una persona jurídica, sino distintos propietarios con derecho a una cuota sobre cosas comunes, las cuales, para desafectarlas de su destino y venderlas como cosa propia tendrían que inscribirlas previamente a su nombre, y si se entiende que es la Comunidad quien enajena, tendrían igualmente que inscribirse antes a nombre de la misma; que al calificar no se ha querido decir expresamente que falta la previa inscripción a favor de la Comunidad, por entender que tal inscripción es inviable, puesto que dicha Comunidad no es persona jurídica y, en consecuencia, resulta incapaz de ostentar un derecho dominical y figurar, por tanto, como titular de una inscripción de

dominio, por lo que se ha preferido utilizar la expresión «a favor de quien corresponda»; que persistiendo en la idea ya expresada de que la Comunidad de Propietarios no es una persona jurídica, la transmisión de la vivienda-portería no pueden hacerla más que aquellos que ostentan la cualidad de dueños, que son los copropietarios de los pisos o locales del inmueble en la parte que les corresponda; que a esta enajenación le son aplicables todas las normas legales en materia de transmisión y, por consiguiente, también el artículo 1.413 del Código civil sobre consentimiento de la mujer casada, así como toda la legislación referente a la transmisión sucesoria; que en cuanto a la notificación existe falta de autenticidad respecto a las personas a quienes se verifica, ya que se dirige a doña María Sájara Martínez o a sus herederos y a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos, firmando la primera María Luisa Solís, y la segunda, E. Mejías, no justificándose en la recepción de la misma el carácter de herederos de ninguno de ellos, ni si son uno o varios quienes pueden ostentar la representación de la herencia yacente, ni sus circunstancias personales para poder apreciar su capacidad; que de este modo se da una indebida beligerancia a la posesión, sufriendo un duro golpe el dominio titulado que debía constar en el libro de actas de la Junta, extrañando el calificador que si ha ocurrido el fallecimiento de los nombrados haya pasado inadvertido para los convecinos; que en la Propiedad Horizontal la titularidad de todos los bienes pertenece a los condueños, y si existiese una titularidad a favor de la Comunidad tendría su manifestación en un acta de inscripción; que en cuanto al defecto quinto, como doña Fermina Jiménez Cura aparece como titular registral del piso adquirido y consiente en escritura presentada a los acuerdos adoptados, deja sin efecto, en cuanto a ella, la falta señalada, pero la mantiene respecto a los dos titulares fallecidos, cuyos herederos deberán acreditar su personalidad y prestar su consentimiento con la participación de sus esposas; que en cuanto al defecto sexto, desvinculado el piso-portería de su normal destino y convertido en local de aprovechamiento independiente dejando de ser elemento común, el acuerdo adoptado debió fijar el titular o titulares del nuevo piso como determina el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, y en forma alguna puede estimarse cumplido este requisito designado al futuro comprador, puesto que el derecho de éste nacerá en un contrato bilateral de realización jurídica posterior en el tiempo, siendo así que el titular del piso deberá tener un derecho sobre él anterior al acuerdo; que este titular anterior a la enajenación no cabe duda de que son todos los propietarios individuales de pisos que integran la Comunidad; que en cuanto al defecto séptimo, trátese o no de una adaptación del régimen establecido con anterioridad a la Ley de 1960, es lo cierto que ésta, en su artículo 5.º, determina con carácter imperativo la asignación de número correlativo a cada piso o local, y la disposición transitoria primera establece la obligatoriedad de adaptación de los Estatutos en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos a lo dispuesto en ella, por lo que al hacerse una modificación profunda del título constitutivo de la Propiedad Horizontal no hay duda de que en esa modificación debió incluirse el citado dato del número, máxime cuando a los pisos existentes se ha añadido otro por desafección de la portería como elemento común y su conversión en espacio delimitado de aprovechamiento independiente, y que con igual fundamento que se han modificado las cuotas de participación, a que se refiere el artículo 3.º, debió consignarse el número a que alude el artículo 5.º, sobre todo teniendo en cuenta que en la escritura se describen todos los pisos primitivos y el nuevo desafectado, y en la práctica no habría sido necesario más que consignar una numeración correlativa en todos los pisos descritos.

El presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por es-

timar, como éste, que la facultad de enajenar un piso desafectado no corresponde a la Comunidad, a la que representa el presidente de la Junta de Propietarios para administrar, pero no para disponer.

El Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores razonamientos, aclarando o desarrollando algunos extremos de su argumentación.

Y la Dirección General (1) acuerda revocar el Auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—En este expediente se plantea la cuestión de si la Junta de Copropietarios puede, con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal, en virtud de acuerdo unánime de sus miembros, desafectar la portería como elemento común del inmueble y proceder a su enajenación para que como vivienda separada e independiente se inscriba en los libros registrales con la correspondiente cuota de participación y demás circunstancias exigidas en la legislación vigente.

Como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia de este Centro y se ha recogido ya en el artículo 3.º de la Ley, en todo edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal hay que diferenciar la existencia de un derecho singular y exclusivo de su propietario sobre el piso o apartamento individualmente considerado, por ser susceptible de aprovechamiento independiente, y, además, una copropiedad compartida con los restantes condueños sobre los elementos comunes y que, en principio, es susceptible de ser utilizada por todos.

Esta parte de copropiedad, en la que se pueden distinguir unos elementos tan esenciales como suelo, cimientos, paredes maestras, etc., que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o apartamento, y otros que no lo son, pero que cumplen una finalidad comunitaria y se encuentran al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización; tanto unos como otros requieren de la existencia de un órgano que se encargue de su administración y régimen, y así lo ha reconocido la vigente Ley, que en sus artículos 12 y 13 establece las facultades que a la Junta de Propietarios corresponden.

Sin haber llegado nuestra legislación a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los copropietarios a la mencionada Junta, ello no obstante, no cabe duda que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división o el derecho de retracto y por eso ha tratado de que el régimen de esta comunidad—que, al fin y al cabo, constituye el núcleo básico para que pueda existir el de propiedad individual sobre cada piso—tenga una regulación personalísima, en la que los intereses comunitarios predominen sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala.

Entre las facultades que corresponden a la Junta de Condueños se encuentran, según declaró este Centro directivo en resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común, como la portería, y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios del edificio, que lo adquirirían en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad, o bien a enajenarlo directamente a un extraño, pero tanto en uno como en otro caso una vez se haya hecho la previa redistribución de cuotas, ya que el número de copropietarios ha aumentado en una unidad.

(1) VISTOS: Los artículos 396 y 1.413 del Código civil; 8 de la Ley Hipotecaria; 202 del Reglamento Notarial; la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1956 y 18 de mayo de 1960, y las Resoluciones de la Dirección General de 1 de abril de 1965 y 5 de mayo de 1970.

La posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda enajenar directamente un elemento común que ha sido desafectado aparece fundamentada, según expresó la mencionada resolución, en la verdadera naturaleza del acto realizado, ya que al no pasar dicho elemento común—portería, en este caso—, en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo han de aplicarse las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de Propiedad Horizontal, o sea, las establecidas en los artículos 12, 13 y, sobre todo, el 16 de la Ley especial, que entrañan la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición, y por eso precisamente se exige la unanimidad en la forma que dicho artículo ordena para que el acuerdo sometido a la competencia de la Junta sea válido.

De lo expuesto aparecen resueltos algunos de los otros defectos de la nota calificadora que están íntimamente relacionados con el primero, que acaba de estudiarse, como es el número 6.º, en cuanto que al estar facultada la Junta de Propietarios para realizar la desafección y subsiguiente venta no ha habido infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, por cuanto que no son los propietarios individualmente quienes enajenan el elemento común, sino la primera, que es la que tiene el poder de disposición, ni tampoco infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria—defecto 2.º—, ya que no se vulnera, por las mismas razones antes indicadas, el principio de tracto sucesivo, y por ello no es procedente la previa inscripción del elemento común desvinculado a favor de los propietarios de los restantes pisos o locales en pro indiviso, ni, por último, y por idéntico motivo, se conculca el artículo 1.413 del Código civil, ya que al no disponer individualmente cada uno de los copropietarios no se requiere el consentimiento de las, en su caso, respectivas esposas.

Al examinar el defecto número 4 se observa que la notificación fue realizada en la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial, al ser remitida por correo certificado al titular del piso o a sus herederos en la propia finca, por lo que hay que estimarla como suficiente, tal como ya declaró la resolución de 1 de abril de 1965, y sin que sea necesario, para no repetir la argumentación, entrar en el examen del resto del defecto, así como en la parte del 5.º, del que no han desistido los funcionarios calificadores, ya que al no tratarse de un condominio romano y dadas las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la consiguiente unanimidad lograda, hacen que el acuerdo sea vinculante y que pueda el presidente, en base a ellos, otorgar la escritura de compraventa discutida.

En cuanto al defecto 7.º hay que advertir que al haberse otorgado el título constitutivo antes de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal, que no exigía que además de describir el inmueble en su conjunto se asignase a cada piso o local un número correlativo, y aunque podría haberse aprovechado al otorgarse la escritura calificada—al igual que se ha hecho para adaptar los Estatutos a la nueva Ley—para cumplir con lo prevenido en el artículo 5.º de la Ley y haber numerado correlativamente los distintos pisos del inmueble, no parece, sin embargo, que tal omisión—para un edificio inscrito con anterioridad—sea motivo suficiente para confirmar el defecto, máxime cuando la finalidad del precepto es procurar una mejor identificación de las fincas registrales y en el caso presente se encuentran plenamente identificadas.

COMENTARIO.—Tiene razón el Notario recurrente al iniciar su escrito de recurso destacando que se trata de un caso idéntico en líneas generales, al resuelto por la resolución de 5 de mayo de 1970. Incluso como entonces, la operación de venta de la portería se desarrolla a través de dos acuer-

dos; el tracto hereditario de algún condueño aparece complicando la cuestión de la unanimidad, y también la Dirección ha de revocar conjuntamente la nota del Registrador y el auto del presidente de la Audiencia.

Se haría interminable este comentario si intentase una detallada comparación de los argumentos esgrimidos por los respectivos Registradores y Notarios recurrentes. No hay duda de que la diferencia fundamental resulta de disponer ahora el Notario recurrente de la resolución de 1970 a su favor, mientras el Registrador, a la defensiva, tiene que desvirtuar la doctrina de dicha resolución sin rechazarla directamente.

La tarea de comparar los argumentos esgrimidos en ambos recursos es ineludible para quien pretenda formar un juicio crítico de ambos fallos y para quien, en su día, tenga a su cargo la tarea de rellenar las lagunas y deficiencias de la vigente Ley de Propiedad Horizontal. Para el comentarista la labor sería muy larga y de resultados poco positivos, por lo cual, después de remitirme a mi comentario a la resolución de 1970, me limitaré a destacar determinados puntos en que el desarrollo argumentativo ha ofrecido alteración importante (2).

No debemos conceder gran importancia a las citas con que se ha enriquecido el vistos. La del 1.413 del Código viene obligada por haber sido acusada en la nota calificadora la falta del consentimiento *uxoris* como defecto específico; la del 202 del Reglamento Notarial y de la resolución de 1 de abril de 1965 parece encaminada a tranquilizar la conciencia, en lo posible, por no resistirse a considerar suficiente sucedáneo del consentimiento individual ante Notario de todos los propietarios el acuerdo por unanimidad en la Junta, aunque sea conseguida la unanimidad en los términos del apartado 2.º de la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y la referencia a las sentencias de 26 de noviembre de 1956 y 18 de mayo de 1960 es poco concluyente, porque los casos que fueron objeto de controversia no guardan relación con el del recurso, y porque ambas son anteriores a la vigente Ley de Propiedad Horizontal y contradictorias entre sí en la cuestión decisiva de si, en la compleja figura de la Propiedad Horizontal, lo más esencial es la propiedad individual y singular sobre el piso o la copropiedad colectiva del edificio (3).

(2) La importante Resolución de 5 de mayo de 1970 fue reseñada y comentada en esta Revista en su número 480: septiembre-octubre de 1970, págs. 1241 a 1258.

(3) La Sentencia de 26 de noviembre de 1956 versó sobre una demanda de una Comunidad de propietarios contra uno de ellos por infracción de los Estatutos que prescribían que "los pisos habrán de dedicarse exclusivamente a vivienda del condueño y sus familiares, donde tan sólo podrá ejercerse la profesión de los mismos, prohibiéndose absoluta y terminantemente cualquier otra actividad cultural, benéfica, industrial, comercial o mercantil de cualquier clase que fuere". El demandado, dueño de dos pisos colindantes, destinó uno a vivienda y el otro exclusivamente al ejercicio de su profesión (consulta y clínica de radiología). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, la Audiencia revocó la Sentencia prohibiendo la instalación de la clínica y el Tribunal Supremo estimó no haber lugar al recurso interpuesto por el radiólogo en Sentencia en la que hace consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, destacando la comunidad de derechos y la copropiedad colectiva del inmueble que implica, considerando que en esta copropiedad especial, además de los derechos *in re* sobre el piso, los propietarios gozan de un derecho personal *ad rem* sobre los demás pisos y sus respectivas cuotas accesorias comunes, que se deduce, entre otras cosas, del derecho de tanteo y de la prohibición de variar el destino o estructura del piso sin acuerdo de los condueños. PÉREZ SERRANO criticó duramente esta Sentencia en el *Anuario de Derecho Civil* (1957, pág. 967), acaso excediéndose, pues la verdad es que la Sentencia, aunque incidentalmente vertiese frases encaminadas a destacar la comunidad sobre el edificio, se limitó a consagrar la obligatoriedad de los pactos contenidos en los Estatutos y a interpretar éstos en el caso concreto, acertada o desacertadamente.

La Sentencia de 18 de mayo de 1960 (también anterior a la Ley vigente, pero muy próxima a ella) se dictó en un caso en que los mayores partícipes de la propiedad de un edificio en propiedad horizontal interponen demanda contra el propietario de un piso bajo y sótanos y su arrendatario, el cual había realizado obras sin contar con la Comunidad. Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo se muestran conformes en la desestimación de la demanda que se basaba en los artículos 396 y 397 del Código civil. El considerando fundamental de la Sentencia es que no se había variado esencialmente la estructura de la fachada, pero en otros, que son los que más nos interesan, se afirma que la propiedad de casas por pisos no es una comunidad, por lo cual aunque puedan completarse sus normas acudiendo a reglas de otras instituciones y espe-

El considerando más interesante de la resolución es el cuarto, al cual tenemos que oponer modestamente dos reparos: uno, a la frase inicial, en la que parece haber un deseo de que nuestra legislación llegue en el futuro a atribuir personalidad jurídica independiente a la Junta de propietarios o, al menos (si no deseo), una previsión de que ésta ha de ser fatalmente la futura evolución de nuestra Propiedad Horizontal (4); otro, a la forma equívoca en que al considerar la concesión de personalidad jurídica a la Comunidad de Propietarios, como una superación de la copropiedad romana, deduce que nuestra regulación está en un punto intermedio entre ambas figuras, en el cual los intereses comunitarios predominan sobre el individual. En el tránsito, evolución o ascenso (si se quiere) de la comunidad romana sobre una cosa a la persona jurídica, personificadora del conjunto de condueños, el camino está expedito, porque la propiedad del condueño sobre la cuota *ideal* nunca puede estar revestida de todos los atributos de la verdadera propiedad. En la Propiedad Horizontal, el camino tiene que ser otro, porque antes de poderse alcanzar la personalidad jurídica de la comunidad sería necesario destruir la propiedad singular y exclusiva de cada propietario sobre su piso, que no es nada ideal, sino una cosa real, independiente, separada y *suya*. La figura de la Propiedad Horizontal está infinitamente más lejos de la persona jurídica que la propiedad proindiviso romana, porque en aquélla, más y antes que una cosa propiedad de la persona jurídica o perteneciente proindiviso a varias, hay cosas distintas, propiedad de distintas personas (los pisos).

Es cierto que estas cosas (los pisos), aunque distintas e independientes, están muy juntas y conexas y por ello la separación no es total, por lo que tiene que haber elementos comunes de uso y disfrute compartido; pero de aquí no puede deducirse sin más que la comunidad sobre los elementos comunes y el edificio como conjunto *ideal* sea el núcleo básico y que los intereses comunitarios predominen sobre el individual. Sin perjuicio de un razonable entramado de normas encaminadas a conjugar lo individual y lo comunitario, acaso lo básico y predominante, si pensamos en los actos de disposición, sea la propiedad singular y exclusiva del piso.

Otro considerando fundamental es el sexto, en el que se estiman aplicables las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad, de los artículos 12, 13 y, sobre todo, 16 de la Ley, al acto jurídico de desafectación de un elemento común y enajenación a un extraño a la comunidad. El considerando no hace distinciones, no reduce la aplicación de estas normas a los elementos comunes de pequeña entidad relativa, como la portería, sino que habla en términos generales, dando por supuesto que estos preceptos conceden a la Junta facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición. Sigo creyendo que esto es excesivo. Los números 4.º y 5.º del artículo 13, la regla 1.ª del 16, igual que la 2.ª del 9, necesitan una interpretación restrictiva para evitar que la Junta se entrometa en los preconstituidos e invariables derechos individuales de un condueño, entre los que se encuentra el *jus disponendi* sobre su piso, del que es anejo inseparable la cuota de elementos comunes.

En mi comentario a la resolución de 1970 expuse mis dudas a la doc-

cialmente de la comunidad, sólo será mientras no pugne con su especial naturaleza y finalidad; y por importante que sea el aspecto de comunidad, son los derechos privativos sobre los pisos la razón de ser de la institución, el *prius* de ésta, apreciaciones que se aceptan por la Sentencia de 9 de julio de 1951 al afirmar el carácter preponderante de la propiedad individual y el accesorio de la comunidad. Vemos cómo no resulta muy apropiado citar esta Sentencia para dar peligrosos pasos hacia la configuración de las Comunidades de propietarios como personas jurídicas con órganos dotados de facultades dispositivas de inmuebles, aunque éstos sean elementos comunes desafectados.

(4) Prescindimos del descuido de confundir la persona jurídica con su Órgano: la personalidad jurídica nunca la tendría la Junta, sino la Comunidad a la que representa.

trina de que la Junta General, a través de sus facultades para modificación de Estatutos, pueda realizar actos dispositivos de lo que es objeto de la propiedad privativa de cada condueño, de la que forma parte, su participación en los elementos comunes; la última consecuencia de esto sería que el presidente, autorizado por un acuerdo unánime de la Junta, reflejado privadamente en el Libro de Actas, sin poder notarial de los propietarios y sin control registral ni de capacidades ni de tracto sucesivo, podría realizar la venta del edificio como un todo a un extraño con extinción de la Propiedad Horizontal. Sin llegar a esto, la admisión, como principio, de unos elementos procomunales cuya disposición esté en manos de la Junta de Propietarios, cualquiera que sea su entidad y valor en relación con el de los pisos calificados como privativos, y aunque estos elementos procomunales (*tertius genus*) nada tengan que ver por su finalidad con los propios elementos comunes en el sentido de la Ley, pronto nos conduciría a la consagración de falsas comunidades de propietarios, que en la realidad serían empresas inmobiliarias en que la *affectio societatis* excedería de la finalidad exclusiva de la Comunidad de Propietarios: el mejor disfrute individualizado del elemento privativo mediante la conservación comunal de los elementos comunes.

En el recurso de 1970 no fue alegado el artículo 11 de la Ley. Creo que no es muy segura la aplicación de este artículo al caso, porque si bien es verdad que permitía acusar la falta de indicación del titular o titulares del nuevo piso, esto queda contrarrestado con exceso, pues si se admite que la desafectación y enajenación a extraño de un elemento común debe incluirse en el precepto como una alteración en las cosas comunes, la consecuencia será que efectivamente debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo (art. 16, 1.ª), y siendo esto así resultan más endebles de lo que parecen los ponderados argumentos del Registrador en su informe cuando mantiene la infracción de este artículo 11.

Hay otro argumento del Registrador muy relacionado con éste, que aunque causa mucha impresión de momento tampoco es decisivo si desafectación y enajenación a extraño del elemento común cae dentro de la esfera de actuación de la comunidad. Me refiero al de que las pesetas del precio, si se depositan en poder de la comunidad, se lucra de ellas el propio comprador, que pasa a formar parte de la misma. El argumento no es decisivo, pues está claro que la comunidad receptora del precio es la existente inmediatamente antes de incrementarse con el nuevo miembro.

En cambio, las infracciones de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 1.413 del Código, acusadas en la nota, sí deben estimarse fundamentales y no deben ser rechazadas por vía de consecuencia, como hace el considerando séptimo. No es suficiente considerar que, puesto que no son los copropietarios quienes disponen individualmente del elemento común, sino la Junta de Propietarios, no ha lugar a plantearse problemas de tracto registral ni de asentimiento *uxoris*, porque precisamente estos problemas, entre otros muchos, son los que deben tenerse en cuenta antes de estimar equivalentes el acuerdo unánime de la Junta, tomado conforme a la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley, y el consentimiento individual ante Notario de todos los cotitulares registrales del edificio, y antes de estimar, en consecuencia, que no existen inconvenientes graves para conceder a la Junta facultades de enajenación a extraños de los elementos comunes cuando ningún precepto de la Ley se las concede claramente y de muchos se deduce, por el contrario, que la participación en ellos de cada propietario está incluida en su derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso e inseparablemente unida al mismo.

Intentando una comparación de los considerandos de la resolución de 5 de mayo de 1970 con los de la comentada ahora podemos observar:

- Que por haber desaparecido ciertas particularidades que enturbiaban el problema en el recurso de 1970, la resolución de 1973 es más tajante en su doctrina de que el presidente puede otorgar la escritura de desafectación y venta a un extraño de la vivienda-portería, previo acuerdo de la Junta de Condueños, tomado conforme a la norma 1.^a del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. No cabe ya pensar que la resolución de 1970 revocó la nota del Registrador y el auto presidencial exclusivamente en razón a particularidades anómalas del caso.
- Que se sustituye el considerando en que se afirmaba que la cuota de participación no queda afectada por la transformación del elemento común en procomunal y se apoyaba en prácticas frecuentes que tienden a dar vida a este *tertius genus* del elemento procomunal, por otro considerando en el que trata de evolucionar la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal hacia la persona jurídica para (*extra legem?*) ampliar las facultades de la Junta.
- Que se mantiene como idea fundamental la de que el elemento común portería se desvincula y desafecta y se enajena sin pasar, en ningún momento intermedio, a la categoría de local privativo, pero siempre pesando en un tipo de elemento común característico, el que ha sido objeto de ambos recursos: la vivienda-portería; tipo característico de elemento común, que tiene presente la Dirección también, cuando en el considerando tercero distingue los elementos comunes esenciales y otros que no lo son, pero que cumplen una finalidad comunitaria.

Después de hecha esta comparación no tenemos más remedio que mantener íntegramente mis observaciones y reparos a la resolución de 1970 y propugnar una interpretación restrictiva de ambas para no ampliar indebidamente las facultades de la Junta, que claramente quedan limitadas en la Ley a las meras facultades de conservación y administración de los elementos comunes y del edificio como conjunto.

Insistimos en que la interpretación evolutiva de la Ley o su futura reforma deberán dar la relevancia debida a la propiedad colectiva ideal del conjunto de propietarios sobre el edificio como un todo y sobre sus elementos comunes, en forma que quede superado el marco del condominio romano acercándose al régimen de una persona jurídica con capacidad limitada por su mismo fin. Pero el considerando cuarto sigue derroteros muy distintos al referirse a la superación del condominio romano por la idea de personalidad jurídica independiente. La Ley vigente no se aparta del condominio romano por suprimir la acción de división y el derecho de retracto, ya que estas supresiones derivan pura y simplemente de la existencia y el robustecimiento de la propiedad individual y singular del piso. El considerando parece pensar en una persona jurídica propietaria del edificio, que por ello dispone libremente de los elementos comunes, puesto que respecto de ellos su propiedad no está limitada por las propiedades individuales de los pisos. Lo correcto es justamente lo contrario, incluso en aquellas legislaciones en que, como la francesa, se ha llegado a llevar a la Ley la afirmación de que la colectividad de condueños se constituye en un sindicato o asociación que tiene personalidad civil. La Ley francesa elimina directamente toda duda: el sindicato tiene por objeto la conservación del inmueble y la *administración* de los elementos comunes. Cuando más adelante admite actos de adquisición o de enajenación de elementos comunes por el sindicato, con determinados requisitos, es porque los está incluyendo en su administración y por ello

expresamente los admite (5). La falta de precepto análogo en nuestra Ley y las rigurosas garantías que tiene reglamentariamente establecidas la legislación francesa para el funcionamiento de los sindicatos o cooperativas de propietarios de pisos es lo que nos hace ver muy peligrosa cualquier interpretación amplia de las dos resoluciones, que a través de los llamados elementos procomunales transformen las comunidades de propietarios de pisos en personas jurídicas, cuyos órganos (carentes de apropiada reglamentación) tengan facultades de libre negociación de esos elementos, transformando lo accesorio (elementos comunes) en principal.

En resumen, seguimos creyendo que, conforme a las disposiciones y a los principios de la Ley vigente, los órganos de la Comunidad de Propietarios no están legitimados, ni siquiera mediando acuerdo unánime de la Junta, para otorgar las escrituras de desafectación y enajenación de elementos comunes, por tratarse de actos que afectan a la copropiedad, que corresponden al dueño de cada piso o local, conforme al artículo 3.º, b), de la Ley. Solamente por vía de excepción, tratándose de elementos comunes de especial naturaleza y menor cuantía relativa, cabe admitir actos de disposición autorizados por la Junta de Propietarios, no porque los actos de disposición quepa incluirlos en ninguno de los apartados del artículo 13 de la Ley, sino porque el acto de disposición en concreto y atendiendo a las circunstancias pueda ser considerado como mero acto de administración de la comunidad.

Corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina el determinar cuándo concurren estas circunstancias en el acto concreto de disposición. Y esto

(5) El artículo 14 de la Ley francesa de 10 de julio de 1965 dice: "La colectividad de copropietarios se constituye en un sindicato que tiene personalidad civil... Este establece, en su caso, y modifica el reglamento de copropiedad. El sindicato tiene por objeto la conservación del inmueble y la administración de las partes comunes."

Conforme al artículo 15, "el sindicato tiene capacidad para ser parte en juicio como demandante y como demandado incluso contra alguno de los copropietarios; puede especialmente accionar, conjuntamente o no con alguno o varios de estos últimos, con vistas a la salvaguardia de los derechos referentes al inmueble."

Hasta aquí el principio general de que el sindicato sólo tiene funciones administrativas, porque aunque pueda modificar el reglamento, éste se regula así en el artículo 8.º: "Un reglamento convencional de copropiedad, incluyendo o no el estado descriptivo de división, determina el destino de las partes tanto privativas como comunes, así como las condiciones de su disfrute; y fija igualmente, bajo la reserva de las disposiciones de esta Ley, las reglas relativas a la administración de las partes comunes. El Reglamento de copropiedad no puede imponer ninguna restricción a los derechos de los copropietarios fuera de aquellos que estén justificados por el destino del inmueble conforme a la escritura, por sus caracteres o su situación." De todo esto resulta que para la Ley francesa tiene sentido excepcional, y, por tanto, de interpretación restrictiva, las enajenaciones por el sindicato y su jefe de los elementos comunes que permite en la siguiente forma (arts. 6, 16, 25 y 26):

- Las partes comunes y sus derechos accesorios no pueden ser objeto de acción de partición ni de ejecución forzosa.
- No se puede, salvo unanimidad de votos de todos los copropietarios, decidir la enajenación de partes comunes cuya conservación es necesaria en atención al destino del inmueble.
- Serán tomados por la mayoría de miembros del sindicato que representen, al menos los tres cuartos de los votos (el número de votos de cada miembro se corresponde con su cuota de participación), las decisiones concernientes a los actos de adquisición y de disposición en general de los elementos comunes.
- Podrán ser acordadas por simple mayoría de votos de todos los copropietarios las concernientes a los actos de disposición sobre las partes comunes cuando estos actos resulten de obligaciones legales o reglamentarias, tales como las relativas al establecimiento de pasos comunes, medianerías u otras servidumbres.

La personalidad civil del sindicato permite también la existencia del departamento procomunal: El sindicato puede adquirir por sí, a título oneroso o gratuito, partes privativas, sin que éstas pierdan por ello su carácter privativo, y puede enajenarlas en las condiciones previstas para las partes comunes. Las partes privativas adquiridas no conceden voto al sindicato en la asamblea general (art. 16, 2.º).

Pero insistimos en que por muy estupenda que nos parezca la regulación del Derecho francés en la materia, no puede adoptarse sin más y *extra legem* en España, entre otras cosas porque nos faltaría la meticulosa y rigurosa regulación legal y reglamentaria de la propiedad horizontal en general y de los órganos del sindicato (Asamblea general, Consejo Sindical y Síndico, etcétera). Ver el Reglamento de 17 de marzo de 1967.

es lo que han hecho las resoluciones de 5 de mayo de 1970 y 15 de junio de 1973 cuando se trata de la desafectación y enajenación de la vivienda del portero. Nada de extraño tiene que el Centro Directivo haya decidido en este sentido, pues estando a punto de convertirse en práctica frecuente la supresión del servicio de portería en los edificios modestos parece bastante razonable el incluir la venta de este elemento común en un acto de mera y acertada administración de la comunidad incluido en la esfera de actuación de la Junta de Propietarios, concediéndola las facilidades y tolerancias que puedan resultar de la economía documental y simplificación de formalidades y requisitos que concede la aplicación del artículo 16 de la Ley y su consentimiento tácito de los propietarios no asistentes, aunque con ello padezcan los principios básicos de la Ley de Propiedad Horizontal vigente y otros principios civiles (art. 1.413 del Código) e hipotecarios (art. 20 de la Ley).

De todas maneras, aun tratándose de la desafectación y venta de la portería y vivienda del portero, no creo que quepa negar al Registrador facultades de calificación en orden a la convocatoria, a las asistencias, a las notificaciones a los no asistentes y al transcurso del plazo de un mes para considerar el acuerdo vinculante. Probablemente también los reparos del Registrador basados en la capacidad y el tracto sucesivo deban ser admitidos, pues no cabe pensar que el artículo 16 de la Ley, al regular los acuerdos de la Junta de Propietarios, haya querido dejar sin efecto ninguna norma del ordenamiento jurídico. Por eso queremos creer que los considerandos séptimo y octavo estimaron suficientemente acreditado el consentimiento unánime de los copropietarios, conforme al artículo 16, pero no quieren decir que al Notario y al Registrador, por el mero hecho de que haya de aplicarse este artículo, les sean indiferentes si hubo correcta convocatoria, quiénes fueron las personas que asistieron a la Junta, a quiénes se citó como no asistentes y cómo se convocó y se citó.

Estimando excepcional la doctrina sentada por ambas resoluciones y sólo aplicable a elementos comunes, como la portería y otros análogos, cuya enajenación a extraños pueda y deba considerarse como mero acto de ordinaria o extraordinaria administración de la comunidad, debemos estimar como *obiter dictum* todas las frases en que parece mantenerse que la Junta de Propietarios tiene una personalidad jurídica, que la concede una titularidad dominical sobre los elementos comunes e incluso sobre el edificio como conjunto, que la permitiría realizar sobre ellos negocios jurídicos inmobiliarios con acceso al Registro de la Propiedad. Ni cabe defender esto dentro de la Ley vigente ni parece que haya razones para defenderlo *de lege ferenda* por ahora. Para el actual sentido jurídico popular, la propiedad singular sobre el piso es lo esencial; la participación en los elementos comunes es un anejo accesorio de aquélla; a las Juntas se asiste poco, porque se piensa que nada decisivo puede tratarse; ni las convocatorias, ni las asistencias, ni las actas se suelen verificar con meticulosidad. Ante esta realidad, sin duda lamentable, antes de un cambio sustancial de la Ley que robustezca las facultades dispositivas de la Junta sería necesaria una normativa reglamentaria de las mismas que fuese reduciendo la gran distancia que hoy se da entre la comparecencia ante Notario de un presidente de comunidad portador de un acuerdo unánime de la Junta (aunque excepcionalmente se trate de una comunidad con presidente y administrador meticulosos) y la comparecencia de todos los titulares registrales de los pisos con calificación notarial y registral de su consentimiento de enajenación.

El dilema sigue en pie, el problema de los actos dispositivos de los locales, pisos o elementos que han venido a llamarse procomunales pronto se hará agobiante. Creemos que la resolución comentada ha venido

a resolver una cuestión más modesta: la venta de la vivienda-portería, cuando la comunidad pretende suprimir este servicio común, que tan oneroso va resultando. No creo conveniente emplear su doctrina para aplicarla a problemas distintos de más enjundia y que necesitan planteamientos muy variados, aunque todos deriven de lo rápidamente que va quedando atrasada la Ley de 1960 para regular o para cortar las soluciones que la práctica comúnmente arbitra en el campo de la contratación de viviendas y locales de negocios.

Terminaremos aclarando que las afirmaciones que se hacen en este comentario no pretenden oponerse a ningún intento de elaboración constructiva de los llamados elementos o departamentos procomunales ni tampoco a los esfuerzos que dentro de nuestra Ley se intenten para la simplificación de los actos dispositivos de elementos comunes y de los negocios jurídicos relativos al edificio como conjunto. Consideramos muy dignos de elogio en este sentido los trabajos de MONET, SAPENA, etc., y los del I Simposio sobre Propiedad Horizontal de Valencia. Las facilidades que, por ejemplo, SAPENA quiere conceder para los actos dispositivos del departamento procomunal, apoyadas en cláusulas estatutarias y la necesidad de acudir a la admisión del dominio solidario para justificarlas, serán más o menos discutibles; pero lo cierto es que la misión de los juristas es buscar los cauces por donde deben discurrir las soluciones de los problemas nuevos.

Pero hay que proceder con cuidado para soslayar, desde luego, los siguientes inconvenientes: 1. Que la irrupción libre y anárquica de la autonomía de la voluntad en los Estatutos de las comunidades enturbie la claridad del Registro y trunque la vocación del derecho real al *numerus clausus* y al contenido prefijado. 2. Que al socaire de los acuerdos de las Juntas, el documento privado irrumpa en el campo propio del documento público y los principios de legalidad y tracto dejen de actuar. 3. Que por un concepto amplio de departamento procomunal, las comunidades de propietarios se confundan con los constructores en comunidad, interesante distingo del propio SAPENA (6).

T. C. G.

(6) Debe verse el trabajo de SAPENA en esta misma Revista: "Naturaleza y disposición de pisos y locales proindiviso en Propiedad Horizontal". Número 482, enero-febrero de 1971, página 75.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE VENTA Y DOBLE INMATRICULACION. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.473, PARRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO CIVIL. BASTA SER PRIMERO EN LA INSCRIPCION, AUNQUE LUEGO SE CANCELE ESTA, PARA SER PROTEGIDO EN LA RESPECTIVA ADQUISICION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1972).

La entidad «Fomento de la Propiedad, S. A.», vendió a don Miguel Salmerón Maroto, previa segregación, una parcela de terreno situada en los alrededores de Madrid. El comprador inscribió su adquisición en noviembre de 1952. Al año siguiente la misma entidad vendió a don Julio Torrescasana Puigbó, igualmente tras segregación, si bien de una matriz distinta, otra parcela que coincidía físicamente con la enajenada el año anterior, pese a su diversa procedencia registral. El segundo adquirente inscribió su derecho en 1953. La inscripción del señor Salmerón (primer comprador) fue rectificada en 1961 mediante la cancelación del asiento practicado en 1952 y la verificación de otro distinto en el que se hacía constar la auténtica matriz de la parcela. Sólo el número de esa finca matriz parece haber cambiado de uno a otro asiento, pues las demás circunstancias de la compraventa inscrita permanecieron inalteradas. El señor Salmerón, funcionario del Ayuntamiento de Madrid, vende su parcela a esta Corporación Municipal. El segundo adquirente también enajena la mitad de la suya, pero enterados sus compradores y él de la coincidencia fáctica de su titularidad con la del Ayuntamiento, lo demandan en reclamación de que se declare su mejor derecho y se cancele la inscripción a favor de la Corporación y todas aquellas de las que dicho ente público traiga causa. Las tres instancias desestiman la pretensión de los actores, que entre otros argumentos aducían que la cancelación de la inscripción de 1952 impedía el tracto en favor de la de 1961, constituyéndose ellos, por tanto, a los efectos del artícu-

lo 1.473, 2.º, del Código civil, en primeros inscribientes por virtud del asiento practicado en 1953.

Considerando que la sentencia recurrida sienta una premisa de hecho que al no haber sido objeto de impugnación ha de permanecer inalterable, consistente ella en la existencia de la doble inmatriculación de una misma finca a nombre de los actores y del Ayuntamiento de Madrid, conflicto éste que el Tribunal *a quo* lo resuelve en su sentencia conforme al dictado del artículo 1.473 del Código civil, en el sentido de otorgar la preferencia del derecho a favor del adquirente de buena fe que primero inscribiera en el Registro de la Propiedad, que en el presente caso, siguiendo la relación de los hechos probados, declara que la inscripción del actual recurrido procede en línea y tracto registrales de una primera inscripción efectuada en el año 1952, mientras que la más antigua y primera que aducen los recurrentes en su favor trae como fecha la de 8 de octubre de 1953, dando lugar ello al planteamiento del motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 1.473, ya mencionado, en su relación con otros preceptos hipotecarios, sobre la base de la prioridad de su inscripción, fundamentada ella en el hecho de haberse cancelado aquella inscripción, de la que trae causa el derecho de la Corporación Municipal recurrida, dando lugar ello a la segunda, producida en fecha 24 de agosto de 1961.

Considerando que en este aspecto aduce el recurrente la nulidad y extinción de la inscripción, debido a lo cual el asiento carece de toda realidad, y si bien es cierto que aquel primitivo asiento registral figura como cancelado, dando lugar a la inscripción segunda, no lo es menos que ello se produjo única y exclusivamente para rectificar el error cometido en relación con la finca de la que procedía la que fue objeto de compraventa, y a los solos efectos de hacerse constar en su lugar la derivación o segregación de ésta, de la que se estimaba matriz de ella, perteneciente al mismo vendedor, sin alterar en modo alguno el contenido obligacional de la escritura de 8 de noviembre de 1952, que fue la que dio origen al asiento registral que ahora el recurrente trata de desconocer, y como ello no introducía en el asiento elemento nuevo que altere la titularidad de la parcela, base y fundamento de dicha primera inscripción, sin modificación en este aspecto en la segunda, hasta tal punto que sin dicha petición rectificadora por parte del inscribiente—primer adquirente—subsistiría de todos modos el enfrentamiento de los dos títulos originales, con sus correspondientes inscripciones, por tratarse, como antes se ha dicho, de dos fincas, que, al fin y al cabo, constituyen una y la misma, sin trascendencia alguna de cuál fuere su procedencia matriz, a los efectos de la doble venta acreditada, ya que la finca matriz de donde fuere segregada no puede ser distinta para uno y otro, cualquiera que sea la significación de ello en los respectivos títulos de adquisición, y como, en definitiva, si el primer adquirente era el dueño de la finca antes de la segunda escritura, que dio origen a la inscripción de 24 de agosto de 1961, como consecuencia de la primera, de 8 de noviembre de 1952, con asiento registral producido en 18 de diciembre del mismo año, es obvio que continuó siéndolo después de la segunda referida, sin interrupción de tracto, ya que ella se originó, y así lo estableció y destacó la sentencia judicial, a los solos efectos de rectificación, pero no de nulidad del título de compraventa, cuyo contenido obligacional no había sido alterado, por todo lo cual, en este sentido de simple rectificación y no de inexistencia o nulidad de la inscripción, ha de entenderse este segundo asiento registral, por lo que declina este motivo sexto...

II. DERECHOS REALES

MEDIANERÍA HORIZONTAL Y PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Existen dos edificios «a caballo», o sea, uno de ellos tiene introducida una porción en el otro, apoyándose sobre la parte baja del mismo; pero cada edificio con salida independiente. El actor, que es propietario de la parte baja, ante la demolición y nuevas obras realizadas por los dueños de la parte alta sin su consentimiento, interpone demanda contra ellos suplicando se declaren ilegales todas las obras hechas, condenándose a los demandados a que repongan la parte del edificio afectado por ellas a la situación anterior.

La parte demandada contesta a la demanda diciendo que el actor tiene limitado su derecho de vuelo y alegando que con las nuevas obras no se ha agravado la situación, planteando la cuestión como servidumbre en lugar de estimar que se trata de propiedad horizontal, como había interpretado el actor.

El Juzgado de Primera Instancia de Segorbe estima en lo fundamental la demanda, pero los demandados interponen recurso de apelación y la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia dicta sentencia revocando la del Juzgado, estimando la demanda sólo en un aspecto concreto, en el sentido de que hubo extralimitación en la obra respecto a un murete que forma la barandilla de la terraza y permite la intromisión en el fundo ajeno, por lo que debían hacerse las obras necesarias para evitar dicha intromisión; en lo demás desestima la demanda.

El actor interpone recurso de casación centrando su argumentación principalmente en la existencia de propiedad horizontal de los edificios superpuestos, demostrada por una serie de elementos comunes de ambos, como vuelo, fachada, tejado, lo que exige atenerse a la regulación de la propiedad horizontal, que prevé el consentimiento de todos los copropietarios en la realización de obras que afecten al edificio. También alega incongruencia de la sentencia de la Audiencia, al negar al actor el derecho de vuelo, a pesar de que este extremo quedaba fuera de discusión en el pleito, y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso porque los documentos invocados no demuestran error evidente del Juzgador, y en cuanto a la alegación de error de derecho, porque la prueba de confesión que señala el recurrente no es superior a la de los otros medios ni demuestra nada en este caso, dado que sólo recoge simples indicios y no afirmaciones terminantes del demandado sobre la existencia de copropiedad. En cuanto a los otros motivos del recurso, he aquí los dos considerandos siguientes:

«Considerando que la desestimación de los motivos examinados acarrea inexcusablemente la de los dos siguientes, que impugnan la calificación jurídica de la Sala sentenciadora haciendo supuesto de la cuestión, al haber quedado firmes los hechos en que se funda, determinantes de la existencia de una medianería horizontal impuesta por la contigüedad de los predios, en los que claramente se advierte su particular sustantividad e independencia, hasta el punto de que los demandados han podido derribar por completo el suyo para luego reedificarlo con nuevos elementos sin tocar para nada el del actor, lo que supone la

ausencia de aquellos elementos, tales como escaleras, paredes maestras, patios y puertas de salida, que, por ser de común utilización, caracterizan la unidad de fundos que se pretende, de modo que no concurriendo es evidente que tampoco puede darse la situación que determinan..., tratándose de fincas distintas e inscritas en el Registro de la Propiedad como independientes y que no tienen de común más que la medianería horizontal de que antes se hizo mención (considerando segundo de la sentencia recurrida), situación semejante a la que fue objeto de resolución por la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 1943, en el mismo sentido que la hoy recurrida, en cuanto a la cuestión de la calificación hoy debatida.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el motivo quinto del recurso, que correctamente formulado, al amparo del número segundo del tan repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia una incongruencia en el fallo que no puede estimarse, porque aun cuando, según reiterada doctrina de esta Sala, los Tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no han sido objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser objeto de discusión por las partes, en el caso de autos, el hecho que se alega se halla incluido en la contestación a la demanda, no pudiendo por ello apreciarse la incongruencia alegada, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo, partiendo de los hechos probados en el caso concreto, admite la posibilidad jurídica de un cuerpo de edificios superpuestos sin constituir propiedad horizontal, sino únicamente una medianería horizontal. Hay, pues, en el fondo, dos ideas en esta sentencia: 1.^a La admisión de la figura de la medianería horizontal, siguiendo la línea de la sentencia de 24 de mayo de 1943. 2.^a La exclusión de la regulación de la propiedad horizontal cuando los elementos superpuestos de edificio sólo tienen de común la citada medianería horizontal.

Todo esto requiere un comentario, en el que distinguiremos: a) Ideas generales de la medianería. b) Posibilidad de la medianería horizontal y sus relaciones con la propiedad horizontal.

A) *Ideas generales de medianería*.—El Código civil regula la medianería en el título correspondiente a las servidumbres, pero en su articulado utiliza unas veces el término «servidumbre», y otras, términos sintomáticos de la figura de la «comunidad» (7). Ello, unido a la especialidad del supuesto de hecho, explica las numerosas opiniones sobre la verdadera naturaleza de la medianería (8).

Nosotros creemos que este importante problema de «esencia jurídica

(7) En los artículos 571 y 572 se utiliza la expresión «servidumbre de medianería»; en el artículo 579 se habla de «mancomunidad»; el párrafo último del artículo 573 alude a la «propiedad exclusiva» de cada titular como efecto contrario a la situación de medianería. El contenido de la regulación también ofrece en parte coincidencias con el de la comunidad y en parte con el de una servidumbre: así, el artículo 579 del Código se refiere a la facultad de uso en la «mancomunidad» con introducción de vigas hasta la mitad del espesor de la pared; pero alude también a la facultad de apoyo, que es contenido, más bien, de una servidumbre.

(8) Sobre lista de teorías puede verse ESPÍN (vol. II de su *Manual*, ed. 1968, págs. 95 y 96), CASTÁN (pág. 329 del Vol. I de su *Derecho de Cosas*) y MANUEL GONZÁLEZ-ALLEGRE BERNARDO (página 440 de su libro *Las relaciones de vecindad*). Entre otras opiniones, MANRESA entiende que se trata de una servidumbre; SÁNCHEZ ROMÁN decía que tenía más de copropiedad que de servidumbre; DE DIEGO, DE BUEN y BELTRÁN DE HEREDIA la encajan en el marco de las relaciones de vecindad. También se alude a las figuras de la «comunidad de utilización» siguiendo a WOLFF en este sentido, PÉREZ y ALGUER (pág. 334, en sus *Notas*). CASTÁN, ALBALADEJO, que, por otro lado, sistemáticamente la estudia en el capítulo de las «relaciones de vecindad» (pág. 176 de *Derecho de Cosas*); pero, en mi opinión, la postura de WOLFF es más compleja (ver lo que decimos en la nota 12).

ca» (9) debe resolverse con una concepción pluralista (10), por ser la que mejor se adapta al supuesto de hecho de la medianería, a la regulación existente y a los intereses en juego. En tal sentido, entendemos que en la regulación del supuesto de hecho de la medianería hay una especial COMUNIDAD DE MEDIANERÍA y una especial SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA, o quizá mejor, una comunidad y una servidumbre EN la medianería. Examinaremos primero el supuesto de hecho de la medianería y después las situaciones jurídicas existentes.

El supuesto de hecho de la medianería requiere dos elementos: 1.º Un elemento, que podemos llamar «elemento medianero», situado en la zona misma de delimitación de dos propiedades colindantes. 2.º La existencia de dos fincas colindantes, que tienen de común precisamente el citado «elemento medianero».

Respecto al «elemento medianero» puede ser una pared, una valla, toda la finca colindante, ya que, aunque desaparezca el «elemento medianerístico» son: que jurídicamente no es una cosa susceptible de tráfico aisladamente (12) (arts. 333, 334, 335, 401 y 404 del Código civil), sino una parte integrante y elemento común de dos fincas; pero se trata de un elemento común diferente de los elementos comunes de la propiedad horizontal, pues en el elemento medianero hay distinción geométrica o lineal de partes materiales, en lugar de cuotas, como en la propiedad horizontal (13).

Respecto a las fincas colindantes, pueden ser rústicas o urbanas, y su única conexión es el «elemento medianero», como queda dicho, el cual presta un determinado servicio a ambas, siendo también requisito referente a éstas que pertenezcan a diferentes dueños (art. 530 del Código civil).

Partiendo de este supuesto de hecho de la medianería, las situaciones jurídicas resultantes ya hemos dicho que, en nuestra opinión, son dos:

(9) A PUIG BRUTAU no le preocupa demasiado este problema y se conforma con la regulación legal, confiando en que la *ratio* que inspira dicha regulación servirá para resolver problemas imprevistos. Esta opinión, si bien sirve para advertir que no se debe caer en la jurisprudencia de conceptos, es extrema, pues, admitida la analogía para llenar las lagunas legales, no es baladí profundizar sobre la esencia de la medianería teniendo en cuenta el supuesto de hecho, los intereses en juego y la legislación vigente para poder explicar y aplicar mejor los artículos del Código civil en un caso concreto. Por tanto, es necesario decidir si en la medianería hay comunidad o servidumbre, y ello es compatible con una concepción realista del Derecho (ver las ideas de PUIG BRUTAU sobre la naturaleza jurídica de la medianería en la pág. 426, tomo III, *Derecho de Cosas*, año 1953).

(10) GONZÁLEZ-ALEGRE mantiene también una concepción pluralista, pero sólo ve la idea de servidumbre en el supuesto de constitución forzosa de medianería respecto a la facultad de adquirir derechos en la misma, cuando, en mi opinión, no está aquí el contenido de servidumbre, pues esa facultad (en los sistemas en que la medianería es de constitución forzosa) debe configurarse como una facultad de adquisición, no como un verdadero gravamen de servidumbre, pues se concreta en la adquisición de una parte de la pared divisoria (ver *ob. cit.* de dicho autor, págs. 442 a 446).

(11) El Código sólo alude a las paredes, vallas, zanjas y acequias (arts. 572 y 574), pero esta enumeración no puede considerarse exhaustiva, pues la misma función pueden cumplir otros elementos medianeros. Obsérvese que el artículo 593 del Código civil habla de «árboles medianeros». Y desde el punto de vista lógico y analógico no veo ningún inconveniente para que un camino pueda ser considerado elemento medianero. Ante todo, los artículos 572 y 574 no pretenden la enumeración de todos los elementos medianeros, sino sólo la indicación de aquellos supuestos en que se presume la medianería. Así vistas las cosas, ello no excluye que puedan existir otros elementos medianeros, aunque no permitan presumir por sí mismos la situación de medianería.

(12) En principio, no es admisible la compra de un muro o de una pared como cosa independiente y autónoma, a no ser que sea para agregarla al predio colindante.

(13) Argumentos: la teoría de la accesión y el artículo 579 del Código civil. En el sentido indicado en el texto se muestra la doctrina dominante, que añade que no es imprescindible que la proporción sea por mitades iguales en cada fundo, aunque sea lo normal y presumible (así, ALBALADEJO, pág. 178, notas 49 y 50, *ob. cit.*).

COMUNIDAD y SERVIDUMBRE (14). Respecto a la comunidad, no se trata de una comunidad ordinaria de fincas (15) ni de una comunidad ordinaria sobre el muro como cosa (16), pues acabamos de indicar que el elemento medianero no es una cosa en sentido jurídico, sino parte integrante de cosas, y sobre partes integrantes no cabe copropiedad (confróntese el artículo 392 del Código civil, que se refiere a una «cosa» o «derecho»); se trata de una COMUNIDAD DE FACULTADES de uso (17) o utilización de dos propietarios de fincas colindantes, localizándose dichas facultades en el elemento medianero. En este sentido aceptamos la denominación de «comunidad de utilización», muy extendida ahora entre los autores (18). Y respecto a la situación de servidumbre puede convivir perfectamente con esa situación de comunidad, pues se refiere a un aspecto diferente: se trata de una servidumbre recíproca de un predio sobre el otro, cuyo contenido es variable, pues aunque fundamentalmente se centra en el derecho de apoyo (19) sobre el «elemento medianero» en la parte situada en la finca ajena (arts. 576 y 579 del Código civil) puede llevar consigo, según los casos y según el título constitutivo, la facultad de permanecer en el fundo ajeno para realizar las requeridas por la situación de medianería e incluso puede tener como contenido un derecho de paso (si el «elemento medianero» es un camino) o un derecho de acueducto (si el «elemento medianero» es una acequia). Normalmente, el gravamen recae materialmente sobre el «elemento medianero» (en la parte que es propiedad ajena), pero jurídicamente recae sobre toda la finca colindante, ya que aunque desaparezca el «elemento medianero», subsiste en potencia el gravamen (argumento: art. 546, 3.º, del Código civil, en el título de las servidumbres).

De estas dos situaciones, en ocasiones será predominante la de comunidad (así, tratándose de zanjas), pero incluso en estos casos puede estar latente la idea de servidumbre (si se concede la facultad de pisar el terreno ajeno para arreglar la zanja) (20).

De momento, ésta es nuestra opinión sobre el concepto de medianería en nuestro Código.

(14) Respecto a si la medianería lleva consigo, además, relaciones de vecindad, creemos con GONZÁLEZ-ALEGRE (*ob. cit.*, págs. 442 y 446) que no da lugar a relaciones de vecindad en sentido técnico, sino que es una figura independiente, si bien informada en su contenido por una «razón de vecindad».

(15) La Sentencia de 24 de mayo de 1943, a la que luego aludiremos con detalle, excluye la idea de comunidad de fincas.

(16) No obstante, GONZÁLEZ-ALEGRE habla indistintamente de «comunidad de pared medianera» y «comunidad de medianería» (*ob. cit.*, pág. 443).

(17) La figura de la «comunidad de facultades» cabe dentro de la fórmula del artículo 392 del Código civil, considerando que el Código no emplea la palabra «derecho» en sentido técnico. Ello da lugar a la especialidad de la situación, aparte de que puede llevar consigo una especie de mancomunidad de obligaciones *propter rem* (ver art. 575 del Código civil).

(18) La terminología proviene de WOLFF, según es sabido, pero hay que observar que dicho autor la configura como una comunidad de derechos (de uso) y no excluye la idea de servidumbre, pues en la página 334 añade: «el derecho de uso y el deber de conservación son parte del contenido de la propiedad de la finca; su supresión o modificación se efectúan constituyendo una servidumbre predial». Pero la doctrina española sólo ha recogido de WOLFF el aspecto de comunidad, silenciando la idea de servidumbre.

(19) Ya hemos dicho en la nota 1 que, en nuestra opinión, esta facultad de apoyo es una manifestación de la situación de servidumbre, a diferencia de la facultad de introducir vigas, que es manifestación de la situación de comunidad. Sin embargo, GONZÁLEZ-ALEGRE configura la distinción como de «carácter técnico de orden constructivo» (pág. 456) y sólo ve en ambos aspectos «la concepción comunitaria de la medianería» (pág. 457).

(20) Esta tesis mixta que mantenemos permitirá aplicar a cada situación las normas de la comunidad o de la servidumbre, según los casos. A efectos hipotecarios o de inscripción, conviene tener en cuenta que en el folio de cada una de las fincas deberá figurar el gravamen de servidumbre de medianería en favor del otro medio, para que así produzca efectos respecto a tercero, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria (sin perjuicio de admitir también en ciertos casos la teoría jurisprudencial de la apariencia de medianería por signos visibles), y al mismo tiempo puede figurar como cualidad del predio dominante, indicando en cada folio la parte de superficie que le corresponde en el elemento medianero.

B) *Posibilidad de la medianería horizontal: sus relaciones con la propiedad horizontal.*—Hasta aquí unas ideas generales sobre medianería, entendiendo como medianería propiamente dicha la «vertical», es decir, aquella en que el «elemento medianero» es perpendicular al suelo (o está en el mismo suelo: caminos), pues es la que directamente contempla el Código civil. Ahora planteamos si cabe admitir la llamada «medianería horizontal», o sea, aquella en la que el «elemento medianero» es paralelo al suelo.

Los dos posibles obstáculos legales para la admisión de esta extraña figura son la regulación que el Código civil contiene sobre la medianería y la regulación de la propiedad horizontal.

Respecto a la regulación legal de la medianería, el obstáculo no es tan fuerte, pues el Código civil no excluye la medianería horizontal; lo único que resulta es que el supuesto directamente contemplado es la medianería vertical, pero ello no quiere decir que quede excluida cualquier otra posición del «elemento medianero», sino que más bien debe admitirse amplitud de posiciones por analogía. Efectivamente, en la medianería horizontal existe también un «elemento medianero» que separa dos fincas y que es elemento común de ambas, y se da también el requisito de ser colindantes las fincas, si bien en superposición en lugar de producirse colindancia lateral. Por tanto, se dan los presupuestos de la medianería. Y, en último término, la figura sería admisible a través de la fórmula abierta del artículo 594 del Código civil. Ahora bien, se trata de una medianería especial (21). La especialidad consiste en la horizontalidad o paralelismo del «elemento medianero» con relación al suelo. Pero no hay ningún problema para configurarla también como medianería, ya que en esta situación cabe hablar igualmente de un estado de comunidad de facultades de uso sobre el «elemento medianero», que sirve de techo a una de las fincas, y de suelo, a otra (posibilidad de colgar lámparas, apoyar muebles, etc.), y cabe también hablar de un estado de servidumbre, si bien, en este caso, no con reciprocidad, pues el derecho de apoyo corresponde únicamente al titular del piso situado encima, que por ello ostenta con exclusividad la cualidad de predio dominante (sin perjuicio de que, a su vez, tenga que soportar la carga de otro piso situado más arriba).

En cuanto al otro obstáculo para la admisión de esta figura, la regulación legal de la propiedad por pisos es un obstáculo más fuerte. Comparemos primeramente ambas situaciones jurídicas: tanto en la medianería horizontal como en la propiedad horizontal existe el elemento común y las propiedades separadas. Pero mientras en la medianería horizontal sólo existe un elemento común (el muro medianero), en la propiedad horizontal existen numerosos elementos comunes (suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, etc.). Y mientras en la medianería horizontal el muro medianero no es objeto de copropiedad por cuotas, sino que hay una distinción longitudinal de partes atribuidas a cada uno de los pisos contiguos, en la propiedad horizontal existen cuotas de copropiedad que dan lugar a una regulación más compleja. Mientras en la medianería horizontal sólo hay dos propiedades privativas en relación (la propiedad del piso de abajo y la propiedad del piso de arriba)—sin perjuicio de que pueda existir una pluralidad sucesiva de medianerías horizontales—, en la propiedad horizontal cabe, y será lo normal, la existencia de más de dos pisos en tal régimen. En fin, mientras la regulación de la medianería horizontal se agota en un uso limitado del «elemento medianero» y en un derecho de apoyo de un piso sobre el otro, en la propiedad horizontal existe una regulación muy compleja y una

(21) Como «medianería especial» la califica la citada Sentencia de 24 de mayo de 1943 en su «Considerando» tercero.

intercomunicación de las partes privativas a través de los numerosos elementos comunes. Esto hace ver la importancia práctica de la distinción, pues, por ejemplo, en el presente caso, si se configuraba el supuesto como medianería horizontal, el titular del piso de arriba podía hacer las obras exteriores que estimara conveniente sin necesidad de obtener el consentimiento del otro titular, consentimiento, en cambio, imprescindible en la situación de propiedad horizontal.

Una vez mostradas las diferencias cuantitativas (número de elementos comunes) y cualitativas (carácter y atribución del elemento común) entre medianería horizontal y propiedad horizontal, nos queda por solucionar si la regulación de la propiedad horizontal, establecida en el artículo 396 del Código civil y en la Ley de 21 de julio de 1960, supone un obstáculo infranqueable para la existencia legal de la medianería horizontal.

Distinguiremos: por regla general, si supone un obstáculo para la admisión de la medianería horizontal; pero en circunstancias especiales cabe tal figura jurídica, a pesar de la regulación de la propiedad horizontal.

Efectivamente, por regla general, no cabe la medianería horizontal. Como ésta y la propiedad horizontal son incompatibles en un mismo edificio (22), o se admite una u otra, y resulta que la Ley ha previsto que cuando un edificio esté dividido en pisos con una serie de elementos comunes por naturaleza es imperativa la regulación en propiedad horizontal. Así se desprende del artículo 396 del Código civil y del artículo 3.º de la Ley especial. En el mismo sentido, en principio, se muestra ESCRIVÁ DE ROMANÍ (23).

Entonces, ¿qué ámbito queda para la medianería horizontal si ésta presupone también un edificio por pisos? Queda un ámbito excepcional: el caso de pisos o departamentos superpuestos que no tengan más elemento común que el «elemento medianero» (24). Se dirá que esta situación es muy extraña, pues siempre habrá varios elementos comunes. Pero no es así; si se trata de engendros arquitectónicos (25), casas empotradas en otras, observamos que en el espacio de confluencia se da una superposición que puede no tener ningún elemento común por naturaleza (en caso de entrada y escaleras independientes) e incluso puede haberse pactado que el vuelo sea sólo de uno de los cuerpos del edificio y no del otro. En tal caso, ¿qué elemento común existe ahí? Sólo el «elemento medianero», que cumple la función de permitir el apoyo del edificio situado encima sobre el de abajo.

Obsérvese que admitimos la medianería horizontal sólo en el caso en que no haya elementos comunes por naturaleza ni tampoco elementos comunes accidentales de propiedad horizontal. Y, naturalmente, tampoco

(22) Me refiero a una incompatibilidad entre los mismos elementos del edificio. Por tanto, lo que sí cabe es que los pisos de un edificio estén en régimen de propiedad horizontal, y, al mismo tiempo, el edificio, en todo o en parte, tenga constituida a su favor medianería vertical u horizontal sobre otro edificio.

(23) Dice ESCRIVÁ DE ROMANÍ: "Nos encontramos ante el sugestivo problema de si cabe que las partes configuren libremente algún tipo de comunidad sobre pisos o edificios distinto del regulado por la Ley. Creemos que ello no es posible, dado el carácter imperativo general de la legislación." Y añade: "Lo que sí será posible, en algunos casos, es constituir propiedades totalmente separadas mediante el sistema de segregación, siempre que no existan elementos comunes" (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, año 1967, pág. 1236).

(24) Aunque ESCRIVÁ DE ROMANÍ contempla el supuesto, lo admite en el caso de que se constituya un derecho de superficie. Por tanto, parece que no se atreve a admitir la "medianería horizontal" (*loc cit.*, pág. 1236).

(25) Tomamos esta expresión de "engendros arquitectónicos" del "I Simposio sobre Propiedad Horizontal" (Valencia, octubre 1972), en que se explica la razón de su existencia: "Los supuestos de casas con departamentos unilateral o mutuamente empotrados son relativamente frecuentes en el casco viejo de las grandes poblaciones y en las ciudades y pueblos de ámbito rural, obedeciendo a necesidades de la ampliación de edificios y, sobre todo, a la división material de antiguas edificaciones unitarias: las casas "a caballo" surgen de las necesidades prácticas de máximo aprovechamiento de un solar único, generalmente emplazado entre calles a distinto nivel" (pág. 103).

se daría la medianería horizontal si se pactó otro régimen distinto (ejemplo: superficie).

Conclusión: sólo en circunstancias excepcionales cabe admitir la medianería horizontal. Es más, aun en esas circunstancias excepcionales no es muy aconsejable la constitución de medianería horizontal, pues puede dar lugar a una serie de problemas en caso de derrumbamiento de los edificios que no se dan con la propiedad horizontal. Por ello, lo más aconsejable es lo siguiente: la constitución de una sola propiedad horizontal de los dos edificios empotrados, con unos elementos comunes generales de ambos (vuelo, suelo, etc.) y unos elementos comunes específicos de cada edificio. Ahora bien, aunque esto es lo más aconsejable, puede que los interesados no deseen esta conexión en el momento de la constitución del régimen o puede que cuando se constituyó la situación se estableció que el vuelo perteneciera al titular del edificio situado encima, y en estos casos es perfectamente lógico admitir la regulación de propiedad horizontal de cada edificio por separado (26) y, al mismo tiempo, admitir que en la zona de confluencia existe una medianería horizontal del uno sobre el otro, dado que en esa zona no hay ningún elemento común de propiedad horizontal (27).

Hechas estas observaciones generales, creo que puede comprenderse mejor la tesis de esta sentencia y de la de 24 de mayo de 1943. Ambas aceptan la figura jurídica de la medianería horizontal. Pero el problema jurídico debatido era distinto en una y otra, aunque desde el punto de vista del supuesto fáctico (edificios superpuestos) ofrezcan analogía.

En la sentencia de 24 de mayo de 1943 se trataba de lo siguiente: el actor pretendía que se declarase la existencia de COMUNIDAD sobre los dos inmuebles incrustados, a efectos de obtener la declaración de disolución de dicha comunidad por el sistema de venta del titular de un edificio al titular del otro, o por la venta de conjunto, si se estimaba que era un todo indivisible. El Tribunal Supremo en dicha sentencia entiende que no existe situación de CONDOMINIO, según los artículos 392 y 399 del Código civil, sino simplemente una MEDIANERÍA ESPECIAL. Obsérvese que esta sentencia plantea la oposición entre medianería horizontal y comunidad ordinaria, no entre medianería horizontal y propiedad horizontal, a diferencia de la sentencia que ahora comentamos. Incluso en su «considerando cuarto» cita la Ley de 26 de octubre de 1939 de Propiedad Horizontal (vigente en aquella fecha) como argumento en contra de la disolución de la comunidad que pretendía el demandante. Es decir, la regulación de propiedad horizontal se cita no para desvirtuar la existencia de medianería horizontal, y por ello no quedan frente a frente ambas situaciones jurídicas.

En cambio, en la presente sentencia se pone al descubierto la diferencia y oposición entre propiedad horizontal y medianería horizontal. El Tribunal Supremo reconoce de nuevo la situación de medianería horizontal, pero en esta ocasión lo hace para indicar que queda excluida la regulación de la propiedad horizontal que pretendía el recurrente.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido ya en dos sentencias la posibilidad de la medianería horizontal. Por un lado, como figura excluyente del régimen de disolución de la comunidad ordi-

(26) Sin embargo, en el citado "I Simposio sobre Propiedad Horizontal" (pág. 103), al aludir a estos "engendros arquitectónicos", se "considera inaceptable la aplicación, en tales casos, del régimen jurídico de propiedad horizontal que pueda regular separadamente cada uno de los edificios configurados con independencia jurídica", pero no nos convence esta tesis, pues se cierra la posibilidad de una fórmula jurídica que puede resolver numerosos problemas, sin que la citada fórmula esté prohibida por la ley.

(27) Desde el punto de vista hipotecario, creo que cabe también la inscripción en el Registro, siempre que se precise la regulación adecuadamente: que la zona de apoyo tiene tal longitud, que la altura de cada cuerpo es "equis", que el vuelo pertenece a uno solo de los propietarios y el suelo al que sea, etc.

naria (sentencia de 23 de mayo de 1943), y por otro, como figura excluyente de la regulación de propiedad horizontal (sentencia de 28 de abril de 1972), por no necesitarse el consentimiento del otro propietario para realizar obras en el cuerpo respectivo del edificio.

Pero en ambas sentencias se admite la medianería horizontal en supuestos fácticos muy especiales de casas empotradas, que sólo tenían como elemento común la pared medianera y que, además, constaban inscritas en el Registro de la Propiedad como fincas independientes.

Por eso, partiendo de la premisa fáctica de no existir más elemento común que el muro medianero, consideramos acertada la declaración de esta sentencia. No obstante, no queremos dejar de exponer una duda que nos viene a propósito del «vuelo». Resulta que el vuelo es un problema central en el presente caso, pues el recurrente pretende la aplicación de la normativa de la propiedad horizontal argumentando a través de la existencia del vuelo como elemento común. La Audiencia había negado que el mismo tuviera titularidad sobre el vuelo. Y por ello, al mismo tiempo, el recurrente alega incongruencia de la sentencia, dado que no se había discutido la titularidad sobre el vuelo. Pero el Tribunal Supremo estima que no existe tal incongruencia señalando que el problema del vuelo se planteó por el demandado en la contestación a la demanda. No obstante, a la vista de los resultandos, parece que el problema quedó planteado así: el actor pedía que el edificio fuera devuelto a su estado primitivo, y los demandados contestan que el actor tiene «limitado su derecho de vuelo» por las propiedades superpuestas. Luego los demandados no niegan que el actor tenga derecho de vuelo, sino que alegan que lo tiene, pero limitado, y mantienen que con las obras «no se ha agravado» la propiedad de aquél. La sentencia de la Audiencia resolvió declarando que el actor carecía de derecho de vuelo a partir de lo edificado por él. ¿No supone esta declaración cierta incongruencia al resolver más de lo alegado por el demandado, que reconoce la titularidad del vuelo del actor, pero con limitaciones? El Tribunal Supremo, acabamos de verlo, dice que no hay incongruencia. Dejo abierta la discusión del tema, aunque quizá no sea suficiente tener a la vista los «resultandos» de la sentencia para dar una opinión. Lo que sí quiero destacar, para terminar este comentario, es que, a efectos de la medianería horizontal, el problema del vuelo era muy importante: si el vuelo es elemento común creemos que no cabe medianería horizontal, pues, según hemos visto, ésta sólo cabe cuando no hay elementos comunes de propiedad horizontal.

**RETRACTO DE COLINDANTES: COMPUTO DEL PLAZO DE LA ACCION.
INSCRIPCION Y CONOCIMIENTO COMPLETO (SENTENCIA DE 5 DE
MAYO DE 1972).**

Hechos.—Doña Emilia P. F. interpone demanda contra el comprador de una finca rústica, don José Antonio R. P., y contra la vendedora, doña Natividad P. F., ejercitando el retracto de colindantes, manifestando que la acción se ejercitaba dentro del plazo de nueve días desde la fecha de la inscripción de la compra en el Registro de la Propiedad. Los demandados alegan, aparte de otros extremos, que doña Emilia tenía conocimiento de la venta desde hacía mucho tiempo antes de la inscripción, por lo que la acción de retracto había caducado.

El Juzgado de Primera Instancia de Nules estimó la demanda, pero esta sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

La actora interpone recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba y por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código civil, ya que, según éste, sólo en defecto de inscripción puede atenderse al cómputo del conocimiento de la venta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, en su segundo considerando, afirma que 'de la apreciación de la prueba practicada, principalmente de la absolución de posiciones de la demandante, en la prueba de confesión verificada a instancia de los demandados, al absolver las posiciones cuatro y veintitrés, reconoce explícitamente y sin lugar a dudas que tuvo conocimiento de la venta y del otorgamiento de la escritura pública a favor de los demandados no sólo antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino al día siguiente de verificarse la venta por escritura pública', y, asimismo, 'o sea, que con pleno conocimiento de la celebración del contrato y su consumación por el otorgamiento de la escritura', y después que 'apreciando la prueba practicada estima dicho conocimiento suficiente de la enajenación, verificada bastante antes de la inscripción', es decir, que aunque principalmente tenga en cuenta la confesión, aprecia el resultado de otras pruebas, y al afirmar la sentencia el conocimiento *pleno y suficiente*, no puede menos de estimarse que lo fue de las condiciones esenciales de la venta y que la confesión es una prueba más de las tenidas en cuenta...»

«Considerando, en cuanto al segundo (motivo), con amparo en el número 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código, que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el precepto citado en el motivo, previniendo la mala fe y la anomalía de que quien tuvo conocimiento de la venta antes de la inscripción, sin ejercitar sus derechos, pueda ver revalidada su acción por la posterior constancia de aquélla en el Registro, ha declarado con reiteración que el cómputo a partir de la inscripción sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, sentencia de 29 de noviembre de 1958, que ratifica otras anteriores, con tal que se dé como probado que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con fecha anterior y que tal conocimiento sea completo, y como en el caso debatido la sentencia da como probado, por apreciación conjunta de la prueba, tal conocimiento *pleno y suficiente*, el Tribunal se ve en la necesidad de apreciar correctamente interpretado el precepto, que el motivo acusa infringido, y por ello, en la de desestimar el motivo, y con el mismo, el recurso, con costas, por ser preceptivas.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo no sólo confirma la tesis de que el conocimiento de la venta debe ser pleno y suficiente para que pueda servir de cómputo al plazo de la acción de retracto, sino que reitera también la doctrina legal, consistente en que el cómputo de la inscripción, establecido por el artículo 1.524 del Código civil, sólo tiene aplicación cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de fecha anterior.

Esta interpretación sobre el ámbito de actuación de los dos cómputos del artículo 1.524 del Código civil (es decir, el cómputo de la inscripción y el cómputo del conocimiento completo de la venta) es acertada, teniendo en cuenta el sentido del precepto e incluso su letra.

En esta cuestión caben tres posibles interpretaciones sobre la aplicación de dichos cómputos, las cuales exponemos a continuación, situando en la primera al recurrente; en la última, al Tribunal Supremo y a la

doctrina de los autores, y dejando como mera hipótesis, inadmisible legalmente, la segunda.

Primera interpretación: Teoría de la primacía absoluta del cómputo de la inscripción.—Según esta interpretación, el artículo 1.524 del Código destaca la preferencia y eficacia total y absoluta del cómputo de la inscripción sobre el cómputo del conocimiento, de tal modo que aun existiendo éste, si después se produce la inscripción, ha de atenderse al cómputo marcado por ésta. Por tanto, el cómputo de la inscripción tendría, según esta tesis, una eficacia anulatoria del cómputo del simple conocimiento. Así interpreta el citado artículo el recurrente, que dice: «Es sólo en defecto de inscripción registral cuando juega el posible conocimiento del retrayente. Es evidente que el conocimiento de todas las condiciones y circunstancias en que se ha realizado la venta, exigido por la doctrina jurisprudencial, se da de modo pleno y absoluto a través de la inscripción registral.» Se basa, por tanto, en dos argumentos: 1.º La expresión del artículo 1.524: «en su defecto», lo que significa que existiendo inscripción hay que prescindir del cómputo del conocimiento. 2.º El conocimiento exigido por la jurisprudencia es un conocimiento pleno y absoluto y esto sólo se logra con la observación directa del título.

Respecto a este segundo argumento cabe contestar que de ningún precepto se desprende que la inscripción registral sea el único medio de conocimiento completo. La inscripción permite dicho conocimiento, pero caben otros medios para conocer de modo pleno la venta realizada. Esto es evidente y, además, desde el punto de vista del texto legal, no se explicaría, siguiendo esta tesis, que el Código aluda al conocimiento en defecto de inscripción, pues ello demuestra que cabe conocimiento sin inscripción registral.

En cuanto al primer argumento del recurrente, la expresión «en su defecto», utilizada por el artículo 1.524 del Código civil, creemos que el recurrente prescinde de un elemento importante de interpretación, consistente en el elemento temporal, es decir, el momento en que hay que situar la falta de inscripción, ya que no cabe interpretar la expresión «en su defecto» en forma absoluta e intemporal. Otra cosa sería si viviéramos en un planeta en que no existiera el tiempo, pero en este caso, y más interpretando cómputos, el principio de seguridad jurídica impide dejar para la eternidad la cuestión de la falta de inscripción. Entonces cabe preguntar: ¿cuál es ese momento en que hay que apreciar o situar la falta de inscripción? Obsérvese que en nuestro sistema siempre hay un período de tiempo, por pequeño que sea, en que la inscripción falta (el supuesto de inscripción simultánea con el otorgamiento lo descartamos por razones obvias). Pues bien, en ese período de tiempo en que la inscripción no se ha producido entra en acción el cómputo del conocimiento. Luego el momento clave a tener en cuenta para decidir la falta de inscripción es precisamente aquel en que se produzca el conocimiento. Si en ese momento no existe inscripción se da el supuesto del artículo 1.524 relativo al «defecto de inscripción». Como el Código está contrastando dos cómputos parece lógico referir el momento de apreciar la falta de uno de ellos al que el otro se da. Es decir, si en el momento en que el colindante conoce de modo completo la venta no existía la inscripción, no cabe luego acudir al momento posterior en que la inscripción se produjo, para así desvirtuar una apreciación anterior que ha de considerarse firme. Esta fijación del momento en que hay que calificar si existe o no la inscripción parece mejor que no dejar siempre en el aire el problema. Se nos podría decir que también cabe señalar como momento de fijación temporal de la cuestión de la falta de inscripción el de la interposición de la demanda de retracto, interpretando, como hace el recurrente, que si en tal momen-

to existe inscripción no cabe atender al cómputo del conocimiento, aunque cuando éste se produjo hubiera «defecto» de inscripción. Pero entonces contestaríamos que no nos convence la fijación de ese otro momento temporal de iniciación del litigio, ya que tiene el inconveniente de dejar el problema del cómputo al arbitrio del retrayente y, además, daría lugar a la anulación de un plazo ya consumado en virtud de un cómputo ya anterior cuando la inscripción no existía. En todo caso, esto podría rebatirse con los dos argumentos siguientes: 1.º Desde el punto de vista de la eficacia de la inscripción en nuestro Derecho cabe decir que en ningún artículo del Código civil ni de la Ley Hipotecaria (interpretación sistemática) se alude a esa pretendida eficacia anulatoria de un plazo que ya ha surgido por el cómputo del conocimiento, pues esa supuesta eficacia no tiene nada que ver con la finalidad de la inscripción en nuestro sistema. 2.º Desde el punto de vista del concepto y finalidad de la figura de la caducidad está reconocido que esta institución se funda en el principio de seguridad jurídica y tiende a crear situaciones firmes, evitando así que se produzcan reclamaciones tardías y extemporáneas; el plazo de caducidad opera *ipso iure* y no cabe interrumpirlo ni renovarlo cuando ya ha finalizado. Pues bien, el plazo del artículo 1.524, como todos los de los retractos, es un plazo de caducidad, y si se admitiera la tesis del recurrente se llegaría al resultado de que la inscripción tendría la eficacia de anular un plazo de caducidad y de iniciar otro nuevo contra la esencia de la caducidad.

Segunda interpretación: Teoría de la primacía absoluta del cómputo de la inscripción en las ventas formalizadas en escritura pública.—¿Podría entenderse que la expresión «en su defecto» se refiere al supuesto de imposibilidad de inscripción por razón de la forma del contrato de venta? Creemos que tampoco es admisible esta tesis. Si se admitiera cabría hacer la siguiente distinción: ventas formalizadas en escritura pública y ventas verbales o en documento privado. Respecto a las primeras, como en principio son susceptibles de inscripción (conforme al art. 3.º de la Ley Hipotecaria), el cómputo de la acción de retracto sería la inscripción en Registro; en cambio, en las ventas verbales o en documento privado, al existir en su origen un defecto formal para la inscripción, sólo cabría atender al cómputo del conocimiento. He aquí, pues, esa otra interpretación, que no se fija en ningún elemento temporal porque delimita la aplicación de cada cómputo en relación con la clase de formalidad utilizada en el contrato de compraventa. Pero en seguida hemos de decir que la distinción a que daría lugar esta hipotética interpretación es endeble, si se tiene en cuenta lo siguiente: 1.º Que hay escrituras públicas que no se pueden inscribir por un defecto insubsanable. 2.º Que hay ventas verbales o en documento privado que se pueden inscribir elevándolas a escritura pública. 3.º Que no hay ningún indicio en la Ley que permita sostener que es ése el sentido del artículo 1.524 del Código. 4.º Que tampoco cabe en la letra de dicho artículo, pues la expresión legal «en su defecto» no equivale a «no siendo posible la inscripción» (que es la fórmula que resultaría de esta interpretación), ya que la imposibilidad de inscripción es sólo una de las manifestaciones de la fórmula legal más amplia referida a la falta de inscripción (sea por imposibilidad o por otra causa).

Tercera interpretación: Teoría de la primacía de los cómputos por el orden de preferencia en el tiempo.—Es la tesis que hemos apuntado al rebatir las anteriores interpretaciones. Y es la de la presente sentencia, que confirma la de 28 de mayo de 1963 (28). En cuanto a la sentencia de

(28) Ver Aranzadi, número 2.952, del año 1963.

29 de noviembre de 1958, que también es citada por la presente sentencia, no se refiere ni siquiera al problema al cómputo, sino a la naturaleza rústica de la finca a efectos del retracto (29). Y respecto a las sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de julio de 1959 y 4 de mayo de 1961, citadas por ALBALADEJO dentro de esta tesis, nosotros creemos que no se refieren directamente al problema de la preferencia de cómputos, aunque de ellas resulte indirectamente una interpretación del cómputo del conocimiento en el sentido de la sentencia que comentamos. Entre los autores, el propio ALBALADEJO puede ser incluido en esta tercera interpretación, pues dice lo siguiente: «Evidentemente, la Ley persigue el fin de que el plazo comience a correr desde que el retrayente conozca la transmisión o, aunque no la conozca, desde que se inscribió en el Registro, ya que publicándola éste pudo conocerla» (Derecho de cosas, pág. 562, nota 29).

En definitiva, esta interpretación supone que si se produce primero la inscripción de la venta, antes que se tenga conocimiento de ella de otra manera, el cómputo será la fecha de la inscripción, y si se produce el conocimiento de la venta por parte del retrayente de cualquier manera, siempre que sea de modo completo, antes de haberse producido la inscripción, el cómputo será la fecha del conocimiento de la venta.

Respecto a los argumentos en pro de esta interpretación me remito a lo ya dicho más arriba, pudiendo añadirse lo que señala la presente sentencia, que destaca que así se evita la mala fe y la anomalía de que quien tuvo conocimiento de la venta antes de la inscripción pueda ver revalidada su acción por la posterior constancia registral de la misma.

Quiero terminar indicando que no es esta última una interpretación que fuerza la redacción del texto legal, sino que se adapta a la letra del artículo 1.524. Es más, considero acertada tal redacción (en contra, ALBALADEJO), pues no sólo permite acoger la interpretación señalada, sino que, además, tiene la ventaja de dejar constancia de la primacía del cómputo de la inscripción (cuando ésta se produjo) sobre el conocimiento de la venta producido con posterioridad a la inscripción. Es decir, que deja bien claro que existiendo inscripción no cabe acudir al cómputo del conocimiento alegando que fue imposible conocer la inscripción (ejemplo: por estar en el extranjero, por enfermedad, etc.), ya que sólo «en defecto» de inscripción es cuando cabe acudir al cómputo del conocimiento, sin que sea posible alegar ignorancia de la inscripción, con lo cual la publicidad formal del Registro se lleva aquí hasta sus últimas consecuencias por aplicación del principio de seguridad jurídica. En tal sentido, la fórmula legal empleada es bien expresiva y no merece ser tachada de defectuosa. Naturalmente, caben también otros términos, pero no veo la necesidad de que se modifique la concisa redacción del artículo 1.524 del Código civil, pues rectamente entendida tampoco da lugar a confusión, ya que las otras posibles interpretaciones quedan claramente rechazadas por los argumentos indicados.

**BIEN DE DOMINIO PUBLICO MUNICIPAL: VIA PUBLICA, NO SOLAR.
DOCTRINA DEL ERROR DE HECHO EN CASACION (SENTENCIA DE
26 DE MAYO DE 1972).**

Hechos.—Don Antonio F. H. formula demanda contra el Ayuntamiento de M. y otro señor con la pretensión de que se le declare propietario, por prescripción extraordinaria de treinta años, de un solar que había ocupado a título de dueño en el año 1937, cuando estaba abandonado, al descu-

(29) Quizá haya querido referirse el Supremo a la Sentencia de 20 de noviembre de 1958, que tiene más relación con el tema.

bierto y sin cercar, y que disfrutó ininterrumpidamente a partir de dicha fecha, según acreditaba con las declaraciones de testigos recogidas notarialmente, añadiendo que el solar no constaba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona alguna, según certificación que acompañaba.

El Ayuntamiento de M. se opone formulando reconvencción en el sentido de argumentar que el terreno discutido consiste en vía pública. La oposición del otro demandado no aparece clara en la presente sentencia, no afectando, por otro lado, a la doctrina del Tribunal Supremo, que ahora expondremos.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga estimó la reconvencción, considerando el terreno discutido como vía pública perteneciente con tal carácter al Ayuntamiento demandado; desestima, en cambio, la reconvencción formulada por el otro demandado. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirma la sentencia en cuanto al carácter de vía pública del terreno discutido, desestimando la demanda reconvenccional del otro demandado, pero por razón de forma, sin entrar en el fondo, a diferencia del Juzgado, que la había desestimado totalmente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante:

«Considerando que para que pueda prosperar un motivo amparado en el número 7.º del repetido artículo 1.692 es menester que el supuesto error de hecho resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del Juzgador, y en el presente caso, el informe pericial invocado, el acta de determinada sesión municipal, ciertas fotografías, el plano municipal y unas RR. Ordenes no muestran por sí solas, de modo patente e inequívoco, la pretendida equivocación del Tribunal *a quo* respecto a la calificación del terreno discutido como formando parte de la vía pública de la ciudad.

MONTES DE UTILIDAD PUBLICA: PERTENENCIA. VALOR JURIDICO DEL CATALOGO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—La Junta Vecinal de Tuiza y varios vecinos de dicha parroquia ejercitan la acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Lena y el Abogado del Estado sobre la propiedad de un monte catalogado, alegando que aunque el Ayuntamiento demandado obtuvo la inmatriculación del mismo en el Registro de la Propiedad en el año 1956 por medio de certificación del secretario, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria (30), en realidad, el monte pertenecía al pueblo de Tuiza, según se

(30) A propósito de esto, nosotros creemos que no cabe la inmatriculación de Montes de Utilidad Pública incluidos en el Catálogo por el sistema de certificación del Secretario del Ayuntamiento propietario con referencia al Inventario de Bienes, pues aunque podría discutirse, en principio, si el procedimiento inmatriculador de dichos Montes consiste en la certificación por triplicado expedida por el Ingeniero encargado del Catálogo excluye o no la certificación del Secretario del Ayuntamiento como medio inmatriculador, hay que pensar que se trata de la inmatriculación de Montes incluidos en el Catálogo de Utilidad Pública, y el único funcionario que tiene facultad de certificar respecto al Catálogo es el Ingeniero encargado del mismo, por lo que el Secretario del Ayuntamiento no tiene facultad de certificar sobre ese extremo, a efectos del artículo 303 del Reglamento Hipotecario, sin que sea suficiente que en el Inventario de Bienes del Municipio figure que el Monte está incluido en el Catálogo de Utilidad Pública, pues la certificación ha de proceder directamente del Catálogo. Ahora bien, puede suceder que en el Catálogo no consten todos los detalles que se exigen para la inscripción (ejemplo: en algunos casos, la distribución de superficie de un Monte sito en dos términos municipales, o cuando

acreditaba por certificación del Distrito Forestal en relación con el Catálogo de Montes, en el que figuraba como de la «pertenencia» del citado pueblo, de Tuiza, y también por los repetidos actos de aprovechamiento de pastos realizados consuetudinariamente por los vecinos. En base a todo ello suplican se declare la propiedad exclusiva del monte a su favor y la cancelación de la inscripción practicada a nombre del Ayuntamiento.

Los demandados se oponen contestando que «el pueblo de Tuiza» no existe como tal Corporación Local, sino que está integrado en el Ayuntamiento de Lena, que es a quien pertenece el monte como comunal, tal como resulta de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo desestima la demanda sin entrar en el fondo. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo desestima también la demanda, pero por razones de fondo.

La parte demandante interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en el Catálogo, en que no es necesario acreditar una posesión inmemorial bastando sólo un aprovechamiento consuetudinario, en incongruencia de la sentencia apelada, en error de hecho y en la doctrina de los actos propios, dado que el Ayuntamiento demandado había reconocido anteriormente la propiedad del monte en favor de los vecinos de Tuiza.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, por no existir incongruencia en la sentencia recurrida, destacando que frente a las declaraciones de dicha sentencia relativas a que el Catálogo no es prueba de propiedad, sino sólo de posesión, y a que tal posesión no fue exclusiva, no valen los documentos alegados por la parte recurrente, pues la certificación del Distrito Forestal no tiene el carácter de documento auténtico a efectos de casación en relación con la cuestión de propiedad del monte; por otro lado, se dice en la sentencia que «el recurso tiende a demostrar que no se exige la usucapión inmemorial, citándose al efecto la sentencia de 5 de junio de 1918 y la de 28 de diciembre de 1957, que hablan sólo de la posesión de los actores, que justificaron cumplidamente haber ganado el dominio por la prescripción extraordinaria de treinta años, debidamente acreditada, olvidando que la sentencia recurrida dice que más bien se colocan en una especie de prescripción extraordinaria de treinta años, que ni siquiera alegan como tal y que tampoco prueban, afirmación no contradicha en el recurso; igualmente, lo que se dice en el apartado segundo sobre el aprovechamiento consuetu-

consta la pertenencia de un Monte a favor de varios Ayuntamientos sin precisar la proporción entre ellos o la situación de proindivisión, etc.), y entonces cabe también plantear si la certificación del Ayuntamiento puede servir como documento complementario para llenar esas lagunas. Creemos que lo procedente es que sea el propio Ingeniero del Catálogo el que certifique de esos detalles complementarios en relación con el certificado o documento del propio Ayuntamiento, pues el apartado 1.º del artículo 72 del Reglamento de Montes dice: «En las certificaciones a que se refieren los artículos anteriores (se refiere a las expedidas por el ingeniero con referencia al Catálogo) se consignarán las descripciones que resulten de los deslindes, inventarios, catálogos y demás documentos que obren en poder de la Administración Forestal o ENTIDADES PROPIETARIAS.» Parece, pues, que no basta aportar al Registro de la Propiedad como documento complementario subsanatorio la certificación del Secretario del Ayuntamiento, sino una certificación del propio Ingeniero con referencia a la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento, pues así resulta del citado artículo 72. No obstante, en la práctica, muchas veces será contraproducente este rodeo, por lo que debiera preverse reglamentariamente la posibilidad de admitir directamente esa certificación del Secretario del Ayuntamiento, pero sólo como documento complementario del título de inmatriculación regulado por el artículo 71 y siguientes del citado Reglamento. Quizá se consiga evitar con el sistema del artículo 72 que se puedan consignar en el Registro datos que pudieran contradecir de alguna manera el contenido del Catálogo, pues es el propio ingeniero el que certifica en relación con los documentos de las Entidades Propietarias, con lo cual tiene ocasión de supervisarlos, a dicho objeto. Todo esto con- vendría estudiarlo más a fondo.

dinario, tampoco se mantiene frente a los hechos declarados probados, que contradicen ese aprovechamiento exclusivo del monte por los vecinos de Tuiza por un período superior a los treinta años, frente a los cuales nada pueden los esporádicos actos posesorios por personas extrañas a ese pueblo». Por último, respecto a la teoría de los actos propios, el Tribunal Supremo recuerda que la jurisprudencia exige que tales actos se realicen con el designio de crear o modificar algún derecho, que sean inequívocos, que estén de acuerdo con la realidad material de las cosas y que sean concluyentes e indubitados, sin dejar de atender al negocio jurídico que los produjo, y con referencia al caso de autos se estima que tales actos, simples manifestaciones en pleitos distintos y en documentos carentes por sí de todo designio creador o de reconocimiento de derechos, se les pueda conceder el valor de una atribución patrimonial exclusiva en favor del pueblo de Tuiza, sobre todo si estaban formulados en función de la situación posesoria que proclama el Catálogo y que en este proceso aparece totalmente desvirtuado.

TERCERIA DE DOMINIO: IDENTIFICACION DE FINCAS A EFECTOS DE DETERMINAR LAS PRIVATIVAS DE LA ESPOSA Y LAS GANANCIAS (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Doña Rosario A. B. dedujo demanda de tercería de dominio contra «Financiera I., S. A.», y contra el esposo de la propia actora, ante el embargo trabado por la «Financiera» sobre 85 fincas por deudas del marido, las cuales fincas figuraban catastradas a nombre del marido, solicitando la actora en la demanda de tercería que se levantara el embargo sobre las mismas por pertenecerle a ella por herencia de sus padres y abuelos, según escrituras que acompañaba, a pesar de que «a efectos administrativos» figuraban en el Catastro a nombre del marido.

Como las escrituras aportadas (no inscritas en el Registro) eran de fecha muy antigua, todo el problema quedaba reducido a la identificación pericial de las fincas en relación con las que figuraban en dichas escrituras.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pamplona estimó la demanda de tercería respecto a la mayor parte de las fincas, por quedar identificadas con las que la actora heredó de sus padres, pero ordena que subsista el embargo respecto a 12 fincas cuya propiedad privativa a favor de la actora no quedó acreditada.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia apelada, reduciendo el número de fincas identificadas como privativas de la actora, por lo que el resultado fue dejar subsistente el embargo sobre 23 fincas.

«Financiera I., S. A.», interpone recurso de casación por infracción de ley, siendo su principal argumento la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, por existir en autos una escritura de manifestación de herencia a favor de la actora en la que sólo se recogen tres fincas de las 85 reclamadas, lo que quiere decir, en opinión del recurrente, que las demás que dice adquiridas por capitulaciones matrimoniales no son en realidad de su pertenencia, pues de serlo habrían estado relacionadas en la citada escritura de herencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, pues el citado documento de herencia «lo que demuestra es que esas tres fincas son de su propiedad, pero en ningún caso prueba

que las restantes que la sentencia, por el examen conjunto de las pruebas practicadas y de la costumbre existente en Navarra de que los bienes privativos de las mujeres casadas sean amillarados a efectos fiscales a nombre de los maridos, le concede por estimar acreditado el dominio a su favor», no lo sean; «es visto que no aparece justificado el error denunciado y parece el motivo, máxime teniendo en cuenta que las tres fincas a que el documento aducido se refiere son las únicas del haber hereditario que estaban inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de los causantes de la herencia, y de lo actuado se desprende que tal documento tuvo por objeto su reflejo registral, como se consiguió, según en el mismo consta». Y respecto al problema de identificación de las fincas, tampoco tiene viabilidad el motivo que ataca la identificación llevada a cabo por la sentencia recurrida, pues «según constante y reiterada jurisprudencia pertenece su determinación a los Tribunales de Instancia».

DERECHO DE SUPERFICIE: PLAZO DE DURACION. ABUSO DE DERECHO. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El 21 de mayo de 1948 se suscribió un contrato por las representaciones de la entidad estatal «Canal...» y de la Sociedad Limitada P. F., por la que aquélla arrendó un trozo de terreno a la Sociedad «con el fin de construir (dicha Sociedad) sobre él un local para almacenes y quizá talleres, garaje y vivienda para una familia»; el canon a satisfacer por la Sociedad arrendataria era, en principio, de 1.200 pesetas anuales, con posibilidad de revisión quinquenal, aludiéndose en el contrato al plazo de un año prorrogable por la tácita.

Sobre dicho terreno, la Sociedad arrendataria construyó en 1948 ó 1949 una edificación, posteriormente ampliada con autorización de la entidad estatal.

Habiéndose acordado recientemente por la Junta Administrativa del «Canal» la permuta de terrenos de su propiedad por edificios de una Sociedad constructora de viviendas, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 26 de diciembre de 1948, y figurando el terreno arrendado entre los que habían de ser objeto de dicha operación de permuta, la citada entidad estatal intentó la resolución del contrato de arrendamiento a través de dos pleitos, no consiguiendo ese propósito.

La Abogacía del Estado formuló consulta, aprobada por la Dirección General de lo Contencioso, en el sentido de ser posible ejercitar una nueva acción en procedimiento judicial ordinario de mayor cuantía, distinta de las anteriormente entabladas, encaminada a que se declarara la extinción del derecho real de superficie existente en virtud del contrato de 21 de mayo de 1948. Y en base a esto, la entidad estatal «Canal...» formula demanda contra la Sociedad Limitada P. F., suplicando se declare extinguido el derecho temporal de superficie, con la obligación de la Sociedad demandada de devolver el terreno sin derecho a indemnización, y, subsidiariamente, se declare dicha extinción con todas sus consecuencias en el plazo que el Juzgado señale.

La parte demandada no se opone a la calificación de derecho de superficie, pero alega su carácter indefinido, puesto que en el propio contrato se estableció la prórroga por anualidades sucesivas, de modo que el plazo del año que se estableció no es más que un término a efectos de pago.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Zaragoza dictó sentencia declarando extinguido el derecho temporal de superficie, en los términos señalados por la demanda, interpretando que la duración del mismo fue de veinte años, ya transcurridos.

Apelada la anterior sentencia por la representación de la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia en la que resuelve que el plazo de duración del derecho de superficie era de treinta años, por lo que había de terminar el día 21 de mayo de 1978.

Ambas partes interponen recurso de casación: la entidad estatal demandante, por entender que el plazo de duración era de veinte años (conforme estableció el Juzgado de Primera Instancia), pues con la posesión durante esos veinte años quedó resarcida la compañía concesionaria de los desembolsos efectuados; la entidad demandada, por entender que el plazo de treinta años que fijó la Audiencia no debe tenerse en cuenta por haber sido fijado teniendo en cuenta la costumbre (art. 1.287 del Código civil) y, en realidad, no había en este caso costumbre, sino un uso convencional de la entidad actora en contratos anteriores, pero no una *communis opinio* entre una clase contratante, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.289, alegando también la existencia de un abuso de derecho por parte de dicha entidad actora, interpretando esa finalidad de permutar terrenos como una especie de donación encubierta en la que la propia entidad estatal iba a salir perjudicada, añadiendo que la «figura del abuso del derecho aparece aquí a través de la naturaleza pública de la persona demandante»; para la actuación de estas personas, la Ley pone como límite general la desviación de poder, y en este caso la había, según el demandado, dada la desproporción de los objetos permutados, con lo cual se produce donación, negocio que le está prohibido otorgar al «Canal» por los artículos 29 y 33 de la Orden de 22 de noviembre de 1969.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto por las dos partes.

Respecto al recurso de la entidad demandante, lo desestima por razones de forma y por no poder prevalecer la interpretación que la misma pretende del contrato discutido, frente a la ponderada interpretación de la Sala sentenciadora.

Respecto al recurso interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Supremo insiste en que «es reiterada la jurisprudencia que asigna, como función privativa del Tribunal de Instancia, la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos, que debe, por ende, ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado, con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo», y en el presente caso, «la Sala ha tenido en cuenta conjuntamente los distintos elementos del proceso interpretativo contenidos en los artículos 1.281 a 1.289 de la Ley sustantiva para inquirir sobre la existencia del plazo del contrato de autos, y su fijación, de acuerdo con el artículo 1.128 del Código civil».

En relación con el problema del abuso del derecho, suscitado por la parte demandada, la sentencia le dedica los dos primeros «considerandos», que exponemos a continuación:

«Considerando que según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en la sentencia de 28 de noviembre de 1967, para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurran los siguientes elementos esenciales: Primero. Uso de un derecho objetiva o externamente legal. Segundo. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa

jurídica. Tercero. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (sentencia de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959, 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de *iuxta causam litigantis* (sentencias de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942).»

«Considerando que en el supuesto aquí debatido, fundada la violación del principio expuesto del abuso del derecho en una desviación de poder de la entidad actora por acto administrativo y no probada la inexistencia de justa *causa litigantis*, necesariamente perece el motivo examinado.»

OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA DE VENTA. LUCES Y VISTAS. FALTA DE PRECISION Y CLARIDAD DEL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Don Víctor V. N. demanda a don Eduardo Martínez Arango, al que había comprado una lonja comercial en documento privado, para que otorgue la escritura pública correspondiente en el modo y condiciones que figuran en el documento privado de compraventa. El demandado formula reconvencción para que se condene al actor a cerrar los huecos de la pared este de dicha lonja, que lindaba con un patio de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Bilbao estima la demanda y, al mismo tiempo, la reconvencción. El actor interpone recurso de apelación y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revoca la sentencia del Juzgado en lo relativo a la reconvencción, desestimando totalmente ésta y manteniendo en lo demás la sentencia de Instancia.

El demandado interpone recurso de casación por «violación y aplicación indebida de los artículos 581 y 582 del Código civil», entre otros motivos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero no expresa con la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el concepto en que, a juicio del recurrente, han sido vulnerados los artículos 581 y 582 del Código civil, dado que en su encabezamiento se dice que ambos lo han sido por ‘violación y aplicación indebida’, conceptos incompatibles entre sí, y el mismo termina con la alegación de que ‘se ha violado el artículo 581 por no aplicarse, infringiendo, por aplicación indebida, el artículo 582’; pero aunque pudiera prescindirse de este defecto procesal en la formulación, tampoco podría prosperar el motivo, porque se basa en una interpretación del contrato privado de compraventa de

6 de abril de 1963, contrario a la objetiva e imparcial del Tribunal *a quo*, sin haberla atacado previamente en la forma adecuada.»

TERCERIA DE DOMINIO: DESESTIMACION DEL RECURSO DE CASACION EN ATENCION A LOS HECHOS DADOS COMO PROBADOS POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Una sociedad anónima en vías de disolución interpone demanda de tercería de dominio, por medio de sus liquidadores, ante el embargo trabado por don Eduardo P. R. contra don Félix M. sobre un negocio de distribución de energía eléctrica con sus elementos integrantes, suplicando se dicte sentencia declarando que el citado negocio es de propiedad de la actora, por lo que se debe alzar el embargo trabado.

Don Eduardo P. R. contesta que la sociedad demandante no prueba su derecho de dominio, siendo insuficientes los datos del Libro de Inventarios de la sociedad, de fecha muy antigua, así como el contrato por el que la repetida compañía arrendó al embargado el negocio de distribución de energía eléctrica, ya que siendo arrendatario dicho señor realizó ampliaciones muy importantes en los servicios de distribución de energía eléctrica, pero no como arrendatario, sino actuando en su propio nombre y solicitando él directamente la correspondiente autorización de la Delegación Provincial de Industria. Por todo ello, el demandado entiende que el actor no prueba su derecho de propiedad en el negocio y mucho menos sobre la totalidad de los diferentes elementos que actualmente lo integran.

El Juzgado de Primera Instancia de Cáceres estimó la demanda declarando que los bienes embargados eran de propiedad de la sociedad tercerista. Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

El demandado interpone recurso de casación insistiendo en la falta de propiedad de la parte actora, alegando también error de hecho en la apreciación de la prueba y, en todo caso, que los bienes muebles e instalaciones que aportó el embargado al negocio no pertenecían a la sociedad, por ser susceptibles de separación del negocio al que se hallaban incorporados, sin que por ello haya lugar a la accesión que declaran las sentencias de Instancia y Apelación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que... debe recordarse la doctrina de esta Sala que proclama que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida han de respetarse y sólo pueden ser combatidos cuando, a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se demuestre que el Juzgador ha incurrido en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, resultante el primero de documentos auténticos, que de manera patente, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas, demuestren la equivocación del Juzgador, y el segundo, por la infracción de una norma valorativa de la prueba (sentencias de 24 de febrero de 1942, 23 de marzo de 1945 y 7 de julio de 1967), y sentada esta doctrina debe observarse que lo que el recurrente intenta es exclusivamente combatir el valor de los documentos que ha tenido en cuenta el Juzgador de Instancia, haciendo así un nuevo examen de la prueba, sólo adecuado en una nueva Instancia, mas no en este extraordinario recurso; en segundo término, que no atribuye a los documentos que cita el carác-

ter de auténticos, indispensable para su eficacia, naturaleza de la cual, en suma, carecen, conforme a la doctrina de esta Sala, ya que han sido apreciados e interpretados por el Tribunal sentenciador, y, finalmente, que ninguno podría demostrar de la forma evidente que la doctrina antes citada requiere el error que pretende el recurrente, pues incluso de ellos aparece que éste ha reconocido de modo reiterado el derecho de propiedad de la sociedad actora sobre los bienes objeto del pleito, razones que conducen a la desestimación de los otros dos motivos del recurso que se examinan.»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

CLAUSULA PENAL. INTERPRETACION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1971).

El demandado, don Luis Segura Marzo, era contratista de obras y se le había confiado por una entidad la construcción de una planta extractora de semillas oleaginosas. La actora, Burner, S. A., dedicada fundamentalmente a realizar instalaciones de fontanería, electricidad y servicios sanitarios en edificios para viviendas, oficinas y locales comerciales, subcontrató, en 7 de abril de 1964, con el demandado la instalación de los montajes mecánicos de la planta extractora a que éste estaba comprometido. En la cláusula quinta del subcontrato se establecía que la actora «tendrá como penalidad o premio 10.000 pesetas por cada día de demora o adelanto de la fecha de terminación (30 de septiembre de 1964) fijada para este contrato». Las obras de montaje se llevaron a cabo puntualmente y el demandado resultó deudor a la actora de un saldo de 400.000 pesetas; sin embargo, se negaba a pagarlas, porque se había visto él obligado a satisfacer al *dominus operis* principal una cláusula penal por demora, de la que quería hacer partícipe, en virtud de la cláusula quinta, antes citada, al subcontratista. Las tres instancias acogen la reclamación del saldo por la actora y el Tribunal Supremo justifica su fallo diciendo que «es ociosa la cuestión planteada en el motivo primero, ya que discurre sobre la base equivocada de que la obra a cuya terminación se refiere la cláusula transcrita (la quinta) es la que fue objeto del contrato celebrado por el demandado con un tercero» y no la que subcontrató el demandado con la actora.

CONSTITUYE UNA «VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE» AL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE EDICION EN EXCLUSIVA LA PUBLICACION DE UN NUMERO INFIMO DE OBRAS EN DES-PROPORCION CON LA ABUNDANTE PRODUCCION LITERARIA DEL AUTOR. NO HAY DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA SI EN EL SUPPLICO SE DESIGNA UN NOMBRE COMERCIAL QUE IDENTIFICA, SIN LUGAR A DUDAS, AL DEMANDADO (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1971).

Los actores, don Julio y don Pío Caro Baroja, eran los únicos herederos de los derechos de propiedad intelectual que había ostentado su tío, el ilustre novelista don Pío BAROJA NESSI. Sin embargo, éste había otorgado en 1953, antes de fallecer (1956), un contrato con Editorial Planeta,

que entonces era propiedad de doña Teresa Bosch Carbonell, demandada en el presente pleito; en ese contrato, en el que intervino en representación de la Editorial el marido de la demandada, don José Manuel Lara Hernández, el famoso escritor concedía a la Editorial el derecho de «publicación por separado de toda su producción literaria». La Editorial publicó escasas obras del novelista por pesar, argüía ella, una general censura sobre la producción de éste. Los actores, como herederos de la propiedad intelectual, concertaron algunos contratos de edición de obras sueltas con otras casas editoras, y en 1966 demandan a doña Teresa Bosch Carbonell pidiendo en el suplico que el supuesto contrato con Editorial Planeta debía considerarse nulo y subsidiariamente resuelto por incumplimiento, en razón a que había dejado de publicar las obras a que se comprometió y a que había traspasado sin consentimiento de los actores el contrato de edición a «Editorial Planeta, S. A.», nueva entidad que había sustituido a la empresa individual que giraba con ese nombre. El Juez de Primera Instancia desestima la pretensión, que, sin embargo, es acogida por la Audiencia, dejando a salvo de sus pronunciamiento a «Editorial Planeta, S. A.», que no había sido demandada. Recurre la señora Bosch, alegando defecto legal en el modo de proponer la demanda e interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y doctrina legal concordante, pues ni había voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, cuya demora se debía a la censura, ni podían instar la resolución quienes, a su vez, habían incumplido contratando con otras editoriales. El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso sobre la base de la doctrina contenida fundamentalmente en su primero y cuarto considerandos:

Considerando que dictada sentencia que estimando, en parte, la demanda declara que el contrato de edición celebrado entre don Pío BAROJA Nessi y Editorial Planeta, de fecha 18 de diciembre de 1953, ha quedado resuelto por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones, desestimando las restantes peticiones de la parte actora, se alza contra la misma el recurso, cuyo primer motivo, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la LEC, denuncia, como vicios de la sentencia, la no aplicación del artículo 533, número 6, de la Ley Procesal Civil y la interpretación errónea del artículo 524 de dicho texto legal, en relación ambos preceptos con la doctrina de esta Sala, basado en no acoger la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, puesto que ésta se dirige exclusivamente contra doña María Teresa Bosch Carbonell, que era propietaria de la empresa Editorial Planeta; pese a ello, nada interesa contra la expresada señora, y ha de oponerse a dicho fundamento que si bien en el suplico de la demanda no se designa a la referida señora Bosch Carbonell, la denominación de Editorial Planeta, que era el nombre comercial del negocio, identifica, sin dejar lugar a duda alguna, la persona contra la cual se dirige la súplica de la demanda, pues el mencionado nombre actúa como elemento identificador, en armonía a la doctrina de esta Sala, que declara que el título o lema tiene la expresada significación, por lo que ha de concluirse afirmando que no existe el vicio que el motivo denuncia y debe ser éste desestimado.

Considerando que el quinto de los motivos, seguido por la vía procesal del número 1 del artículo 1.692 de la LEC, se funda en que la resolución recurrida ha cometido el vicio de interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y violado la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que cita, que proclaman que sólo cabe la resolución del contrato cuando es patente una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien un hecho obstativo, que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, lo impida, y, por último, la doctrina que declara que no procede la resolución de un contrato bilateral a petición de una

de las partes si ésta, a su vez, incumplió las obligaciones a su cargo, y debe oponerse al motivo que se examina que afirmados por el Tribunal hechos de los que al ser valorados le conducen a declarar la existencia del incumplimiento del contrato por la parte demandada, tales hechos no han sido combatidos por el cauce procesal obligado del número 7 del artículo 1.692 de la LEC; en segundo término, que sentado por dichas afirmaciones fácticas el número de expedientes de autorización de edición de obras del autor durante la vigencia del contrato, es patente su desproporción con la abundante producción literaria del mismo, lo que hace inaplicable la doctrina legal invocada en primer término, y, por último, que falta en la sentencia recurrida base fáctica relativa a la existencia de incumplimiento de sus obligaciones por los demandantes, lo que conduce a declarar asimismo la inaplicación de la doctrina que se invoca, razones por las cuales debe el motivo ser desestimado.

RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE UNA CLÁUSULA DE NO DISPONER DEL OBJETO COMUN SIN CONOCIMIENTO DE LA OTRA PARTE. SI EL RETARDO ES INTRASCENDENTE Y ACEPTADO NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO. INTERPRETACION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1971).

El conocido productor y director cinematográfico don Manuel Summers realizó un contrato privado con «Productores y Exhibidores Films, Sociedad Anónima» (PEFSA), por el cual acordaban producir una película escrita y dirigida por el primero. Ambas partes se obligaban a sobre llevar los gastos al 50 por 100, proporción en la que deberían participar también de los beneficios que de la comercialización de la cinta se obtuvieran. Respecto a dicha comercialización, el contrato contenía una cláusula, la decimocuarta, que literalmente decía: «Una vez obtenida la copia standard de la película, cualquiera de las dos partes (PEFSA y 'Paraguas Films', de quien es director propietario don Manuel Summers Rivero) podrá iniciar gestiones de venta o distribución, tanto para España como para el extranjero. Cuando una de las partes tenga una proposición que considere ventajosa se lo comunicará a la otra, que tendrá la posibilidad de aceptarla o pedir un plazo de treinta días hábiles para tratar de conseguir una oferta mejor. En caso de no haberla conseguido se firmará por ambas partes la oferta propuesta, y de conseguirlo, se formalizará la nueva proposición más ventajosa.»

La película se concluyó con retraso respecto al plazo contractualmente previsto, pero PEFSA no hizo objeción alguna al coproductor y director, señor Summers. En cambio, sí procedió unilateralmente—sin el concurso de éste—a solicitar de la competente autoridad administrativa la oportuna licencia de exhibición, y visto el escaso éxito del film cedió—siempre unilateralmente—los derechos de exhibición en exclusiva a una firma distribuidora, con lo que contravino el tenor de la cláusula antes transcrita en orden al procedimiento de comercialización de la película. A la vista de ello, el señor Summers solicitó la resolución del contrato por incumplimiento y la devolución de la suma aportada por él con sus intereses.

La demanda es estimada por el Juez de Primera Instancia, pero revocada por la Audiencia. Recurre Summers alegando defectuosa interpretación de contrato, olvido del valor vinculante de éste e incorrecta aplicación del artículo 1.124.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Lojo Tato, casa la sentencia de la Sala y en su segundo fallo confirma en todas sus partes la de Primera Instancia.

Considerando que el primero de los motivos de este recurso se ampara en el ordinal primero del artículo 1.692 de la LEC, acusándose en él la infracción por violación del artículo 1.281 del Código civil, por estimar la parte recurrente que en la sentencia que se impugna, en la que se parte de la aceptación y vigencia del contrato básico de este litigio de fecha 1 de marzo de 1965, al contemplar el contenido de la estipulación decimocuarta se le da un sentido ilógico con vulneración de dicha norma de hermenéutica.

Considerando que la interpretación o exégesis de la mencionada cláusula viene a constituir la temática esencial de la controversia litigiosa y en relación con la producción y comercialidad de la película cinematográfica a la que en el contrato de mención se refiere y a los actos dispositivos de cesión a tercero para su exhibición, venta o explotación, textualmente se establece (se reproduce la cláusula antes transcrita).

Considerando que, evidentemente, los términos en que está extendida esta cláusula son claros y precisos y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, conforme está previsto en el primer párrafo del artículo 1.281 del Código civil y cual sostiene la parte recurrente, sin que en modo alguno pueda tildarse su contenido de anfibológico, pues siendo las partes contratantes copropietarias de la película en cuestión, en la cláusula comentada se armonizan los recíprocos derechos de las mismas, posibilitando la facultad de iniciar gestiones de venta y distribución en forma independiente; pero está claramente estipulado que si alguna de las partes lograra alcanzar alguna «proposición ventajosa» surgía entonces la obligación de comunicarlo a la otra, la cual podía hacer uso de la facultad de aceptarla o bien tratar de conseguir dentro del plazo de treinta días hábiles una oferta mejor, y, a la postre, bien aceptada la oferta primera o bien la mejorada dentro del plazo señalado, constituía esa aceptación la base necesaria e inexcusable para determinar el acto dispositivo, con intervención siempre y con la firma de ambas partes contratantes, siendo esa cláusula esencial para la correcta comerciabilidad de la película; pero, en consecuencia, lo que en modo alguno resultaba permisible es que, prescindiendo de lo así pactado y sin poner la oferta obtenida en formal conocimiento de la otra parte, se concierte con una tercera persona o entidad, en firme, sobre la transmisión, explotación y distribución de la película, arrogándose el contratante incumplidor el poder de disposición absoluto sin contar con la otra parte y obrando cual si fuera dueño exclusivo de la producción, disponiendo de la película como único propietario de la misma, estableciendo así una situación nueva, en principio, irreversible, al realizarse en exclusiva la transmisión de la distribución y explotación comercial del film a favor de un adquirente de buena fe, transmisión que consta convenida en la escritura de 2 de febrero de 1967, en la que PEFSa, como entidad productora, manifiesta poseer la plena disposición, libre de carga, de los derechos de explotación para el territorio español de la película cuestionada, acto que no se ha atendido, desde luego, a lo convenido en el contrato básico, con transgresión de una cláusula contractual esencial que quedó incumplida notoriamente, siendo consecuencia de lo expuesto que la Sala de Instancia, al no entenderlo así, ha sostenido una interpretación ilógica de la cláusula decimocuarta, que no puede prevalecer por no ajustarse a los términos claros y precisos de lo realmente convenido, razones por las que debe prosperar el motivo primero del recurso y con él también el segundo, íntimamente relacionado con el anterior al haberse infringido por inaplicación el artículo 1.091 del Código civil, pues es obvio que, a tenor de lo estipulado en la mencionada cláusula, la empresa demandada, PEFSa, antes de perfeccionar contrato alguno como el que llevó a cabo venía en la obligación de comunicar la propuesta de «Delta Films, S. A.».

sin atribuirse, cual lo hizo, la plena facultad de disposición de la película, por lo que es claro que la sociedad demandada, hoy recurrida, no ha cumplido sus obligaciones con sujeción a los términos del contrato, que tenía fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse las obligaciones nacidas de él a tenor del contrato mismo...

Considerando que en el motivo tercero, acogido a la misma vía procesal que los precedentes, se aduce la interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina legal contenida en las sentencias que se mencionan, argumentando el recurrente que la resolución que se impugna da como probado que el señor Summers Rivero (o sea, el accionante) estaba obligado a que la copia standard de la película se tuviese en disposición, a lo sumo, el 25 de julio de 1965, y que dicha copia no se tuvo hasta el 5 de febrero de 1966, estimando la Sala de Instancia que, a tenor del artículo 1.124 del Código civil y doctrina jurisprudencial aplicable, carece de facultad el demandante para resolver el contrato; mas debe señalarse que a una abierta, clara y deliberada infracción contractual, la Sala viene a oponer un parcial incumplimiento por no haberse aportado la copia standard dentro del tiempo establecido en la cláusula segunda del contrato, en la que se estipulaba: «La película cuya parte documental ya se ha iniciado comenzará a rodarse en su parte argumental el día 15 de marzo y su copia standard definitiva se obtendrá, como fecha máxima el 15 de julio del año actual», y siendo de notar que la mentada copia se produjo y fue entregada efectivamente, aunque existiese retardo en su entrega, por causa que no consta especificada; pero esa tardanza, además, no provocó reclamación alguna por parte de PEFSA ni fue obstáculo para que ésta, aun faltando a lo convenido, dispusiese de ella, sin previa reclamación ni protesta alguna, acusando la intrascendencia del retardo la propia parte demandada, ahora recurrida, según lo que paladinamente se expresa al respecto en su escrito de súplica, y si bien es constante doctrina jurisprudencial de esta Sala que la acción resolutoria sólo corresponde al perjudicado, que, por su parte, cumplió lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrario, ello no obstante, no cabe aplicar con tanto rigor esa doctrina, de modo que cualquier clase de incumplimiento circunstancial e intrascendente, máxime cuando ha sido consentido o aceptado, sirva para enervar una acción resolutoria, fundada ésta en un incumplimiento claro y deliberado de una cláusula esencial, por lo que el retardo aludido carece a todas luces de entidad para impedir u obstaculizar el ejercicio de la acción resolutoria invocada por la parte actora, debiendo ser estimado, en consecuencia, el motivo tercero del recurso, ya que existe infracción del artículo 1.124 del Código civil y doctrina aplicable.

Esta interesante sentencia presenta dos partes claramente diferenciadas: en la primera, considera incumplido el contrato por PEFSA y acoge la resolución instada por el actor, y en la segunda, rechaza el pretendido incumplimiento en que éste habría incurrido y que le inhabilitaría, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, para pedir aquella resolución.

Al juzgar sobre esta segunda cuestión, nuestro más alto Tribunal aprecia con todo acierto que «no cualquier clase de incumplimiento circunstancial e intrascendente, máxime cuando ha sido consentido o aceptado, sirve para enervar una acción resolutoria». En efecto, no se ha frustrado el fin empírico perseguido por las partes por el hecho de que la copia standard de la película se entregase con unos meses de retraso y, por tanto, no puede ampararse en ello la demandante para justificar el incumplimiento suyo. En este punto, la presente sentencia se halla en línea con otras muchas que sientan semejante conclusión (sentencias de 5 de enero de 1935 y 12 de abril de 1945, entre otras).

En cambio, lo que ya no resulta tan palmario es la solución ofrecida al primer problema, el del incumplimiento de PEFSA. Ante todo, se impone una labor de calificación. ¿Qué naturaleza presentaba el convenio de producción filmográfica concertado entre actor y demandada? El Tribunal Supremo, que no se plantea la pregunta, llega a decir incidentalmente que los dos litigantes eran «copropietarios» de la cinta, pareciendo apuntar que estamos ante un supuesto de comunidad convencional. Sin embargo, particularmente estimo que estamos ante una figura de indudable carácter asociativo, ante una sociedad, en suma. En efecto, concurren todos los requisitos previstos en los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio: pluralidad de partes, aportaciones (que en este caso eran heterogéneas, pues Summers se obligaba a entregar parte en metálico y parte en actividad directiva) y ejercicio de una actividad productiva cuyas ganancias habían de ser objeto de reparto (requisito en el que va implícita, para los que la crean necesaria, la debida *affectio societatis*). Es cuestión marginal, pero pletórica de interés, el dilucidar si se trata de una sociedad civil o mercantil, lo que nos obligaría a descender al concepto mismo de acto de comercio, pues sería necesario precisar si la producción de una película constituye una operación de mediación o intercambio de servicios en el mercado (31). Por no creer en la distinción que apunto y por estimar con GIRÓN (32) que la sociedad civil representa el tipo genérico de sociedad al que se reconducen todos los supuestos que no encajen específicamente en otras figuras típicas (anónima, colectiva, etc.), me inclino a creer que el contrato que calificamos era un contrato de sociedad civil, válido por su forma (artículos 1.669 y 1.280 *in fine* del Código civil) y dotado dudosamente de personalidad, según hubiesen mantenido o no secreta la colaboración al contratar con terceros. El fondo común, constituido por metálico y actividad, fue subrogado, a medida que se rodaba el film, por un celuloide cuya complejísima naturaleza aún está por dilucidar (confluyen en él, aparte otros ingredientes, todos los problemas de las obras de ingenio, pero multiplicados, por ser múltiples los derechos de autor hacinados en la cinta). Entonces, sobre ese fondo común, uno de los socios efectúa un acto de disposición unilateral, siendo así que en el contrato fundacional se había estipulado una prevención en este sentido muy parecida a la contenida en el artículo 1.694 del Código civil. La cinta se cede a una distribuidora mediante un contrato de exhibición en exclusiva (cuya naturaleza, ¿arrendamiento?, ¿contrato atípico?, también está reclamando atención), y quizá por aplicación de la ley de transmisibilidad de los bienes muebles (art. 464 del Código civil), el Tribunal parece considerar irreivindicables los derechos sobre aquélla.

Todo este largo excurso calificador, de búsqueda de naturalezas jurídicas, por desgracia aún harto imprecisas, tiene como finalidad permitir la más clara aplicación del Derecho: en efecto, la obligación fundamental que un contrato de sociedad genera es la de aportar lo prometido. Parece entonces que sólo la contravención de esa obligación capital puede justi-

(31) *Vide* sobre el debatido problema de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, en el que no puedo ahora, en sede tan dispar, profundizar, CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales", separata de la *R. G. L. J.*, Ed. Reus, Madrid, 1929; GIRÓN TENA: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho comparado", en la *RDM*, 1946, pág. 345; el mismo: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español", en la misma Revista, 1947, pág. 7; el mismo: "Sobre los conceptos de sociedades en nuestro Derecho", en *R. D. P.*, 1954, páginas 369-403; el mismo: "Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones", en volúmenes del *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. IV, Madrid, 1963, págs. 1 a 96; AZURZA: "Problemas de la sociedad civil", en *ADC*, tomo V, fascículo 1.º, enero-marzo 1952, pág. 125; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas", en *R. D. M.*, enero-marzo 1956, págs. 51-98.

(32) GIRÓN TENA, *opera citata*, *passim*.

ficar la resolución (¿parcial?, ¿total?) del contrato ex artículo 1.124 del Código civil. Si uno de los socios dispone indebidamente del fondo común podrá dudarse de la validez del acto (art. 1.694), y se podrá, si éste es inatacable, solicitar—y probar, no se olvide—la indemnización de daños y perjuicios (por la vía del 1.686 o, en último término, del 1.101), pero no parece muy justificable que se resuelva el contrato social y se ordene la restitución de la íntegra aportación al actor. El señor Summers debió haber demostrado—lo que le hubiera sido muy difícil dado el poco éxito de la película—que el comportamiento desleal de su socio le había hecho perder tal o cual ventajosa oferta de otra firma distribuidora. De no conseguirlo parece más equitativo hacerle disfrutar, en la proporción establecida, de los escasos beneficios que el film fuera produciendo que no exonerarle, por la vía inadmisible de la resolución, de todas las pérdidas que el álea cinematográfica había acarreado a la sociedad.

LA VENTA PREVIA DE PARTE DEL MOBILIARIO NO TRANSFORMA UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA EN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. LA FALTA DE RECIPROCIDAD ECONOMICA DE LAS OBLIGACIONES NO DETERMINA LA ILICITUD DE LA CAUSA NI LA RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1971).

La Sociedad Anónima Industrias de Espectáculos (S.A.I.D.E.) contrató separadamente con don Elpidio Sánchez Marcos, por una parte, y con «Edificio España, S. A.», por otra, el arrendamiento de dos industrias de exhibición cinematográfica que, respectivamente, les pertenecían. Los convenios eran de casi idéntico contenido, pues no en vano eran muy estrechas las relaciones entre los dos arrendadores. Antes que comenzaran a regir los arrendamientos se celebraron otros dos contratos, ahora de compraventa, cuyo objeto era una parte importante del mobiliario y enseres de las dos salas de proyección. En los arriendos se habían incluido sendas cláusulas de revisión de renta, tendentes a paliar los efectos de la depreciación monetaria de las mercedes. Cuando estas cláusulas comenzaron a operar, la sociedad arrendataria pretendió, de un lado, que los arrendamientos eran de local de negocio y, por tanto, sujetos a la LAU, y no de industria, exentos de ella, pues al adquirirse en propiedad parte del mobiliario, ya no se recibía una organización con vida propia y en funcionamiento, y de otro, que las citadas cláusulas revisoras eran contrarias a la moral por excesivamente antieconómicas para una de las partes contractuales. Primera Instancia acogió, en parte, la demanda, pero la Audiencia Territorial revoca el fallo y estima parcialmente las reconvencciones mediante las que se reclamaban los aumentos pactados y otros pedimentos varios. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sala, reiterando, una vez más, su doctrina interpretativa de la distinción entre arrendamiento de industria y de local de negocio.

Considerando que la sentencia recurrida, con base en los hechos aceptados por los litigantes o acreditados en debida forma durante el proceso, sienta, en síntesis, como probado que bastantes años antes de los contratos discutidos, los demandados fundaron los negocios de exhibición de películas de los cines a que estas actuaciones se contraen, en locales de su propiedad, en los que incorporaron los elementos materiales fijos y adecuados para el desenvolvimiento de dichas industrias que organizaron, dándoles una denominación comercial y poniéndolas en explotación, con lo que consiguieron prestigio, renombre y clientela y alcanzaron un elevado rango entre los de su clase, hasta que en 7 de agosto de 1964 con-

certaron dichos contratos y en 1 de septiembre siguiente la actora «sucedió a los demandados en ambas explotaciones, vivas y en funcionamiento, después de entrar en posesión de los indicados elementos materiales, conservando la estructura, la organización y la forma de explotación antiguas, con los mismos nombres comerciales, los mismos empleados, los mismos números telefónicos, las películas ya contratadas con las casas distribuidoras y los contratos de seguros, publicidad, bar o ambigü, etc., en cuyos derechos y obligaciones de los antiguos empresarios se subrogó, todo ello sin solución de continuidad, hasta el punto de no advertirse públicamente de inmediato el cambio de titular, sin que la arrendataria estableciera su propio negocio ni tuviera que organizar nada que no lo estuviera ya desde bastante años antes por la actividad inteligente y laboriosa del arrendador».

Considerando que los hechos anteriormente expuestos demuestran con toda claridad que el objeto de los contratos de arrendamiento de 7 de agosto de 1964 lo constituyeron las industrias de cinematógrafo que en ellos se describen y no los locales donde estaban instaladas, por haberse entregado a la recurrente el goce de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, que son los requisitos indispensables, según la jurisprudencia de esta Sala, para que sea de apreciar la existencia de la unidad patrimonial con vida propia, a que se refiere el párrafo primero del artículo 3 de la Ley de 11 de junio de 1964..., sin que a ello obste el que por documentos privados de la misma fecha se transmitieran en propiedad a la demandante determinados bienes muebles integrados en los cinematógrafos, entre los que se encontraban las butacas y aparatos de proyección de películas, porque respecto a las primeras, como dice la sentencia de 4 de marzo de 1966, cualesquiera que fueran los pactos sobre ellas, quedaron afectas, hasta el final del contrato, al servicio ininterrumpido de la industria y su enajenación no alteró la calificación jurídica del arriendo concertado, y en cuanto a los segundos, debe llegarse a la misma conclusión, siempre que, como aquí sucede, quedaron en vigor los demás elementos esenciales de la industria, como la organización y nombre comercial..., sobre todo si el arrendatario se obligó a no sustituir éste y se hizo cargo de los contratos y seguros subsistentes, circunstancias todas ellas que obligan a considerar el objeto de la locación como de industria..., sin que en forma alguna pueda encuadrarse en el número segundo del citado artículo 3, por no haber establecido la recurrente, en los referidos locales, su propio negocio y haberse limitado a continuar el anteriormente instalado por el arrendador...

Considerando que... la sentencia recurrida, al declarar válidas las cláusulas cuartas de dichos contratos, en las que se establece un sistema de revisión de rentas para poder aumentarlas en proporción al índice en que el valor de la peseta se vaya depreciando, según los módulos que fije el Instituto Nacional de Estadística, no incurrió en la violación del artículo 1.255 del Código civil, cual se pretende en el motivo, sino que le aplicó correctamente, puesto que ni tales pactos son contrarios a la moral, ni provocan la ruptura del equilibrio de las prestaciones estipuladas por los contratantes, ni semejante armonía o proporción entre ellas es indispensable para su validez, ya que, como dice la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1947, la falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina en nuestro Derecho, con arreglo al artículo 1.293, la ilicitud de la causa, ni siquiera su rescisión fuera de los casos señalados por la Ley, sin que a estos efectos quepa acoger la doctrina consignada en la juris-

prudencia citada por la recurrente, por referirse la misma a supuestos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

NO HA LUGAR A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS PRODUCIDOS EN COLISION DE VEHICULOS SI LA CULPA ES IMPUTABLE UNICAMENTE AL PERJUDICADO (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1972).

Don Herminio Miguélez Montero, que conducía un motociclo por una carretera de Orense, entró en colisión, a la altura de una curva de escasa visibilidad, con un turismo Seat 1.500, conducido por don Manuel Gil Novoa y amparado por el correspondiente seguro obligatorio expedido por la Agrupación Mutual de Seguros de Automóviles (MUNAT). De la colisión resultó lesionado don Herminio Miguélez con heridas que tardaron en curar setecientos días y de las que quedó como secuela incapacidad permanente, consistente en limitación funcional de la rodilla y tobillo izquierdos en un 50 por 100 de lo normal. En el juicio de faltas incoado para dilucidar la responsabilidad penal a que hubiese lugar, se condenó a las dos partes a sendas multas y al conductor del Seat, además, a una indemnización de 165.000 pesetas; pero recurrida la sentencia, el Juez de Instrucción la revoca, manteniendo sólo la condena impuesta al motociclista. Este inicia entonces, bajo beneficio de pobreza, un proceso civil para reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero las tres Instancias absuelven al demandado sobre la base de que «el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula se produjo por culpa imputable exclusivamente al actor, cual así resulta claro y lógicamente deducido de la prueba aportada a los autos». Como el fallo se resuelve, pues, en una mera cuestión de hecho, no parece de gran interés reproducir el único considerando de esta sentencia.

J. M. R. P.

RECLAMACION DE CANTIDAD: EL JUZGADO COMPETENTE EN LA ACCION PARA RECLAMAR DAÑOS Y PERJUICIOS DEBE SER EL DEL LUGAR DONDE SE PRODUJERON. LA VALORACION DE LA PRUEBA HA DE SER CONJUNTA, SIN DAR PREFERENCIA A UN MEDIO SOBRE LOS DEMAS (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Por un convenio de 5 de noviembre de 1968, el demandante—propietario—y el demandado—constructor—acordaron la realización de obras de reparación del hotel del primero, las cuales debían efectuarse en un plazo de dos meses, comprometiéndose el constructor a abonar una cantidad diaria como indemnización si no se concluyesen en ese plazo. No realizadas tales obras a satisfacción del propietario, éste requirió notarialmente, el 24 de febrero siguiente, al constructor, entablando querella criminal posteriormente, que se sobreseyó en la Audiencia Provincial por ser civil el asunto y no penal. Se tasaron los daños causados por un arquitecto, dentro del procedimiento penal, en 401.800 pesetas, y se entabló la correspondiente demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarancón. El demandado contestó que en el contrato relativo a las reparaciones se estipuló que para la recepción de la obra se estaría a la certificación expedida por el arquitecto-director, cuya certificación fue expedida en

8 de febrero de 1969, siendo, por tanto, absurda la alegación de daños hecha por el actor, ya que las reparaciones convenidas se hicieron con la diligencia debida, sin que haya intervenido tampoco el demandado en la fijación de los daños. Opuso también la excepción dilatoria de incompetencia del Juzgado, ya que debía corresponder al de Cuenca, domicilio del deudor, conforme al artículo 62, regla 1.ª, de la LEC. El Juez de Tarancón admitió esta excepción de incompetencia y no entró en el fondo del asunto.

Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial revocó la del Juez estimando la demanda interpuesta, condenando al demandado al pago de los daños que se determinen en la ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación, la Sala lo admite sólo en cuanto a los motivos primero y tercero. El primero, relativo a la excepción de incompetencia, por estimar el recurrente que debe ser competente el Juzgado del domicilio del deudor, por tratarse de pago de cantidad como indemnización de daños, dimanante del contrato primitivo de construcción entre ambas partes y no del convenio posterior de 1968. El tercero, por error de derecho, al apreciar el contenido y fuerza probatoria del convenio referido sin tener en cuenta la certificación del arquitecto-director de la obra, puesto que la responsabilidad debe ser del técnico, limitándose el constructor a seguir las instrucciones de su principal, sin que la sentencia recurrida diera valor a tal certificación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez-Solano Espín, rechaza el recurso. En cuanto al motivo primero, porque la jurisprudencia de la Sala atribuye la competencia en las acciones para pedir indemnización de daños y perjuicios al lugar donde éstos se produjeron, y las relativas al incumplimiento de obligaciones, al de la población donde debieron llevarse a cabo, situaciones ambas en que se encuentra la ejercitada en este caso. En cuanto al tercero, porque ni los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil, que se dicen violados, contienen reglas sobre valoración de la prueba, ni el Juez de Instancia desconoció la eficacia de la certificación del arquitecto, sino que la estimó en conjunción con las demás pruebas extrayendo las consecuencias oportunas, lo que se combate en el recurso sin fundarse en ninguna de las reglas de hermenéutica de los artículos 1.281 al 1.289 de nuestro primer Cuerpo legal.

CONTRATO DE CORRETAJE: PARA PERCIBIR SUS HONORARIOS EL AGENTE-CORREDOR HA DE CUMPLIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL DECRETO DE ABRIL DE 1951, QUE HACEN QUE EL CONTRATO DE CORRETAJE NO SEA PURAMENTE CONSENSUAL (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Un Agente de la Propiedad Inmobiliaria interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Roda contra un matrimonio y sus hijos, reclamando el pago de los honorarios correspondientes a la gestión para la venta de una finca que decía ser de la propiedad de aquéllos, que le habían encargado a él, dispensándoles de rellenar el impreso correspondiente debido a la amistad que les unía. Habiendo hallado compradores para tal finca y llegado a un acuerdo con ellos, fue grande su sorpresa al ver que los vendedores habían realizado la venta a otras personas, por lo que reclamaba el importe del corretaje pertinente a aquellos que le dieron el encargo, renunciando al que hubiese podido exigir a los frustrados compradores. La contestación se basó en que la finca era de la madre solamente y no de los restantes demandados, sin que aquélla le hubiese encargado la venta al actor, por lo que no pudo formalizar docu-

mento alguno ni constaba su conformidad con el precio y condiciones que había fijado el Agente para la venta, habiendo reconocido él mismo en una visita a dicha señora su pleno dominio de la finca.

El Juzgado estimó la demanda en parte, condenando al marido de la propietaria a pagar la comisión y absolviendo a los demás demandados. La Audiencia Territorial de Albacete modificó la sentencia anterior, condenando a la esposa a pagar al Agente sus honorarios.

El recurso de casación por infracción de ley se fundó, sobre todo, en que la finca era parafernial, sin que la representación del artículo 60 del Código civil alcance al extremo de que pueda el marido encargar un corretaje sobre bienes parafernales sin conocimiento de la esposa propietaria. No consta tampoco la representación voluntaria dada por la mujer y sólo ella es la que tiene facultad de disposición de los mismos, conforme al artículo 1.387 del Código. Siendo de cuenta de la sociedad de gananciales (art. 1.408) las deudas y obligaciones del marido contraídas durante el matrimonio, no se puede hacer responsable sólo a la mujer de aquellas que no ha consentido ni ratificado expresamente.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Cantos Guerrero, da lugar al recurso con base exclusivamente en el incumplimiento por parte del Agente de la Propiedad Inmobiliaria de la normativa de su profesión, contenida en el Decreto de 6 de abril de 1951, que hace que este contrato de corretaje no sea puramente consensual. Como ha declarado esta Sala, en sentencia de 18 de junio de 1968, el cumplimiento de estos requisitos es lo único que justifica la intervención de tales corredores como garantía de las transacciones inmobiliarias, por lo que al no cumplirse en este supuesto debe ser acogido el recurso, denegando al corredor todo derecho a percibir honorarios, por lo que no hay necesidad de entrar en el estudio de los demás motivos del recurso, sin especial imposición de costas, según declara la segunda sentencia, de la misma fecha.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO HAY INCERTIDUMBRE EN EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO CUANDO EXISTE UN PLAZO FIJO PARA ELLO. NO PUEDE COMBATIRSE LA INTERPRETACION DEL JUEZ DE INSTANCIA CON APRECIACIONES UNIPERSONALES E INTERESADAS DE UNA DE LAS PARTES SIN QUE EXISTA INFRACCION DE LAS NORMAS DE INTERPRETACION, QUE SEÑALAN LOS ARTICULOS 1.281 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1972).

El actor demandó a los hermanos Balcázar por incumplimiento de contrato de cesión de derechos hecho a uno de ellos—Francisco—, que decía contratar en nombre de «Producciones Cinematográficas Balcázar», optando, entre las dos facultades que concede el artículo 1.124 del Código civil, por la resolución del contrato con abono de intereses.

Se opuso el señor Balcázar alegando que carecía de legitimación pasiva en estas actuaciones. El Juez del número 7 de Barcelona dio lugar a la demanda, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el deudor demandado, condenándole a pagar la cantidad fijada en el contrato y los intereses correspondientes desde que optó el actor por la resolución del contrato celebrado.

Confirmada la sentencia por la Audiencia de Barcelona, se entabló recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal basándose en que el contrato dependía de un suceso incierto y no era exigible su cumplimiento hasta que se diera la condición, así como por aplicación

indebida del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina legal del Supremo dictada para la aplicación del mismo.

El Alto Tribunal, siendo ponente don José Beltrán de Heredia, rechaza el recurso, ya que no existía incertidumbre por tratarse de un contrato con plazos fijos y, por tanto, a término, en el que para nada aparece la determinación accesorio de carácter voluntario que se alega como justificante de la falta de cumplimiento, por lo que no tenía que aplicarse un precepto referido a este tipo de obligaciones condicionales, concepto éste de condición distinto de las exigencias de orden legal que de modo prevalente, previo y fundamental complementan las declaraciones de voluntad de los que contratan, que fue el factor determinante y discutido en el supuesto examinado. Tampoco debe admitirse el segundo y último de los motivos formulados, ya que la declaración de incumplimiento hecha por la sentencia recurrida se combate con apreciaciones unipersonales e interesadas que no pueden prevalecer frente a las del Juez de Instancia, ya que no se denuncia infracción alguna de las normas relativas a la interpretación de los contratos, que se encuentran en los artículos 1.281 y siguientes del Código en tal sentencia, ni se presentan hechos distintos de los que resultaron probados para demostrar que no existió la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que exige la doctrina jurisprudencial, poniendo de relieve en el recurso una mezcla de cuestiones jurídicas y fácticas incursas en la causa de inadmisión del número 9 del artículo 1.729 de la LEC, por lo que debe desestimarse el recurso en su totalidad.

ARRENDAMIENTO DE SOLAR: LA AUTORIZACION PARA EDIFICAR EL ARRENDATARIO DESNATURALIZA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR, POR LO QUE VENCIDO EL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1972).

La Congregación de las Hijas de la Caridad arrendó, en 20 de diciembre de 1941, una porción de terreno por un plazo de veinte años con la facultad de edificar. Posteriormente, la Congregación vendió la finca al padre de la actual dueña, que se subrogó en todos los derechos del contrato. Vencido el plazo, continuó tácitamente. Siendo requerida notarialmente la arrendataria, manifestó que había fundado una sociedad limitada con otra señora, que se había subrogado en los derechos derivados del arrendamiento, requiriéndose a esta sociedad sin que se llegase a un acuerdo entre ambos, por lo que el arrendador presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense, que la desestimó. La Audiencia Territorial de La Coruña revocó esta sentencia condenando a la sociedad a desalojar la finca por finalización del plazo contractual.

Se interpuso recurso de casación con base, sobre todo, en la transformación del objeto del arrendamiento en un local de negocio sujeto, por tanto, a la Ley de Arrendamientos Urbanos y a la prórroga forzosa a favor del arrendatario.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Peral García, rechazó el recurso, ya que la calificación del contrato ha de retrotraerse a la fecha de constitución del arrendamiento sin que sufra modificación por la autorización al arrendatario para construir, siendo, por tanto, un arrendamiento de solar, ya que la autorización para edificar no llevaba en sí obligatoriedad, sino voluntariedad en su realización, ni se fijó renta adecuada para el local de negocio, por lo que queda clara la voluntad de las partes, que era la de conceder una mera autorización para edificar, que

no alteraba la naturaleza del arrendamiento primitivo, quedando excluido del ámbito de la Ley Arrendaticia Urbana. Tampoco es inadecuado el desahucio para dar por terminado el contrato, ya que es doctrina legal que en el desahucio cabe la discusión y calificación definitiva del problema que se plantea, sin necesidad de remitirlo al juicio declarativo, pues el mero permiso para edificar no autoriza para entender constituido un derecho de superficie ni desnaturaliza la tipicidad del arrendamiento y la remisión al juicio declarativo sólo procede, a modo de excepción, cuando la oscuridad y ambigüedad de las cláusulas contractuales o la complejidad de las relaciones entre los interesados hagan tan difícil la apreciación del caso, que no pueda admitirse el desahucio sin riesgo de indefensión o de error, supuesto distinto al de autos.

ARRENDAMIENTO NO SUJETO A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL USO DEL LOCAL, ARRENDADO POR TEMPORADAS, DURANTE TODO EL AÑO, LO QUE FUE CONOCIDO, PERO NO CONSENTIDO POR EL ARRENDADOR, NO SUPONE NOVACION DE DICHO CONTRATO, SIN QUE PUEDA PRESUMIRSE EN EL CONTRATO PRIMITIVO EL FRAUDE DE LEY PREVISTO EN EL ARTICULO 9 DE LA LAU (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1972).

La propietaria de un local lo arrendó en 1965 para peluquería de señoras—«por el tiempo de cinco temporadas veraniegas»—. En 1969 se requirió a la arrendataria para que desalojase el local, habiéndose iniciado posteriormente negociaciones para un nuevo contrato, del que se entregó un ejemplar firmado en blanco por la actora, sin que la arrendataria lo devolviese, promoviéndose diligencias preliminares ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés, en las que se reconoció por la demandada la entrega de este nuevo contrato, que no había aceptado. Como a pesar de ello y de haberse extinguido el arrendamiento anterior, la demandada continuaba en el local, procedía declarar la resolución del contrato y el desalojo de la arrendataria. En la contestación a la demanda se dijo que el local estaba abierto todo el año y que las instalaciones de la peluquería eran de su propiedad exclusiva, por lo que no se había arrendado una industria, sino solamente el local, contrato sujeto a la Ley especial y, por tanto, a la prórroga forzosa sin necesidad de nuevo convenio, por cuyo motivo había rechazado firmar el documento que le entregaron. El Juez de Santa Coloma dictó sentencia declarado resuelto el contrato, pero la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la anterior sentencia declarando la inadecuación del procedimiento de desahucio seguido, remitiendo a las partes al procedimiento adecuado para el ejercicio de sus acciones.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, éste se fundó en que la excepción de procedimiento inadecuado no había sido alegada por la demanda, sin que los Tribunales puedan, dado el principio de instancia de parte, plantear de oficio cuestiones, salvo las relativas a normas procesales urgentes, pero no las que tengan repercusión en normas materiales de libre elección del actor, apreciándose, por tanto, incongruencia en la sentencia recurrida. El procedimiento debe ser el de la LEC y no el de la Ley arrendaticia, ya que ésta no admite el desahucio por expiración de plazo contractual, al ser la prórroga forzosa el principio inspirador de dicha legislación. A efectos de competencia y de procedimiento, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, son irrelevantes los cambios de destino, debiendo tenerse en cuenta el destino inicial para el que se concertó el arrendamiento, que era el de temporada solamente, aun-

que se usase también fuera de la misma, pues tal uso era conocido, pero no consentido, por el arrendador, constituyendo una violación unilateral del contrato primitivo, del que no pueden derivarse derechos para la demandada ni novación de aquel contrato. Tampoco puede hablarse de fraude de ley, ya que la ley no sustituye a la voluntad de las partes, sino que ambas están perfectamente coordinadas en el contrato primitivo, sin que existiese la intención de burlar la aplicación de la Ley Arrendaticia, por tanto.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Taboada, conde de Borrajeiros, admite el recurso y casa la sentencia de la Territorial, recogiendo los motivos del recurso sustancialmente. La intención de hacer un contrato por temporadas era clara en el mismo, así como los elementos objetivos que configuran tal arrendamiento, sin que altere su naturaleza el hecho de que la actora conociese que se usaba el local el resto del año, ya que no prestó su consentimiento a dicho uso. Debe entenderse excluida, consiguientemente, la Ley de Arrendamientos Urbanos y el procedimiento de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el adecuado. No existe fraude de ley, previsto en el artículo 9 de la LAU, por las razones expuestas por el recurrente. En la segunda sentencia, de la misma fecha, se confirma la del Juzgado de Primera Instancia, salvo en lo relativo a costas, de las que no se hace especial declaración en ninguna de las instancias.

RECLAMACION DE CANTIDAD: NO SE PUEDE OBLIGAR A DEVOLVER LA CANTIDAD DADA COMO FIANZA EN TANTO NO SE LLEVE A EFECTO LA DEVOLUCION DE LA COSA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Mediante documento privado de noviembre de 1967, el demandado arrendó a los actores una industria en marcha, propiedad del primero, haciendo constar que únicamente se arrendaba el bajo comercial, las instalaciones propias de la industria y los utensilios y enseres que se relacionaban en el inventario adjunto. Se estipuló un precio de 16.000 pesetas mensuales y 300.000 de fianza. Expirado el plazo contractual, los actores quisieron devolver la industria a su dueño, pero reteniendo el disfrute del piso, que ocupaban en precario, según el demandado, aunque ellos fraccionaban el pago de la renta mensual entre la industria y el piso, a lo que se opuso formalmente el dueño.

Interpuesta demanda, en la que se solicitaba la devolución de las 300.000 pesetas y 7.187 más, importe de la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, a cargo del demandado, obligando a éste a hacerse cargo de la industria arrendada. Se opuso el dueño alegando que no se podía devolver la fianza sin saber cuáles serían los gastos pendientes de pago, sin que bastase la presentación de la baja en el Impuesto Industrial, ya que podían existir obligaciones pendientes que no estuviesen determinadas aún. Por otro lado, los gastos por Impuesto de Derechos Reales debían imputarse a la fianza. Por último, del contrato no se deducía que la entrega de la industria se supeditase al pago de la fianza.

El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior. Interpuesto recurso de casación, por infracción de ley, por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, lo rechaza por la siguiente

Doctrina.—No se ha violado el artículo 1.561 del Código, ya que la sentencia recurrida absuelve de la devolución de la fianza por la no devolución

de la industria, no estimando probadas las causas para hacer las oportunas deducciones.

Aunque no se trate de fianza propiamente dicha, la obligación accesoria de garantía, al no estar hecha la devolución de la cosa, no se puede condenar a devolver la cantidad retenida.

No existe error de hecho, pues los justificantes y recibos que se acompañan no bastan para hacer las deducciones totales, ya que puede haber otras que, por no haberse entregado la cosa, no se han determinado y, por ello, no puede acordarse la devolución de la cantidad retenida.

Para que se puedan fijar los daños en ejecución de sentencia es preciso que exista condena previa al pago de los mismos, y al no constar esto, no es posible decir si existen o no, pues ello es materia del litigio y no de su ejecución.

El reintegro de la cantidad pagada por Impuesto de Derechos Reales está también subordinada a la devolución de la cosa, que no se ha hecho.

RECLAMACION DE CANTIDAD: EXISTE FIANZA CUANDO EN UNA CARTA SE EMPLEAN TERMINOS INEQUIVOCOS QUE EXPRESAN VOLUNTAD CLARA DEL QUE LA ENVIA PARA RESPONDER POR LAS DEUDAS AJENAS (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Se interpone demanda por «Cervezas San Miguel» contra uno de sus distribuidores reclamando la cantidad que le adeudaba, como consecuencia de la relación contractual que les unía, dirigiéndose también contra el presidente del Consejo de Administración de la entidad distribuidora, como fiador o avalista de aquélla, según constaba en una carta que había dirigido a la sociedad actora en ese sentido diciendo textualmente: «Personalmente les garantizo cualquier descubierto que por razones de orden interno pudiera provocar la sociedad R.O.S.A.»

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona estimó la demanda en cuanto a la entidad deudora, pero la desestimó en cuanto al pretendido fiador. La Audiencia de Barcelona revocó parcialmente la anterior sentencia, condenando también al fiador.

Este interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose fundamentalmente en la inexistencia de fianza, en sentido estricto, considerando la carta como una promesa de intercesión de los buenos oficios del demandado cerca de la entidad deudora, sin que contuviera términos concretos respecto al afianzamiento ni a su extensión, contra lo que dispone el artículo 1.827. Por otra parte, se infringe el último párrafo del artículo 1.289, en cuanto no puede conocerse exactamente qué es lo querido por las partes, así como el párrafo primero del mismo precepto, ya que al ser gratuito el contrato, las dudas han de entenderse en beneficio del deudor.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Gregorio Díez Canseco, rechaza el recurso sentando que a pesar de que el artículo 1.827 del Código dice que la fianza ha de ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella, lo que corrobora reiterada jurisprudencia, en el caso debatido la existencia de la fianza es a todas luces evidente, porque el recurrente en la carta aludida, después de lamentar la devolución de giros hecha, emplea las palabras «personalmente les garantizo», cuyo texto, en su sentido literal, está poniendo de manifiesto que quien suscribe la carta constituye su garantía personal, comprometiéndose a cumplir, caso de no hacerlo la sociedad, sin limitación de tiempo ni de cantidad y sólo condicionado a la circunstancia de que el descubierto

obedezca a razones de orden interno, lo que ocurre en el caso de autos, según afirma la Sala sentenciadora en declaración no impugnada en el recurso adecuada ni eficazmente.

LIQUIDACION DE CUENTAS: NO SE INFRINGE LA LEY DEL CONTRATO CUANDO NO DECRETA LA ANULACION DE NINGUNA OBLIGACION CONTRACTUAL, SINO QUE SE INTERPRETAN LAS EXISTENTES ENTRE LOS LITIGANTES, ESTIMANDO LIQUIDADA UNA DE ELLAS EN ARMONIA CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1.156 DEL CODIGO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El actor cedió la explotación de unas minas al demandado en el año 1957, sin que éste le rindiera cuentas de aquella explotación, existiendo, además, otras relaciones de negocios entre ellos, entre las que se cuenta una cesión de derechos hereditarios relativos a la sucesión de un hermano suyo, que era un verdadero contrato de fiducia o de garantía, otorgado ante Notario en 1961, en cuya fecha se hizo también otro documento privado entre las partes, modificativo de lo consignado en la escritura. El actor citó en conciliación para anular aquel contrato de 1961, sin que compreciese el demandado, por lo que se interpone demanda solicitando la rendición de cuentas y la nulidad del referido contrato de garantía o de fiducia, consignando la cantidad que garantizaba en la Caja General de Depósitos. El demandado contestó que el actor no había cumplido sus compromisos y, por tanto, no procedía la liquidación de cuentas, por cuyo motivo no asistió al acto de conciliación, por estimarlo temerario y de mala fe.

El Juez de Primera Instancia número 17 de Madrid declaró nula la escritura de cesión de derechos hereditarios y válido el documento privado suscrito entre ambas partes una vez que se abonasen las 210.000 pesetas más los intereses correspondientes, absolviendo al demandado de las demás pretensiones. La Audiencia de la misma capital confirmó íntegramente la sentencia anterior.

Se interpuso recurso de casación por las dos partes. El actor, por no haberse tenido en cuenta el documento de 1957, que estableció una relación entre las partes debiendo rendir cuenta de la administración de las minas, por lo que se incumplen los artículos 1.225, 1.278, 1.098 y 1.261 del Código civil, al no tener en cuenta aquel contrato y no reconocerle la fuerza que se deriva de sus términos, alegando igualmente la incongruencia de la sentencia recurrida. El demandado, por no haber tenido en cuenta la obligación de pagar la suma adeudada, los gastos e intereses, porque al no ofrecerse ni consignarse éstos, no se ha cumplido totalmente la prestación por el deudor, sin que pueda obligarse al acreedor a recibirla en parte.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez-Solano Espín, rechaza ambos recursos.

El primero, porque no existe incongruencia, a que se refiere el artículo 359 de la LEC en la sentencia recurrida, sino que adolece de falta de claridad por confundir dos negocios distintos como si fuesen uno solo, lo que puede corregirse por la aclaración establecida en el artículo 363 de la misma Ley, según reiterada jurisprudencia de esta Sala. También porque el Tribunal *a quo* no ha desconocido la eficacia del artículo 1.225 del Código en cuanto estima que las relaciones creadas por el documento de 1957 han sido liquidadas por los dos de 1961, lo que no ha podido desvirtuarse por el recurrente. Tampoco se pueden admitir los otros motivos

por sustentarse en supuestos contrarios a los admitidos por los juzgadores de Instancia y no se infringe el principio *pacta sunt servanda* ni la ley del contrato cuando no se decreta la anulación de ninguna obligación, sino que se interpretan las existentes entre las partes, estimando liquidada una de ellas en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.156 del Código.

El segundo, porque el artículo 1.169 del Código y jurisprudencia que se cita no se adujeron en el litigio ni sobre ellos giró controversia, por lo que su invocación constituye cuestión nueva, que debe rechazarse en esta fase de las actuaciones, existiendo armonía entre el fallo de la sentencia recurrida y la finalidad de ambos motivos, lo que hace que el recurrente carezca de interés tutelable.

RECLAMACION DE CANTIDAD: UN DICTAMEN PERICIAL NO PUEDE SERVIR DE BASE A UN RECURSO DE CASACION NI SE PUEDE DAR A LA CONFESION JUDICIAL UN VALOR SUPERIOR AL DE LOS OTROS MEDIOS (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Convenida la explanación en banales y la preparación de terrenos de una finca por el actor con la sociedad propietaria de la finca y pagada una factura por esta entidad, uno de los administradores de la sociedad se puso al habla con aquél para ver de rebajar el precio convenido y se llegó a un acuerdo ante testigos modificando aquél. Nombrada una persona por los dueños de la finca para controlar los trabajos de las máquinas hubo desacuerdo en cuanto a la cuantía de diversas facturas posteriores impagadas, por lo que se entabló demanda para reclamar 1.101.272 pesetas, por los trabajos realizados, ante el Juzgado de Carmona. Se contestó la demanda y se formuló reconvencción, a la que se contestó por el actor. El Juzgado desestimó la demanda, así como la reconvencción formulada por la entidad demandada. La Audiencia Territorial de Sevilla revocó parcialmente la sentencia anterior, admitiendo la obligación de pagar la sociedad demandada al actor la cantidad de 721.710 pesetas más los intereses legales desde la interposición de la demanda, desestimando la reconvencción formulada por aquélla. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal por error de derecho en la apreciación de la prueba y vulneración de los artículos 1.544 y 1.248 del Código, así como por error de hecho, al no estimar la reconvencción que se formuló.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet, rechaza el recurso por confundirse en el mismo motivo distintos fundamentos, contra lo que dispone la jurisprudencia de esta Sala, así como el apoyarse en un dictamen pericial que no puede servir para acreditarse en un recurso de casación. Tampoco se puede dar a la confesión un valor superior al de las otras pruebas, sino que han de valorarse conjuntamente. Tampoco puede admitirse el último motivo por dejar incólumes las declaraciones de la Sala sentenciadora, en las que se funda la desestimación de la reconvencción.

INSUFICIENCIA DE PODER: ES INSUFICIENTE EL OTORGADO POR EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD CUANDO NO ACREDITA DOCUMENTALMENTE QUE LO SEA NI QUE TAL CARGO OSTENTE LA REPRESENTACION DE LA ENTIDAD (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—La cuestión de fondo, en la que no entra el Tribunal Supremo, se reducía a la validez o nulidad de la declaración de obra nueva hecha por una sociedad anónima, aunque, en realidad, la obra estaba hecha por un socio, que aportó los terrenos y las obras sin hacer previa escritura de declaración. Entablado embargo contra el socio por la entidad actora, se suspendió en el Registro la anotación por no estar inscritas las edificaciones a nombre de persona alguna. Inscrita la obra por la sociedad, se canceló la anotación de embargo y la de suspensión respecto a las edificaciones. El Juzgado de Tafalla dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la escritura de declaración de obra nueva y de la inscripción correspondiente. La Audiencia de Pamplona revocó la sentencia del Juzgado y absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley con base en la inexistencia de la sociedad mercantil cuando se embargaron las edificaciones, construidas por el socio deudor, y en que la declaración de obra, conforme a la Ley Hipotecaria y su Reglamento, debe hacerla el verdadero dueño, el cual, después de declarada, puede aportarla a la sociedad si lo desea.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sin entrar en el fondo de esta interesante cuestión, por insuficiencia del poder del procurador de la entidad recurrente, ya que el Reglamento Notarial exige que cuando se represente a una sociedad se exprese el nombre y domicilio de la misma, insertando o incorporando a la escritura los documentos fehacientes que acrediten la representación, pudiendo también acompañarlos a las copias. La copia del poder que presenta el procurador no reúne los requisitos reglamentarios, ya que el poderdante no acredita fehacientemente que sea gerente de la sociedad ni que tal cargo tenga la representación de la entidad que invoca, así como tampoco se acredita que el consejero-vocal represente en juicio a la sociedad, ya que esta representación corresponde, según la LSA, al Consejo de Administración si no se dice nada en los Estatutos.

LIQUIDACION DE CUENTAS: EN LA ESCRITURA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD SE ESTIPULAN CIERTAS CLAUSULAS DETERMINANTES DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR A PAGOS DE PRESTACIONES QUE NO SE SATISFICIERON A SU DEBIDO TIEMPO (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Actor y demandado constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a tratamientos minerales, contratando con otra entidad la construcción de una planta de concentración de minerales, lo que no realizó debidamente. Actor y demandado extendieron un contrato privado en 1965, en que se concedía al primero una opción de compra de su parte en la sociedad y, al mismo tiempo, que en el supuesto de tener que pagar a la entidad constructora de la planta la parte de precio no satisfecho por decisión judicial o arbitraje, el demandado respondería

personalmente del 50 por 100 del precio no pagado más los intereses de demora. El actor usó de este derecho de opción, pasando la sociedad a ser de su exclusiva propiedad. Sometidas a arbitraje las cuestiones existentes con la entidad constructora de la planta, se dedujo la necesidad de pagar el demandado al actor la cifra de 607.699 pesetas. En la contestación a la demanda se dijo que la única cantidad adeudada era de 10.000 pesetas al demandante.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santander estimó la demanda, condenando al demandado a pagar la cantidad que se pedía en la demanda. La Audiencia de Burgos confirmó la sentencia.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se fundó en la violación de los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.286, en cuanto no se ha entendido bien por el Tribunal *a quo* el sentido exacto del contrato de 1965, que era el de un completo finiquito entre ambas partes, y, por otra parte, no tener en cuenta el contenido real de la referida cláusula quinta, por la que se obligaba al demandado a pagar la mitad de lo que hubiera de satisfacerse a la otra entidad, deduciendo esta mitad de una cifra que no es el abono real de lo que se ha de liquidar ni está incluida en el marco de las obligaciones que el convenio en cuestión impone al demandado.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Taboada, conde de Borrajeiros, rechaza el recurso teniendo en cuenta que, en virtud del laudo arbitral, se había dado el supuesto de indemnización previsto en la citada cláusula quinta, atendiendo al tenor literal de la misma, siendo correcta la exégesis hecha por el Tribunal de Instancia, sin que se haya probado la contradicción entre esta cláusula y las restantes del contrato. En el negocio de disolución de una sociedad—que era el sentido que el recurrente da al contrato último—es frecuente que se estipulen ciertas cláusulas determinantes de la obligación de contribuir a pagos de prestaciones que no se satisficieron a su debido tiempo. En el contrato de 1970 no se hizo ninguna reserva de lo que había de pagarse a la otra entidad, pero esto no tenía mayor importancia, ya que el único objeto del mismo era la consumación del derecho de opción por el actor.

C. R. R.

IV. FAMILIA

DEMANDA DE NULIDAD DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO PRACTICADA EN 1933. LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO Y EL DERECHO A APELLIDOS: Artículos 3 y 92 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957; el principio de la irretroactividad; la prescripción de la acción para impugnar el reconocimiento como hijo natural efectuado en 1933. **EL RECONOCIMIENTO Y LA POSESION DE ESTADO:** Interpretación del artículo 135, 2.º, del Código civil; los titulares de la acción tendente al reconocimiento forzoso de la filiación natural; la eficacia de las normas de la Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 en cuanto a provocar el nacimiento de derechos civiles; la prueba de los actos consistentes en la posesión de estado. **EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL Y LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES:** ABOGADO DEL ESTADO c. DUQUE y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1972).

Antecedentes.—La relación de los hechos que precedieron al pleito aparece claramente y es aceptada por ambas partes, salvo en lo referen-

te a la interpretación de algunas circunstancias de dudosa valoración jurídica. Dicha relación es como sigue: I) Don... había contraído matrimonio canónico en 1922, del cual no hubo descendencia; la esposa falleció en 1939, y el marido, en 1962, en su domicilio de la capital, sin que haya constancia expresa de estar empadronado en otra residencia. II) Fallece el causante bajo testamento ante Notario, otorgado en 1947, en el que dice estar casado sin hijos del matrimonio e instituye única heredera a su esposa. III) En 1933 se había practicado la inscripción de nacimiento, en uno de los Registros civiles de la capital, de una niña—la demandada en este pleito—como hija del referido causante y otra señora, omitiéndose en el momento de practicarse la inscripción la condición de «casado» de dicho señor y la «legitimidad» o «ilegitimidad» de la persona que se inscribía. IV) La demandada, alegando su condición de hija «natural» del causante referido, compareció ante el Juzgado de Primera Instancia de E. (sito en otra provincia), manifestando que el causante, si bien fallecido en la capital, era vecino de la localidad donde radica el Juzgado, y solicitando la declaración de herederos abintestato a su favor; por auto de 1963, el Juzgado declaró heredera abintestato en el todo de la herencia a la hija natural del causante, fallecido viudo y sin descendientes ni ascendientes legítimos y con testamento abierto instituyendo heredera a su esposa, fallecida con anterioridad.

El señor Abogado del Estado finalizaba su demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare: 1) que doña...—la demandada—es hija ilegítima, no natural, del causante y que, en consecuencia, se proceda a la rectificación del asiento de la inscripción de nacimiento en el Registro civil; 2) que se decrete la nulidad del auto de declaración de herederos a favor de dicha señora, dictado en 1963 por el Juzgado de E.; 3) que se declare que la demandada carece de derechos sucesorios en la herencia del causante dicho y, por ende, que se proceda a la declaración de herederos a favor del Estado. Y, finalmente, que se condene a la demandada al pago de los gastos y costas del procedimiento.

Emplazados los demandados, doña..., en base a los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la LEC, solicitó la suspensión del curso del juicio hasta que fuere resuelto el sumario iniciado en el Juzgado de E. sobre los mismos hechos. Dicha suspensión fue acordada y posteriormente alzada, a petición del demandante, invocando haberse resuelto el proceso penal.

El Ministerio Fiscal contestó exponiendo los mismos hechos que el demandante y haciendo constar que la demandada había vertido manifestaciones falsas ante el Juzgado, a los efectos de la declaración de herederos abintestato, como la de que el causante era vecino de dicho municipio y la de que ella era hija natural del difunto. Terminaba suplicando se dicte sentencia accediendo a todas las pretensiones formuladas en la demanda.

La demandada contestó y se opuso a la demanda, aceptando los hechos, pero no determinadas manifestaciones, cuales las de que su padre no tuviera residencia en E. (así constaba en el propio auto del Juzgado); la de que se hubiere OMITIDO toda declaración acerca de la legitimidad o no de la inscrita en 1933 y de su propio estado civil (dado que, conforme a la Constitución entonces vigente de 1931, no existían hijos legítimos ni ilegítimos y no podía consignarse declaración alguna sobre tales extremos: su padre lo que hizo fue reconocer que la inscrita era hija suya); la de que la demandada NO ERA hija natural (pues lo alegó, lo estimó entonces, lo estima ahora y, en tanto otra cosa no se disponga, sigue considerando se trata de una hija natural). Terminaba su escrito suplicando se dicte sentencia declarando prescritas las acciones ejercitadas por el Abogado del Estado o, en otro caso, se declarase la continua pose-

sión del estado de hija natural de la demandada respecto de su padre, la validez de su derecho sucesorio y las restantes consecuencias que de ello dimanar.

Además, la parte demandada formulaba RECONVENCION y hacía constar: 1) el hecho de haber obtenido auto declaratorio de herederos abintestado; 2) procesada por querrela por estafa, promovida por la representación del Estado, a consecuencia de la cual estuvo detenida durante cincuenta y siete días; después obtuvo su libertad bajo fianza y quedó sometida a las incidencias de un proceso penal, del que fue absuelta por sentencia de la Audiencia; 3) el Estado ordenó la retención y embargo de todos los bienes del causante y, ADEMÁS, ordenó la detención de la demandada, contraviniendo con ello el derecho a la libertad personal; 4) tales actos habían producido a la demandada daños MORALES, dada su condición de madre de tres hijos menores de edad, desatendidos durante su detención, dado el descrédito personal, sin motivo alguno para ello, y dada la categoría oficial de su marido, desprestigiado moral y socialmente con su detención. Acreditada la existencia de tales daños morales, los valoraba provisionalmente en la cifra de 6.500.000 pesetas. Termina suplicando se tuviera por formulada reconvencción por la expresada suma más los intereses legales y las costas causadas.

La parte demandante evacuó el traslado de REPLICA, solicitando se desestimase la reconvencción y alegando: 1) que se procedió a incoar el sumario por el Juzgado de Instrucción de E. y se decretó el procesamiento y prisión de la demandada por dicho Juzgado, en atención a concurrir los supuestos prevenidos en los artículos 503 y 504 de LECrim.; 2) que la acusación la mantuvo el Ministerio Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito de estafa, otro de falsedad y otro de presentación de testigos falsos: dicha acusación la mantiene la propia Abogacía del Estado; 3) que la Audiencia absolvió a la demandada, pero CON RESERVA al Estado de las acciones que pudieran asistirle, que son precisamente las ejercitadas en el presente juicio.

Evacuado el trámite de SUPLICA, practicada la prueba y evacuados los trámites de CONCLUSIONES, el Juzgado acordó—para mejor proveer—que fueran traídos a los autos los documentos que en relación a los hechos discutidos obraran en el domicilio del causante.

— Después de todo esto, el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia, estimando en todas sus partes la demanda presentada por el señor Abogado del Estado. Y desestimando la reconvencción formulada por la parte demandada.

— La AUDIENCIA confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

— La demandada interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley, en base a los siguientes MOTIVOS:

1.º Por violación, por no aplicación, del artículo 1.964 y concordantes del Código civil: porque las acciones ejercitadas por el Abogado del Estado demandante, estimadas por la sentencia recurrida, están prescritas por haber transcurrido más de quince años desde la práctica de la inscripción de nacimiento (en el año 1933); que en aquel preciso instante adquirió la recurrente unos derechos de tipo personal; que si bien la sentencia recurrida alega que «las acciones ejercitadas tienen carácter SUCESORIO y por ello no han podido ser ejercitadas hasta después del fallecimiento del padre de la recurrente», sin embargo, tanto la rectificación en el Registro civil como la legitimidad o ilegitimidad de la filiación NO SON acciones personales de carácter sucesorio, y que la acción de IMPUGNACION del reconocimiento hecho a favor de un hijo que no

reúna las condiciones del artículo 119, 2.º, del Código civil está sujeta, como PERSONAL que es, a la prescripción de quince años.

2.º Por violación del artículo 135, 2.º, del Código civil, basada en la constante y continua posesión de estado de hija natural de la recurrente, justificada por actos directos de su mismo padre: porque resulta probado en la sentencia de la Audiencia, resolutoria del sumario incoado a la demandada, que la inscripción de nacimiento y la partida de bautismo se practicaron SIN ninguna mención del estado civil de los padres ni la condición filial de la nacida; que ella vivió hasta su matrimonio en casa y compañía de sus padres, con quienes continuó después las íntimas relaciones propias de una hija; que el padre fue padrino de su boda y de bautismo de alguno de los hijos y figuró como abuelo en las inscripciones de nacimiento de los nietos. Aparece, por tanto, probado que la recurrente ha estado, respecto a su padre, en una constante posesión del estado de hija.

3.º Por violación del artículo 1.902 del Código civil: porque la recurrente, por el simple HECHO de haber formulado declaración de herederos a su favor como hija única a la muerte de su padre, fue procesada por estafa y encarcelada durante cincuenta y siete días; que la «prisión preventiva» responde exclusivamente a exigencias de aseguramiento sólo justificadas cuando las circunstancias concurrentes hagan presumir con fundamento que el reo tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y era patente la inutilidad de la prisión sin fianza dictada contra la recurrente cuando ya se había ordenado la retención y embargo de los bienes del causante, por lo que con todo ello se le ocasionaron a la recurrente perjuicios de toda índole, cuya indemnización fue desestimada por la sentencia recurrida, infringiendo el precepto denunciado.

— El TRIBUNAL SUPREMO acoge el recurso PARCIALMENTE sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín.

Considerando que el *segundo motivo del recurso*, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la violación de la regla 2.ª del 135 del Código civil, *no puede alcanzar el resultado apetecido* por la parte recurrente: *Primero. Porque la acción de reconocimiento forzoso, a que dicho precepto se contrae, únicamente puede ejercitarse por las personas que, con relación al demandado, ostenten la condición de «hijo natural»,* como claramente indica el texto del encabezamiento de la sección 1.ª, capítulo IV, título V, libro I, y de los artículos 129, 131 y 134 a 137 del expresado Código, es decir, por las que hubieren nacido de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa o con ella (arts. 119, párrafo 2.º, y 130), *situación en que no se encuentra la recurrente*, según los hechos que la sentencia impugnada declara probados, *por lo que su pretendido «reconocimiento» no sólo puede ser impugnado por aquellos a quienes perjudique, conforme al artículo 138, sino que resulta inadmisibile en cuanto se dirige a acreditar su posesión de estado* (sentencia de 18 de marzo de 1954) *o a investigar su paternidad* (art. 141). *Segundo. Porque, aun cuando por aplicación del artículo 43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, vigente a la sazón, se equiparase la condición de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, tal circunstancia no desvirtúa lo acabado de exponer, por integrar los preceptos contenidos en las leyes fundamentales del Estado meras enunciaciones de principios, encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles, salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores, según se reco-*

noció en la Orden ministerial de 4 de octubre de 1933 y en las sentencias de esta Sala de 29 de enero de 1935 y 11 de marzo de 1940, *cosa que no sucedió respecto a los derechos sucesorios de los hijos habidos fuera del matrimonio, a pesar del intento que a tal fin se llevó a efecto en los artículos 24 y 26 del Anteproyecto de Ley de 1933, que no llegó a promulgarse. Tercero.* Porque, en último término, la «posesión de estado» se constituye por una serie continuada de actos procedentes del padre o su familia relativos a la dirección, cuidado y protección del hijo, que por su número, significación e importancia revelan no sólo el convencimiento de la paternidad, sino también la voluntad ostensible de tenerle y tratarle como tal en las relaciones sociales de la vida (sentencias de 22 de marzo de 1919, 24 de enero de 1920 y 24 de marzo de 1927), *cuyos actos deben ser acreditados cumplidamente para que proceda la aplicación de los artículos 135 y 741 (sentencia de 24 de junio de 1930), siendo así que en el presente caso la realidad de los mismos ha sido expresamente negada por el Juzgador de Instancia, a cuya soberanía está encomendada su apreciación (sentencias de 30 de enero de 1931, 24 de febrero de 1966 y 27 de enero y 8 de febrero de 1971).*

Considerando que *igual suerte debe correr el tercer motivo del recurso*, dirigido por la vía formal de los que le preceden, porque *negada la realidad de los daños «extracontractuales», en que el motivo fundamenta la violación del artículo 1.902 del Código civil, la transgresión indicada carece de base fáctica en que apoyarse.*

Considerando que, *en cambio, debe prosperar el primer motivo del recurso*, acogido al número 1.º del citado artículo 1.692, *porque al haberse practicado la inscripción de nacimiento de la recurrente, ocurrido el día 14 de marzo de 1933, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto de 3 de febrero de 1932, confirmado, en cierto modo, por la Ley de 25 de mayo del mismo año, dicha señora gozó a partir de entonces del derecho a usar el apellido de sus padres*, aun cuando no ostentase respecto a ellos la condición de «hija natural», *sin que se la deba privar de aquel disfrute en estas actuaciones, como consecuencia de la restitución de la vigencia del artículo 48 de la Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870 y derogación del Decreto últimamente mencionado por los artículos 1 y 6 del de 3 de mayo de 1938, en atención al principio de irretroactividad consignado en el artículo 3 del Código civil y a la circunstancia de que si ése fue el criterio mantenido por esta Sala en sentencia de 18 de enero de 1929, en cuanto al «reconocimiento», después de la promulgación de dicho Cuerpo legal de las prerrogativas concedidas a los hijos «ilegítimos», por el artículo 9 de la Ley de Toro, no existe razón alguna para sustentar otro distinto en la actualidad, cuando tanto la doctrina científica como el párrafo 2.º del artículo 25 de la Declaración de Derechos Humanos e incluso nuestro legislador, a través del artículo 178 de la Ley sobre Adopción de 4 de julio de 1970, se orientan en ese sentido, al igual que sucede con algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, que, con apoyo en el artículo 191 del Reglamento, autorizan a estos hijos a conservar en determinadas ocasiones, y siempre que, como aquí ocurre, no se perjudique a terceros, los apellidos que venían usando (resolución de 7 de mayo de 1965 y circular de 21 de mayo de 1970), lo que unido a que los artículos 3 y 92 de la Ley de 8 de junio de 1957, en que el representante del Estado fundamenta ese pedimento, no son de ineludible aplicación a este caso concreto, por no existir contradicción entre este pronunciamiento y el asiento registral litigioso, en el que no consta la naturaleza de la filiación de la demandada, y a que si se tratase de impugnar su reconocimiento como hija natural, la acción habría prescrito por el transcurso de los quince años a que se refiere el artículo 1.964 del Código civil (sentencias de 11 de diciembre de 1943 y 4 de febrero*

y 15 de octubre de 1960), *determina que el motivo haya de ser acogido, con la anulación parcial de la sentencia recurrida.*

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de doña...

— Segunda sentencia del Tribunal Supremo:

Siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede.

Considerando que por los razonamientos expresados en dicha sentencia debe confirmarse la dictada por el Juez de Primera Instancia, salvo en lo que afecta a la rectificación del asiento de inscripción de nacimiento de la demandada, de cuyo pronunciamiento absolvemos a dicha señora.

Considerando que no es de apreciar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes respecto a la imposición de costas en ambas instancias.

Fallamos que confirmando, en parte, la sentencia pronunciada por el Juez de Primera Instancia número 1 de esta capital, con fecha 13 de diciembre de 1969, *debemos declarar y declaramos: Primero.* Que doña... no es hija legítima ni natural de don... *Segundo.* Que es nulo el auto de declaración de herederos dictado a favor de la referida señora el día 13 de marzo de 1963 por el Juzgado de Primera Instancia de E. *Tercero.* Que la misma carece de derechos sucesorios en la herencia de don..., declarándose éstos en favor del Estado, y absolvemos a la expresada señora del resto de las pretensiones contra ella formuladas en la demanda, y al Estado, de la reconvencción contra él dirigida por la demandada, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, y para que tenga cumplimiento lo resuelto en la presente sentencia insértese la misma en la certificación mandada librar.

DEMANDA DE DECLARACION DE NULIDAD DE INCAPACIDAD. LA INCAPACIDAD DECLARADA POR PARANOIA Y LA VALORACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: OLIETE *cv* TRAMULLAS y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1971).

Antecedentes.—En el año 1967, la esposa—aquí demandante—había sido declarada incapaz para regir su persona y administrar sus bienes, confiando el Tribunal la tutela de su persona y bienes a su esposo—el aquí demandado—. Dicha declaración de incapacidad constituye el antecedente INMEDIATO de este litigio.

Los antecedentes REMOTOS son los siguientes: 1) En 1946, la esposa había instado unas medidas de depósito de mujer casada preparatorias de la correspondiente demanda de separación (al parecer, no intentada). En el mismo año, el marido promovió expediente de declaración de incapacidad de la esposa, y previos dictámenes médicos y declaración de los vocales del consejo de familia de entonces, el Juez declaró que la mujer «estaba completamente sana y era absolutamente capaz para regir su persona y bienes». 2) En 1951 promueve de nuevo el marido expediente de declaración de incapacidad, también denegado. 3) Y, finalmente, en 1966, nuevamente promovido por el marido el expediente de incapacidad, obtuvo esta vez resolución favorable, siendo resuelta por la Audiencia la apelación de la esposa en forma idéntica a la del Juzgado. Era ésta la declaración al principio aludida como origen próximo del pleito.

Ambas partes disienten totalmente en la apreciación de las circunstancias SUBJETIVAS de la otra parte: para la *demandante*, la conducta del marido sostenida a lo largo de veintisiete años iba *sistemáticamente*

encaminada a obtener la declaración de incapacidad, creando de paso en la esposa un estado de delirio persecutoria para desembocar en una posible locura; para el esposo *demandado*, «ha sido precisamente la desdichada enfermedad de ella la que ha alejado a su desdichada familia de toda clase de felicidad y paz» (*sic*), siendo la conducta de la esposa consecuencia de su «incontenible afán pleitista», de su «capacidad extraordinaria para deformar las realidades», de su «deseo de aparentar estrecheces y colocarse en el papel de víctima», y siendo el único propósito del marido el conseguir el bien de su esposa enferma y de los hijos, sin que ningún interés exista para ostentar la tutela de su esposa, otorgada por imperativo legal.

No son aquí del caso las diversas incidencias acaecidas a lo largo de todos dichos años, siendo únicamente relevante el hecho de que en 1964, previa inyección con calmantes y el ingreso en un manicomio, en dicho centro otorgó la esposa ante Notario—quien consigna tenía capacidad legal para otorgar la escritura—apoderamiento a favor de su marido para vender una finca.

Entre otros hechos relevantes destacan la serie de informes y dictámenes médicos contradictorios acerca de la capacidad de la esposa.

La DEMANDA termina con la súplica de que se dicte sentencia anulando y dejando sin efecto la declaración de incapacidad de la esposa demandante.

El Ministerio Fiscal CONTESTO la demanda negando los hechos en tanto no fueren suficientemente probados.

El demandado, antes de su contestación, formuló tres excepciones dilatorias, por falta de personalidad en el demandante, por defecto legal en el modo de proponer la demanda, por falta de personalidad en el Procurador del actor y por insuficiencia e ilegalidad de poder; sustanciando el correspondiente incidente por auto desestimatorio, la Audiencia resolvió la apelación estimando parcialmente el recurso y admitiendo la excepción de insuficiencia de poder del Procurador de la actora. El Procurador compareció con nuevo poder. En su CONTESTACION a la demanda, el marido, tras alegar lo pertinente, suplica se dicte sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta se declare no haber lugar a la nulidad o anulación de la sentencia definitiva dictada en el expediente de jurisdicción voluntaria que sirvió de antecedente al presente juicio, confirmando definitivamente la declaración de incapacidad de la actora en los términos expresados en el fallo citado.

— Las pruebas practicadas fueron: a petición de la actora, la documental, la pericial médica y la confesión del demandado; a petición del demandado, la documental y la testifical.

— El JUZGADO de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, declaró que la actora es incapaz para administrar sus bienes y comparecer en juicio, confiando su tutela respecto de estos autos a su marido.

— La AUDIENCIA, desestimando el recurso de apelación, confirmó la sentencia apelada, basándose para ello en que: en el considerando cuarto alega que la recurrente padece paranoia, y ello lo deduce de la dificultad del diagnóstico, y en el considerando quinto, antes de afrontar los informes médicos, examina el resto de la prueba practicada; en el considerando sexto reconoce que la prueba pericial médica es aparentemente contradictoria (motivaciones éstas que sacamos del escrito del recurso de casación al no tener a la vista la sentencia recurrida).

— La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley en base a los MOTIVOS siguientes:

1.º Por violación, por aplicación indebida, del artículo 200, 2.º, del Código civil y de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968, porque por encima de las normas de Derecho positivo está el principio de Derecho natural, según el cual «toda persona es capaz y responsable de sus actos mientras no se demuestre lo contrario», y toda norma limitativa de este reconocimiento de capacidad de las personas debe ser de interpretación estricta, porque, conforme al precepto 200, 2.º, del Código civil citado, sólo los locos o dementes deben ser sometidos a tutela, y de acuerdo con las sentencias aludidas se establece una diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental, aunque los equipara en su consecuencia; y la sentencia recurrida, SIN declarar a la recurrente demente ni retrasada mental, la declara INCAPAZ para administrar sus bienes y comparecer en juicio, aun sin reconocerle enfermedad alguna; de modo que no siendo demente ni retrasada mental, ninguna falta le hace la tutela, por ser perfectamente capaz, y así nadie le niega el registrar su persona.

2.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador: además del poder otorgado en el manicomio aduce otra escritura, en que el marido autoriza a la mujer para viajar y administrar sus bienes, lo que evidencia que éste consideraba capaz a la mujer cuando así le convenía, y estos documentos AUTÉNTICOS han sido desconocidos en ambas instancias, y este doble error de hecho resultante de tales documentos demuestra la equivocación evidente del Juzgador.

3.º Por violación, por falta de aplicación, del principio general de Derecho *secundum justa alegata et probata iudes judicare debet* y error de Derecho en la apreciación de la prueba: porque aunque dicho principio tiene su límite en la propia Ley, sin embargo, la sentencia recurrida incide en los siguientes errores de Derecho: el principio general de Derecho de la capacidad de las personas en tanto no se halle probada la completa insania mental, la actuación del marido al otorgar poder a la esposa para administrar equivale a reconocimiento de la capacidad y no es lícito actuar contra los propios actos, la aceptación por el marido de las facultades contenidas en escritura de poder para vender, el que la paranoia no es causa de incapacidad ni de sumisión a tutela, el que la sana crítica debiera haber aconsejado al Juzgador apreciar las «posiciones» del marido con valor normativo cuando aquél confesó haber procedido dolosamente en el internamiento, que el reconocer lo contradictorio de la prueba pericial médica sería suficiente para estimar que NO ha habido prueba plena y el que la declaración de incapacidad se hace ante la PRESUNCION de que la esposa pueda cambiar de vecindad civil (lo cual va contra el principio de apreciación de las presunciones).

— El TRIBUNAL SUPREMO estima que NO HA LUGAR al recurso en base a la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez.

Considerando que *el motivo primero* acusa la «violación, por aplicación indebida», del artículo 200, apartado 2.º, del Código civil, así como de la «doctrina legal, representada por las sentencias del Tribunal Supremo» que cita, por entender que la combatida declara a la hoy recurrente incapaz para administrar sus bienes y comparecer en juicio, a pesar de que no la considera demente ni retrasada mental y de que no afirma que padezca enfermedad alguna; *motivo que tiene que perecer no sólo por invocar dos conceptos de infracción antitéticos y de incidir, por consiguiente, en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, convertida en este instante procesal en causa de*

desestimación, sino porque las dos sentencias de Instancia coinciden en estimar, tras la apreciación conjunta de todas las pruebas practicadas en el proceso, que «la actora está aquejada de una paranoia, enfermedad mental que le produce una alteración del equilibrio psicológico de tal naturaleza, que la priva del necesario discernimiento para administrar su patrimonio y realizar actos procesales».

Considerando que esta apreciación fáctica trata de desvirtuarse en los dos últimos motivos, pero sin el menor éxito, dado que *las dos escrituras públicas invocadas en el ordinal segundo no muestran hecho auténtico alguno que se halle en relación de contradicción con lo aseverado por el Juzgador a quo, y el motivo tercero no aduce ninguna norma de valoración de la prueba que haya podido ser violada en la sentencia impugnada, por lo que, en definitiva, hay que declarar no haber lugar al recurso, con las preceptivas consecuencias del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento.*

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE EXTRANJEROS CONTRAIDO EN EL EXTRANJERO. EL ESTADUTO PERSONAL Y SU APLICABILIDAD A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. LA PRUEBA DE LA LEGISLACION EXTRANJERA. *El acuerdo o desacuerdo de los litigantes acerca de la aplicabilidad de la ley extranjera o de su contenido, vigencia o interpretación: OSBORN c. GRAHAN (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1971).*

Antecedentes.—I) Ambos litigantes, súbditos norteamericanos, habían contraído matrimonio en el estado de Connecticut, en 1956, civilmente. Desde 1960 residían en España, donde habían adquirido una finca, inscrita a nombre de ambos en el Registro de la Propiedad, y donde tuvieron un hijo, nacido en el lugar de su residencia.

II) Hacia el año 1967 comenzaron las desavenencias conyugales, cuyas CAUSAS parecen muy claras según la posición de cada litigante: para el marido, *demandante*, todo se debió a que la esposa estaba sometida a excesos de bebida, a que hubo de internarla en un sanatorio, a que abandonó la vivienda conyugal e hijo y a que llevó consigo todo el mobiliario de la casa; para la esposa, *demandada*, las desavenencias comienzan en el momento que se instala en un chalet vecino la esposa de un amigo del marido, al que encargaron cuidase, lo que hizo solicitamente hasta llegar a convertirse en amantes; el internamiento obedeció a una crisis nerviosa motivada por su situación de desamparo, ya que a las iniciales remesas de dinero por el marido (10.000 pesetas mensuales) sucedió la suspensión de tales envíos; que en tal situación tuvo que pasar a residir con unos amigos de la familia y luego atender a su subsistencia buscando empleo en Inglaterra.

El marido, *demandante*, finaliza su DEMANDA con el suplico de que se dicte sentencia estimando la demanda y declarando la separación de ambos cónyuges a los solos efectos de la suspensión de la vida en común de los mismos y a los prevenidos en el artículo 63 del Código civil.

El Ministerio Fiscal, en su CONTESTACION, se manifiesta conforme con los hechos de la demanda hasta tanto no quedaran debidamente probados.

La esposa fue demandada por edictos dado lo que el actor dijo ser en ignorado paradero. CONTESTO y se opuso alegando lo pertinente, suplicando se dictase sentencia conforme al suplico de su escrito de contestación; en el mismo formulaba RECONVENCION aportando las pruebas de confesión del actor y de la sentencia de divorcio pronunciada por

el «Royal Courts of Justice, Divorce Country Courts», de Londres, UN MES ANTES de la fecha de la demanda del actor; alegaba la necesidad de la guarda y custodia del único hijo habido del matrimonio dada la profesión de escultor del marido, su vida de vagabundo y su poco eficiente conducta. Suplica una sentencia por la que desestimando la demanda se absuelva a la esposa de los pedimentos articulados en la misma, y estimando en todas sus partes la demanda reconvenicional se declare la separación de ambos cónyuges por causa de adulterio imputable al marido y con expresa declaración de inocencia a favor de la demandada, a quien se confiera la guarda y custodia del único hijo habido del matrimonio.

El Ministerio Fiscal interesaba una sentencia por la que estimando la demanda y la reconvenición se decretara la separación del matrimonio, con culpabilidad de ambos cónyuges.

— El JUZGADO de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimando la demanda absuelve a la demandada, y desestimando la demanda reconvenicional absuelve al marido.

— La AUDIENCIA, resolviendo sendos recursos de una y otra parte, dictó sentencia confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

— Cada una de las partes interpuso su respectivo recurso de casación por infracción de ley.

El recurso de casación del DEMANDANTE se basa en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por interpretación errónea del artículo 9 del Código civil, porque dicha norma se transforma automáticamente en una clara «norma de conflicto», que únicamente surge en aquellos casos en que otra norma extranjera pretenda someter a su jurisdicción una de las actuaciones relativas al Derecho de familia o el estado, condición o capacidad legal de los españoles en el extranjero; la Audiencia, en su considerando primero, detecta un espíritu amplio, comprensivo de las hipótesis de los extranjeros en España, y tal interpretación es evidentemente errónea, ya que el ESPÍRITU de una norma debe deducirse de su literalidad, pero nunca entender por tal aquello que ni con los mayores esfuerzos interpretativos se puede entresacar de su texto.

2.º Por interpretación errónea del artículo 14 del Código civil, ya que la Audiencia apoya su tesis y la capacidad de los extranjeros en España sobre dicha norma, tesis errónea, porque lo que NO DICE el artículo 14 del Código civil en modo alguno es que «lo dispuesto en el artículo 9 sea de aplicación a los extranjeros en España», sino «a los propios españoles EN territorios o provincias de diferente legislación civil; aún más, NO habla de otros países ni de legislación extranjera, y si con la palabra «territorio» se entendiese otro país, siempre quedaría que dicha norma se refiere exclusivamente a los propios españoles y no a los extranjeros en España.

El recurso de la DEMANDADA lo basa en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por infracción, por violación de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935, porque la sentencia de la Audiencia recurrida desestima la reconvenición sobre la base de que, solicitada la separación conyugal por ambas partes en base a la legislación extranjera que les corresponde por su nacionalidad (la del estado de Connecticut), debía haberse probado su contenido, vigencia, alcance e interpretación, y no lo ha sido, como exige la jurisprudencia patria; cita la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1969 y expone las dos direcciones seguidas por la jurisprudencia: de una parte, se ha exigido que la PRUE-

BA de la legislación extranjera se complemente con el dictamen de dos juristas del país extranjero—lo que FALTA en el proceso que nos ocupa y ello origina la resolución recurrida—, pero toda esta doctrina legal que crea esta exigencia está integrada por resoluciones de casos en que las partes estaban EN DESACUERDO sobre la aplicabilidad de la ley extranjera o su contenido, vigencia o interpretación, ya que cuando ambas partes estaban DE ACUERDO con tal extremo de hecho la jurisprudencia ha seguido una línea diferente creando una doctrina legal (sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935) que se estima infringida; precisamente, la sentencia de 1 de febrero de 1934 fue dictada a la vista de un supuesto de hecho exacto al actual; por todo ello, de acuerdo las partes en la legislación aplicable, cuya vigencia acreditaba una certificación del viceconsulado en España, resulta absolutamente innecesaria la probanza ulterior de la legislación extranjera. Todo esto en orden a la FORMA, pues en cuanto al FONDO, no se han demostrado probados los hechos en que el marido fundamenta sus pedimentos y, sin embargo, está plenamente acreditado el adulterio del marido.

2.º Por infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1926, 30 de mayo de 1928, 18 de diciembre de 1935 y 30 de junio de 1962, que dispone que la legislación extranjera ha de probarse no sólo mediante certificación de la ley, sino también con el dictamen de dos juristas: porque tal doctrina está fijada para los casos contradictorios, cuando en el presente caso las partes están plenamente conformes en cuanto a la legislación aplicable.

3.º Por error de Derecho en la apreciación de la prueba infringiéndose los artículos 565 y 566 de la LEC y la doctrina legal contenida en sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935: porque la sentencia recurrida se basa en que la ley americana no ha sido suficientemente probada con la certificación del consulado al no haber completado la prueba con el dictamen de dos jurisperitos; y hay que recordar que la certificación presentada por el actor junto con su demanda como prueba del CONTENIDO de la ley personal en materia de separación conyugal fue expresamente ADMITIDA por la parte demandada, la cual, incluso fundándose en el propio texto aducido, formuló reconvencción: se trata, por tanto, de una cuestión DE HECHO en que las partes se hallan conformes, lo que excluye la prueba, conforme a los artículos 565 y 566 de la LEC; hay que atender, por consiguiente, a las normas de Derecho contenidas en aquellas sentencias y en estas normas adjetivas, que deben regular la apreciación de la prueba, obligando al Juzgado a tener por probados aquellos hechos en los que las partes se encuentran conformes.

— El TRIBUNAL SUPREMO en su sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, RECHAZA uno y otro recurso interpuestos y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que para decidir acerca de las cuestiones que plantean los presentes recursos de casación y habida cuenta que las razones que en ellos se aducen son, en definitiva, las mismas que en su día se utilizaron en los escritos iniciales de que traen causa estas actuaciones, se hace necesario precisar su entidad, tal y como de ellos resulta, no sólo en lo que tienen de discrepantes, sino también en lo que son coincidentes, apareciendo la *coincidencia en los siguientes hechos*: los litigantes, ahora recurrentes, son *súbditos norteamericanos*, que contrajeron *matrimonio civil* el día 7 de octubre de 1956, en la ciudad de S., estado de *Connecticut* (USA), según las leyes del mismo; fijaron el domicilio conyugal en la localidad española de..., donde adquirieron una finca, a principios del

año 1960; del matrimonio nació un hijo varón el 21 de marzo de 1961; a partir de 1967 comenzaron las desavenencias conyugales, que condujeron al estado actual, y *mostrándose la discrepancia con la actuación posterior de los interesados*: a) el día 18 de abril de 1969, *el marido presentó demanda de separación matrimonial* ante la autoridad judicial española alegando la vida desordenada de la esposa, a la que acusaba de beber en demasía—por lo que había estado internada en una clínica, donde recibió el tratamiento adecuado—, que culminó con el abandono del hogar aprovechando una ausencia del actor, llevándose todos los muebles y enseres que existían en aquél, y aduciendo como fundamentos jurídicos de sus pretensiones el Código civil español y en especial los artículos 103, 104 y 107, en relación con el 27, en cuanto atribuye a los extranjeros iguales derechos civiles que a los nacionales, y el 68, a los efectos de la adopción de las pertinentes medidas provisionales que para estos supuestos establece el legislador; todo ello, junto con *lo que afirmaba ser la ley sobre la materia en el estado particular de Connecticut*, contenido en unas hojas de papel simple mecanografiadas, traducidas al castellano por un corredor intérprete (jurado) marítimo, que el vicedcónsul de USA en Sevilla certificaba correspondían exactamente con lo que constaba en la 97 edición, de 1965, del *Martindale-hubel law directory*, cuyo ejemplar existía en el archivo del consulado; b) *la mujer*, citada por edictos, por encontrarse en ignorado paradero, compareció contestando a la demanda, de la que rechazaba los cargos que se le hacían, al propio tiempo que *formulaba reconvencción solicitando igualmente la separación conyugal a causa del adulterio del marido*, que probaba con el testimonio de una *sentencia firme de un Tribunal inglés*, en que aquél figuraba condenado como cómplice en el procedimiento de divorcio por ese motivo que se siguió de un matrimonio británico, e *invocaba como Derecho aplicable no el español*—salvo lo referente a los artículos 27 y 68 del Código civil—, sino, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del mismo y de la interpretación dada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, *el privativo del Estado de Connecticut*, según refleja la certificación presentada por la parte actora, con la que estaba conforme, tanto en cuanto a su vigencia como a su contenido.

Considerando que de la relación que antecede *se deduce que el primer problema a dilucidar es el atinente a la legislación que debe ser aplicada*, es decir, si habrá de tenerse en cuenta la española o, por el contrario, tendrá que ser la del estado americano de Connecticut; que *la sentencia recurrida*—confirmando en un todo la de primer grado—*resolvió en sentido favorable a la primera, solución que se impugna por el recurso que interpuso el marido*, manteniendo su punto de vista inicial, antes aludido, al sostener en los dos motivos que formula, en ambos casos por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que se infringió por interpretación errónea lo establecido en los artículos 9 y 14 del Código civil, y que, *sin embargo, debe reputarse correcta y adecuada con el espíritu y alcance de los preceptos de referencia*, que instauran en nuestro sistema el *principio del estatuto personal* para resolver los conflictos de leyes en el espacio en materia de familia, estado y capacidad legal de las personas, *que implica la aplicación de las normas patrias aun en el extranjero respecto de los súbditos españoles y la consiguiente recíproca aplicación en España de las normas extrañas cuando de extranjeros se trate*, siempre que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres; *reglas, sin duda, elementales del denominado «Derecho Internacional Privado»*, divulgadas por la doctrina científica, consagradas en tratados y convenciones internacionales—de los que el ejemplo más reciente es el de La Haya de 26 de abril de 1966—y, por supuesto, observados continua e ininterrumpidamente por la jurispuden-

cia de este Tribunal, especialmente recogida en las sentencias de 18 de febrero de 1925, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 23 de febrero de 1944, 29 de marzo de 1956, 16 de diciembre de 1960, 29 de septiembre de 1961 y 30 de junio de 1962, *todo lo cual conduce a la desestimación de este primer recurso*, cuya formulación, por otra parte, carece de la *precisión y claridad indispensables*—de acuerdo con la exigencia del artículo 1.620 de la Ley Procesal—no sólo por la forma oscura con que aparece redactado, sino porque toma como punto de partida el que fue fundamento principal del escrito de demanda, donde, a pesar de solicitar se aplicase el Derecho español, presentaba lo que estima eran las normas vigentes en el estado americano, innecesarias en caso de defender la primacía de nuestra legislación e inducentes a confusión si lo que pretendía era la aplicación conjunta de dos clases de reglas de conflicto—con independencia de su contenido material—disparaes entre sí.

Considerando que *el segundo problema que se plantea se refiere a si*, partiendo de la base de que el Derecho aplicable en este caso debe ser el americano del estado particular de Connecticut, *ha sido o no suficientemente acreditado por las partes* ante la autoridad judicial española a la que, por voluntad de aquéllas, corresponde resolver la cuestión debatida; *punto éste que los litigantes no discutieron porque están de acuerdo en su admisión*, sino que fue suscitado por los Juzgadores de Instancia, acordes en estimar que no se cumplieron los requisitos requeridos por la doctrina jurisprudencial para supuestos como el aquí contemplado, *y que constituye la base del recurso interpuesto por la esposa*, articulado en tres motivos, de los que sólo son susceptibles de examen en este trámite los dos primeros, porque *el último*, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, *adolece de defectos formales*, que, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala, lo hacen incurrir en la causa de inadmisión del ordinal cuarto del 1.729 del propio texto legal, que en este momento lo es de desestimación, ya que se denuncia error de Derecho en la apreciación probatoria diciendo que fueron infringidos los artículos 565 y 566 también de la Ley Procesal, pero *sin precisar el concepto de la infracción*, aparte de que dichos preceptos no contienen norma alguna valorativa de la prueba cuya vulneración puede servir para respaldar el alegato, en contra todo ello de la claridad y precisión, antes recordada, que para esta clase de recurso se exige en el artículo 1.720 de la misma Ley de Enjuiciar; *motivos aquéllos* en que, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 del propio texto, *se alega violación de la doctrina jurisprudencial* contenida en las sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935, según las que «cuando los litigantes está conformes—cual sucede en este caso—respecto de la vigencia y aplicabilidad del Derecho extranjero resultan innecesarios los requisitos antes mencionados», *y de otro, aplicación indebida de la doctrina que proclama la necesidad de éstos*, recogida en las sentencias que cita.

Considerando que para valorar en su justa medida las infracciones que se denuncian es preciso recordar la *tesis fundamental de la doctrina jurisprudencial* cuya pertinencia para este caso se discute, consistente en que «la alegación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado no sólo por lo que se refiere al texto legal concreto, sino también en cuanto a su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país, porque al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate», *exigiéndose a éstos efectos el dictamen conforme de dos jurisconsultos* de aquél debidamente legalizados—sentencias, entre otras, de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre de 1935,

30 de junio de 1962 y 9 de junio de 1969—, *exigencia* que, como se ha expuesto precedentemente, aquí *no fue cumplimentada y que no puede suplirse por la conformidad*, también referida, de los litigantes, la *cual*, aunque tenida en cuenta ciertamente por las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan, *lo fue respecto de textos legislativos de indiscutible vigencia, cual el Código civil francés*, y en relación con preceptos concretos, cuya aplicabilidad las partes, más que constatar, se limitaban a reconocer para resolver sus disputas, *que es cosa distinta de lo que sucede en este caso*, en que *el acuerdo de los litigantes*, de ser vinculante para la autoridad judicial española, *supondría tanto como eliminar el primer y fundamental elemento de la prueba requerida*, puesto que aquello sobre lo que éstas están conformes es insuficiente por sí solo a estos fines, al tratarse, como se ha dicho, de una simple copia mecanografiada en cuartillas de papel común, sin firmar ni sellar, tomada de un repertorio legal cuya edición de 1965 no demuestra la inexistencia de otras anteriores; presentándose traducida por un corredor intérprete (jurado) marítimo sin intervención de los que normalmente son utilizados; autenticada con una certificación de un vicecónsul—dentro del consulado general de USA en Sevilla—, pero *sólo* en cuanto a que corresponde con el mentado repertorio, *no en cuanto a su vigencia* ni a la relación que guarda esta ley particular de uno de los estados—Connecticut—con el ordenamiento general de la Unión Americana en su consideración de estado federal; careciendo todo ello, además, de las debidas legalizaciones, tanto americanas como españolas; en una palabra, *sin base suficiente y sería* para que, sin más, una autoridad judicial patria pueda estar en condiciones de resolver la disputa sometida a su decisión, a causa de todo lo cual deben ser igualmente *desestimados los dos aludidos motivos* y con ello este segundo recurso en su totalidad.

Considerando que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.748 de la Lev de Enjuiciamiento Civil, la *desestimación de los dos recursos* interpuestos lleva consigo la imposición de las costas causadas y la pérdida del depósito constituido.

MATRIMONIO CELEBRADO CIVILMENTE EN EL EXTRANJERO POR PERSONA LIGADA POR VINCULO ANTERIOR: *la realidad del matrimonio como hecho y la configuración jurídica y efectos del acto matrimonial celebrado. EFECTOS DEL MATRIMONIO DECLARADO «NULO» DE PLENO DERECHO:* *la existencia como «hecho» del matrimonio ante los tipos de ineficacia, la nulidad del matrimonio, la sanción aplicable y la necesidad de previa declaración judicial. EL MATRIMONIO PUTATIVO: sus requisitos, la aplicación del artículo 51 del Código civil y los tipos de ineficacia. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: CALERO c. LECANDA y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1972).*

Antecedentes.—I) La demandante había contraído matrimonio civil con don A., en una ciudad de USA, donde ambos estaban domiciliados, conforme a las reglas locales (*principio locus regit actum*). El marido aparecía como «naturalizado» estadounidense, aunque ambos eran de nacionalidad originaria española. Acompañaba la actora la pertinente documentación acreditativa del matrimonio celebrado, consistente en una certificación del vicesecretario municipal de la ciudad de residencia donde se celebró el matrimonio. Dicha certificación no aparecía legitimada por el cónsul de España ni tampoco legalizada en forma.

II) Reintegrado el matrimonio a España, donde residieron desde fechas recientes, comparecen ambos ante Notario—el marido al solo efecto de asistir con su licencia a la esposa—y la mujer adquiere una parcela de terreno por precio de 13.000 pesetas, confesando el vendedor su anterior recibo. Sobre dicha parcela, un año después, se declara por la mujer una obra nueva, consistente en un chalet, valorado en 400.000 pesetas. Ambas escrituras tuvieron su acceso al Registro de la Propiedad, donde se inscribieron «para la sociedad conyugal», por los títulos reseñados. No se consignaron en las escrituras el origen o procedencia del dinero declarado para la adquisición del solar ni para la obra nueva efectuada sobre el mismo.

III) Poco antes de su muerte, el marido, don A., comunica a su esposa haberse casado canónicamente en España y tener varios hijos del matrimonio—los aquí demandados—, sin tener noticias de su familia desde hacía más de cuarenta años. El marido fallece en 1961 sin dejar testamento.

IV) Se celebra una entrevista entre la viuda y los hijos habidos del anterior matrimonio: según la demandante, como resultado de su iniciativa y gestiones emprendidas a tal efecto; según los demandados, como efecto de la comunicación a ellos dirigida por la empresa naviera para la cual el difunto trabajó en vida y tras esperar varios meses la contestación de la pretendida viuda.

V) Los hijos del primer matrimonio promovieron ante el Juzgado del domicilio del causante la prevención y tramitación del correspondiente juicio de abintestato acreditando ser hijos legítimos del finado, quien falleció—afirman—no en estado de casado con la hoy demandante, sino en estado de viudo de su madre, con la que al morir no se hallaba separado legalmente.

VI) La viuda, aquí demandante, había informado a los hijos—demandados—de la existencia de unas cartillas de ahorro en establecimientos bancarios estadounidenses. De una libreta aportada al juicio, de cuenta de ahorro en banco norteamericano, aparece un movimiento de dólares ascendente hasta la fecha aproximada de las obras efectuadas para construir el chalet, con salida de unos 8.000 dólares, quedando un saldo favorable a su muerte de poco más de 2.000 dólares. Los demandados alegaban la existencia de otra cartilla de ahorro por importe de unos 12.000 dólares, según las manifestaciones hechas a ellos por la viuda, aquí actora, sin que hubieran podido averiguar en qué establecimiento se hallaba.

Del juicio de prevención de abintestato resultó que se entregaron a los hijos los bienes del finado, a excepción del chalet y solar, y sin que apareciera la citada cartilla con 12.000 dólares.

— La DEMANDA finaliza con la súplica de que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1) que se declare «nulo» el matrimonio civil contraído por la actora y el difunto; 2) que la demandante es dueña exclusiva y excluyente de la parcela de terreno y chalet citados; 3) que se condene a los demandados a guardar perpetuo silencio sobre la propiedad de la parcela y obra nueva precedentemente declarados; 4) que, como necesario complemento, se rectifiquen las pertinentes inscripciones en el Registro de la Propiedad, en el sentido de que la adquisición y edificación llevadas a efecto por la demandante lo fueron «en estado de soltera»; 5) que los honorarios y gastos de la rectificación sean impuestos a los demandados en todo caso. Y *ad cautelam* solicitaba la ineficacia de las referidas inscripciones si se estimase que se ejercita acción contradictoria de dominio inscrito.

— Los demandados, tras alegar lo pertinente, formularon RECONVENCION con súplica de que dicte sentencia por la cual se declare:

1) no celebrado el pretendido matrimonio civil entre la demandante y su difunto padre, que se dice celebrado en USA en 1957; 2) desestimar totalmente las peticiones de la demanda; 3) estimar la reconvencción declarando: que el dinero con que se satisfizo el precio de compra de la parcela de terreno y aquel con el que se sufragaron los gastos de construcción del chalet no pertenecían ni eran de exclusiva propiedad de la demandante, sino de pertenencia exclusiva de su difunto padre; que si los hubiera entregado en virtud de donación a la actora, tal donación es nula y no puede surtir efecto alguno, como realizada con causa ilícita; que como consecuencia de los dos apartados anteriores, tanto la parcela de terreno como el chalet fueron adquiridos por el causante como dueño exclusivo y excluyente, y a su fallecimiento, a su herencia; que deben rectificarse las inscripciones de dominio en el Registro de la Propiedad, y, finalmente, condenar a la demandante a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de todos los gastos y costas por ser de justicia.

— El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, acogiendo parcialmente la demanda, dictó sentencia por la que se declaró: 1) que es radicalmente nulo el matrimonio civil celebrado en 1957 en USA entre el causante y la demandante; 2) se desestiman todas las demás peticiones de la parte actora, absolviendo de ellas a los demandados; 3) que la parcela de terreno y el chalet no fueron adquiridos y destinados y sufragados los gastos de su construcción, respectivamente, con dinero de la pertenencia de la actora, sino con el de la propiedad del causante, que lo donó a aquélla, contrato de donación radicalmente nulo, correspondiendo la propiedad exclusiva de la parcela y chalet al causante, y por su fallecimiento, a su herencia, de la que aparecen partícipes los demandados; 4) que son nulas las inscripciones de dominio en el Registro de la Propiedad de la parcela y chalet expresados; 5) que no se hace expresa condena en costas.

— La AUDIENCIA, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado y con desestimación total de la demanda, dictó sentencia por la que se declara inexistente el matrimonio celebrado, confirmando íntegramente los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, sin expresa imposición de costas.

— La demandante interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, documentos auténticos, que evidencian la equivocación del Juzgador, cuales son las escrituras de compra del solar y de obra nueva del chalet y la certificación del vicesecretario municipal de la ciudad de USA acreditativo del matrimonio civil contraído en la fecha citada: en unos y otros hechos se observó escrupulosamente la regla *locus regit actum*, o sea, el estatuto formal del lugar en que los documentos se emiten; podrá discutirse la calificación jurídica del matrimonio civil celebrado o su posterior eficacia, mas es indudable que el acto en sí ha tenido existencia plena y ha dado origen a una apariencia, al menos, matrimonial que no puede ser olvidada en Derecho; reconocido esto por el Juzgado de Instancia, por la parte contraria y aun implícitamente por la sentencia de la Audiencia recurrida, al decir que «el criterio jurisprudencial entiende ha de considerarse 'inexistente' lo que es nulo desde su origen»; por lo que al calificar como «inexistencia» la ineficacia del acto matrimonial va contra la realidad de la litis, en que lo discutido es el PROBLEMA ECONOMICO de las CONSECUENCIAS CIVILES de este acto, incidiendo en evidente error en la apreciación de la prueba, al no dar relevancia en la litis al acto matrimonial y declarando, por el contrario, su irrelevancia.

2.º Por violación o inaplicación del artículo 69 del Código civil, que recogiendo un principio de honda raigambre en nuestro Derecho establece la presunción de la buena fe salvo prueba en contrario: no se ha tenido en cuenta por la sentencia recurrida, ya que es suficiente la buena fe de UNO de los cónyuges para que los EFECTOS CIVILES se produzcan respecto de él y de los hijos; en la presente litis lo que realmente se discute y se debate, más que la nulidad, inexistencia o posible legalidad del matrimonio, es acerca de los efectos civiles de esta situación, las consecuencias de orden patrimonial del hecho—en tal sentido, nulo o inexistente—del matrimonio controvertido; su apariencia jurídica produce efectos civiles, pues la actora y recurrente ha obrado de buena fe, que por imperativo legal se presume siempre salvo prueba en contrario, y ha actuado como esposa en su estado civil de casada, sin que este argumento quepa destruirlo por simples presunciones sobre su catolicidad o el conocimiento o no de los artículos 42 y 9 del Código civil (como hizo el Juzgado), ya que ello afectaría a un problema de conciencia religiosa o a un conocimiento profundo de las leyes; tampoco puede exigirse a la actora un conocimiento profundo del Código civil acerca de su matrimonio, ya que contrajo matrimonio civil con arreglo a normas y costumbres ajenas a las españolas y cumpliendo los requisitos de la legislación del lugar, siendo palmaria la buena fe de la recurrente.

3.º Por violación o falta de aplicación del artículo 1.417 del Código civil en relación con el citado artículo 69, pues si existió, al menos, una apariencia de matrimonio durante un tiempo determinado y si se vivió como tal matrimonio habiendo buena fe por parte de la actora, este hecho produce efectos civiles y éstos no son otros que la EXISTENCIA de una presunta sociedad de gananciales, que al ser declarado nulo el matrimonio por sentencia ha de disolverse con arreglo al artículo 1.417 del Código civil, que establece como una de las causas de disolución de la sociedad de gananciales precisamente la de declaración de nulidad del matrimonio, lo que ocurre en el presente caso.

4.º Por error de Derecho en la justa valoración de la prueba de presunciones, con infracción de los artículos 1.215, 1.249 y 1.253 del Código civil, citados en el segundo considerando de la sentencia recurrida, porque al plantearse en dicho considerando el problema de los efectos patrimoniales de la situación originada entre los aparentes cónyuges respecto a la PROCEDENCIA del dinero con que se adquirieron los bienes discutidos establece una presunción equivocada, deduciendo de la serie de presunciones fijadas que el dinero empleado para menesteres era de la exclusiva propiedad del causante; pero tal argumento, que pretende ser una presunción, carece de verdadera entidad, ya que si son ciertos los hechos sobre que se basa, no es acertada la conclusión, al olvidar el HECHO ESENCIAL de la vida en común «como esposos», o sea, con absoluta unidad económica y patrimonial, con lo que el dinero de uno y otro se identifica genéricamente como común y nada obsta a la aportación por la esposa de su trabajo personal, ahorros, etc.; si entre dos personas que viven como esposos caben todas las combinaciones posibles económicamente hablando derivadas de una sola unidad patrimonial, se deduce que el silogismo empleado por el Juzgador conduce a una conclusión subjetiva que no puede admitirse como «presunción».

5.º Por incongruencia de la sentencia recurrida al otorgar el fallo más de lo pedido por las partes: la sentencia recurrida se dictó en apelación, interpuesta por la actora contra el fallo del Juzgado de Instancia, y los demandados acudieron a la apelación, sólo como apelados, a MANTENER el criterio del Juzgador de Instancia, y en dicha sentencia se declaró «acogiendo parcialmente la demanda»..., y contra dicho pronunciamiento los demandados no recurrieron, sino que acudieron a mantener

y sustentar la doctrina del fallo del Juzgado, o sea, la declaración de NULIDAD del matrimonio; siendo esto así, la sentencia de la Audiencia recurrida, sin haber interpuesto recurso los demandados contra el fallo del Juzgado, modifica este punto y agrava la cuestión concediendo la INEXISTENCIA del matrimonio entre los citados cónyuges, que no fue pedida ni por la actora ni por los demandados; por tanto, la Audiencia, en su sentencia, otorgó más de lo que las propias partes habían solicitado.

— El TRIBUNAL SUPREMO dicta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, rechazando los motivos UNO y CUARTO y ESTIMANDO el QUINTO, sentando la siguiente e interesante doctrina en las dos sentencias:

CONSIDERANDOS DE LA PRIMERA SENTENCIA:

Considerando que habida cuenta de su propia naturaleza *deben ser examinados*, ante todo, *los motivos señalados con los números uno y cuatro*, en los que, con amparo en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugna la apreciación de la prueba efectuada en la sentencia recurrida utilizando la doble vertiente que dicho precepto permite, *ninguno de los cuales es susceptible de estimación: a) el primero*, en que se denuncia error de hecho *porque los documentos aducidos en cumplimiento del mandato legal no sirven para el fin pretendido*, pues no tienen el carácter de «auténticos» a los efectos específicos de la casación civil, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial, ya que constituyeron el objeto principal del debate habido en el pleito de que trae causa este recurso, sobre los que recayó directamente la interpretación del Juzgador, que no desvirtúan por sí mismos y sin ulterior razonamiento; pero, además, *porque uno de ellos es el certificado expedido por el vicesecretario municipal de la ciudad de Nueva York (USA) de 11 de julio de 1957, que aunque presentado en la traducción realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio español de Asuntos Exteriores, no se acompaña con las legalizaciones y legitimación exigidas por el artículo 600 de la Ley Procesal para que pueda tener eficacia ante los Tribunales de nuestra Patria, y los otros dos*, en razón a que por su calidad de escrituras públicas notarialmente autorizadas podrán valer para constatar el acto en sí de su otorgamiento, pero *no son suficientes para autenticar la verdadera «relación familiar» de las personas que en ellos intervienen*, y *b) el cuarto*, en que *se alega error de Derecho*, a causa de que la denuncia se trata de apoyar en la infracción de los artículos 1.215, 1.249 y 1.253 del Código civil, *sin precisar el concepto de la misma*, contrariamente a lo requerido por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento y la constante doctrina dictada en su aplicación, aparte de que *ni el artículo 1.215 contiene norma alguna valorativa de la prueba que puede decirse vulnerada*, ya que se limita a enumerar los medios probatorios admitidos legalmente, *ni sea permisible desde el punto de vista procesal el alegato conjunto de los dos preceptos relativos a las presunciones*, estando como está el segundo referido al puro juicio deductivo de orden jurídico, que *sólo puede ser cometido a través del cauce del número uno del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Considerando que *en el motivo quinto del recurso*—que igualmente debe examinarse con precedencia los restantes, dado el carácter de la alegación que en él se contiene—, y por la vía del número dos del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, *se dice que la sentencia que se recurre incurrió en incongruencia*, porque la dictada en primer grado declaró

«que era radicalmente nulo» el matrimonio civil celebrado entre la hoy recurrente y el padre de los actuales recurridos, *lo que implica el reconocimiento de su existencia, al menos, como realidad de hecho*, declaración con la que estos últimos se aquietaron, pues ni apelaron ni se adhirieron a la apelación, y, *en cambio, la resolución que ahora se impugna*, revocando expresamente en ese punto el fallo anterior, *proclamó «la inexistencia del indicado matrimonio»*, lo que, en decir del recurso interpuesto, implica una modificación agravatoria de la declaración precedente, que lleva consigo una verdadera *reformatio in peius*, *que, sin duda, es de apreciar desde un doble punto de vista, que conduce a la estimación del motivo de referencia: en primer lugar, por lo que se refiere a la realidad del matrimonio como hecho*, pues frente a la afirmación de su «existencia» que se hizo por el Juzgador de Primera Instancia, el Tribunal *a quo* justifica la parte propiamente dispositiva de su resolución diciendo que «aquella declaración no se corresponde con la resultancia de la prueba, de la que no deriva justificación del acto declarado nulo», y *en segundo término, por lo que respecta a la configuración jurídica del acto matrimonial celebrado*, pues mientras en un caso se dijo, como se acaba de ver, que era «nulo», en el otro se proclamó su «inexistencia», lo que tiene indudable repercusión respecto de las consecuencias que en Derecho le pueden ser atribuidas.

Considerando que, en su consecuencia, y *sin necesidad de entrar a examen de los demás motivos articulados*, *procede la casación y anulación de la sentencia recurrida*, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas con este recurso.

Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña L. Calero.

CONSIDERANDOS DE LA SEGUNDA SENTENCIA DE CASACION:

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede y

Considerando que *el matrimonio civil celebrado por la actora, doña...*, en la ciudad de Nueva York (USA), *con el hoy fallecido, don...*, del que no hubo descendencia, y a causa del anterior matrimonio canónico contraído por el esposo en 1910 en España con doña... (fallecida el 19 de enero de 1939), de cuya unión nacieron tres hijos legítimos, que actualmente figuran como apelados, *en virtud de lo establecido en el número primero del artículo 101 del Código civil*, por concurrir el impedimento de *ligamen* del ordinal quinto del artículo 83 del mismo Cuerpo legal, *es «nulo» de pleno Derecho* el modo solicitado en la demanda y declarado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que debe ser confirmada en este extremo.

Considerando que *para señalar los efectos jurídicos que esta declaración de nulidad lleva consigo*, dado el confusionismo conceptual apelado, *es indispensable precisar y aclarar los términos que entran en juego*, debiendo recordar al respecto que *el concepto de «inexistencia» no tiene consagración en nuestro ordenamiento positivo*, siendo usado por la doctrina científica remediando la práctica del antiguo Derecho, especialmente el francés, que lo ideó como reacción frente al rigorismo de la regla según la que sólo podía ser nulo el matrimonio que se celebrase *en contra* de una norma expresamente establecida en un texto legal—«no hay nulidad sin texto»—y *que se concretó en aquellos supuestos en que no existiendo dicha norma era inconcebible pensar en la realidad efectiva de un acto matrimonial*, cual sucedía en los casos de identidad de sexo, falta absoluta de consentimiento y ausencia total de acto; *quedando, por tanto, excluidas las hipótesis en que la ley establece una prohibición específica*

y decreta la consiguiente nulidad para cuando sea infringida al modo como ocurre en el caso de bigamia, puesto que en nuestro sistema el número cinco del artículo 83 del Código civil preceptúa el impedimento dirimente para contraer matrimonio respecto de aquellos que se hallen ligados por un vínculo precedente, y el ordinal primero del 101 del mismo Código sanciona con nulidad a los matrimonios celebrados en contravención con lo dispuesto en aquél; resultando, en el caso que aquí es objeto de examen, que no puede incluirse en ninguna de las tres posibilidades de inexistencia que la doctrina científica—que no el Derecho positivo—menciona, ya que ha quedado probado que el acto matrimonial existió «de hecho», aunque incida en la sanción de «nulidad» justamente por la preexistencia del matrimonio que el marido había contraído.

Considerando que esta consecuencia sancionadora es, sin duda, común a todos los supuestos de «ineficacia absoluta», pues bien si se trata de un acto que «no existe» al faltar alguno de los elementos esenciales para su existencia o bien si es radicalmente «nulo» por ser contrario a una prohibición expresa de la ley, no podrá tener otra sanción que la máxima de carencia total de efectos jurídicos, que se concreta en la clásica fórmula «quod nullum est nullum effectum producit», desde el instante mismo de su celebración, pues al no llegar a hacer, jurídicamente hablando, equivale al surgir de algo carente de toda virtualidad, pero siempre, en todo caso, con necesidad de una previa declaración judicial que constate, en el orden civil, la nulidad o la inexistencia, que aun con valor meramente declarativo, es indispensable para deshacer la apariencia del acto realizado, según proclamó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo de manera constante y uniforme, para toda clase de actos jurídicos en general, de la que hizo aplicación para el matrimonio en la sentencia de 25 de enero de 1963, en que se contempló el caso de un matrimonio civil anterior, contrastante con otro canónico posterior, respecto de los cuales se había pedido por las partes litigantes la nulidad de las respectivas inscripciones en el Registro civil, decidiéndose en el sentido de no poder acceder a lo solicitado sin que antes se hubiese instado la nulidad del acto que motivó aquellas transcripciones registrales, lo que no se contradice con lo proclamado en la sentencia de 19 de enero de 1926—de evidente repercusión científica y generalmente utilizada en apoyo de la tesis contraria—, porque en ella lo que se resuelve es un contraste entre dos matrimonios canónicos y la decisión de no ser precisa la previa declaración de nulidad está referida exclusivamente a que la competencia para hacerlo en este caso está reservada a los Tribunales eclesiásticos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 de nuestro primer Código sustantivo, quedando atribuido tan sólo a la jurisdicción ordinaria el poder declarar la ineficacia en el orden civil, para lo que en aquel supuesto se consideró suficiente, pero, sin duda, necesaria, la declaración de que el matrimonio «era nulo desde su origen» y «no había tenido existencia legal».

Considerando que la igualdad de trato reseñada hace excepción en el supuesto del matrimonio «putativo», regulado en nuestro ordenamiento por el artículo 69 del Código civil, en el que se hace salvedad respecto de la iusproductividad de eficacia '*pietatis causa et publica utilitate exigente*', que requiere la concurrencia de tres requisitos, que, sin duda alguna, se dan en el caso que se examina: a) en primer lugar, que se trate de un matrimonio «nulo», no inexistente, es decir, de los específicamente sancionados como tales en el número uno del artículo 101 del propio Código, como es el ahora examinado, en que, como se ha dicho, concurre el impedimento del ligamen anterior, del ordinal quinto del artículo 83; b) en segundo término, que los efectos que obtiene sean de carácter estrictamente civil, circunstancia que igualmente se cumple, por cuanto que lo único que, en definitiva, se solicitó por la parte actora, como

«efecto» de la declaración de nulidad, fue la propiedad de unos bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio; c) y, finalmente, que exista buena fe de parte, al menos, de uno de los contrayentes, consistente aquí—dada la causa de nulidad alegada y tomada en consideración— en la ignorancia o desconocimiento del matrimonio anterior, que habrá de presumirse siempre, salvo prueba en contrario, que ni siquiera se suministró por lo que respecta a la actora y actual apelante, no haciendo sobre ello cuestión alguna la sentencia de primer grado, sin que puedan entrar en juego consideraciones que ésta utiliza acerca de la catolicidad de la contrayente en relación con el artículo 42, máxime teniendo en cuenta la fecha del matrimonio—11 de julio de 1957—; en relación con la reforma introducida en dicho precepto con la ley de 24 de abril de 1958, ni la personalidad de esta clase de leyes consagrada en el artículo 9, frente a la territorialidad de la norma que regula la «forma» de los actos jurídicos a los fines del artículo 4, asimismo, de nuestro primer Código sustantivo, pues si bien es cierto que todo ello refuerza la sanción de nulidad, antes señalada, no lo es menos que resulta inoperante a los efectos del régimen especial del matrimonio putativo del artículo 69 en su aplicación al caso que se contempla.

Considerando que a esta conclusión no puede ser un obstáculo la norma contenida en el artículo 51 del Código civil, pues con la fórmula que encierra no se altera en el terreno estrictamente civil la genérica sanción de nulidad del artículo 101, porque al término «ser nulo», que éste emplea, no se puede atribuir otro significado que el de «no producir efectos civiles», que se utiliza en aquél, sino que simplemente se reitera, a los exclusivos fines de la coexistencia en nuestro Derecho de las dos clases de matrimonio que mantiene el artículo 42 después de la reforma llevada a cabo en 1958, tratando de evitar dudas interpretativas y, sobre todo, posibles infracciones, sin que pueda significar la introducción de un tipo especial de «ineficacia» más grave que los demás, ni habiendo base jurídica alguna para deducir que en este caso el matrimonio nulo se convierte en inexistente; del mismo modo que tampoco puede alegarse en contra la tesis sustentada por parte de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 14 de julio de 1953 y 29 de mayo de 1962, pues con independencia de afirmaciones generales de carácter doctrinal no vinculantes acerca de la relación entre los preceptos citados—es decir, los artículos 69 y 51 del Código civil—, no hizo sino dar predominio a uno u otro, según se estimó necesario en cada planteamiento concreto, siguiendo la línea trazada por la mejor de nuestra doctrina científica, que faculta a los Tribunales en esta materia para elegir con prudente arbitrio la norma adecuada que permita resolver cada caso con espíritu de equidad y atendiendo todas las particularidades del mismo.

Considerando que, como consecuencia inevitable de la declaración de «nulidad» del matrimonio celebrado por la actora con don... en 1957, procede declarar igualmente concluida la sociedad de gananciales nacida con él, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 1.417 del Código civil, cuya disolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 del mismo Cuerpo legal, habrá de ponerse en el momento del fallecimiento del esposo, siendo igualmente de aplicar el párrafo segundo del antes citado artículo 1.417, en el sentido de que el fallecido marido, que con su mala fe dio lugar a la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales que existan del matrimonio, no existiendo méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Fallamos que con estimación parcial de la demanda y confirmando en parte, y en parte revocando, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de 7 de marzo de 1970, debemos declarar y declaramos

nulo de pleno Derecho el matrimonio civil celebrado entre la actora y don... en la ciudad de Nueva York (USA), el día 11 de julio de 1957, que producirá efectos civiles en cuanto a la indicada actora, doña..., dada su condición de cónyuge de buena fe, debiéndose proceder, en su consecuencia, a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ellos mismos, que habrá de considerarse conclusa a partir de la fecha del fallecimiento del marido, el cual, dada su calidad de cónyuge de mala fe, no tendrá derecho alguno a la parte de los bienes gananciales que le pudiese corresponder, sin hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO OLOGRAFO. NULIDAD (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y de Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 23 de la misma capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que del estudio de lo actuado se desprende claramente que los dos puntos esenciales a que el litigio se refiere son: Primero. Validez o nulidad del llamado testamento ológrafo otorgado por doña María R., fechado el 17 de febrero de 1951, y que fue protocolizado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 1961. Segundo. Idéntica declaración sobre el también designado testamento ológrafo de la misma señora fechado el 7 de octubre de 1950.

Considerando que declarado nulo por la sentencia recurrida el referido testamento ológrafo de fecha 17 de febrero de 1951 y de todas sus consecuencias de protocolización y subsiguientes, por el que la testadora designaba heredero de sus bienes al que fue su esposo, don F. P. E., tal declaración ha quedado firme y consentida por los litigantes al no haber sido impugnada en el recurso.

Considerando que en cuanto al otro testamento, de fecha 7 de octubre de 1950, en el que la testadora manifiesta que: «Quiero que todo sea para mi padre, J. C.», fue impugnado por dos causas, que, en concreto, se reducen a tachar de falsedad el documento y a la caducidad de la acción entablada, y habida cuenta que la resolución impugnada rechaza la falsedad de tal testamento, es evidente que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala—sentencia, entre otras, de 24 de febrero de 1961—, la comprobación de la identidad del testamento es problema de hecho respetable en casación, por lo que también ha quedado firme tal declaración de no ser falso el testamento referido, al no impugnarse por la vía del número séptimo del artículo 1.692.

Considerando que sentado lo anterior y entrando en el estudio del recurso, en el primer motivo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 658, 667, 670 y 675 del Código civil y de la doctrina de esta Sala que se cita, por entender el recurrente que el testamento de 1950 no puede estimarse como tal al no expresar la voluntad de testar, sin que ni siquiera aparezca en su texto la palabra testamento, ni contiene dis-

posición *post mortem*, ni del mismo se deriva un *animus testandi* de la otorgante, ni designa heredero o herencia, ni de bienes, no va dirigido al heredero, sino a una sirvienta, como un encargo u opinión, y contiene una disposición de desheredación de su esposo sin expresión de causa, etc., y habida cuenta que cualquiera que sea el concepto que a esta Sala merezca el documento en cuestión, lo cierto y positivo es que solamente fue impugnado en los escritos de contestación a la demanda y de súplica por falsedad y caducidad, sin que en ningún momento se les opusieran las causas de invalidez que ahora se postulan, es indudable que el motivo constituye una cuestión nueva, como se hizo resaltar en la vista del recurso, que no puede prosperar en casación, con merma de los medios defensivos de la otra parte, conforme viene constante y reiteradamente declarando la doctrina de esta Sala, que obliga a desestimar el motivo.

Considerando que el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la interpretación errónea de los artículos 689 y 693 del Código civil y la violación de los 1.964 y 1.969 del mismo Cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial que cita, basándose para ello en que siendo el plazo de cinco años que dicta el artículo 689 de caducidad, transcurrido que fue el 4 de febrero de 1957, por haber fallecido la causante en igual fecha de 1952, no cabe su adveración y menos en la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 16 de mayo de 1967, y habida cuenta que, conforme a dicho 689, el plazo de cinco años es para su presentación al Juez pidiendo la protocolización del testamento, y que en caso de ser denegado, como ocurre en el caso contemplado, según el artículo 693, quedará a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente, es evidente que esta última acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización, en cuya fecha comienza el plazo prescriptivo, por ser cuando puede ejercitarse, y como la negativa dicha se acordó por auto de 15 de septiembre de 1952, hasta igual fecha del año 1967 no se hallaba prescrita al tratarse de acción personal, fecha posterior a la de presentación de la demanda, que impide pueda prosperar el motivo.

Considerando que, por último, el tercer motivo del recurso se ampara en el número segundo del citado 1.692, con alegada violación de los artículos 359 y 548 de la misma Ley de Ritos, sosteniendo la incongruencia de la sentencia al no resolver la petición contenida en el suplico de la demanda de que se protocolizara el testamento de referencia, aunque tal petición se omitiera en el escrito de réplica, v como quiera que, conforme al artículo 548, en el escrito de réplica se pueden modificar las pretensiones de la demanda sin que se alteren las que sean objeto principal del pleito, y éste lo constituye la validez o nulidad de los testamentos y no ha sido variado, no concurre la incongruencia denunciada y parece el motivo, y con él, el recurso en su totalidad.

PACTOS EN CAPITULOS MATRIMONIALES. ASOCIACION A COMPRAS Y MEJORAS EN CATALUÑA. Artículos 53 a 56 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Valls, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que la asociación a compras y mejoras que se practica en el Campo de Tarragona y otras regiones catalanas (*Asociatione uxoris in concuaestibus et acequisitionibus*, constante matrimonio *faciendis*) consistía en el momento de concertarse las capitulaciones aquí discutidas —20 de octubre de 1900—, al igual que en la actualidad, según los artículos 53 y siguientes de la Compilación de 21 de julio de 1960, en la formada por ambos consortes, a veces en unión de los padres u otros familiares del marido, para que cada uno de sus componentes hicieran suyos, en la proporción convenida, los bienes ingresados en la comunidad durante la vigencia del matrimonio por compras, mejoras, ganancias y adquisiciones, siempre que las primeras se hubieran llevado a efecto a título oneroso con dinero ahorrado o ganado con el esfuerzo, profesión o trabajo de cualquiera de ellos; se regulaban por los pactos de su constitución en lo que éstos no previeran, por la costumbre de la comarca y, en su defecto, en cuanto concordasen con el espíritu de la institución, por las disposiciones establecidas para los gananciales en los artículos 1.392 y siguientes del Código civil, que debían aplicarse como supletorias, de acuerdo con lo indicado en su artículo 12, resoluciones de la Dirección General de los Registros de 21 de febrero de 1889 y 30 de junio de 1892 y sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1915, y se extinguía a la muerte de la esposa o cuando se declarase nula la unión conyugal (arts. 1.417 en relación con el 1.700, número 3.º, del Código y 56 de la Compilación), momento en que termina el derecho de sus componentes a participar en sus beneficios y en que nace el de cada uno de ellos para reclamar la parte que le corresponda, previa la oportuna liquidación del caudal, como medio determinativo de la masa partible y su entidad, sin que, mientras tanto, el cónyuge sobreviviente pueda atribuirse el dominio de todo o una cuota-parte sobre bienes determinados (resolución de 10 de julio de 1952), aun cuando hubiera sido nombrado usufructuario, sin perjuicio de que la adjudicación se efectuase en el momento de su muerte.

Considerando que al haber admitido la sentencia recurrida la doctrina anterior expuesta (tercer razonamiento del Juez, aceptado por la Sala) y al desestimar la declaración de nulidad e ineficacia de la escritura de manifestación de herencia del padre de la actora, solicitada en el segundo pedimento del escrito de demanda, por entender que dicha señora, en el documento de 15 de agosto de 1933, se había dado por pagada de los derechos que en ella le correspondían, no ha incurrido en ninguna de las infracciones que se denuncian en los cuatro primeros motivos del presente recurso: en las del primero, porque tuvo presente en todo momento el artículo 53 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña y normas consuetudinarias que le sirvieron de antecedente, circunstancia que elimina la posibilidad de violar dicho precepto por inaplicación, como se acusa en el motivo, porque lo que realmente se pretende en él consiste en sustituir la interpretación dada por el Tribunal *a quo* a la referida escritura, por la propia e interesada de la impugnante y porque lo que se desea poner de relieve no es la transgresión de tal norma, sino la de los pactos de las capitulaciones matrimoniales de 20 de octubre de 1900; en las del segundo, porque el Juzgador de Instancia no ha reconocido la eficacia en juicio que al primero de los instrumentos notariales citados asigna el artículo 1.218 del Código civil, sino que ha realizado con relación a él la labor exegética que ha estimado oportuna respecto a su alcance y contenido, y porque el artículo 1.526, que también se dice quebrantado, no contiene regla alguna sobre valoración de prueba, como es preciso para el éxito de los errores de Derecho a que alude el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 16 de noviembre de 1968 y 17 de marzo de 1970), aparte de referirse a la cesión de créditos y no a la dación en pago; en las del tercero, porque tal docu-

mento, por haber girado en torno de él la controversia y sido objeto de examen y análisis por parte del acuerdo judicial combatido, carece de autenticidad a estos fines, según, entre otras, expresan las sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1970, y en las del cuarto, porque no expresa el párrafo del artículo 1.281 que entiende «violado por inaplicación», omisión que le hace improsperable (sentencias de 19 de noviembre de 1968 y 31 de enero de 1970), sobre todo cuando la regla de hermenéutica contenida en el primero hace innecesario acudir a las restantes, que se especifican en el capítulo IV, título II, libro IV, del mencionado Cuerpo legal (sentencias de 19 de enero de 1935 y 30 de marzo de 1956), porque al estimar la Sala que, por la escritura de 15 de agosto de 1933, la actora había recibido la totalidad del crédito que ostentaba sobre el caudal relicto de su madre, no vulneró los artículos 1.281 y 1.283 de la Ley civil sustantiva, por hacerse constar en ella literalmente que actuaba como heredera de dicha señora, expresión que por sí sola no parece restringirse a los bienes dotales o esponsalicios, sino que puede adquirir la extensión que le atribuye la Audiencia sin implicar una interpretación ilógica, absurda o disparatada, por lo que debe mantenerse en casación, aun cuando cupiera alguna duda acerca de su exactitud (sentencias de 22 de octubre de 1957, 10 de octubre de 1959 y 7 de diciembre de 1961), y porque tampoco se infringió la doctrina consignada en las sentencias de esta Sala de 9 de diciembre de 1943, 16 de diciembre de 1947, 1 de diciembre de 1948 y 13 de marzo de 1953, por limitarse a establecer la distinción entre las figuras jurídicas de la cesión de bienes para pago de deudas (*cessio solvendi causa* o *cessio pro solvendo*) y la adjudicación o dación en pago (*cessio* o *datio in solutum*), a diferenciar la primera de ellas de la donación de bienes y a resolver acerca de la validez o nulidad de dichos contratos.

Considerando que igual pronunciamiento debe adoptarse respecto al quinto motivo del recurso, esgrimido bajo la rúbrica del número 1.º del repetido artículo 1.692: A) Porque, como se ha indicado antes, el Tribunal de Instancia tuvo presente y aplicó la doctrina recogida por el artículo 53 de la Compilación de 21 de julio de 1960, por la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1915 o por los preceptos del Código civil relativos a la regulación, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, según se observa en el tercer considerando de la sentencia de primer grado, que parte de la tesis sustentada por el artículo 1.401 e incluso invoca específicamente el 1.417 del Código civil, con lo que no pudo incidir en la falta de aplicación que se intenta resaltar en el motivo. B) Porque toda la argumentación de éste se construye sobre la base de que durante la vigencia de la asociación a compras y mejoras pactada en los capítulos matrimoniales de 20 de octubre de 1900 se adquirieron por el esposo, padre de la recurrente, y con dinero procedente del esfuerzo o trabajo de los miembros de la asociación, diez fincas, que como de su exclusiva pertenencia inscribió en el Registro de la Propiedad, declaración fáctica que para nada se deduce de la sentencia recurrida y que al no haberse intentado demostrar en el recurso a través del cauce formal adecuado hace totalmente inaplicable los artículos y jurisprudencia enunciados en el motivo y en especial los 1.392, 1.407, 1.414 y 1.418, incurriendo, además, en el vicio de inadmisión señalado en el número 9.º del artículo 1.729 de la Ley de Trámites y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase decisoria. C) Porque al haberse rechazado los motivos precedentes permanece en pleno vigor la afirmación de la sentencia recurrida de que la actora recibió a través de la escritura de 15 de agosto de 1933 la totalidad de los bienes que le corresponden en la herencia de su madre.

Considerando que igual suerte deben correr los motivos sexto y séptimo del recurso, dirigidos por la misma vía formal del anterior, porque ya se

califique la acción ejercitada en la demanda como de petición de herencia, prescriptible a los treinta años desde la muerte del causante, según se establece en el artículo 275 de la Compilación y *Usatge Omnes causa*, recogido por el volumen I, libro VI, título II, de las Constituciones, e inspirado en el título XI, libro VII, del Código Justiniano (tesis de la sentencia de Primera Instancia), o se le atribuya la naturaleza jurídica de acción divisoria del caudal relicto o de bienes comunes, por haber surgido al fallecimiento de la madre de la actora una comunidad entre sus herederos y el cónyuge supérstite (sentencias de 11 de junio de 1951, 26 de abril de 1956 y 20 de mayo de 1957), sometida a la imprescriptibilidad de los artículos 400, 1.052 y 1.965 del Código civil (tesis de la recurrente), lo cierto es que al haberse rechazado expresamente en el segundo considerando de la resolución impugnada la excepción de prescripción aducida oportunamente por los demandados, y al haberse aquietado éstos con semejante pronunciamiento, entró en juego lo estatuido en el artículo 408 de la Ley Procesal y los referidos motivos resultan totalmente irrelevantes a los fines que se pretenden, por ausencia de interés tutelable en favor de quien les formula por dirigirse a obtener la misma declaración que consiguieron ante el Tribunal de Instancia, lo que provoca el decaimiento, y con él, el del octavo, cuyo éxito depende del que tengan los que le preceden.

HEREDERO. INSTITUCION A TITULO UNIVERSAL. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. *Artículo 675 del Código civil* (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1973).

El causante, de profesión Abogado, murió bajo testamento ológrafo, en el que favorecía, bajo la expresión «dejo cuanto poseo», a la demandada, apelada y recurrida en el presente pleito. Habiendo posteriormente al testamento enajenado el testador los bienes que poseía al otorgarlo, una hermana de éste pretende que el alcance de dicha expresión era la de institución a título singular, como referida exclusivamente a los bienes mismos de que era dueño el testador al otorgar el testamento, pero no a sus subrogados, por lo que al haber enajenado los bienes, el legado quedaba sin efecto, conforme al artículo 869, número 2.º, del Código civil.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, desestima el recurso interpuesto por la actora 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 número 32 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que al no ser objeto de controversia en el recurso, como no lo fue tampoco en el pleito, la validez del testamento ológrafo otorgado por el causante de la herencia en litigio el 26 de octubre de 1964, la única cuestión a dilucidar en este recurso, propuesta en su único motivo, es la de determinar si la disposición de bienes contenida en las cláusulas segunda y tercera del referido testamento han de ser interpretadas como una disposición testamentaria a título universal a favor de la recurrida, como aprecian de consuno ambas instancias, o si, como pretende el recurrente, dichas cláusulas deben ser interpretadas como legado de cosa cierta, que al haber sido enajenado por el testador, en cuanto a inmueble se refiere, antes de su muerte, lo deja sin efecto (párrafo segundo del artículo 869).

Considerando que de los términos literales del testamento transcritos en la sentencia de Instancia, ante la rotunda frase de «dejo cuanto po-

seo...», del párrafo segundo, y la exclusión expresa de un reloj de metal, que deja a su hermano Carlos, en el párrafo tercero, hay que llegar, precisamente por imperativo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, que en el motivo se estima como infringido por no aplicación, a la conclusión que, en el testamento cuestionado, se dispuso de los bienes a título universal, aunque no se consignara la palabra «heredero», lo que no es necesario, según el párrafo segundo del artículo 668 del mismo Cuerpo legal, y de que la referencia a los bienes que el testador en ese momento poseía era meramente enumerativa y circunstancial, interpretación que es la de la Instancia, lo cual, además, según la jurisprudencia de esta Sala, habrá de prevalecer siempre que no conduzca al absurdo, circunstancia que no se da en este caso, por lo que hay que desestimar el recurso.

ALBACEAZGO. REMOCION. Artículo 910 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que declara removidos y caducados de su cargo a los albaceas en razón a su grave negligencia en el cumplimiento de las funciones propias de los mismos, por la parte demandada y apelante en este litigio, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que si bien el Código civil preceptúa que el albaceazgo termina por remoción del albacea, de donde se sigue que ha de haber casos en los cuales éste puede ser removido de su cargo, incurre en la deficiencia de no desenvolver esta materia, dejando de señalar cuáles han de ser las justas causas que den lugar a la remoción, vacío que hoy está subsanado, en gran parte, por esta Sala, que en su sentencia de 4 de febrero de 1902 declaró que no puede el silencio de la ley, en punto a las causas de remoción de los albaceas, ser suplido con la aplicación analógica de lo estatuido con referencia a alguna otra institución jurídica, pues la única con motivo de la cual el Código civil trata de remoción de cargos es la tutela, institución que ni por la causa que le sirve de fundamento, ni por su peculiar organismo, ni por la finalidad a que responde, tiene analogía con el albaceazgo, por lo que dada la falta de ley expresa y con sujeción a los principios generales de Derecho, según los cuales las leyes prohibitivas y las que envuelven una sanción penal no pueden en modo alguno interpretarse extensivamente, las causas de remoción de los albaceas no deben ser otras que las que incapacitan para el desempeño del cargo o para el ejercicio de los derechos civiles, por la razón fundamental de que no puede desempeñar cargo alguno el que incurra en incapacidad legal para obtenerlo y, además, la conducta dolosa de los albaceas, causa que se deriva, primero, del principio inconcuso de que no debe ejercer función ni desempeñar cargo, debido exclusivamente a la confianza del testador, el que por actos engañosos o fraudulentos se hace indigno de ella y evidencia que carece de la condición esencial a la que debe su nombramiento, y segundo, del racional fundamento de que no puede ser ejecutor de la voluntad del finado quien maliciosamente la contraria, doctrina que completa la sentencia de 18 de febrero de 1908, dando a entender que también la negligencia, cuando es rayana en el dolo, puede estimarse como causa de remoción, pues establece que procede conceptuar como tal el incumplimiento durante larguísimo tiempo de la voluntad del testador y la abusiva gestión en cuanto al manejo de los bienes, revelada principalmente por la falta de inventario de los que el

testador dejó a su fallecimiento, señalando, finalmente, la sentencia de 5 de julio de 1947, que una de las notas diferenciales entre el albaceazgo y el mandato es la imposibilidad de que el nombramiento de los albaceas se revoque después de la muerte del testador, ya que no son mandatarios de los herederos; pero como ni el cargo de perpetuo ni en él les es dable producirse a su capricho, necesariamente ha de asistir a aquéllos la facultad de instar la remoción que entre los otros modos de terminar el albaceazgo establece el artículo 910, y cierto es que este precepto no enumera las causas que a la misma pueden dar lugar, pero precisamente por ello queda remitido el determinarlas a la prudente y justificada apreciación de los Tribunales, que en cada caso concreto habrán de fundar su criterio decisivo atendiendo a la naturaleza y finalidad del albaceazgo y a la observancia que el albacea presta a sus principios rectores, de donde se sigue que serán causas justas de remoción, además de las que incapaciten para el cargo a los albaceas nombrados, su conducta dolosa y el uso malicioso en perjuicio de los llamados a la herencia de facultades que no les asistan.

Considerando que en el caso de autos, habiéndose apreciado por el Tribunal *a quo*, que aunque el testador había concedido a los albaceas comisarios contadores las facultades más amplias propias de dichos cargos en forma solidaria y prórroga legal hasta un año después del fallecimiento de su consorte, lo que aún no ha ocurrido, nada impedía a los mismos haber llevado ya a cabo antes de dicho período la partición, al ser un término máximo, por lo que el hecho de no haber formalizado tampoco, al menos, un simple inventario de los bienes ni administrado éstos, pese al transcurso de más de diez años desde la muerte del repetido causante, con innegable perjuicio para los herederos, todo ello indica una pasividad, una dejación absoluta de sus funciones, obligaciones y deberes y una negligencia rayana en el dolo, pues como tal hay que conceputar el incumplimiento durante larguísimo tiempo de la voluntad del testador y las faltas referidas (considerando tercero), firmes en casación los hechos declarados probados sobre los que descansa la calificación jurídica de negligencia rayana en el dolo, por aplicación de la doctrina legal antes expuesta, necesariamente decaen los dos primeros motivos del recurso.

Considerando que igual suerte ha de correr el motivo tercero, porque el artículo 1.059 del Código civil, que se invoca en él como violado, hace una remisión general a la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo declarado esta Sala, en sus sentencias de 14 de febrero de 1912 y 4 de junio de 1959, que los herederos no conformes sobre el modo de hacer la partición de herencia pueden ejercitar su derecho en la forma prevista en dicha ley, o sea, en el oportuno juicio ordinario, ya que no existe ninguna limitación sobre ello, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

COMENTARIO.—Según esta sentencia podemos sistematizar las causas de remoción de los albaceas así:

- 1.^a Las mismas causas que incapacitan para el ejercicio del cargo.
- 2.^a Las que impiden el ejercicio de los derechos civiles.
- 3.^a La conducta dolosa, como es el uso malicioso en perjuicio de los llamados a la herencia, de facultades que no les asisten. Parece aludirse aquí a la extralimitación en sus funciones.
- 4.^a La negligencia grave, rayana en el dolo, de la que es ejemplo la falta de formalización de todo inventario de la herencia en un plazo prudencial.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. ENAJENACION MENTAL. TESTAMENTO OLOGRAFO. Artículos 663, número 2.º, y 687 del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Grannollers, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes pronunciamientos:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando en su conjunto las pruebas practicadas y con mención expresa del certificado médico acompañado con la demanda y de las pruebas de confesión judicial y testifical, llega a la conclusión de que la actora no ha logrado acreditar cumplidamente la enajenación mental de la testadora en el momento de redactar el testamento ológrafo de que se trata, declaración que se constata en el tercero y último motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que está incurso en la causa de inadmisión del artículo 1.729, número 4.º, en relación con el 1.720, ambos de dicha ley, porque se alega la violación por inaplicación del artículo 687, en relación con el 663, número 2.º, del Código civil, cuya infracción se ha de acusar por la vía del número 1.º del indicado artículo 1.692, y, además, en su desarrollo se argumenta de manera conjunta e indiscriminada sobre el error de hecho y de Derecho en la apreciación de las pruebas, aparte de que, según reiterada doctrina jurisprudencial, cuando el Tribunal *a quo* ha apreciado la prueba en su conjunto, no le es lícito al recurrente desarticularla para con base en alguno de sus elementos reprochar al Juzgador de haber incidido en equivocación y que, en todo caso, las probanzas que se invocan o son intrascendentes al fin perseguido o no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, al consistir en certificación e informe facultativo, dictamen pericial y declaraciones de testigos prestadas en el pleito, en causa criminal y en acta notarial, por todo lo cual se ha de rechazar el motivo examinado.

Considerando que el segundo motivo, fundado en el número 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la violación por no aplicación de los artículos 1.249 y 1.253, en relación con el 670, todos del Código civil, el cual debe correr igual suerte que el anterior, porque la recurrente establece por su cuenta los hechos que estima por conveniente y deriva de ellos las deducciones que tiene a bien, y por ese inaceptable procedimiento construye una presunción, a su entender, demostrativa de que el testamento ológrafo no refleja la libre expresión de voluntad de la testadora, siendo así que la sentencia recurrida no da por probada la intervención de un tercero en dicho testamento, y sólo examinando el evento de la posibilidad de tal intervención para orientar a la testadora en la redacción del testamento e incluso para hacerle saber la existencia de esa forma de testar concluye que no tendría, en su caso, la trascendencia suficiente en orden al discernimiento por parte de la testadora de sus propios actos y a que el contenido del testamento no fuese manifestación de su libre voluntad.

LEGADO DE NEGOCIO GANANCIAL ORDENADO POR EL PADRE A FAVOR DE UN HIJO. *Artículos 813 y 864 del Código civil* (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara que ha lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesta por la hija mejorada, demandada y apelada, contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, con base en el siguiente y fundamental considerando:

Considerando que el sexto de los motivos, seguido por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia como vicio de la sentencia la aplicación indebida del artículo 864 del Código civil, en relación con el 813 del mismo texto legal, y afronta la cuestión fundamental del pleito, que consiste en decidir la validez o la nulidad de la cláusula contenida en el testamento del padre de la recurrente, por la cual dispone que en concepto de legado y, en su caso, también de mejora, por cuenta de los dos tercios lega y mejora a su hija Virginia el derecho arrendaticio del piso bajo y primero de la casa señalada con el número 16 de la calle de la Oliva de esta ciudad, del que es arrendatario, en donde tiene su comercio y vivienda el testador, con todas las cosas y efectos muebles que existan dentro de ella a su fallecimiento, así como las mercaderías que en dicho local queden a su óbito, y el del negocio de juguetería, ordenando en la siguiente cláusula que en el remanente de todos sus bienes instituye herederos a sus seis hijos, nombrados en la cláusula segunda, sustituidos, tanto en la herencia como en legado, por sus respectivos descendientes, dejando reducido a la legítima estricta al que no se conformase en todo con este testamento o bien promoviera o diere lugar a la partición judicial, y partiendo de estas premisas y de que por la resolución recurrida se declara en el quinto de sus pronunciamientos que el negocio instalado en el número 16 de la calle de la Oliva es ganancial del matrimonio J. C. J. y J. F. G., es preciso tener en cuenta, al efecto de la aplicación del invocado artículo 864 del Código civil, conforme al cual si el heredero o legatario tuviese sólo una parte o derecho en la cosa legada se entiende limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero, y los términos claros y precisos del testamento revelan que la disposición contenida en la cláusula testamentaria que se examina, por la cual mejora y lega a la hoy recurrente los bienes en ella comprendidos, es perfectamente clara y expresamente comprende la totalidad de los mismos, lo que hace aplicable al caso el último inciso del mencionado precepto legal, y dado el concepto de bien ganancial del negocio, que de modo firme ha sido declarado por la Sala sentenciadora, es patente que el testador, don J. C. J., ostentaba sobre el mismo un derecho o parte indeterminada hasta que por medio de las operaciones particionales del mismo y de su esposa, doña J. F. G., quede éste especificado señalando el valor del mismo, y debe por ello estimarse que la disposición testamentaria es válida, ello sin perjudicar los derechos legítimos de los demás herederos, que han de quedar a salvo, materia que sólo podrá concretarse al practicar las operaciones particionales de ambos cónyuges, dando lugar a que si la parte que, conforme al testamento, se atribuye a la recurrente excede de la que, conforme a la mencionada cláusula, lega y mejora, deba reducirse en la cuantía precisa para que queden a salvo los derechos legítimos de los herederos, hijos de ambos cónyuges, razones por las que ha de esti-

marse que concurre en vicio, que el motivo denuncia, y, por consiguiente, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida en relación al extremo a que el indicado motivo se refiere, sin que proceda hacer especial imposición de costas.

TESTAMENTO DEL CIEGO. Artículo 698 del Código civil (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1973).

No es preciso que la ceguera sea total, sino que basta con que impida leer el testamento y firmar con claridad.

Don J. G. M. murió bajo testamento otorgado ante Notario, en el que se observaron las formalidades del testamento del ciego, por considerarlo preciso el fedatario en atención a que, dada su enfermedad y avanzada edad, el testador no podía leer ni firmar legiblemente.

En este testamento, y revocando otro anterior, el testador instituyó herederos por partes iguales a los dos únicos hijos habidos de su matrimonio y legó el tercio de libre disposición a sus hermanos, quienes le habían atendido y cuidado en sus últimos años, por encontrarse legalmente separado de su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo estimó la demanda interpuesta por los hermanos del testador, quienes reclamaron la entrega de los bienes correspondientes a su legado del tercio de libre disposición, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados y apelantes, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que para combatir las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador, don Jesús Gayoso Marful, se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquél en 30 de diciembre de 1964 ante el Notario de Ribadeo don José María Mosquera Merino, se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impedido para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento, y lo que realiza el recurrente a través del desarrollo del motivo ante la imposibilidad de oponer un documento auténtico demostrativo del error en que haya podido incidir la Sala de Instancia, en una labor deductiva del examen conjunto de diversos documentos tratando de sustituir con su propio criterio el del Tribunal *a quo*, lo que no puede prevalecer y menos por el cauce de este motivo, que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

Considerando que el segundo motivo formulado, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de los artículos 695 y 687 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal establecida en las sentencias que cita; pero ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código civil en el otorgamiento del testamento abierto por un ciego no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo defectuoso de la

misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad, y frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que, en todo caso, le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que, a su vez, firmó también por éste y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento.

Considerando que el tercer motivo se formula igualmente al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusándose la violación del artículo 670 del Código civil e inaplicación del artículo 4 del mismo Cuerpo legal, y si bien es cierto que el testamento es un acto personalísimo, según el precepto invocado del artículo 670 del Código civil, en el caso presente lo que se trata de combatir a través del motivo es la actuación de un albacea en el ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por el testador en uso de la autorización que al efecto le otorga el artículo 901 del propio Código civil, conducta que no puede motivar la nulidad del testamento, sino de otra responsabilidad, caso de hallarse justificada, al presente no ejercitada, por lo que debe desestimarse este motivo.

TITULOS NOBILIARIOS. ORDEN DE SUCEDER. Artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948. Ley 2.ª, título XV, partida 2.ª Ley 40 de Toro (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado 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 número 14 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que según el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias—cual la que es objeto del presente recurso—se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, consistente en las reglas contenidas en la Ley 2.ª, título XV, de la partida 2.ª, así como en la Ley 40 de Toro, diciéndose en la primera de ellas que en el señorío del reino heredarán «...aquellos que viniesen por línea derecha o, por ende..., que si fijo varón non oviese, la fija mayor heredase el reyno, o... que si el fijo mayor muriese antes que heredase, si fijo o fija oviese de su mujer legítima, que aquel o aquella lo oviese o non otro ninguno...», donde con independencia de proclamar el principio de representación a los efectos sucesorios de la Corona, aplicable a los de los títulos nobiliarios, la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, entendió siempre que consagraba el lógico e inevitable principio de la legitimidad de la filiación, pues quedaba circunscrita a la descendencia habida derechamente o de mujer legítima, al modo como comenzó afirmando GREGORIO LÓPEZ, máximo comentador del Código alonsino, cuando decía que «...el quod in ista lege dicitur de praeferende

in successione regnil vel mejoriae filio primogénito, intelligite de legítimo nato, no de bastar de...» (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, de Rivadeneyra, II, Madrid, 1848, pág. 413, col. primera); regla que aparece más tarde recogida en el segundo de los preceptos invocados, es decir, la Ley 40 de Toro, donde concretamente se afirma que «en la sucesión del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo o de aquel a quien pertenece, si el tal hijo mayor dejare hijo, nieto o descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor, por su orden, prefieran al hijo segundo del dicho tenedor o de aquel a quien el dicho mayorazgo perteneció..., de manera que siempre el hijo o sus descendientes legítimos, por su orden, representen la persona de sus padres...», texto que también en el sentido antes indicado fue interpretado de manera inalterada hasta nuestros días a partir de los comentarios que a la referida Ley hicieron ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri. Commentarium absolutissimos*, Madrid, 1768) y LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico-jurídico-literario de las ochenta y tres Leyes de Toro*, segunda edición, Madrid, 1852); doctrina y principio de legitimidad que en el motivo primero del recurso—separado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se denuncian como infringidos por inaplicación, motivo que no puede ser estimado porque los preceptos donde aquéllos se contienen fueron precisamente el punto de partida que tuvo en cuenta el Juzgador de Instancia para resolver el problema planteado, que consistió en dilucidar si en el caso discutido concurría en todos y cada uno de los supuestos en que basó su petición la reclamante la circunstancia imprescindible de la legitimidad, llegando a la conclusión afirmativa después de valorar la prueba practicada, que es lo que en verdad se discute por el recurrente, que impugna no la aplicación o inaplicación desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino aquella apreciación probatoria, lo que sólo podía haber llevado a cabo por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, de acuerdo con los términos literales de la Ley y la constante e inalterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Considerando que por el cauce procesalmente adecuado del número 7.º del citado artículo 1.692, el motivo segundo y último impugna aquella valoración de la prueba alegando error de Derecho, en que dice incidió el Tribunal *a quo*, que tampoco es susceptible de estimación porque cita como infringido el 1.214 del Código civil, cuyo carácter genérico, tantas veces recordado por la doctrina jurisprudencial en cuanto que se limita a señalar el *onus probandi*, le hace insuficiente para el fin perseguido, aparte de que la sentencia recurrida no es que no lo haya tenido en consideración, sino que hace uso de él y estima que en el caso contemplado la prueba suministrada por aquel a quien correspondía la carga de la misma ha sido bastante para inducir al Juzgador a llegar al resultado combatido; suerte desestimatoria que no puede alterarse con la cita que igualmente se hace del artículo 446 de nuestro primer Código sustantivo, porque tampoco contiene norma alguna valorativa de la prueba que pueda decirse infringida en la apreciación efectuada, puesto que lo único que afirma es que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión...», con independencia de que dicha norma habrá, en todo caso, de ponerse en relación con el «mejor derecho» de quien reclama, por principio elemental de todo ordenamiento jurídico, que en los supuestos como el que aquí es objeto de examen—es decir, el de las rehabilitaciones de títulos y dignidades nobiliarias—se deja expresamente a salvo, por lo que demostrada la mejor cualidad de otro titular, que goza, por otra parte, de una posesión civilísima e imprescriptible, es él quien tendrá derecho a la protección que el recurrente invoca a su favor.

2.º JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PLUSVALIA. Es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo y consiguiente apelación cuando la garantía prestada para la suspensión del acuerdo impugnado sea concreta a la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo, con lo que se alude a los efectos limitados predicables a tal garantía (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1973).

Hechos.—Practicada una liquidación por arbitrio de plusvalía, el adquirente del terreno interpone reclamación económico-administrativa alegando que en la fecha de la transmisión (1969) el terreno era una finca rústica labrada y cultivada por un labrador arrendatario de la misma, e incluso cuando se formuló el recurso en 1970 dicha finca se hallaba cultivada también, no sujeta, por tanto, al arbitrio, según lo dispuesto en el artículo 510, 1.º, de la Ley de Régimen Local, por lo que suplicaba: 1.º Anular y dejar sin efecto alguno la liquidación practicada. 2.º O subsidiariamente y para el supuesto de que no se estimase la pretensión anterior principal, anular y dejar sin efecto la liquidación hecha, debiendo el Ayuntamiento practicar otra nueva, en la que el valor final del período impositivo se señale aplicando debidamente los índices trienales de valoración vigentes en el momento de la transmisión. El Ayuntamiento adujo que estimaba no podía calificarse de explotación agrícola el terreno del reclamante por no reunir los requisitos necesarios para ello, no pudiendo calificarse como tal aquellos cuyos beneficios eran prácticamente simbólicos en relación con el valor real de la finca, y que, por otro lado, los índices de valoración fueron correctamente aplicados en la determinación del valor corriente en venta del terreno al final del período impositivo.

El Organismo Jurídico-Administrativo de Alava desestimó en todas sus partes la reclamación formulada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial declaró la inadmisibilidad del mismo, por no haber ingresado el demandante en la caja de la Corporación el importe de la liquidación, careciendo por completo de virtualidad el aval constituido por el Banco de Vasconia—que se extinguió con anterioridad a la liquidación del recurso.

Interpuesta la apelación y siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Miguel Martín Martín, se declara no haber lugar al recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Que el aval bancario fue prestado en vía económico-administrativa a los efectos del artículo 83 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, o sea como caución de la suspensión del acuerdo impugnado decretada por el Organismo Jurídico-Administrativo de Alava mientras durase la total sustanciación del procedimiento económico-administrativo, con lo cual se está aludiendo a los efectos limitados predicables a tal garantía, pues, de un lado, aparece puesta exclusivamente a disposición del Organismo dicho, y de otro y principal, su eficacia temporal cesaba con la resolución administrativa que ultimase el procedimiento en vía económica y sin que el accionante se preocupase de ampliar tal garantía a la vía contencioso-administrativa, tanto en la Primera Instancia como en la presente, dado que tampoco puede atribuírsele alcance sus-

titutorio al hecho de que paralelamente a la interposición de la apelación se articulase nueva petición de la suspensión del acuerdo municipal de apremio de la cuota girada e impugnada, pues aun aceptando, a los solos efectos dialécticos, tal planteamiento, resulta indudable que una vez que la Sala dictó, el 11 de enero de 1973, el auto resolutorio y, a la vez, desestimatorio de la pretensión de suspensión, el actor debió subsanar, a partir de la notificación (15 de enero siguiente), el requisito omitido, y que ante su inactividad surge la procedencia de no admitir la impugnación procesal de acuerdo con la petición de inadmisión deducida al efecto con apoyo en las normas contenidas en los artículos 57, 1, e), y 82, f), de la Ley Jurisdiccional, conduciendo todo ello a la desestimación de la apelación con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada.

VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA. SUCESION. EXENCIONES. *La transmisión a título de herencia de locales que forman parte de un edificio cuya construcción fue definitivamente calificada, en 31 de enero de 1966, de viviendas de renta limitada y cuya herencia se causó en 29 de junio de 1968 no está exenta del impuesto, a virtud del Decreto-Ley de 27 de mayo de 1968 (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1973).*

Hechos.—Fallecida una señora en junio de 1968, le hereda abintestato su hermano D. J., quien en 25 de junio de 1969 presentó a liquidación una relación descriptiva y valorada de los bienes de la herencia, entre los que figuraban una cuarta parte proindivisa de los bajos comerciales y patios de luces pertenecientes a una casa calificada provisionalmente como vivienda de renta limitada en 6 de abril de 1962, y definitivamente, en 31 de enero de 1966, solicitándose respecto a ellos la declaración de exención, por tratarse de la primera transmisión *mortis causa* producida dentro de los seis años siguientes a la calificación definitiva.

No aplicado el beneficio fiscal solicitado, por haberlo suprimido el Decreto-Ley de 27 de mayo de 1968, se giró la liquidación correspondiente por el valor comprobado. Se entabla reclamación económica administrativa en base a que al entrar en vigor el referido Decreto, que dio nueva redacción al artículo 19, 8, del Texto Refundido de 1967, existía un derecho adquirido a la exención fiscal postulada, por cuanto el derecho adquirido nace con la cédula de calificación provisional y lo refrenda la definitiva. El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando la reclamación, porque causada la sucesión ya en vigor del Decreto-Ley de 1968 se carece de derecho al beneficio fiscal de la exención en favor de la primera transmisión *mortis causa* de edificio o parte de ellos de protección oficial.

Interpuesto recurso de alzada, el Tribunal Central desestima el recurso y confirma la resolución recurrida.

Entablado recurso contencioso-administrativo y siendo ponente el excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, se desestima en base a la siguiente

Doctrina.—Que aunque no puede negarse que con anterioridad al Decreto de 27 de mayo de 1968 estaba exenta la primera transmisión, por herencia o legado, del dominio de las viviendas de protección oficial siempre que tenga lugar dentro de los seis años siguientes a la fecha de la calificación definitiva; también es muy preciso tener en cuenta en este recurso que el referido Decreto suprimió la exención de referencia, dejando sólo subsistente la concedida a las primeras transmisiones inter vivos del dominio de las expresadas viviendas, y esto sentado, como dicho

Decreto entró en vigor al día siguiente, en que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, y la transmisión *mortis causa*, por fallecimiento de D. P. S., se produjo el 29 de junio de 1968, más de un mes después de la fecha en que quedó suprimida la exención en cuanto a la primera transmisión *mortis causa* del dominio de las viviendas de protección oficial; claro es que la denegación del beneficio tributario que se discute es absolutamente correcta teniendo en cuenta que la normativa fiscal aplicable a efectos de la misma viene determinada por «la fecha de la primera transmisión» de las viviendas de protección oficial—el 29 de junio de 1968, en el presente caso—y que mal puede hablar el recurrente de derechos adquiridos con anterioridad al 27 de mayo de 1968, siendo así que el fallecimiento de su hermana, por cuya virtud se le transmite el bien que se contempla, tuvo lugar con bien acusada posterioridad a ese 27 de mayo de 1968, fecha, repítese, del Decreto que suprimió la exención.

ZONAS DE URBANIZACION O REFORMA INTERIOR. *No rige la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en las enajenaciones de edificaciones o viviendas aisladas pertenecientes a construcciones efectuadas en zonas de urbanización o reforma interior, al amparo de lo dispuesto en la Ley de 18 de marzo de 1895 y Decreto-Ley de 8 de febrero de 1907, cuando, como en el caso contemplado por la sentencia, la situación individualizada se ha consolidado en momento posterior a la entrada en vigor del Texto Refundido del Impuesto de 6 de abril de 1967 (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1973).*

RESERVA LINEAL. *En los supuestos de reserva lineal el hecho de haberse exigido al reservista el Impuesto sobre Sucesiones como titular del dominio pleno de los bienes reservables, carácter ignorado por la Administración, no impide que al transmitirse tales bienes a los reservatarios por fallecimiento del reservista se exija tal Impuesto en consonancia con la verdadera naturaleza de reservables de los repetidos bienes y atención a los vínculos parentales existentes entre los interesados (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1973).*

CONTRATO DE ASISTENCIA TECNICA. *El contrato de asistencia técnica encaja dentro del concepto de arrendamiento de cosa, así como del arrendamiento de servicios, siendo compatibles a efectos del pago del Impuesto el de Rentas del Capital y el de Transmisiones Patrimoniales (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1973).*

Hechos.—Suscrito un contrato de asistencia técnica entre dos entidades se gira una liquidación por el concepto de transmisiones al 1,40 por 100 (núm. 20 de la tarifa), contra la cual recurre la entidad obligada al pago alegando que el acto gravado por la liquidación recurrida viene sujeto al Impuesto sobre las Rentas del Capital y, por ende, excluido del de Transmisiones Patrimoniales.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por apreciar esencialmente que la sujeción al Impuesto sobre Rentas del Capital de los rendimientos derivados del contrato de asistencia técnica no impide que se tribute por transmisiones, en relación con el tráfico de las empresas,

que, evidentemente, no es el caso que se contemplaba. Dicho fallo es confirmado también por el Tribunal Central.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo y siendo ponente el excelentísimo señor don César Contreras Dueñas, se desestima el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Que el artículo 19 de la Ley de 23 de diciembre de 1961 define la asistencia técnica industrial, a efectos del gravamen complementario del artículo 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (complementaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas), como la cesión a entidades industriales de la utilización de patentes y procedimientos de fabricación, transformación y conservación de productos, así como la prestación de elementos o servicios que una empresa haga a otra por exigencias técnicas del proceso productivo de las empresas receptoras de tales prestaciones, de donde se infiere que ateniéndonos a los preceptos de nuestro Derecho positivo encaja dentro del concepto de arrendamiento de cosa, en orden a la cesión del uso de las patentes y sistemas de fabricación, así como del arrendamiento de servicios en aquel sector contractual que se refiere a su prestación en favor de la empresa receptora, sin que a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales sea preciso distribuir aquella parte del precio que afecta al arrendamiento de cosas y el que atañe al arrendamiento de servicios, puesto que uno y otro están gravados con el mismo tipo de tributación del 1,40 por 100 en el número 20 de la tarifa.

Que en orden a la compatibilidad entre el Impuesto de Rentas del Capital y el de Transmisiones Patrimoniales no se alega por parte de la entidad recurrente ningún precepto que la impida, a semejanza de lo que ocurre entre este último Impuesto y el de Tráfico de Empresas, concretamente, en el artículo 145 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, que dice literalmente: «En ningún caso un mismo acto u operación estará sujeto a este Impuesto y al que grava el Tráfico de las Empresas», y al no existir ningún precepto que establezca análoga declaración en relación con el Impuesto sobre Rentas del Capital hay que pronunciarse en el sentido de admitir la compatibilidad entre uno y otro.

CAJAS DE AHORRO. *Procede aplicar la exención del artículo 65, 1.º, letra c), cuando aun siendo el cargo de director general retribuido éste no puede ser considerado como patrono o representante legal de la Caja* (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Llevada a cabo por la Caja de Ahorros del Sureste de España una resolución de contrato de adquisiciones, la oficina liquidadora gira una liquidación por transmisiones, contra la cual recurre la Caja por entender hallarse comprendida en la exención del artículo 65, 1.º, c), en relación con los establecimientos de Beneficencia particular cuando los cargos de patrono o representantes legales de los mismos son gratuitos, reclamación que fue desestimada por entender el Tribunal que faltaba el mencionado requisito de que los cargos de patrono o representantes legales de la Caja fuesen gratuitos, en virtud de la existencia de un director general de carácter retribuido.

Contra esta resolución se interpone recurso de alzada ante el Tribunal Central, recurso que es estimado por dicho Tribunal, declarando aplicable a la Caja en cuestión la citada exención por entender que el director general no puede ser considerado como patrono o representante legal de la Caja.

Entablado el correspondiente recurso contra la anterior resolución y siendo ponente el excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, se desestima en base a la siguiente

Doctrina.—La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si el cargo de director general de la Caja de Ahorros, demandada en este pleito, que tiene carácter retribuido, según ambos litigantes reconocen, debe ser considerado o no como de representación legal de dicho establecimiento, a los efectos de la exención concedida en el artículo 65, 1.º, c), del Texto Refundido de la Ley del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales.

Considerando que de los distintos preceptos estatutarios claramente se deduce: que mientras el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros referida nombra y separa los empleados, acuerda y modifica las disposiciones de régimen interior, decide privativamente los asuntos más importantes, acepta las donaciones y asume las funciones inspectoras, el director general, por el contrario, no puede autorizar ninguna clase de préstamos sin acuerdo del Consejo de Administración, no tiene facultades de disposición y si asiste a las reuniones del Consejo carece de voto, extremo éste de especial relieve para perfilar jurídicamente la cuestión que se discute y resolverla en sentido negativo, como en asunto de indudable analogía con el presente ya se decidió por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 1972.

Considerando que aunque en algún precepto estatutario de escasa claridad se atribuye al director general ciertas funciones representativas, ello no puede desvirtuar la verdadera función de dicho empleado, que, no obstante su alto rango administrativo, actúa siempre bajo las inmediatas órdenes del Consejo de Administración, órdenes éstas que, como documentalmente se demuestra en el presente recurso, preexistieron en este caso no sólo al contrato de litis y a su resolución, sino a la misma escritura de poder conferida a procuradores.

Por las razones apuntadas procede la desestimación del recurso.

C. M. A.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL PROCEDIMIENTO PARA ELABORAR REGLAMENTOS (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1973).

I. ANTECEDENTES

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 18 de octubre de 1971 publicó el Decreto 2480/1971, de 13 de agosto, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los ingenieros técnicos titulados por las Escuelas de Ingeniería Técnica de Obras Públicas.

2. La «Asociación de Ingenieros Técnicos de Construcciones Civiles, Circulación, Explotación y Servicios Urbanos e Hidrología», por entender que el Decreto se había elaborado con infracción de las normas de procedimiento y que no se ajustaba a normas de superior jerarquía, interpuso recurso contencioso-administrativo.

II. SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1973

La Sala Tercera, en la sentencia de 28 de septiembre de 1973, de que fue ponente Isidro Pérez Frade, desestimó el recurso contencioso-administrativo.

En los considerandos primero a tercero se examina la cuestión de la validez del procedimiento por los vicios invocados por el demandante y se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando que si bien son ciertos los términos expresados en los artículos 47 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo, citados en el escrito de demanda del presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Ingenieros Técnicos de Construcciones Civiles, Circulación, Explotación y Servicios Urbanos e Hidrología contra el Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 13 de agosto de 1971, y que en dichos artículos se distingue entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, no es menos cierto que en tal demanda son alegados tres defectos procedimentales que—se dice—concurren en la elaboración del Decreto-Ley de referencia, cuales son la falta de tablas de vigencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo; la informalidad en el plazo de envío a cada uno de los ministros del proyecto de Ley, con arreglo a lo establecido en el artículo 131, 1, de la misma referida Ley, y, por último, la falta de informe del Consejo Nacional de Educación, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto-Ley de 28 de julio de 1970, apartado b), defectos que de apreciarse serían todos ellos subsanables y en forma alguna podrían ser objeto de una nulidad absoluta, como incongruentemente con lo razonado se solicita en el suplico de la demanda, al par que se pide que por la Administración se adopten las medidas que den efectividad a tal declaración.

Considerando que aun con la existencia de tales defectos no es procedente acceder a la declaración de una anulabilidad por cuanto, en lo que se refiere a la inobservancia de la aportación de la tabla de vigencias, es doctrina de esta Sala la de que tal falta

no puede tener entidad con relieve suficiente para entender que el sentido teleológico del dato señalado produzca siempre—y es indudable que no lo produce en el caso presente—una indefensión para el administrado.

Considerando que respecto al plazo que se establece en el artículo 131, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el envío de los proyectos de Ley a los ministros respectivos para su instrucción, lo es a los solos efectos de ésta, y por ello, al no alegarse por los mismos la ausencia de tal plazo, su silencio ha de interpretarse en sentido afirmativo respecto a tal conocimiento del asunto, por lo que tampoco se ha producido indefensión alguna a los recurrentes. Finalmente, la falta de dictamen del Consejo Nacional de Educación no puede tener tampoco entidad suficiente para la nulidad pretendida, por cuanto el Decreto-Ley de 28 de julio de 1970, en su apartado *b)*, no exige tal dictamen, es decir, no lo señala como preceptivo, sino que expresamente dice 'en su caso', lo que demuestra su carácter facultativo.»

III. COMENTARIO

1. *La trascendencia de la infracción de las normas del procedimiento en la validez de las disposiciones generales*
- a) *La distinta trascendencia de la infracción del ordenamiento en la validez de actos y disposiciones*

La sustancial diferencia entre acto administrativo y disposición general, entre resolución y norma, se traduce en la diferente trascendencia de la infracción del ordenamiento jurídico.

La infracción del ordenamiento jurídico no determina la nulidad de los actos administrativos. Tradicionalmente se viene destacando la diferenciación existente entre el régimen de las nulidades en Derecho civil y en Derecho administrativo.

En Derecho administrativo, a diferencia del Derecho civil, la regla es la anulabilidad. Cuando un acto administrativo infringe el ordenamiento, contraviene una ley, en principio, es únicamente anulable. Sólo será nulo en supuestos tasados (art. 47, 1, Ley de Procedimiento Administrativo) y, a veces, la infracción ni siquiera determina la anulabilidad. Así ocurre respecto de los defectos de forma. El artículo 48, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone:

«No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.»

Ahora bien, cuando se trata de una disposición, no de un acto administrativo, la infracción de otra de superior jerarquía determina la nulidad de pleno Derecho. En cuanto la disposición íntegra del ordenamiento jurídico forma parte del mismo, la vulneración de la jerarquía normativa conduce ineludiblemente a la nulidad. Así lo dispone el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo es un claro exponente de este diferente régimen entre actos y disposiciones; mientras su párrafo 1, al referirse a la nulidad de actos, la limita a los supuestos que taxativa-

mente enumera, el párrafo 2 dice: «También serán nulas de pleno Derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Así, sin distinguir, en todo caso.»

b) *La infracción de las normas de procedimiento*

Como señala el artículo 48, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, antes transcrito, la infracción de las normas reguladoras de la forma no determina por sí sola la nulidad ni siquiera la anulabilidad del acto. Para que se produzca la invalidez es necesario que la infracción sea de tal entidad que prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión. En otro caso, el acto, pese al defecto de forma, será válido.

Ahora bien, ¿tiene vigencia este régimen especial de las normas sobre requisitos formales o de procedimiento al aplicarse a las disposiciones generales?

Si, como hemos dicho, una disposición general es nula de pleno Derecho en cuanto infringe otra de superior jerarquía, ¿es válida esta regla cuando la norma de superior jerarquía es de procedimiento?

En cuanto el procedimiento aquí no es propiamente administrativo, sino el cauce formal de elaboración de normas que integran el ordenamiento jurídico, parece ser que no rige aquella regla. Desde el momento que estamos ante un proceso de elaboración de auténtica fuente del Derecho, la infracción de sus normas reguladoras debe determinar asimismo la nulidad.

Así como un acto administrativo sólo incurre en vicio de nulidad cuando se den los supuestos tasados del artículo 47, párrafo 1.º, una norma reglamentaria es nula siempre que incurra en cualquier infracción de otra de superior jerarquía. Y esta infracción puede darse tanto en su contenido como en el procedimiento previsto en la ley para su elaboración. De aquí que la infracción de los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo determine la nulidad de las normas reglamentarias dictadas. En consecuencia, cuando se trata de normas, de disposiciones, no es aplicable el precepto del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo. La «indefensión» única juega respecto de invalidez de actos. Pues las infracciones de normas de superior jerarquía, incluso en el aspecto procedimental, determina siempre la nulidad, aunque no la indefensión.

c) *La doctrina jurisprudencial*

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial no ha sido unánime. Mientras algunos fallos sancionan con la nulidad de pleno Derecho la infracción de cualquier norma jerárquicamente superior, aunque se limite a regular el procedimiento, otros aplican a la disposición el mismo régimen de los actos administrativos sobre defectos formales.

En el primer sentido, por ejemplo, una sentencia de 3 de junio de 1967 (ponente: Pérez Frade) sienta la correcta doctrina de la nulidad de una disposición por aplicación del artículo 47, párrafo 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Otra, de 18 de octubre de 1968 (ponente: Amat Casado), contiene la siguiente doctrina: «El procedimiento establecido para la estructuración de las disposiciones generales es siempre de rigurosa observancia, puesto que sus preceptos no son meras orientaciones para la actuación administrativa de orden interno, sino normas de obligado cumplimiento propias de un Estado de Derecho, donde la Adminis-

tración autolimita y somete a la fiscalización jurisdiccional su propia actividad y donde carecería de sentido una disposición legal encaminada a la consecución de tales fines para que pudiera acatarse o eludirse a voluntad.»

Sin embargo, otra sentencia, de 14 de mayo de 1970 (ponente: Olives Feliu), parece seguir el criterio contrario al pronunciarse por la anulación de la disposición, pero no por la simple infracción de las normas reguladoras de procedimiento, sino por entender que la misma adolecía de «infracciones formales insubsanables» (1).

Y la sentencia que comentamos se alinea claramente entre estas últimas. A tenor de la sentencia de 28 de septiembre de 1973, la infracción de las normas de procedimiento no determina *per se* la invalidez de una disposición. La infracción del ordenamiento jurídico no determina la nulidad, sino que también respecto de la disposición opera la diferenciación entre nulidad y anulabilidad. Los considerandos primero y segundo de la sentencia no pueden ser más expresivos.

2. Los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones generales

a) Iniciación

El artículo 129, párrafo 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo dispone: «La elaboración de disposiciones de carácter general y de anteproyectos de ley se iniciará por el centro directivo correspondiente, con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllos, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo I del título I.» Añadiendo el párrafo 3.º del mismo artículo: «No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores, que han de quedar total o parcialmente derogadas.»

Sobre estos requisitos del momento de incoación del procedimiento y de los estudios e informes previos ha recaído alguna decisión jurisprudencial. La doctrina en ellas contenidas no es uniforme.

Una sentencia, de 22 de noviembre de 1965 (ponente: Bombín), afirma que al no existir indefensión no cabe hablar de nulidad.

Otra, de 14 de mayo de 1970 (ponente: Olives Feliu), habla de que «la elaboración administrativa, de repetida sección tercera, adolece de infracciones formales insubsanables, conforme al prevenido que al efecto establecen los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, pues tratándose de una ordenación de carácter general hubo de estar precedida de los estudios e informes que garantizaran su legalidad, acierto y oportunidad, en especial los ineludibles informes de la Secretaría General Técnica».

La sentencia de 15 de diciembre de 1972 (ponente: Roldán) dice: «El acuerdo de incoación, cuando reviste la forma de anteproyecto elaborado por la Secretaría General Técnica, hace innecesaria la orden de iniciar los estudios e informes previos, pues en tales casos, el acierto y legalidad de la disposición estará asegurada por los demás trámites, informes y dictámenes de los organismos técnicos y de los cuerpos consultivos que

(1) Así mismo una Sentencia de 26 de diciembre de 1961 declaró nula una disposición, en aplicación del artículo 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo, en vez de aplicar el párrafo 2.

deben ser oídos, y en el expediente consta que el proyecto de Reglamento del título I de la Ley sobre Juntas de Puertos fue elaborado por la Secretaría General Técnica, como ya se deja señalado, por lo que el informe de dicho organismo, preceptivamente exigido por el artículo 130, 1, se contiene implícitamente emitido a través de la propia elaboración del proyecto por la Secretaría General Técnica; por otra parte, al haber adoptado la forma de Decreto tampoco puede olvidarse que mereció la aprobación de la Presidencia del Gobierno, por haberse adoptado en Consejo de Ministros, aprobación que la ley exige siempre que se trate de materias relacionadas sobre personal; además, en el expediente figuran suficientes datos de haber aceptado el proyecto el centro directivo correspondiente, que es la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas y la Subsecretaría del citado Departamento.»

La sentencia que comentamos no duda en considerar que la falta de la tabla de vigencias no constituye defecto que invalide la disposición.

b) *Informe de la Secretaría General Técnica*

También a este informe, exigido por el artículo 130, párrafo 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo, se ha referido la jurisprudencia. Así, la sentencia de 3 de junio de 1967.

Una sentencia de 7 de febrero de 1966 (ponente: Alvarez del Manzano) afirma que la elaboración de una disposición general ha de atemperarse al procedimiento especial marcado en el capítulo primero del título VI de la mencionada Ley Procedimental. Pero cuando se trata de la disposición general de un organismo autónomo, el informe de la Secretaría General Técnica puede entenderse sustituido por el del Consejo de Administración del mismo. Así, sentencia de 6 de diciembre de 1966.

La sentencia de 14 de mayo de 1970 califica como infracción insubsanable la falta del informe de la Secretaría General Técnica. Habla de «los ineludibles informes de la Secretaría General Técnica».

c) *Dictamen de cuerpo consultivo*

Aparte de los dictámenes de los órganos consultivos, que pueden ser solicitados por el órgano competente (art. 130, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo), ha de darse la audiencia de los órganos consultivos en que así se exige. Ahora bien, para que la omisión del dictamen determine la invalidez del procedimiento y, por tanto, de la disposición es absolutamente necesario que el trámite se exija con carácter preceptivo. Si el ordenamiento regulador no lo establece así, no se producirá la invalidez. Por estas razones, la sentencia comentada considera que no determina la invalidez la falta de la audiencia del Consejo Nacional de Educación, ya que la norma reguladora no exigía tal dictamen, no lo establecía como preceptivo, pues decía «en su caso», «lo que demuestra —concluye la sentencia— su carácter facultativo».

d) *Información pública y audiencia de la Organización Sindical y entidades de carácter general o corporativo*

El artículo 130, párrafo 4.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo dice: «Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar

desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.» La sentencia de 7 de febrero de 1966 considera esencial este trámite y sanciona con la nulidad su infracción. La sentencia de 6 de diciembre de 1966 considera que la audiencia de la Organización Sindical es facultativa.

En definitiva, son las mismas entidades a las que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 28, párrafo 1.º, apartado b)) reconoce legitimación activa para impugnar disposiciones de carácter general. Una sentencia, de 7 de noviembre de 1966, considera que esta norma, «más que un precepto imperativo de inexcusable observancia, es un consejo sano del legislador» (?).

La sentencia de 6 de marzo de 1972 (ponente: Gómez de Enterría) había sentado la siguiente doctrina: «El artículo 130, 4, de la Ley de Procedimiento Administrativo no declara preceptivo, en toda elaboración de disposiciones de carácter general, que se dé a la Organización Sindical y demás entidades afectadas, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, la oportunidad de exponer su razonado informe, sino que supedita la petición del mismo a que sea posible y lo aconseje la índole de la disposición, extremo sobre cuya apreciación la ley concede, aunque no lo diga expresamente, un margen de discrecionalidad al ministro correspondiente.»

Y la de 28 de diciembre de 1972 (ponente: Gómez de Enterría) dice: «Que tampoco concurre en este caso vicio o defecto legal de procedimiento que produzca la nulidad de la Orden recurrida, según pretende la parte actora al alegar haberse elaborado prescindiendo de lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, toda vez que no se emitieron los preceptivos informes de la Organización Sindical y del Consejo Superior de Graduados Sociales de España, así como tampoco que tal disposición fuese sometida a información pública o, en su caso, el acuerdo motivado ministerial declarándola exceptuada de tales formalidades, al no constar las razones de interés público que se pudieran oponer al cumplimiento de las citadas exigencias, puesto que, conforme se informa por el Ministerio de Trabajo en su comunicación de 25 de abril de 1968, que obra en autos y explica y razona el Abogado del Estado, ninguno de aquellos informes son necesarios y ni siquiera convenientes en este supuesto, en el que tampoco era preciso someter la citada disposición a información pública, lo que sólo procede cuando, a juicio del ministro, la naturaleza de ello lo aconseje, circunstancia que en esta disposición no concurre y sin que el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo exija acuerdo motivado del ministro, sino solamente cuando existan razones de orden público o de urgencia, que aquí no se dan, constituyen motivos suficientes que justifican la improcedencia de declarar por esta causa la pretendida nulidad de la referida disposición legal.»

e) *Proyectos que han de someterse a la aprobación del Consejo de Ministros o de las comisiones delegadas del Gobierno*

Según el artículo 131, párrafo 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo, «se remitirán con ocho días de antelación a los demás ministros convocados, con el objeto de que formulen las observaciones que estimen pertinentes. En casos de urgencia apreciada por el propio Consejo de Ministros o comisión delegada podrá abreviarse u omitirse este trámite». Pero este trámite se considera únicamente aplicable respecto de las disposiciones aplicables a la «Administración directa, pero no a la institucional o indirecta» (sentencia de 6 de diciembre de 1966).

La sentencia de 7 de mayo de 1971 (ponente: Serván) dice: «La disposición general cuya nulidad se postula revistió el rango de Decreto y que si, en efecto, el artículo 130, párrafo 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo, de conformidad y en armonía con el artículo 13, apartado 7, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, dispone que cuando se trata de materias señaladas en este último precepto se requerirá, además, la aprobación de la Presidencia del Gobierno, no se agota aquí el contenido del citado artículo, sino que se añade y precisa que se entenderá conseguida la aprobación si transcurren ocho días desde aquel en que se hubiese recibido el proyecto en la Presidencia sin que ésta haya formulado objeción alguna, lo que relacionado con el artículo 131, 1, de la propia ley, que ordena la remisión a la Presidencia y ministros convocados al Consejo de Ministros y comisiones delegadas de los proyectos que deban someterse a su aprobación con ocho días de antelación, a efectos de que formulen las observaciones que estimen pertinentes, resulta claro que remitido el proyecto a la Presidencia, recibido por ésta e incluido en el orden del día del Consejo de Ministros, sin hacer objeción ni indicación alguna y sometido a deliberación por el propio Consejo de Ministros que lo aceptó, hubo de entenderse aprobado por la Presidencia y, por consiguiente, ha de rechazarse la alegación de nulidad basada en la omisión de dicha preceptiva aprobación.»

Esta doctrina viene a reiterarse en la sentencia comentada (tercer considerando).

J. G. P.

LIBROS

DE LA CÁMARA ALVAREZ, MANUEL: *Estudios de Derecho Mercantil*.
Curso de Abogados de Empresa. Centro de Estudios Tributarios. 1972.
Dos volúmenes.

La obra que al campo jurídico de las aportaciones doctrinales nos ofrece MANUEL DE LA CÁMARA, doctor en Derecho y Notario, lleva el sello inconfundible que el autor pone en todos sus trabajos: la reflexión y la profundidad. Los opositores que se precien de tal y que militaron en la difícil coyuntura de los años cincuenta conocen los diversos trabajos con los que MANUEL DE LA CÁMARA nos ofreció soluciones y claridades. Para mí, particularmente, lo portentoso de este jurista es que frente a un determinado problema vuelca plenamente todos sus conocimientos y en sus conclusiones es casi exhaustivo. Sirva de ejemplo aquel magistral artículo publicado en el *Anuario de Derecho Civil* sobre la modificación legislativa del artículo 1.413 del Código civil, con el que se podría estar o no de acuerdo, pero que sin ninguna duda tocaba casi todos los problemas que el reformado artículo podía plantear en la vida jurídica.

Para el logro de esta forma de estudiar y desarrollar materias hace falta una gran claridad mental y un dominio constante del Derecho, aparte de ese «lanzarse a fondo» y «darlo todo» a que aludía no hace mucho el autor en una conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, justificando su forma exhaustiva de tratar los problemas, que va muy paralela con su carácter de deportista, del que el autor presume con orgullo y posiblemente sus razones tendrá.

El trabajo que ahora nos ofrece es el fruto de las explicaciones que el autor dio en el Centro de Estudios Tributarios y Económicos para la especialización de abogados de empresa. Se confiesa en el prólogo el mismo autor y explica, de una parte, el carácter de la obra y, de otra, la materia que en ella desarrolla. Dice que se trata de una obra eminentemente práctica, pero no en el sentido de una exposición del Derecho positivo seguida de un resumen más o menos sistematizado de la jurisprudencia que lo interpreta, sino en el sentido de presentar dentro de cada tema un conjunto de problemas extraídos de la realidad misma con el ánimo de ofrecer sus posibles soluciones. Transcribo frases del prólogo, pues en ellas se descubre plenamente las ideas que en párrafos anteriores he dicho del autor. La solución de los problemas jurídicos—dice el autor—rara vez puede razonarse si no se parte previamente de un horizonte conceptual claro y despejado. El afán de claridad ha presidido siempre mi modesta aportación doctrinal y no podía faltar tampoco en esta ocasión.

Más adelante concreta el tema: la empresa colectiva o social. La empresa individual va siendo progresivamente desplazada por la empresa social, y de ahí que después de examinar someramente el concepto de empresa en general y de dedicar dos capítulos al comerciante individual, los restantes hayan sido consagrados al Derecho de Sociedades.

El prólogo, sin embargo, dice más, ya que al tocar la posible orienta-

ción del futuro Derecho de Sociedades nos ofrece cuatro grandes problemas que han de influir en la futura organización jurídica y económica de la empresa: la propiedad exclusiva del capital o la coparticipación entre capital y trabajo, la responsabilidad no bien perfilada entre los que forman la empresa y los que la dirigen, la distinción entre sociedades cerradas de pocos socios y las abiertas o multitudinarias y, por fin, el tamaño o dimensión de la empresa y el fenómeno concentracionista.

La obra, en sus dos volúmenes, se estructura en tres grandes partes, que son las que nos van a servir para exponer esquemáticamente su contenido abreviado. En la primera parte se estudian las ideas generales sobre la empresa, el comerciante social y el comerciante individual; la segunda parte comprende la modificación, transformación y unión de empresas, y, por fin, la tercera se refiere a la extinción de la empresa. De la extensión de los temas tratados da idea el volumen de páginas, que exceden del millar para ambos tomos. Ajustándonos a estas partes distinguimos:

A) *Ideas generales sobre la empresa, el comerciante individual y el social.*—Se comprenden en esta parte una serie de materias de difícil sistematización, pero no de enumeración, ya que si bien se parte de un concepto genérico de la empresa, de empresario individual y social, luego se descende a exposiciones más concretas, cuales son las del régimen jurídico del comerciante individual, la personalidad jurídica del comerciante social, las clases de sociedad y los problemas de constitución de la sociedad en general, de la sociedad colectiva, de la comanditaria, de la de responsabilidad limitada y de la anónima, deteniéndose en esta última con más detalle.

El autor, después de encuadrar el tema de la empresa mercantil dentro del Derecho privado, se plantea el problema de si esa especie de unidad económica que supone la empresa se corresponde o no con el de una unidad jurídica, y para ello va haciendo una serie de distinciones entre empresa y establecimiento, desembocando en el problema de la naturaleza jurídica y sus conocidas y diversas teorías. La posición del autor es, en el fondo, la mantenida por BROSETA: puede hablarse de una regulación de la empresa jurídicamente unitaria y resulta admisible esta afirmación, si bien existe un concepto unitario de la empresa que coincide con el concepto económico, acontece que no es una realidad con naturaleza jurídica unitaria. Cuatro clases de normas destaca y estudia el autor en torno a la empresa: las que defienden al empresario contra la competencia ilícita, las que protegen sus derechos sobre el local, las que se refieren a la empresa como objeto de tráfico jurídico y las que responden al principio de conservación de la empresa, todas ellas insuficientes para resolver los problemas que la empresa tiene planteados. La posición del autor es la de considerar a la empresa como conjunto heterogéneo de diversos elementos patrimoniales organizados, que suponen una categoría jurídica nueva, difícilmente encuadrable en las acuñadas por la dogmática tradicional.

Al abordar el tema del empresario procede a diseccionar el concepto del titular de la empresa, el empresario y el comerciante (titular de la empresa es el dueño o propietario del negocio, empresario es la persona que en nombre y por cuenta propia explota el establecimiento mercantil y comerciante es quien ejerce el comercio profesionalmente por su propia cuenta), para luego pasar al examen del comerciante individual y al problema que los incapaces y los ausentes plantean en la llamada «continuación» del comercio, cuyo problema más crucial es el de la actuación de un representante sin facultades para ello. Por último, se ocupa del comerciante social con los dos requisitos exigidos por el sistema legislati-

vo: que se trate de sociedades mercantiles y que gocen de personalidad jurídica para terminar con las consecuencias legales de la atribución de la cualidad de comerciante (llevarza de libros, tratamiento especial de la insolvencia, facilidad probatoria de los libros y la calificación jurídica de mercantiles de ciertos contratos).

En el régimen del comerciante individual, el examen de los problemas tiene una proyección casi exhaustiva, pues al estudio de las circunstancias excluyentes de la capacidad se añaden los problemas derivados de la comunidad conyugal, en los que ya el autor había demostrado su maestría en un trabajo recensionado en esta misma Revista y que lleva por título «La separación de hecho y la sociedad de gananciales». Se concluye el tema con dos problemas relativos a la prohibición de ejercer el comercio y a la inscripción en el Registro Mercantil.

Por lo que se refiere al problema de la personalidad jurídica del comerciante social, cuya primera manifestación legislativa está plasmada en el Código Napoleónico y que provoca la separación absoluta entre la sociedad y sus socios, lleva al autor al planteamiento de la posición jurídica de los acreedores sociales, para luego examinar detenidamente los requisitos exigidos para que las sociedades ostenten la personalidad jurídica y especialmente el requisito de la inscripción. En relación con este último requisito se exponen los tres posibles supuestos: las sociedades típicas que no se han inscrito en el Registro, las sociedades atípicas expresas o tácitas y las sociedades secretas o internas, aparte de las cuentas en participación, incluyendo todas ellas bajo el concepto de sociedades irregulares. Los problemas se multiplican siendo uno de los fundamentales el de si los acreedores pueden dirigirse contra el socio gestor, contra los ocultos, y si pueden perseguir los bienes particulares de los socios internos si prueban la existencia de la sociedad secreta. En su multiplicidad de problemas también trata de la situación interina en que se encuentra la sociedad hasta que logra su personalidad jurídica por medio de la inscripción, recogiendo, como no podía menos, la avanzada resolución de 24 de febrero de 1970 diversas sentencias y una exégesis clara de los artículos 7 y 28 de la LSA y 7 de la LSRL.

En el tema de las clases de sociedades se parte de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, considerando que los dos criterios existentes para su diferenciación no son suficientes y estimando que debe atenderse al objeto de la sociedad para su calificación o inclusión en una u otra clase. Igualmente se distingue entre sociedades típicas y atípicas. Dentro de estas últimas se plantea el problema de las irregulares y de la distinción con las comunidades mercantiles. Por último, la clasificación en la que el autor ha puesto mayor esmero en diversos trabajos basándola en el *intuitus personae*: las sociedades personalistas y capitalistas.

En el tema de la constitución se estructura su exposición destinando un capítulo especial para cada una de las distintas sociedades «típicas»: uno general sobre el contrato de sociedad y tres importantes puntos, que abordan los temas sobre sociedades familiares, sociedades extranjeras y con capital extranjero y establecimiento principal y sucursales.

En los estrechos límites de esta recensión es imposible descender a cada uno de los detalles que el autor va exponiendo a medida que los problemas se van presentando. Creo que debe bastar con decir que se adscribe a la tesis del contrato de sociedad como contrato bilateral, en el que el sinalagma contractual funciona de forma diferente al de los contratos clásicos, y que en materia de aportación social considera que se trata de un acto con trascendencia similar a la de una verdadera enajenación dirigido a crear un patrimonio autónomo, en el cual van a participar personas distintas al dueño de los bienes aportados. Sobre esas bases va examinando los diferentes supuestos de capacidad, que ya había

estudiado parcialmente, en lo que se refiere a la mujer, en otros trabajos. En lo referente al objeto se desdobra el estudio ofreciendo uno referido al objeto social como fin y la aportación social como objeto del contrato. Son de destacar las conclusiones que el autor saca en torno a la *concreción* de objeto social, que no supone nunca un cambio o modificación. Estas conclusiones se refieren al derecho de separación de los socios, requisitos de la adopción del acuerdo y repercusión fiscal.

Me hubiera gustado espigar en el tema de constitución de las diferentes sociedades y sacar a la luz ciertos problemas (como el de la sociedad colectiva con todos los socios industriales; la aportación del comanditario y la acción que surge para su exigencia; la aportación *in natura* de la sociedad de responsabilidad limitada y la suscripción condicional, nula o anulable de la sociedad anónima), pero ello supondría una valoración subjetiva con la que el lector ni el autor estén conformes, dando una visión sólo parcial de lo tratado en estos capítulos. Por ello me conformo con una referencia general.

En los tres capítulos especiales de que antes hablábamos rompe la marcha el de las sociedades familiares o en las que los socios pertenecen a una misma familia, teniendo particular importancia aquella en la que sólo militan como socios marido y mujer. Los temas tratados fundamentalmente son los de la transmisión de la cualidad de socio, la dirección y administración de la sociedad y el derecho de información y examen de cuentas. En orden a las sociedades extranjeras y con capital extranjero se hace una exposición de la legislación vigente y un comentario acertadísimo sobre la conocida resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de julio de 1970 sobre la aportación de extranjero residente y la posible superación del 50 por 100 autorizado. En el estudio de la sucursal, como desdoblamiento del establecimiento principal, destaca como notas típicas: la del desarrollo de una misma actividad empresarial, de carácter accesorio y con cierta autonomía. Principal tema tratado es el de la inscripción de la sucursal en el Registro Mercantil.

B) *Modificación, transformación y unión de empresas.*—Bajo esta triple distinción, el autor agrupa lo que podríamos llamar patología de la sociedad. La modificación tiene para el autor una concepción amplia, en la que caben una serie de supuestos de muy vario contenido. Si, en sentido estricto, la empresa sólo se modifica cuando cambia su estructura u organización, cuando sus elementos materiales o personales son reemplazados por otros y cuando el negocio en que la empresa consiste se transforma en otro distinto, en un sentido más amplio hay que contemplar bajo esa rúbrica dos fenómenos inversos y paralelos: de un lado, el crecimiento de la empresa, que da lugar a su escisión o desdoblamiento, y de otro, la unión de la empresa con otras.

En materia de requisitos de modificación destaca la postura que el autor mantiene en contra de la dicción del artículo 84 de la LSA, considerando que el último requisito de la escritura y de la inscripción en el Registro Mercantil no afecta para nada a la validez del acuerdo. Da tres razones en apoyo de su tesis y soluciona el problema con la aplicación del artículo 24 del Código de Comercio.

Especialmente se van estudiando los supuestos de modificación (denominación, domicilio, objeto, duración, aumentos de capital, reducción, beneficios, administración) en las sociedades colectivas, comanditarias y comanditarias por acciones, para luego en dos temas referidos a la anónima: la modificación de estatutos y el aumento y reducción del capital social, que prácticamente también se estudian en relación con la de responsabilidad limitada.

Tres últimos temas ocupan otros tantos capítulos y sirven para des-

arrollar los conceptos, requisitos y efectos de la transformación de la sociedad, la unión de empresas y la fusión de sociedades. La transformación en la legalidad vigente no determina en ningún caso la sucesión universal en el patrimonio de la sociedad transformada. No se plantean, por consiguiente, los problemas inherentes a la transferencia, aunque sea en bloque, del patrimonio de la sociedad que se transforma, sencillamente porque esa transferencia no tiene lugar. Por ello, la transformación es, en este orden de cosas, un fenómeno más sencillo que la fusión. Como punto interesante, desde el doctrinal, toca el problema de la transformación de una sociedad atípica en sociedad típica y bajo la forma de alguna de las reconocidas en nuestro sistema.

Bajo el título de unión de empresas y unión de sociedades se estudia un fenómeno común o genérico denominado unión de empresas, lo cual no puede predicarse en sentido inverso, ya que existen uniones de empresas que se consuman al margen de las formas societarias. Dentro de la variedad de supuestos ofrece los tres tipos siguientes: la de convenios que no afectan a la independencia jurídica y económica de la empresa; la que supone una independencia formal, perdiendo la económica, y la que supone una pérdida de la autonomía económica y la jurídica. Estudia en forma separada la estructura de los grupos de sociedades, los ententes y otras uniones de empresas, así como la legalidad vigente en orden a la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia.

La fusión de sociedades es estudiada y considerada como una institución jurídica, a través de la cual se lleva a cabo de forma perfecta y completa la concentración de empresas en su sentido más estricto, y se caracteriza porque las empresas que se concentran desaparecen como entidades jurídicas y económicas independientes para subsumirse en una sola empresa, que en adelante las comprende a todas. El estudio comprende los supuestos de fusión a la luz de la legalidad vigente, en materia de sociedades anónimas en su triple dimensión de naturaleza, requisitos y efectos, así como las fusiones reguladas por la Ley de 5 de diciembre de 1968 (sociedades de acción concertada o que hayan obtenido algún beneficio fiscal establecido por la legislación vigente sobre concentración de empresas) y las fusiones de sociedades no anónimas y fusiones mixtas.

C) *La extinción de la empresa.*—Tres grandes puntos comprenden la exposición de esta última parte del estudio amplio y concienzudo que hemos ido desglosando. En el primero de ellos se abordan unos problemas genéricos sobre la extinción y el derecho sucesorio. El autor, conocedor profundo de la materia sucesoria, plantea una serie de problemas en orden a la adjudicación de la empresa, el legado de la misma, la responsabilidad por deudas, etc. Igualmente plantea algún problema en orden a la transmisión de acciones y participaciones sociales.

En el segundo punto se centra el examen de las causas de disolución y consiguiente liquidación de las diferentes clases de sociedades, para luego, en el tercero, detenerse en el examen de los diferentes efectos que la disolución produce: la liquidación de la sociedad, la cesión global del activo y del pasivo y la rescisión parcial de la sociedad. Especial atención merece el supuesto que se examina por el autor con cierto detenimiento sobre el reparto prematuro del activo entre los socios sin previo pago de los acreedores sociales, lo que debe llevar en las sociedades anónimas a una anulación de las adjudicaciones y la consiguiente reconstitución del activo. En las sociedades colectivas y comanditarias, la liquidación prematura determina el vencimiento de los créditos a plazo, de forma que los acreedores podrán dirigir sus acciones contra los socios.

MARTÍN BLANCO, JOSÉ: *Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica*. Ministerio de la Vivienda. Servicio Central de Publicaciones. 1973.

La urbanización privada es la respuesta crítica a un concepto y organización actuales de la ciudad que no brinda al hombre posibilidades plenamente satisfactorias. No es, por tanto, si se indagan sus motivaciones profundas, una manifestación más del «consumismo» de nuestra época, sino, como dice MARTÍN BLANCO, expresión de un deseo humano, de una necesidad colectiva, sentida cada vez más intensamente, de superar los defectos de la vida urbana en las grandes concentraciones.

La realidad socio-económica y urbanística de estas urbanizaciones privadas o particulares ofrece sustancialmente dos vertientes: a) La cuestión económica y técnica de su inserción comunitaria y administrativa en el término municipal, con su debido encaje en la vida y organización local. b) La relativa a la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se establecen en la copropiedad, administración, uso y conservación de los elementos privativos y comunes que integran la urbanización.

El profesor MARTÍN BLANCO, después de señalar que el tema jurídico de la urbanización privada es una de las pruebas concluyentes de la existencia de un Derecho urbanístico especial, en el límite de la distinción del Derecho público y privado, propone en su tratamiento una apertura mental libre de prejuicios jurídico-públicos y justiprivatistas.

A continuación aborda con especial brillantez la cuestión metodológica, centrada en la valoración previa de los intereses en juego (1). Este método de la jurisprudencia de valoración, sostenido básicamente por COING, WESTERMAN, LARENZ y ESSER en la moderna doctrina alemana, constituye una actualización del método de la jurisprudencia de intereses.

Señala MARTÍN BLANCO que una adecuada valoración de los intereses en juego, unida a la que debe ser norma o principio de toda elaboración jurídica—la naturaleza de las cosas—, conduce a una configuración real y formal de la urbanización como algo, en efecto, privado o particular (especialidad que se infiere, por otro lado, del art. 41, apartado 2, de la Ley del Suelo), y que si bien, por su organización interna, sus medios de financiación y su fin, discurre por cauces y formas del Derecho privado, su existencia está ligada a un evidente interés general, cuya necesaria protección se manifiesta en la aprobación por la Administración del plan de ordenación de la urbanización y control del exacto cumplimiento del mismo y de los compromisos contraídos.

El profesor MARTÍN BLANCO, en la primera parte de su obra, se plantea el problema de la diferenciación de la urbanización privada de otras figuras legales. Así, y en relación con los PLANES DE URBANISMO EJECUTADOS por los PARTICULARES, afirma que mientras aquella figura —la de la urbanización privada— y su normativa legal constituyen un supuesto específico y concreto de un planeamiento particular *ab initio* y de una ejecución privada del plan con modalidades y condiciones propuestas por la iniciativa, éstos implican un supuesto general de ejecución de toda clase de planeamiento, generalmente del de iniciativa municipal, en el que la gestión pública en la obra urbanizadora se sustituye por la privada y en la que se da entrada a las distintas posibilidades y entes que se regulan en los artículos 137, 138 y 139 de la Ley del Suelo. En

(1) A la cuestión metodológica en el Derecho urbanístico se había referido ya MARTÍN BLANCO en su trabajo "Legislación urbanística y Derecho privado", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, y posteriormente en el libro *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, 2.ª edición, Madrid, 1968.

consecuencia, en las urbanizaciones privadas no hay división poligonal en sentido legal, ni declaración de prioridades ni de interés inmediato por parte del Ayuntamiento, ni son aplicables la regulación de los sistemas de actuación de la Ley del Suelo ni otros preceptos de la misma que contienen medidas cautelares previas del planeamiento urbanístico o de apoyo o complemento del mismo.

Después examina la diferencia existente entre las ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS, del Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966, y las urbanizaciones privadas, en las que las operaciones divisorias de terrenos y de acomodación del suelo a las previsiones de su plan de ordenación no constituye una verdadera reparcelación, entre otras razones, por la de que hay una propiedad única en la urbanización privada, bien por la existencia de una única titularidad promotora o por la de una cotitularidad de propiedades que juega como propiedad única del suelo.

Distingue el autor la figura estudiada de las URBANIZACIONES en CENTROS O ZONAS DE INTERES TURISTICO, por cuanto éstas se hallan incluidas dentro de un plan de ordenación del centro o zona cuyo plan de conjunto se declara de interés turístico.

Finalmente, pasa revista a la diferencia entre urbanizaciones privadas y CONJUNTOS RESIDENCIALES promovidos por la Administración a través de sus organismos, tales como el Instituto Nacional de Urbanización, Instituto Nacional de la Vivienda o de las Corporaciones Locales, y que obedecen a una iniciativa pública, llevándose a cabo bajo dirección y control públicos y financiándose con fondos públicos.

En una segunda parte, el profesor MARTÍN BLANCO realiza la configuración de la urbanización privada construyéndola sobre los siguientes elementos:

1.º Una propiedad única total o una copropiedad voluntaria del suelo en forma de cotitularidad permitida por las leyes y una iniciativa privada o particular en la promoción y redacción del plan.

2.º La aprobación del plan de ordenación, específico y propio por la Administración.

La aprobación del plan marca el momento decisivo en la vida jurídica de la urbanización privada, porque es cuando ésta nace al Derecho. Es aquí donde desempeña de modo insoslayable, con todas sus consecuencias, el principio del planeamiento urbanístico consagrado por la ley, su fuerza legitimadora y su valor, como fuente de derecho y obligaciones.

Precisa el autor que en base no sólo al artículo 32 de la Ley del Suelo, sino especialmente, además, para los supuestos del planeamiento de iniciativa particular, en base al apartado 3.º del artículo 42 de la misma, la conveniencia, el interés, la oportunidad y la significación económica y social que para la comunidad puede representar una urbanización particular son circunstancias que la Administración valora discrecionalmente al aprobar o no definitivamente el plan. Ante el conocido problema de si el plan de ordenación de la urbanización puede formularse y aprobarse aun cuando no exista plan general de ordenación, MARTÍN BLANCO toma partido en el sentido de pronunciarse por la validez de los planes parciales aprobados sin existir el previo plan general, según resulta de una interpretación lógica de los artículos 9 y 10 de la Ley del Suelo y porque en ésta no hay un precepto que ordene tal prelación. Confirma esta tesis reiterada y reciente jurisprudencia.

Al analizar, a continuación, los diversos apartados del artículo 41 de la Ley del Suelo señala cómo se contiene en ellos el cauce formal y documental dentro del que han de encerrarse las condiciones, compromisos,

garantías y bases que regirán la ejecución de las obras de urbanización y su futura conservación.

Por lo que se refiere a las condiciones, compromisos y bases, es objeto de una particular atención lo tocante a la naturaleza jurídica del acto de que dimanen tales vínculos obligacionales y que en el libro se califican como «negocio jurídico administrativo bilateral» integrado por un contenido objetivo—las disposiciones de la Ley del Suelo—y un contenido subjetivo—las declaraciones de voluntad del urbanizador promotor, por un lado, y del Ayuntamiento, por otro—. La organización y gobierno de la urbanización, el contenido de los derechos y obligaciones de cada uno de los propietarios o titulares de derechos v. en fin, toda la dinámica y estática patrimonial de la urbanización privada llevan a la conclusión de que ésta implica un verdadero convenio urbanístico.

Esta construcción del urbanismo convencional se ajusta en verdad a la más actual línea dogmática del Derecho urbanístico europeo, línea por la que en la legislación española se ha dado un paso decisivo mediante el llamado «urbanismo concertado», consagrado en la Ley del III Plan de Desarrollo, aplicado para Madrid por Decreto de 1972 y regulado detalladamente por el proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Suelo a través de un nuevo instrumento de planificación llamado «Proyecto de Actuación Urbanística».

Respecto a la posibilidad legal de existencia de calles, espacios y elementos comunes de propiedad y uso privados dentro de la urbanización privada mantiene su criterio afirmativo, contenido en su libro *Dictámenes y estudios en Derecho urbanístico*, y que fundamenta en razonamientos legales, jurisprudenciales y de praxis administrativa.

En la polémica materia de la cesión y conservación de calles y servicios de la urbanización apunta las posibles variantes para resolver una cuestión cuya solución, a su juicio, debería establecerse legislativamente de modo expreso y con carácter general y que ha de venir predeterminada por la valoración de una serie de circunstancias económicas, teóricas, de servicios, de organización y medios, de equilibrio de población entre la urbanización y el Ayuntamiento y, en fin, de comparación de niveles de renta entre una y otra población.

3.º La división del terreno en varios lotes o parcelas es el tercero de los elementos sobre los que configura MARTÍN BLANCO la construcción de la urbanización privada. Apunta que la obligación impuesta a los Notarios y Registradores, por los artículos 78 y 79 de la Ley del Suelo, de hacer constar en la descripción de las fincas, en su caso, la cualidad de «indivisibles» y de exigir para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia, que deberá testimoniarse, si bien puede presentar ciertas dificultades prácticas tratándose de un plan general de ordenación urbana municipal u otro de amplio ámbito, no tiene por qué tenerlas respecto de las urbanizaciones privadas, en las que existe: un plan preciso detallado, unas normas claras unidas al propio plan, una planimetría correcta y ajustada *ex novo* a la ordenación, una descripción detallada y real de las parcelas y, en definitiva, una muy detallada configuración física, urbanística, formal, de la verdadera realidad jurídica, que obviaría las discrepancias entre realidad extrarregistral y registral.

4.º La organización jurídica de las relaciones internas de la urbanización privada, de los propietarios de parcelas entre sí y los terceros y respecto de la Administración.

El autor del libro pone de manifiesto los esfuerzos de los profesionales del Derecho para explicar la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes que aquélla entraña y dotarla de una regulación positiva de figuras más o menos afines. Así, señala como más representativas: la tesis

de la PROPIEDAD HORIZONTAL, cuyos elementos no están superpuestos, sino que son colaterales, de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE; la de la PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA, elaborada por SAPENA TOMÁS y recogida en el Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en 1972; la tesis de la PROPIEDAD HORIZONTAL aplicada conjuntamente con la teoría legal de las SERVIDUMBRES, definida por MENGOLI y RODELLA y matizada, porque más que de servidumbres, gravámenes, limitaciones u obligaciones debe hablarse de obligaciones *propter rem* y porque la administración de las cosas comunes puede inspirarse en los conceptos que informan la administración del condominio; la tesis de la SOCIEDAD DE PROPIEDAD O PROPIEDADES, de HEBRAUD y LOMBOIS; la que configura la urbanización privada como ASOCIACION, recogida en la circular del Ministerio de la Gobernación de 28 de junio de 1965 sobre «régimen de las unidades residenciales de temporada»; la que aplica por analogía la regulación de las COMUNIDADES de AGUAS, del artículo 71 del Reglamento Hipotecario, apuntada por CHICO ORTIZ, y, finalmente, la tesis de la doctrina y legislación francesas de la ASOCIACION SINDICAL de COPROPIETARIOS o de la legislación urbanística italiana del CONSORCIO o CONSORCIOS de POLIGONOS DE EDIFICACION.

Pues bien, sin analizar críticamente y con detalle todas estas posturas, MARTÍN BLANCO sienta tres consideraciones muy importantes.

La primera, la de que la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal y su régimen legal vigente no son suficientemente pacíficos y claros como para aplicarlos sin más por analogía a la urbanización privada.

La segunda apunta a las diferencias que existen entre esta figura y la propiedad horizontal, en cuanto a su origen, contenido, objeto, destino y régimen.

La tercera, y a nuestro juicio fundamental, es que cada vez se acusa más la tendencia superadora de la distinción entre servidumbres, limitaciones, cargas u obligaciones, para establecer en su lugar la categoría única de las CARGAS URBANÍSTICAS, con transcendencia real y eficacia *erga omnes*.

A continuación aborda en un análisis minucioso, que someramente esbozamos, las posibles líneas generales de la organización de las relaciones jurídico-privadas de la urbanización privada en una regulación *ad futuram* y, por tanto, de *lege ferenda*, entre cuyas normas más importantes se hallarían las relativas a los siguientes aspectos: planeamiento urbano, específico, de estas urbanizaciones; dotaciones mínimas obligatorias de servicios, instalaciones, etc.; cesión o no de terrenos y de los servicios de la urbanización a favor de la Administración; tipificación de las infracciones urbanísticas; declaración de la naturaleza y carácter siempre comunes de los elementos, instalaciones o zonas recreativas, deportivas y culturales no esenciales o necesarios; derogación del principio de unanimidad y su sustitución por el de la mayoría; otorgamiento obligatorio de escritura pública de constitución de la urbanización; configuración unitaria de las «cargas urbanísticas»; exigencia del Estatuto de la urbanización, como documento de contenido normativo obligatorio, que deberá ser inscrito en su integridad en el Registro de la Propiedad; adecuación de los principios y normas registrales a los efectos de constatar con criterios de actualidad y funcionalidad las situaciones jurídicas y de hecho producidas en la urbanización; garantías a exigir al promotor o vendedor de parcelas enajenadas antes de ser urbanizadas o en proceso de urbanización o cuando la urbanización se lleve a cabo por fases sucesivas y, finalmente, regulación actualizada de la fiscalidad de las urbanizaciones privadas. Siguiendo después el esquema de los trabajos pre-

legislativos que se llevan a cabo en el Ministerio de la Vivienda, concreta su estudio a los siguientes puntos:

I) *Régimen de propiedad y uso*.—La coexistencia de propiedades ordinarias u horizontales y un régimen de condominio junto a propiedades privativas plantea una serie de problemas que exigen un tratamiento específico y distinto del de la clásica distribución de edificios en pisos o locales en régimen de propiedad horizontal. Señala el autor la necesidad de aclarar la situación jurídica de titularidad dominical y de uso de los elementos y servicios comunes de toda urbanización «no esenciales», tales como instalaciones deportivas, recreativas, comerciales, etc., mostrándose partidario de unificar el régimen de estos elementos en el sentido de establecer que sean de propiedad y uso comunes y queden sometidos al mismo régimen de los elementos comunes esenciales, sin que pueda retenerse sobre los mismos propiedad o uso exclusivo de una o varias personas.

II) *Conservación y mantenimiento de los elementos comunes de la urbanización*.—Recogemos, por su importancia, la medida de garantía establecida para asegurar el pago de deudas derivadas de los gastos comunes, consistente en que tales deudas graven con carga real la propiedad de la parcela.

III) *El Estatuto de la urbanización*.—Este es el documento de contenido normativo que ha de regir la vida de la urbanización. Deberá someterse a aprobación con el mismo plan de ordenación de la urbanización. La modificación exigirá el acuerdo de los propietarios adoptado por mayoría (siquiera ésta sea cualificada al precisarse el acuerdo de las dos terceras partes de los propietarios y de las cuotas por ellos representadas) y la necesaria ratificación, en su caso, por el órgano competente para la aprobación del plan. El Estatuto fijará los derechos, obligaciones y limitaciones—cargas urbanísticas—objeto de las relaciones jurídicas mantenidas por los propietarios entre sí, con los promotores, con terceros y con la Administración. En defensa de la estabilidad y seguridad jurídicas se dota al Estatuto de plenos efectos respecto de terceros mediante su íntegra publicidad registral. De idéntica publicidad gozará la modificación del mismo a que antes nos referíamos.

IV) *De la asociación de propietarios de la urbanización y de sus órganos*.—Personifica la superestructura o copropiedad total, que habrá de articularse en una serie de órganos, tales como la junta o asamblea general, la comisión o junta gestora y el presidente, que lo será de ésta y de aquélla. MARTÍN BLANCO se muestra contrario a calificarla como «asociación administrativa de propietarios», apellidado, a su juicio, previsto por la legislación vigente para otros supuestos distintos.

V) *La protección, seguridad y publicidad del tráfico jurídico inmobiliario en las urbanizaciones privadas*.—Se articula en los trabajos prelegislativos en base a los siguientes puntos: a) Forma documental pública en la constitución de la urbanización, que se inscribirá en su totalidad como una sola finca «funcional» u «orgánica» en el Registro de la Propiedad. b) La misma constancia registral para las enajenaciones de parcelas y demás inmuebles de las urbanizaciones. c) Acciones de protección y defensa basadas en una triple clase de acciones: 1.ª La derivada del artículo 50 de la Ley del Suelo. 2.ª La acción redhibitoria por defectos en la instalación y funcionamiento de los servicios comunes. 3.ª La acción ejercitable por aplicación general del artículo 1.591 del Código civil. d) La

ESTABILIDAD del régimen jurídico de la urbanización, que abarca la necesaria subrogación de los adquirentes y subadquirentes de parcelas e inmuebles en los compromisos y obligaciones asumidos por el transmitente en orden a la urbanización misma; asunción de las responsabilidades dimanantes de las obligaciones contraídas por el causante frente a la asociación, y la imposibilidad de alterar el destino urbanístico de las parcelas, instalaciones y edificios mientras no se obtenga la modificación o revisión del plan a través de la tramitación legal procedente.

5.º En el último apartado de esta segunda parte, el profesor MARTÍN BLANCO examina detalladamente el núcleo urbano resultante de la urbanización, que con sus características peculiares ya examinadas integra una comunidad de vida con órganos rectores propios y la problemática de su inserción en el contexto administrativo del territorio y organización municipales, aspecto este último cuyos perfiles son dibujados con precisión en el proyecto de Ley de Bases de Régimen Local.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

SANTOS, V.: *El contrato bancario. Concepto funcional*. Bilbao, 1972. 282 págs.

Formalmente, el libro que reseñamos tiene su origen próximo en una tesis doctoral (se le concedió la calificación de sobresaliente *cum laude*). Las remisiones y citas doctrinales, obligadas por la propia naturaleza del trabajo, no llegan a ser farragosas, sino, muy al contrario, interesantes y bien seleccionadas. La ciencia mercantilista italiana es recogida desde su más alto nivel doctrinal (también la española; la cuestión está en que nuestra literatura jurídica en materia bancaria es asaz escasa, por no decir paupérrima) y contrastada con un amplio estudio del Derecho positivo español. A todas luces es laudable esta monografía, que enfocada desde una plataforma dogmática consigue esclarecer, sin concesiones a los bizantinos, arduos problemas de la práctica.

¿Qué caracteriza a las operaciones bancarias (contratos bancarios en sentido estricto) para que tengan un tratamiento normativo especial y distinto? Si la función de las conceptualizaciones jurídicas están dirigidas a «explicar en su íntima teleología y razón de ser las normas y sus efectos» (conclusión que el autor deduce del libro de K. LARENZ: *Metodología de la ciencia del Derecho*) habrá que acudir al complejo regulador, en su acepción más amplia, para contestar a este interrogante. Y según éste, la nota tipificadora de estas operaciones no está en la intervención en las mismas de un Banco (tesis subjetiva) ni exclusivamente en la realización de contratos de interposición en el crédito (tesis objetiva), sino que precisando y combinando una y otra tesis hay que concluir que la operación bancaria es un negocio integrado en la *función* de intermediación en el crédito indirecto (quid de esta función: «En el estado actual del desarrollo histórico de la actividad bancaria se trata de la función de intermediación en el crédito indirecto e incluso, considerados los Bancos encuadrados en el sistema bancario, de transformación y de creación de créditos»). Desde esta perspectiva queda claro que las operaciones esenciales o específicamente bancarias son las llamadas tradicionalmente operaciones principales o fundamentales (dar crédito con el crédito recibido). Las operaciones accesorias (depósito de valores, operaciones de caja, etc.) no se ahorman en la estricta actividad bancaria;

en consecuencia, no pueden llamarse, en puridad conceptual, verdaderos contratos bancarios.

Al ser la función intermediadora en el crédito el rasgo esencial de la especialidad normativa dirigida a los Bancos, efectuará operaciones bancarias quien actúe en dicha función: Cajas de Ahorros, Cooperativas de Crédito, etc.; e incluso, al margen de su problemática administrativa penal, los llamados Bancos de hecho (personas físicas o jurídicas no inscritas como Bancos en el correspondiente Registro), sin que su actividad pueda considerarse nula frente a los terceros contratantes (efectos de las leyes «menos que perfectas» en el Derecho romano hasta la novela de Teodosio II y Valentiniano III, que declara la ineficacia de derecho de los actos contrarios a cualquier tipo de ley). También, como consecuencia de este requisito funcional, la distinción de los contratos bancarios que tiene un especial relieve es aquella que distingue entre operaciones activas y pasivas, pero siempre que éstas sean entendidas como contratos recíprocamente vinculados y condicionados entre sí; vinculación o nexo que se refleja «en ciertas formulaciones fundamentales del Derecho bancario positivo, en la ordenación jurídica de la liquidez bancaria, en la posibilidad de justificar por esa conexión ciertas particularidades y efectos de los contratos bancarios (en especial, la facultad del Banco de revocar el crédito antes del vencimiento del plazo) y en la configuración del concepto de actividad bancaria *sensu strictu*, no teniendo carácter bancario la actividad que consiste sólo en recoger créditos o concederlos». Hasta aquí las conclusiones más importantes contenidas en la obra, según creemos. Las dudas que su lectura nos ha provocado son las siguientes:

1) Efectivamente, ¿puede hablarse de una particular especie jurídica de contrato por el hecho de que éste se instrumentalice en la actividad de intermediación en el crédito indirecto? El autor acude a una supuesta especialidad normativa, ¿está tan claro este complejo normativo en el Derecho privado mercantil?

2) La expresión «créditos», reiterativamente utilizada por los mercantilistas, indudablemente no puede significar el lado activo de la obligación (significación jurídica), sino que hay que considerarlo más bien en un sentido económico jurídico, nos dice el autor. Pero ¿cuál es éste? Ni GRECO, citado por SANTOS, ni el amplio estudio de SIMONETTO en su prometedor libro *Los contratos de crédito*, contestan a esta pregunta. Hubiera sido iluminador precisar este concepto, aunque fuera en el discutible sentido dado por la doctrina tudesca (subespecie o derivación del préstamo mutuo).

3) La liquidez bancaria no creo que esté pensada desde el ángulo de protección a los depositantes (esta protección se resuelve mediante acuerdos interbancarios), sino como medida impuesta por el Estado con el fin de dirigir el control monetario.

4) La revocación hipotética que el Banco se reserva de los créditos concedidos antes del vencimiento del plazo no es admisible, según dispone el Código civil, aplicable al Derecho mercantil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código citado.

5) Para explicar, en el contrato de descuento, la facultad del descontador, que no tiene por qué ser necesariamente un Banco, de dirigirse contra el descuentatario si el crédito descontado no es satisfecho por el deudor cedido, no hay que acudir a la íntima conexión entre operaciones activa y pasiva, sino al artículo 1.170 del Código civil.

Abiertas e independientemente de estas interrogantes, queda esta obra, como un empeño conseguido de estudiar jurídicamente una de las cuestiones más definitivas e importantes del Derecho mercantil bancario.

SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, RICARDO: *El carácter accesorio del Derecho de hipoteca*. Ensayo sobre la autonomía estructural y funcional de la hipoteca. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1968.

El autor de este ensayo es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y pertenece al «grupo» que contribuye con su ciencia a ir nutriendo de cuestiones jurídicas a las publicaciones de la Facultad de Derecho de Venezuela en su sección de estudios jurídicos. La obra, además, viene ya avalada por el galardón que le fue concedido en el año 1967. Leemos en sus primeras páginas que dicho trabajo recibe, junto con otra obra, el galardón consistente en el Premio del Ministerio de Justicia de la República de Venezuela para la mejor obra jurídica correspondiente al año 1967. La otra obra que participa en el premio y que comparte el mismo con la recensionada es la que se titula *Estudio analítico de la Ley de Trabajo venezolana*, de la que es autor RAFAEL ALONSO GUZMÁN. Formaban el jurado que atribuye los premios los doctores JOSÉ AGUSTÍN MÉNDEZ, ANGEL CRISTÓBAL MONTES y GUSTAVO PLANCHART MANRIQUE.

Las razones de que llegue a nosotros con tanto retraso están motivadas por distancias a recorrer, diligencias en las distribuciones y oportunidades en las adquisiciones. No obstante, creo que es obra en la que el paso del tiempo no pone límites. Se juega en ella con un tema abstracto, dialéctico y doctrinal y eso asegura permanencias y citas de la posteridad.

No sé si el tema es de actualidad, pero lo que sí puedo asegurar es que al abrir la ventana de la realidad para que mis conocimientos teóricos comenzasen a caminar por los senderos de mi vida jurídica tenía impresa la famosa frase de nuestro más claro hipotecarista—LA RICA—, que hablaba del momento de crisis por el que atravesaba el dogma de la accesoriedad de la hipoteca contemplando algunos tipos de la misma en el que se desmentía. Luego he ido a Grecia y allí he comprobado que algo de lo que nuestro Código civil no resulta exacto en ese país. El artículo 377 del Código civil dice en su segundo párrafo que: «En la pintura y escultura... se considerará *accesoria* la tabla, el metal, la *piedra*...» Reputar en Grecia *accesoria* la *piedra* resulta casi una herejía. La «ruta de la piedra» con las huellas de las pisadas de SÓCRATES marca caminos principales y sólo admitiendo que los ingleses tienen en sus museos lo mejor de aquella civilización podría aceptarse esta accesoriedad de trato de nuestro Código civil...

Pues bien, aquí, en este estudio monográfico, lo que se discute es si la hipoteca—derecho que sólo surge a la vida jurídica a través de la inscripción registral—tiene o no un carácter accesorio frente al crédito que garantiza. La tesis del autor, sin perjuicio de que luego la desmenuemos, es la de que la hipoteca es un derecho con entidad propia y que sólo tiene un carácter accesorio en cuanto a su finalidad.

Para el desarrollo de estos puntos—que nos llevan un poco a las citadas piedras de Grecia—el autor divide la materia en tres partes: la primera es la introductiva del problema y, sobre todo, de la exposición de la garantía hipotecaria en su conjunto; la segunda centra el tema de la hipoteca como Derecho accesorio, y la tercera son los aspectos autónomos del Derecho de hipoteca. La obra lleva un índice sistemático de materias y una lista bibliográfica de autores empleados en el trabajo de investigación y consulta. Al pie de página aparecen las citas oportunas de los trabajos empleados.

Respetando la división establecida por el autor distingamos brevemente su contenido:

A) *La garantía hipotecaria.*—El autor—con razones jurídicas de precisión—considera que para aclarar al máximo cuál sea el grado de dependencia de la hipoteca con respecto al crédito cree conveniente fijar la naturaleza del Derecho de hipoteca. Para lograr sus propósitos utiliza cuatro vías, consistentes en la teoría clásica, la procesalista, la defendida por ROCA y el criterio propio del autor.

En la teoría clásica sigue a MAZEAUD, quien después de definir la hipoteca sitúa como caracteres reales de la misma el derecho de persecución y el de preferencia. Con ello—dice el autor—asocian de este modo, estrecha e indisolublemente, los efectos de la hipoteca al cobro del crédito impagado. Hablan de preferencia en el cobro del crédito impagado. Y de persecución, como la facultad de embargar para cobrarse sobre el bien, sin importar quién lo posea. El autor discrepa de esta construcción y considera que ambos efectos, más que del Derecho de hipoteca, lo son del acreedor hipotecario, sin que esto equivalga ni signifique imputárselos al solo Derecho de hipoteca. El Derecho de hipoteca debe ser objeto de una caracterización propia y autónoma, sin confundir sus efectos específicos con los del crédito.

La teoría procesalista, influida por el relieve que la teoría clásica le ha asignado a la etapa de realización, le ha negado el carácter de derecho sustantivo a la hipoteca, pretendiendo que ésta pertenece por entero al campo de las instituciones procesales. Es—como diría ROCA—una modalidad de la acción ejecutiva derivada del acto de constitución de la hipoteca que se califica de embargo convencional anticipado. Cuando el acreedor hipotecario ejercita su acción, lo que hace valer es el Derecho de crédito más bien que el derecho real.

La posición de ROCA SASTRE—que contradice la teoría procesalista—es la de considerar a la hipoteca como vínculo que adscribe o destina el valor, en cambio del bien gravado, a la satisfacción o pago de un crédito desempeñando función de garantía. Y tal vinculación tiene sus inmediatas consecuencias: la de provocar la exclusión de todo tercero, sea éste un eventual adquirente de la cosa gravada o un acreedor del constituyente.

El autor sostiene en su teoría que la hipoteca es un derecho real de conservación, vinculación o reserva de valor económico de la cosa gravada en beneficio o provecho del titular de una obligación y para la eventualidad que ésta sea incumplida. Es decir, mantiene, bloquea o reserva el valor económico del bien dado en garantía desde su constitución hasta el instante en que sea preciso pagar el crédito garantizado con este valor. Pero la hipoteca sola y como tal no da ningún derecho para la ejecución de la garantía. Su contenido se agota en esta idea de reserva de valor. El derecho a extraer el valor de la cosa hipotecada sólo lo otorga el crédito hipotecario (en el caso de que el crédito haya sido incumplido).

Planteadas así las cosas en cuanto a la naturaleza jurídica, el autor pasa al problema central del trabajo.

B) *La hipoteca, derecho accesorio.*—Después de exponer la idea genérica de que por derechos accesorios debemos entender los que se encuentran subordinados, dependiendo en algún grado o faceta de otro derecho, y de que ningún autor llega a establecer reglas de evolución e interpretación de la dependencia que sean aplicables a todos los derechos accesorios, afirma que el derecho accesorio para ser tal debe guardar una cierta autonomía e independencia, que lo distingue y diferencia de su principal. Es la tesis de COVIELLO, que el autor resume: el derecho suce-

sorio para ser tal y no un atributo agregado a un derecho principal requiere, pues, una esfera de propia existencia.

El autor mantiene la tesis de que es imposible y casi utópico el intentar cualquier ensayo dirigido a fijar y determinar de manera global y unitaria la quintaesencia y rigurosa extensión de la subordinación que caracteriza los derechos accesorios y, por ello, va examinando en estudios particulares algunos de los derechos que estructuralmente pueden ser considerados como accesorios: la fianza y la prenda.

Superadas estas primeras etapas centra el tema y expone con sistemática las diferentes teorías sobre el carácter accesorio de la hipoteca, que sustancialmente se reducen a las siguientes:

- *La hipoteca no es sino una cualidad del crédito.*—Hay quien considera a la hipoteca tan unida y avasallada por el crédito, que le niega el carácter de Derecho, haciéndola, por tanto, un mero atributo de éste.
- *La teoría clásica.*—Esta teoría parte de la base de que la hipoteca es un derecho y no una cualidad. Al postular que es un derecho, obviamente, hay que concluir que es distinto del principal, y esta doctrina llega hasta los extremos más avanzados considerándolo como un derecho accesorio de una obligación determinada. Para el autor son varios los aciertos de esta teoría, pero también existen defectos. El gran acierto es configurar a la hipoteca como derecho real. Los defectos son los de incurrir en el error de ubicar a la hipoteca en la sola fase de realización o ejecución de la garantía y de tratar confundidos e indiscriminados efectos propios de la hipoteca, pero también efectos que sólo son imputables al crédito garantizado e impagado. Igualmente señala el error de la teoría clásica de tomar la hipoteca por su «contenido» y reducir al derecho de embargar, vender y cobrar preferencialmente el mismo.
- *La hipoteca independiente.*—Las conclusiones del autor en este punto son las de considerar a este instituto como una hipoteca anexa a un crédito abstracto, que tiene, por tanto, al igual que cualquier otra hipoteca, la misión de garantizar y asegurar el cumplimiento del crédito. Su finalidad accesorio permanece intacta e invariable en el seno de este complejo instituto.
- *La tesis de LACAL.*—Su teoría conocida mantiene el principio de que la hipoteca es un derecho principal y no accesorio. La unión del débito y responsabilidad es sustancial y da nacimiento a un nuevo ser: el derecho real de hipoteca. La obligación personal así absorbida ha cambiado de naturaleza. La *obligatio personae* se ha convertido en *obligatio rei*.

Después de exponer estas teorías, el autor desarrolla lo que podríamos llamar su tesis personal, que ya anticipábamos al comienzo: la hipoteca es un derecho con entidad propia, accesorio tan sólo en cuanto a su finalidad. La hipoteca—dice su autor—no es una cualidad del crédito que simplemente lo refuerce, pero tampoco es un derecho real al estilo de la teoría clásica, sino un derecho real de vinculación del valor económico del bien que constituye su objeto y cuya función es servir de garantía al cumplimiento de una obligación dineraria. En virtud de tal tipificación, la hipoteca disfruta de entera individualidad, teniendo entidad y fisonomía propia e inconfundible con el derecho principal de obligación.

La opinión la defiende el autor con diversos argumentos, entre los cuales cabe citar el de que en ningún caso puede derivarse del crédito en favor de su titular un poder sobre un bien inmueble consistente en un mantenimiento y conservación de su valor. Esta facultad deriva exclu-

sivamente de un derecho real oponible *erga omnes*, que tampoco puede basarse en un crédito de carácter relativo. Entre las manifestaciones de la autonomía de la hipoteca cita la de la creación o constitución de hipoteca en la que no se exige un crédito actual y en que la ley se limita a exigir la cualidad de propietario y la capacidad para enajenar; la extensión de la hipoteca, que exige su precisión, aunque el crédito no sea actual; los efectos de la hipoteca, que se reducen a bloquear y conservar un valor económico con independencia del crédito, etc.

La idea de autonomía, sin embargo, está frenada por la de accesoriidad en cuanto a su finalidad. El autor considera, de una parte, que la hipoteca en sí misma considerada no tiene utilidad económica propia, ya que su finalidad sólo existe en relación con el crédito u obligación principal. La dependencia «económica» da lugar a una consiguiente y consecuente dependencia «jurídica» al supeditar la vida de la hipoteca al crédito al cual sirve.

C) *Aspectos de la autonomía del Derecho de hipoteca.*—El autor desarrolla en esta parte muchas de las ideas que ya ha expuesto en la anterior al precisar su tesis conceptual sobre la hipoteca, y así repite ahora que la hipoteca configura un derecho completo, que cuenta con estructura propia, bastando su finalidad de garantizar una obligación para que pueda tener existencia, sin necesidad de unirse con el crédito en forma alguna.

En un primer capítulo precisa la autonomía de la hipoteca en la fase de constitución, pues puede surgir antes que el crédito nazca, durante su vida (distinguiendo el autor según la finca esté en manos del deudor constituyente o de un tercero), para luego concluir que la existencia de la hipoteca está, sin embargo, supeditada a poder servir a un crédito.

Un segundo capítulo está destinado al examen de los derechos de preferencia y persecución, así como del *ius distrahendi*, en contra de la opinión clásica. Para el autor, el *ius distrahendi* no nace del Derecho de hipoteca, sino del derecho de obligación o crédito, e igualmente los derechos al cobro preferencial y a la persecución en el cobro son efectos del crédito, que es el propio «cobro». La conclusión que se saca de ello es que la preferencia y la persecución son mecanismos defensivos de la vinculación, esencia de la hipoteca, y se producen, al igual que ésta, desde la constitución del derecho y prescindiendo del crédito. Conclusión que se va desglosando y desarrollando en el capítulo citado.

El tercer y último capítulo está destinado al examen de la autonomía del Derecho de hipoteca en el momento de su transmisión, presentando inicialmente las dos posturas antagónicas o, lo que es lo mismo, los que niegan en forma absoluta que la hipoteca pueda ser objeto de transmisión en forma separada del crédito y los que afirman tal posibilidad. El problema con el que se enfrenta es el de la posibilidad o no de trasladar la hipoteca constituida para garantizar un cierto y determinado crédito a favor de otro acreedor del mismo deudor, de tal manera que la hipoteca pase a garantizar perfectamente al nuevo crédito, independizándose totalmente del primero. El autor mantiene su posibilidad sujetándola a una serie de requisitos y circunstancias: que no suponga incremento de gravamen para el poseedor del inmueble hipotecado ni para otros titulares de derechos reales sobre el bien; que el cesionario sea acreedor del mismo deudor, cantidad y monto igual del crédito primitivamente garantizado y tiempo de vencimiento. Concluye su examen con los efectos.

SPANTIGATI, FEDERICO: *Manual de Derecho urbanístico*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1973.

La obra, de 450 páginas, va precedida de un prólogo firmado por el catedrático de Derecho administrativo RAMÓN MARTÍN MATEO, estando dividida en cuatro partes y subdivididas, a su vez, en capítulos.

En el prólogo se pone de relieve cómo la obra constituye uno de los escasos intentos conocidos de someter a una sistematización racional la normativa urbanística de un ordenamiento concreto. En efecto, según se destaca, el autor consigue con indudable acierto el presentar en forma clara, inteligible y sugestiva las líneas maestras de la regulación del urbanismo italiano partiendo de su entramado histórico institucional y de los principios políticos, jurisprudenciales y dogmáticos que hoy animan este cuerpo legal sectorial.

El autor, profesor de Derecho público en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, comienza su obra con la primera parte encuadrada genéricamente bajo la rúbrica de «los presupuestos». En el primer capítulo, de esta primera parte, trata de la situación de la disciplina urbanística, preguntándose por los motivos que atraen el interés de la disciplina urbanística por parte del jurista. A su juicio, los motivos de interés son tres: uno, de naturaleza práctica, por la importancia del tema desde el punto de vista privado, político y práctico-jurídico, y los otros dos, de naturaleza científica: uno, de carácter técnico-jurídico, y otro, de carácter científico-dogmático.

Sobre la base de los tres motivos de interés anticipa que el tratamiento que del Derecho urbanístico se hace en el libro sigue varias líneas o planos. En primer lugar, la exposición de las normas que en la actualidad regulan la materia y los problemas de *iure condendo* que deben ser resueltos. En el segundo plano se exponen las técnicas con que se actúa frente a un tema nuevo, lo que se relaciona con el segundo motivo de interés jurídico-práctico. En tercer lugar, la relevancia de los problemas puramente científicos en la vida práctica, lo que se relaciona con el motivo de interés científico dogmático.

A continuación estudia el planteamiento histórico del problema urbanístico, que comienza a considerarse en Italia con el principio del Estado italiano y de su ordenamiento jurídico, o sea, con la unificación. Este planteamiento histórico está referido a cuatro períodos: el primero, que se extiende desde 1865 a 1900; el segundo comprende desde los comienzos de 1900 hasta 1942; el tercero se extiende de 1942 a 1967, fecha esta última en la que se abre el cuarto período con la Ley puente de 1967, que establece limitaciones generales a la facultad de edificar y robustece el control por parte del Ministerio de Obras Públicas, y si bien es cierto que deja sin resolver ciertos problemas de solución muy difícil, también es verdad que se enfrenta y resuelve de modo decisivo otros problemas de importancia capital, siendo más adecuado llamar a este cuerpo legal Ley base o eje que Ley puente.

Tras hacer un enfoque histórico del problema urbanístico nos ofrece unos conceptos generales en el capítulo IV de la primera parte de su obra.

La parte segunda concierne a los planes urbanísticos. Su primer capítulo trata del plan regulador general y procedimiento de aprobación. Según dice, este tipo de plan es modelo ejemplar para los demás planes urbanísticos, porque constituye la modalidad de más alto interés práctico.

Las cuestiones planteadas en relación con el plan regulador general

las divide en dos grupos: el primero abarca las de carácter procedimental y comprende los problemas del procedimiento y el problema de la eficacia; el segundo abarca los problemas referidos al contenido y a la naturaleza del plan, tales como: función del plan; contenido propio del mismo; diversas categorías de destinatarios; efectos, haciendo distinción entre las diversas categorías de destinatarios; cuál sea su naturaleza como acto jurídico, acto normativo o acto administrativo.

Dentro también del plan regulador general trata, en capítulo aparte, del programa de edificación. La Ley Urbanística de 1942 dejaba a los Ayuntamientos en libertad para adoptar o no el plan regulador general, aunque estableciera en todo caso que los municipios debían tener un programa de edificación. El artículo 34 de la Ley de 1942 determinaba claramente el contenido del programa de edificación: límites de zonas, tipos de construcciones para cada zona, eventualmente las directrices para la expansión del núcleo urbano. El tema central en esta materia es el concerniente a la naturaleza del programa de edificación. A diferencia de la Ley de 1942, según la cual el programa formaba parte del Reglamento para la Construcción y tenía una naturaleza normativa, las modificaciones introducidas por la Ley de 1967 convierten al programa de edificación en un plan de urbanismo verdadero. En efecto—dice—, el programa es aprobado con el mismo procedimiento de los planes urbanísticos municipales; a él se aplican los mismos poderes de sustitución y de control de los planes y hace funcionar los mismos mecanismos frente a otras instituciones, como son los «standards» urbanísticos generales o las convenciones edilicias. Por su procedimiento, naturaleza y función, el plan es totalmente análogo a los planes urbanísticos municipales. Sus disposiciones no son ya—continúa afirmando—como resultaba de la Ley de 1942, normas del Reglamento para la Construcción que imponen limitaciones a los derechos privados, sino más bien prescripciones de un plan de urbanismo que predeterminan el contenido de los derechos.

Una vez establecido que el plan de edificación, igual que el plan regulador general, es un plan de urbanismo, se ocupa a continuación de las relaciones existentes entre ellos.

Los planes de urbanismo los agrupa en dos categorías: planes urbanos generales y planes urbanísticos especiales.

Los generales, a los que por naturaleza pertenece el plan regulador general, son los que sistematizan el territorio considerado en su conjunto y disciplinando todas sus zonas. Para su comodidad de exposición pueden, a su vez, distinguirse en otros dos grupos: planes de grado superior al plan regulador general y planes subordinados al mismo.

Del primero de los dos grupos últimamente indicados, esto es, de los planes de categoría superior al regulador general, se ocupa en el capítulo IV de la segunda parte de su obra. En él se incluyen el plan territorial de coordinación, el intermunicipal y el plan de distritos regionales. El de coordinación no ha sido jamás aplicado, hecho que ha tenido una importancia fundamental en la evolución de la disciplina urbanística, por lo que estudia la significación dentro de la disciplina urbanística de la falta de aplicación de este plan territorial.

En cuanto al plan intermunicipal estaba previsto por el artículo 12 de la Ley de Urbanismo de 1942. Este tipo de planes no tiene en realidad una entidad por sí propia, sino que constituye una subespecie del plan regulador general con un procedimiento especial en cuanto a la elaboración que precede a la adopción. En esencia, se trata siempre de un plan regulador general.

El plan de distritos regionales solamente existe en forma de propuesta en los proyectos de reforma y debe ser, según afirman los urbanistas,

no un plan de coordinación, sino un plan de intervención directa en el suelo.

Después de hablar de los planes de categoría superior al plan regulador general, trata de los planes subordinados al mismo. Dentro de ellos se refiere, en primer término, al plan particularizado, disciplinado por los artículos 13 al 17 de la Ley Urbanística de 1942 y por el artículo 5 de la Ley de 1967. En la Ley de 1942 estaba previsto dicho plan como un instrumento normal para la aplicación de lo indicado en el plan regulador general; hoy, por el contrario—afirma SPANTIGATT—, constituye uno de los numerosos instrumentos utilizados para disciplinar el suelo, subordinado siempre al plan general. De un instrumento normal situado en el último grado para la disciplina del suelo, se ha convertido en un instrumento indirecto de presión para obtener, gracias a otros instrumentos, la regulación del territorio. Su misión—dice el autor—, bien sea utilizado como instrumento directo, bien como instrumento indirecto de presión, es la de sistematizar detalladamente el suelo.

Encontrada igualmente dentro de los planes subordinados al plan regulador general está la convención edilicia, tratada en el capítulo VI de la segunda parte de la obra; regulada en el artículo 8 y el párrafo 4.º del artículo 10 de la Ley de 1967, además del párrafo último del artículo 28 de la de 1942; junto con la circular de aplicación de la Ley de 1967, de 2 de octubre del mismo año.

Las convenciones edilicias tenían, desde el punto de vista objetivo, la característica de favorecer a los grandes propietarios, en particular a las sociedades inmobiliarias, que por sus capacidades técnicas y financieras podrían preparar proyectos de urbanización para sus terrenos propios. También, desde el mismo punto de vista, dichas convenciones eran instrumento eficaz, único elaborado por el ordenamiento, para obtener la regulación sistematizada del suelo y consentían la participación de los interesados, por lo que—continúa afirmando—potencialmente también participaba la colectividad en la elaboración de la disciplina que afectaba a sus propios intereses.

Con relación a las citadas convenciones edilicias trata de una serie de puntos, tales como: condiciones para su aplicación, sujetos que intervienen en el procedimiento de aprobación de la convención edilicia, etc. Según el esquema conceptual de la Ley de 1967 existen—dice el autor—dos actos en el procedimiento para la emanación de la convención edilicia: 1) un plan de división en parcelas, con referencia al cual el Ayuntamiento interviene con una autorización que tiene valor de presupuesto de la licencia de obras; 2) un contrato entre el municipio y el particular (convención), que regula las relaciones patrimoniales entre ellos y constituye, a su vez, el presupuesto de la autorización.

Por tanto, a su juicio, existirían dos procedimientos distintos, aunque paralelos y simultáneos: uno, para la autorización, y otro, para la convención, y también existirían dos actos finales en los procedimientos: una autorización y un contrato (convención).

A esta construcción se le han opuesto muchas críticas, que SPANTIGATT recoge a lo largo de su obra.

Posteriormente examina las relaciones entre la convención edilicia y los demás instrumentos de la disciplina urbanística. Concretamente estudia: a) relaciones entre la convención edilicia y los planes de urbanismo; b) relaciones entre la convención edilicia y los derechos de los particulares, y c) relaciones entre la convención edilicia y la licencia de obras.

Concluye afirmando que la convención edilicia es en realidad un plan particularizado, un acto de autoridad referido a la disciplina particulari-

zada del suelo, para terminar con el examen de la serie numerosa de problemas que concernientes a la materia se plantean.

El capítulo VII o último de la segunda parte de su obra está dedicado a los planes urbanísticos especiales.

Comienza con el estudio de plan de zona industrial y se plantea el problema central, en esta materia, de la interpretación de esta institución: ¿se trata de plan territorial de coordinación o de algo distinto? La cuestión es importante, ya que—como dice—si se trata de un plan territorial de coordinación, aunque con algunas modificaciones en cuanto al procedimiento y a otros aspectos, no nos enfrentamos con una institución nueva, por el contrario, la otra alternativa sería válida si nos halláramos frente a una nueva categoría de planes urbanísticos. La respuesta que da a esta cuestión es la de que el plan de zona industrial es una cosa distinta no sólo frente al plan territorial de coordinación, sino, como categoría, frente a todos los demás planes de urbanismo que hasta aquí ha considerado. Expone las razones justificativas de su afirmación y las varias consecuencias importantes que de ello derivan.

Otro tipo de plan urbanístico especial es el de las zonas destinadas a viviendas económicas y populares, previsto por la Ley de 1962, cuyas disposiciones tienden a facilitar la adquisición de áreas edificables a ser destinadas a viviendas del tipo señalado.

Se ocupa de las características de este plan urbanístico especial a través de una serie de puntos concretos, como son: obligatoriedad, extensión, contenido, procedimiento de aprobación, aprobación, efectos, etc.

Otro plan urbanístico especial que también toca es el territorial paisajístico, regulado por la Ley de 1939, para la protección de las bellezas naturales, que viene a constituir un precedente de la de Urbanismo. El procedimiento de aprobación de este plan se divide en teoría, aunque no siempre en la práctica—nos dice el autor—, en dos partes: una fase de enumeración de los bienes que tengan un interés específico dentro del campo de la belleza natural, y una segunda fase de aprobación y preparación del plan territorial paisajístico, siendo el efecto sustancial el de someter a la autorización de la inspección de Bellas Artes cualquier modificación de los lugares afectados por el plan paisajístico.

El autor termina la segunda parte de la obra haciendo una consideración sobre un caso especial de protección de la Naturaleza: se trata simplemente del estudio de los parques nacionales.

La tercera parte de la obra está dedicada a la «propiedad urbana», comenzando con el estudio del concepto de la propiedad, poniendo de manifiesto cómo en los últimos cien años la historia de la propiedad ha sufrido una progresiva limitación de la libertad del dueño frente a la construcción y siendo el punto de partida de las discusiones sobre la materia el concepto que ofrece el artículo 436 del Código civil de 1865: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que su uso no esté prohibido por las leyes o por los reglamentos.»

A continuación se habla de los «standards urbanísticos», instrumentos introducidos en la disciplina urbanística por la Ley de 6 de agosto de 1967 como innovación de trascendental importancia.

Son divididos en dos categorías: generales y especiales. Los generales son uniformemente válidos en todo el territorio nacional y están establecidos por las leyes, mientras los especiales son distintos y dependen del tipo de zona en que se subdivide el territorio y establecidos por Decreto del Ministerio de Obras Públicas. Ambos inciden, mediante la imposición de limitaciones, en el poder del propietario de construir o de modificar su patrimonio inmobiliario.

Los generales—dice el autor—son de tres tipos: 1) los establecidos por

los Ayuntamientos no dotados de un plan regulador general, que prevén, a su vez, tres tipos de áreas: centros históricos, zonas urbanas residenciales y zonas urbanas no dedicadas a viviendas; 2) los «standards» establecidos para los Ayuntamientos dotados de plan regulador general, que establecen unas limitaciones uniformes en cuanto a volumen y altura, y 3) los establecidos para los planes particularizados, que son libres.

Los «standards» urbanísticos especiales se establecen para zonas territoriales típicas; establecen unos límites derogables para cada zona, de acuerdo, se afirma, con cuatro parámetros: 1) densidad de viviendas; 2) altura; 3) distancia entre los edificios, y 4) relación máxima entre los espacios destinados a viviendas y centros de producción y espacios públicos o reservados a las actividades colectivas, a zona verde o aparcamientos.

Tanto los «standards» generales como los especiales podrían tener, en teoría, dos tipos de destinatarios: los particulares, de un lado; del otro, los órganos que dictan los planes de urbanismo.

Finalmente, en esta misma parte de su obra trata del concepto de la propiedad urbana, tomando como punto de partida el de la construcción de un concepto de la propiedad urbana como institución separada, como un derecho distinto de la propiedad sobre los demás tipos de bienes; partiendo del hecho de que no existe un concepto de la propiedad único en el ordenamiento italiano, sino más bien una diversidad de instituciones.

Para la elaboración del concepto actual de la propiedad urbana parte del reconocimiento de las normas del ordenamiento jurídico que la disciplinan, y tras una detenida exposición sobre diversos puntos relacionados con el tema pone de manifiesto que la propiedad urbana está diferenciada en cuanto a varios aspectos de los demás tipos de propiedad.

La cuarta y última parte de la obra está dedicada a los instrumentos de aplicación. Dichos instrumentos pueden distinguirse en dos categorías: instrumentos que inciden con mecanismos de control e instrumentos que inciden con mecanismos de sustitución. Ambas categorías—dice SPANTI—se dividen en instrumentos que utilizan o inciden sobre los poderes públicos y sus atribuciones e instrumentos que utilizan o inciden en los derechos de los ciudadanos privados. De aquí—según afirma—deriva una casuística de cuatro tipos: control por parte del poder público y control por parte de los particulares, desplazamientos de titularidad en las atribuciones de los poderes públicos y desplazamientos de titularidad en los derechos privados.

La licencia de obra, objeto del capítulo I de esta cuarta parte, es el instrumento por el que el poder público controla el cumplimiento y la puesta en práctica de la disciplina urbanística por parte de los ciudadanos privados, estando regulada detalladamente por la legislación, sobre todo con la Ley de 1967, y conociendo su historia muy diversas fases, que el autor expone, lo mismo que con cierto detenimiento examina el procedimiento para la concesión de la licencia de obras, en el que hay que distinguir tres fases: 1.ª) fase de instrucción, con presentación de solicitud y dictamen de la comisión municipal de obras; 2.ª) fase de deliberación, y 3.ª) de publicación. Examina también el caso de las licencias derogatorias de las normas generales, institución evidentemente anómala dentro del sistema de la disciplina urbanística nacional, implicando una licencia de obras que no aplica la disciplina urbanística establecida en los planes de urbanismo o en los reglamentos para la construcción, sino que la deroga introduciendo una modificación en la disciplina urbanística por el hecho mismo de su concesión.

En íntima conexión con esta materia trata de las sanciones relacionadas con las licencias de obras, que son de tres tipos: penales, fiscales y administrativas. Estas últimas son, a su vez, de tres formas: suspensión de los trabajos, demolición de las obras y sanción pecuniaria.

Se enfrenta a continuación con el problema de la naturaleza jurídica de la licencia de obras, para lo que entiende hay que tener bien aclarada la teoría de la clasificación de los actos administrativos y hacer frente a una serie de preguntas que el autor se formula.

Derechos subjetivos e intereses legítimos es otro de los puntos concretos que aborda. En efecto, otro tipo de instrumentos de aplicación de la disciplina urbanística es el que se basa sobre el interés de los particulares destinatarios de la misma normativa. Ello se consigue—dice—mediante la atribución a los particulares de situaciones jurídicas subjetivas, derechos subjetivos o intereses legítimos. Las clases de interés del particular que pueden ser utilizadas para la aplicación de la disciplina urbanística son, a su juicio, cuatro, por lo menos. El primero es el interés de que sea estructurada la disciplina de urbanismo, concediendo al particular el mayor número posible de ventajas; el segundo es el poder utilizar los propios bienes del modo que sea; el tercero, el de que la aplicación de la disciplina urbanística, en lo que al particular afecte, sea lo más favorable posible; el cuarto, el de que la disciplina urbanística sea aplicada en relación con los demás particulares de una forma que no perjudique al interés propio.

Las cuatro clases de interés del particular son examinadas a lo largo de la obra con cierto detenimiento.

Continuando con el estudio de los instrumentos de aplicación de la disciplina urbanística nos encontramos con el capítulo IV, dedicado a la sustitución de los poderes públicos, entre los cuales se pueden distinguir los poderes de planificación y los poderes de control. Con cierta brevedad examina el cuadro de las atribuciones de los poderes públicos en cuanto a la disciplina urbanística general y las sustituciones correspondientes.

Finalmente, para terminar, expone cómo la expropiación es, en el cuadro de la disciplina urbanística, un instrumento de aplicación que sirve para alcanzar la utilización prevista del suelo a través de la sustitución del titular del derecho por otro nuevo. La expropiación viene a ser, a su juicio, el instrumento fundamental dirigido a obtener determinadas utilidades positivas de los bienes, más bien que la transmisión de los bienes de un sujeto a otro.

Históricamente, la expropiación ha sido la idea originaria y matriz de la disciplina urbanística. En la actualidad, la conexión entre las dos instituciones se ha suavizado y en la práctica no se reconocen en la disciplina urbanística las líneas fundamentales de su origen histórico. Hoy —continúa afirmando—, la interpretación de las normas de urbanismo debe alejarse y no tomar como modelo a la disciplina de la expropiación, en cuanto las dos instituciones tienen unas funciones diversas y estructura también distinta.

Utilizándose instrumentalmente la expropiación por la disciplina urbanística en una variedad de casos, se limita a mencionar los previstos por la Ley de Urbanismo de 1942, puesto que la de 1967 no se ocupa del tema.

Tales casos son: 1.º declaración de utilidad pública de las obras previstas en el plan particularizado; 2.º conversión temporal en dominio público a los fines de la urbanización; 3.º expropiación de propiedades privadas cuando en ellas no se llevan a cabo las sistematizaciones previstas por el plan particularizado; 4.º la expropiación como instrumento para rectificar situaciones marginales de linderos, y 5.º expropiación para la formación de conjuntos urbanos.

El autor da así por terminado su *Manual de Derecho urbanístico*, concretado al Derecho italiano, recogiendo a continuación como apéndice la Ley italiana de 22 de octubre de 1971 sobre la materia tratada.

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO

Marzo-abril 1973

Apremios administrativos y procesos de ejecución, por Luis Serre-
ra Contreras, págs. 255 a 318.

Fusión y plusvalías, por Angel Ve-
lasco Alonso, págs. 319 a 334.

*Hipótesis de incidencia tributaria
(hecho imponible)*, por Gerardo
Ataliba, págs. 335 a 336.

La reforma tributaria, por Julio Be-
nagloche Pérez, págs. 367 a 392.

*Derecho fiscal, Derecho financiero y
Derecho tributario*, por Eusebio
González García, págs. 393 a 440.

*Incentivos fiscales y desarrollo na-
cional*, por Ernesto R. Seselovsky,
Sergio R. Di Pietro y Walter
A. R. Perino, págs. 441 a 468.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Enero-marzo 1973

*La moderna «lex mercatoria» y la
unificación del Derecho del comer-
cio internacional*, por José María
Gondra Romero, págs. 7 a 38.

*La cláusula de garantía en la com-
praventa de maquinaria*, por Luis
Cardón, págs. 39 a 86.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre 1972

*Reflexiones acerca de la naturaleza
de la función notarial*, por Valen-
tín Fausto Navarro Azpeitia, pá-
ginas 7 a 30.

*Apuntalamiento de la sustitución
ejemplar (contribución al Estatu-
to jurídico de los subnormales)*,
por Alfredo García-Bernardo Lan-
deta, págs. 31 a 144.

Desarrollo económico y Derecho,
por Víctor M. Garrido de Palma,
páginas 145 a 190.

*Efectos del divorcio, de la separa-
ción de cuerpos y de la separación
de hecho en el Derecho compara-
do. Precedentes para el estudio del
valor y eficacia de las resolucio-
nes de divorcio en el Derecho in-
ternacional privado*, por Angel
Martínez Sarrión, págs. 191 a 218.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Mayo-junio 1973

*Ejecución de planes en el proyecto
de reforma de la Ley del Suelo*,
por José María Copella Monede-
ro, págs. 15 a 54.

*La administración urbanística; sus
rasgos ante la reforma de la Ley
del Suelo*, por Luis Morell Ocaña,
páginas 55 a 96.

*El Derecho de propiedad ante la
nueva legislación urbanística*, por
José María Chico y Ortiz, páginas
97 a 124.

Julio-agosto-septiembre 1973

*Las nuevas ciudades y sus proble-
mas administrativos*, por Luis M.
Enríquez de Salamanca, págs. 13
a 28.

*Nuevas fronteras de la planificación
urbanística*, por Angel Mingo de
Miguel, págs. 29 a 70.

Derecho, desarrollo y planificación,
por Carlos Mouchet, págs. 71 a 94.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Mayo 1973

*La revisión de la renta en los con-
tratos arrendaticios rústicos según
el sistema establecido por la Ley*

italiana de 12 de junio de 1962, número 567, por José Luis Navarro Pérez, págs. 525 a 562.

La «agravación de sentencia» en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por Mario Dean Guelbenzu, págs. 563 a 576.

Junio 1973

La revisión de la renta en los contratos arrendaticios según el sistema establecido por la Ley italiana de 12 de junio de 1962, número 567, por José Luis Navarro Pérez (continuación), págs. 617 a 668.

Julio 1973

La costumbre contra Ley en Navarra, por José Arregui Gil, páginas 5 a 22.

Las drogas y su legislación en España, por Antonio Beristain, páginas 23 a 59.

Agosto 1973

La capacidad de los emancipados en general, por José Javier Cuevas Castaño, págs. 111 a 160.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Mayo 1973

Problemática del personal contratado, por Pedro de Miguel García, páginas 410 a 426.

Junio 1973

Comentario a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 506 a 512.

Julio-agosto 1973

Comentario a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 618 a 644.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Abril-junio 1973

La filiación en el Derecho civil especial de Cataluña, por Francisco Rivero Hernández, págs. 215 a 318.

Fundaciones culturales privadas, por José María Vilaseca Marcet, páginas 319 a 350.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo 1973

Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español, por Enrique Lalaguna, págs. 383 a 419.

Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, por José Rodríguez del Barco, págs. 420 a 440.

Junio 1973

El Derecho de Familia en la República Federal de Alemania, por el doctor Siegfried Boschan, páginas 497 a 518.

La legítima del Código civil en la adopción, por Alfredo García-Bernardo Landeta, págs. 518 a 539.

Julio-agosto 1973

El negocio jurídico y su causa, por Pedro Porras Ibáñez, págs. 603 a 653.

Septiembre 1973

Coincidencia y diferenciación práctica del Derecho y la Moral, por Francisco Soto Nieto, págs. 713 a 720.

El negocio jurídico y su causa, por Pedro Porras Ibáñez, págs. 721 a 735.

**REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO**

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez