

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX ○ Enero - Febrero 1973 ○ Núm. 494

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.

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

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
"La mecanización del Registro", por IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA y FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	9
"Los bienes inmuebles por destino: la maquinaria industrial", por RICARDO EGEA IBÁÑEZ	23
"Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor", por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	47
"El testamento y su interpretación", por GABRIEL ALFÉREZ CALLEJÓN.	69
"Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español", por JOSÉ ESTEPA MOYANO	121
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	165
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	203
2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ	235
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	242

LIBROS:

"Integración de lo postal en el universo jurídico", de CARLOS ALVAREZ ROMERO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ..	249
"Catalogación de conceptos de Derecho privado", de FERNANDO FUEYO LARI, por RAÚL LE ROY L. R.	252
"Metodología de la ciencia del Derecho", de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ ..	253
"Sanciones y responsabilidades en materia de caza", de JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ PEREDA, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ ..	260
"Introduzione alla problematica della proprietà", de P. PERLINGIERI, por CARLOS ROGEL VIDE ..	266
"Rinuncia tacita e verwirkung", de FILIPPO RANIERI, por CARLOS ROGEL VIDE ..	268
"Organización y control del sector empresarial público en España", de FRANCISCO SOSA WAGNER, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO ...	273

ESTUDIOS

La mecanización del Registro*

I

CONSIDERACIONES GENERALES

En el estudio de las técnicas de la registración, el de la mecanización de las oficinas registrales es un tema de palpitante actualidad. Es clara la conveniencia de buscar un camino que permita el rápido despacho de los documentos que se presentan en los Registros y de las certificaciones e informaciones que se solicitan de ellos; pero dicho camino no puede convertirse en un rápido y peligroso atajo que merme la seguridad jurídica, olvidando el derecho y la responsabilidad de una ajustada calificación previa a la inscripción o que pueda significar una menor garantía de los derechos legítimos que buscan y tienen su protección en un adecuado sistema registral. ¡He aquí el problema!

Partiendo de la separación entre automación y automatización, la primera como cálculo de la oportunidad y orden de urgencia en que el hombre debe ser reemplazado por la máquina en un determinado sector de la vida, y la segunda, como la técnica que, en concreto, enseña a sustituir el obrero por la máquina; tenemos que impedir que en el sector jurídico, en el mundo del Derecho, vaya ésta por delante de aquélla, precisamente para evitar que una mecanización impremeditada sea causa de un deterioro del Derecho mismo.

La automatización de grado superior en los Registros, mediante el empleo de computadores electrónicos, no resulta de momento aconsejable, porque el Derecho no tiene aún preparada su estructuración cibernética y falta, por tanto, el imprescindible *software*. Nos parece aventurado afirmar que nunca sea posible esa estructuración, pero es iluso-

(*) Este trabajo constituye el texto de la Ponencia que, bajo el mismo título, fue presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Buenos Aires los días 27 de noviembre a 2 de diciembre de 1972.

rio creer que existe ya. No se consigue nada con introducir en la memoria de un ordenador un contrato o una cláusula contractual, para que más tarde nos la reproduzca en forma similar a la posterior lectura de un asiento manual. Esto casi es perjudicial, porque quizá un torpe *software* trastorne la tendencia a la concreción y constante perfilar del derecho real inmobiliario característico del arcaico sistema de registración (1).

Sería necesario perfilar antes claramente cada institución jurídica, cada contrato o cada derecho real en forma que mediante un apropiado utillaje intelectual, la máquina pudiera manipular con ellos igual que el cerebro humano del jurista especializado lo hace. Sin esto, la mecanización de grado superior es un puro espejismo.

La mecanización de la inscripción exige previamente que el contrato, el derecho real, la escritura, la ley, el proceso, la resolución judicial y el Derecho todo se estructure en forma distinta a la actual y tradicional para que la automación pueda determinar aquellas zonas o elementos del mundo jurídico que son susceptibles de una automatización que no rompa el funcionamiento correcto y ordenado de los principios jurídicos fundamentales.

Por ahora, el pensamiento jurídico parece resistirse a todo tratamiento cibernético e incluso las últimas corrientes metodológicas (jurisprudencia de problemas) parecen dificultar aún más esto, por cuanto se alejan del método deductivo, al imposibilitar que por medio de la aplicación del sistema lógico-matemático se obtengan los apropiados esquemas deductivos: Ley-contrato, Ley-sentencia, Ley-contrato-calificación registral, etc. Parece que el problema jurídico, todavía durante mucho tiempo, solamente podrá ser resuelto por el pensamiento aporético del jurista, pensamiento que en su raíz última se resiste a toda sistemática y a toda ordenación. Si el sistema mata el desarrollo de los principios y es inútil para la solución de los problemas es de temer que toda mecanización, si no es cuidadosamente cauta, aunque se limite a algún aspecto parcial del Derecho, como el Registro de la Propiedad, pueda afectar peligrosamente a la búsqueda de lo justo.

En cambio, sí creemos muy conveniente una mecanización de grado medio, que permita el empleo de procedimientos mecánicos en la extensión física o material de los asientos, en la reproducción de los mismos, en la formación de índices de personas centralizados para todo el país, en la rápida obtención de datos estadísticos y, de modo general, en aquellos supuestos en que el ordenador constituye un simple elemento auxiliar de trabajo.

(1) En este sentido, TIRSO CARRETERO en un estudio aún no publicado.

Acudimos a este Congreso con el mayor interés y deseo de pulsar los resultados obtenidos por ustedes con la Ley 17.801, y muy especialmente en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, con la Ley 17.417. Estamos seguros de que nuestra visita a estas entrañables tierras será muy fecunda para los estudios que en España estamos realizando sobre estos problemas. Y sobre dichas experiencias, hasta ahora solamente conocidas a través de publicaciones, como el importante estudio del profesor SCOTTI. «Visualización del Registro de la Propiedad organizado por la Ley 17.417», podremos trabajar con más seguridad y acierto.

También allá en España nos preocupa vivamente el problema y buscamos con interés las fórmulas que, sin atentar a los principios básicos sobre los que se debe asentar un buen sistema registral inmobiliario, permitan despachar los documentos con la celeridad que demandan los tiempos actuales. Esta comunicación no pretende otra cosa que relatar sencilla y llanamente los estudios e ideas que tenemos sobre estas cuestiones. Las distintas coordenadas históricas, geográficas, jurídicas, políticas y organizativas de los Registros en las diversas naciones hacen difícil que la mecánica registral de un país sea aprovechable en otros. Esta consideración básica debe ser tomada muy en cuenta. Son dichas coordenadas las que en cada país marcan las pautas que deben seguirse para mecanizar los Registros públicos de bienes.

En nuestro país destaca, como peculiaridad fundamental, la acusada descentralización de las oficinas, cuyo número tiende, además, a aumentar, pues aquellas en las que el volumen de documentos lo exige se proveen, al quedar vacantes, por dos o más Registradores simultáneamente, que actúan en régimen llamado de «división personal», hasta tanto se «divide materialmente» el Registro y se crean tantas circunscripciones independientes como funcionarios. Por el procedimiento antedicho, y en poco más de diez años, se han creado en España sesenta nuevos Registros y se ha resuelto con medios indirectos el problema de acumulación de documentos.

No es ahora el momento de estudiar a fondo las ventajas de la descentralización. En España nos ha dado resultados muy positivos, entre los que se pueden citar los siguientes: inmediatividad con los interesados; posibilidad de una calificación plena; ejercer el *nobile officium*, de que nos habla don JERÓNIMO GONZÁLEZ, salvando las imperfecciones del Catastro español y las dificultades de una propiedad muy dividida; evitar excesivas acumulaciones de trabajo y los inconvenientes del *numerus apertus* en la configuración de los derechos reales; permitir con más facilidad la reconstrucción de los Registros (que fueron destruidos aproximadamente en una quinta parte durante la guerra civil española

se extienden sobre el mismo folio unos a continuación de otros. El contenido del asiento es un extracto del documento, en lo que tiene de naturaleza real. A cada finca se le asigna, desde que se inscribe por primera vez, un número diferente y correlativo consignado en la parte superior de su folio respectivo, y los asientos referentes a ella se numeran, a su vez, correlativamente (las anotaciones se señalan con letras por riguroso orden alfabético). (Por tanto, toda referencia registral debe comprender el número o letra del asiento, el número de la finca, el del folio, el que corresponde al libro dentro del Ayuntamiento respectivo y el que le corresponde en el archivo general.)

Los Registradores, tomando en consideración el movimiento de la propiedad en sus Partidos respectivos, deben destinar a cada finca el número de hojas que consideren necesarias. Cuando se llenan las hojas destinadas a una finca, cosa que ocurre con bastante frecuencia, el número de aquélla se traslada a otro folio del libro corriente del mismo Ayuntamiento. En este momento surge lo que denominamos «un pase» (que, a nuestro juicio, constituye uno de los fallos del sistema español en su aspecto formal). En la última página de las hojas agotadas, y al lado del número de la finca objeto del «pase», se pone la frase: «Continúa al folio... del tomo...», y en la nueva hoja de la finca, a continuación de su número, las palabras «duplicado, triplicado», y así sucesivamente, y en el reglón siguiente una indicación del tomo y folio en que se halle el asiento anterior de esta forma: «Viene del folio... del tomo...» En los supuestos de fincas con un gran historial hipotecario o con asientos de mucha extensión (por ejemplo, hipotecas), los pases se multiplican y el manejo de los libros para calificación o busca de cargas se hace muy dificultoso. Además, la necesidad de dejar varias hojas en blanco para cada finca unido a la, en algunos casos, desmesurada extensión manuscrita de los asientos, trae como secuela la existencia en casi todas las oficinas de un archivo muy voluminoso, con gran profusión de libros (puede calcularse una media de 1.000 por Registro), que sólo en parte están utilizados.

En resumen, podemos señalar como imperfecciones en el modo de llevar nuestros Registros, derivadas en su mayor parte del sistema de libros encuadernados, las siguientes:

- a) Escritura manual.
- b) Aprovechamiento parcial del archivo.
- c) Existencia de «pases» frecuentes en el historial hipotecario de cada finca.
- d) Imposible utilización simultánea de un libro por más de una persona.

- e) Dificil empleo de medios modernos para la reproducción de los asientos.
- f) Deficiencias en la legibilidad de los mismos.
- g) Ocupar mayor espacio que los extendidos a máquina.
- h) Aumento de costes, por necesitar plantillas de personal numerosas para poder mantener el ritmo de despacho de los documentos, cuyo volumen se incrementa año tras año.

III

LA MECANIZACION DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA

Hagamos un poco de historia. Ya la reforma hipotecaria de 1944-46 supuso un paso adelante, pues, como decía la Exposición de Motivos de la Ley de 8 de febrero de 1946, la «reducción al mínimo de los requisitos formales de todos los asientos, sin menoscabo de los principios esenciales del sistema, unida a la supresión de las menciones de derechos que pueden y deben ser objeto de inscripción especial, así como la eliminación de los derechos de naturaleza netamente personal u obligacional del ámbito inmunizante del Registro, han de contribuir poderosamente a la claridad de éste y a facilitar su publicidad, haciéndolo más asequible al directo conocimiento de los interesados». Esta tendencia ha sido seguida por el Reglamento que para la ejecución de la citada Ley fue sancionado el 14 de febrero de 1947 y por las modificaciones que experimentó en virtud del Decreto de 17 de marzo de 1959. Aparte de otras muchas novedades, parece conveniente señalar estas modificaciones reglamentarias en el campo que nos ocupa: más facilidades para abrir dos o más secciones en cada término municipal, lo que permite una mayor facilidad de acceso y concreción a los índices de fincas y a los de personas, así como una acusada ductilidad en el despacho de los documentos; posibilidad de abrir hasta tres libros de inscripciones corrientes por cada término o sección; empleo en determinados casos de guarismos en las inscripciones; uso de estampilla o cajetín en la extensión de numerosas notas marginales, y publicidad registral por nota simple informativa.

Una experiencia interesante, aunque marginal, la representa la creación por el artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965 de un Registro de Ventas a Plazos, al que se llevan las reservas de dominio y prohibiciones de disponer que se establezcan en las transmisiones a plazos de los

bienes muebles. La Ordenanza de 8 de julio de 1966 regula el peculiar funcionamiento de dicho Registro, que es modelo de sencillez y simplificación en su llevanza. Su organigrama territorial es un Registro por cada provincia y uno central en Madrid. Los contratos se extienden por cuadruplicado en documento no público, de contenido formalizado e impresos oficiales, archivándose uno de los ejemplares en el Registro provincial y remitiendo otro al central. Claro está que la eficacia jurídica de este Registro es pequeña dada su concreta finalidad, limitadísima calificación de los títulos y no intervención en la preparación de los documentos inscribibles de funcionarios jurídicos. Pero lo que nos interesa destacar ahora es que en el Registro central se trabaja con un ordenador I. B. M., modelo 11-30, adquirido por el Colegio de Registradores, que ha permitido a dicho Registro «proporcionar al Instituto Nacional de Estadística las fichas perforadas relativas a datos codificados de más de 240.000 contratos anuales en plazo no superior a veinte días desde la fecha de su registración» (2), así como otras muchas informaciones de carácter extrajurídico. Se halla en estudio la posibilidad de llevar en él un índice de propietarios que llegase un día a abarcar todo el territorio nacional, lo que implicaría una gran facilidad para realizar una busca omnicompreensiva.

El Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, muy sensible a la modernización del modo de llevar los Registros, comisionó a varios Registradores (3), a principios del año 1967, para realizar un curso de «Organización del Trabajo Administrativo en la Empresa», que se impartió en el Instituto Nacional de Racionalización del Trabajo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid. El informe que, una vez concluido el curso, elevaron a la Junta de Gobierno, pasó posteriormente a examen del Centro de Estudios Hipotecarios y ambos emitieron dictamen favorable. A renglón seguido se nombró una comisión integrada por seis vocales (4), cuyo trabajo, después de cuarenta sesiones plenarias y catorce meses de estudios, fructificó en un proyecto de modernización, exclusivamente en el aspecto formal, que implicaba la modificación de tres artículos de la Ley Hipotecaria, cincuenta de su Reglamento, diez del Reglamento del Registro Mercantil y ocho del Reglamento del Registro de Hipoteca Mobiliaria, además de varias dispo-

(2) MANUEL ZUMALACÁRREGUI: "La financiación de las ventas a plazos y su protección registral", Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil del año 1971. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, pág. 52.

(3) Concretamente a don RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS y a los autores de este trabajo.

(4) Que fueron: don PEDRO CABELLO DE LA SOTA, como presidente; don BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, don TIRSO CARRETERO GARCÍA, don JOSÉ SERRANO TERRADES y los autores de este trabajo.

siciones adicionales y finales. También se redactaron varias mociones, estudios particulares y modelo de hoja intercalable.

Aunque dichos trabajos y proyectos aún no han cristalizado en las oportunas normas legales y reglamentarias, estimamos que puede ser aprovechable señalar en esta comunicación, de carácter simplemente informativo, las líneas maestras en que se inspiran y sustentan. Las medidas propuestas las podemos dividir en previas, simultáneas y posteriores a la inscripción, además de las destinadas a regular la progresiva implantación de las modificaciones. Y para una más fácil consulta de dichas pautas introduciremos en la exposición que sigue unos subepígrafes orientadores.

1.^a *Medidas previas a la inscripción.*—Que las subdividimos en:

A) De tipo general.—La primera simplificación debe estar en que los datos previos o primarios—o sea, los documentos inscribibles—vengan racionalizados, especialmente las escrituras públicas notariales, como documento de más frecuente acceso al Registro. Las tendencias del moderno Derecho, cuando integra a los actos masificados, así lo exige; piénsese, por ejemplo, en los contratos de adhesión, en la objetivación de las condiciones generales, en los contratos-tipo... En este sentido, es urgente y necesaria una efectiva coordinación con los Notarios, tan interesados como nosotros en llegar a una normalización de ciertas clases de escrituras. Hasta la simple uniformidad en el tamaño de las copias facilitaría de forma muy notable en los Registros el empleo de fotocopadoras y reproductoras similares.

B) De carácter concreto.—Entre estas medidas podemos apuntar:

a) Cláusulas de naturaleza real u obligacional.—En la parte dispositiva de la escritura tendrían que ir claramente agrupadas, diferenciadas y numeradas las cláusulas o estipulaciones que tuviesen carácter real inscribible y las que solamente tuvieran naturaleza personal u obligacional. En el documento habría que distinguir también lo que forma el derecho de aquello que es puramente informativo, como, por ejemplo, la transcripción de preceptos legales.

b) Hipotecas, estatutos de la propiedad horizontal, titulación de urbanizaciones, etc.—En este amplio campo, la simplificación sería efectiva mediante la publicación de unos modelos oficiales por el Ministerio de Justicia, en coordinación con los demás Departamentos ministeriales implicados, que llevasen las cláusulas numeradas. La escritura tomaría de dichos modelos, por simple referencia, las cláusulas comunes y añadiría específicamente las peculiares de cada caso, transcribiéndose éstas

en la inscripción. Para las comunes sería suficiente con una mera remisión al modelo oficial. Este procedimiento—que tiene algunas conexiones con la solución que el Código Civil de Méjico ha dado al problema de la determinación de las facultades conferidas al apoderado en sus artículos 2.553 y 2.554—sería aún de mayor utilidad en el Registro Mercantil para la inscripción de los Estatutos de las Sociedades y de los poderes que confieran las mismas. Una medida indirecta que impulsase a los interesados a aceptar el formulario oficial pudiera ser la de recargar las tasas y honorarios de aquellos documentos que no le siguiesen.

c) Legalizaciones.—Debe reducirse ampliamente el número y complejidad de las mismas, en especial cuando son requisitos complementarios de las escrituras públicas dentro del ámbito interior de los países, manteniéndose sólo aquellas que resulten totalmente necesarias. En el ámbito internacional, es igualmente preciso llegar a una racionalización de las legalizaciones y visados, como se ha puesto acertadamente de relieve en varios Congresos Internacionales del Notariado Latino.

d) Previo pago de los impuestos.—Este requisito obstruye gravemente el rápido despacho de documentos y debería suprimirse, sin perjuicio de arbitrar medidas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones impositivas. En este sentido, es altamente interesante lo que ordena el artículo 41 de la Ley 17.801 de la República Argentina: «No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario»; la Ley de Concentración Parcelaria española, en su artículo 70, también permite inscribir en el Registro de la Propiedad sin necesidad de previo pago del impuesto o afianzamiento del mismo. El artículo 3.º del Decreto de 12 de mayo de 1966 contiene una disposición para el Registro de Ventas a Plazos al decir que los contratos tendrán acceso al mismo, sin necesidad de que conste en ellos nota administrativa sobre su situación fiscal.

2.ª *Medidas simultáneas a la inscripción.*—No podemos entrar, dado el limitado ámbito de esta comunicación, en las que tienen carácter sustantivo, como cancelación de oficio de las inscripciones que por su antigüedad se presume que están incursas en caducidad, coordinación con los Catastros, supresión de menciones y derechos personales y tantas otras; por ello nos concretaremos a los aspectos adjetivo, instrumental y práctico. Y para no caer en un pormenorizado detalle, de escasa utilidad en una reunión internacional, no hablaremos de la conveniente introducción de una lista oficial de abreviaturas susceptibles de uso en la

redacción de las inscripciones, de la remisión a asientos de distinta finca, del empleo más generoso de las llamadas inscripciones concisas, de una menos formalista rectificación de asientos erróneos, etc., y nos concretamos al tema más polémico y que ha levantado más voces discordantes.

Nos referimos a la propuesta de sustituir en adelante los libros encuadernados por otros de hojas movibles o intercalables, que coexistan con los antiguos, o simplemente por unas fichas, carpetas o legajos. Tanto el informe antes citado como la indicada comisión se han decidido para el futuro por el abandono de los Libros de Inscripciones encuadernados. Las ventajas que dicho informe señalaba para esta técnica de hojas cambiables eran las de superar los inconvenientes que en esta comunicación se señalan al procedimiento actualmente en vigor y, además, algunas otras, como la posibilidad de obtener directamente «subproductos» (copias y, con dispositivos adecuados, cintas y fichas perforadas).

Para superar los posibles inconvenientes de las hojas movibles se indicaban las adecuadas soluciones. Así, las maniobras fraudulentas se evitarían empleando en las hojas intercalables papel sellado, seriado, numerado y distribuido oficialmente. Al concluirse una hoja se haría constar en ella, por diligencia firmada y extendida en el lugar especialmente destinado al efecto, las características de la que ha de seguir, y en ésta, las de la anterior. La garantía se completaría haciendo constar las oportunas referencias de cada hoja que se abriese en el Libro-Índice, de que se hablará a continuación.

El peligro de destrucción o extravío, que, por otra parte, también existe en los libros actuales, se atenuaría llevando un Libro-Índice esquemático (pero suficiente para, en su caso, reconstruir la hoja extraviada). En él se destinaría una línea para cada asiento principal que se practicase en la finca en cuestión (y también para cada incorporación de nueva hoja). El número registral y características de la primera hoja irían en la cabecera y el encasillado comprendería: número o letra del asiento y su fecha; interesado o titular; título material, funcionario autorizante y fecha del documento. La última casilla se destinaría a observaciones.

Otro de los peligros es el del trastrueque o traspapeleo de alguna de las hojas; pero se podría impedir en gran parte mediante un sistema de muescas o perforaciones marginales en ellas. Este procedimiento se consideró preferible al empleo de bandas de distintos colores, que para Registros con muchos Ayuntamientos o secciones exigiría un excesivo y variado *stock* en las Oficinas.

3.^a *Medidas posteriores a la inscripción.*—En aras de la brevedad, ahora nos vamos a referir exclusivamente—prescindiendo de los índices, certificaciones, etc.—al formato de los nuevos libros o tapas que alber-

garian las hojas intercalables. Hasta la fecha, a pesar de las numerosas gestiones que se han realizado con las fábricas especializadas y de la confección de algunos prototipos, no se ha conseguido un modelo que satisfaga todas las exigencias. El tan repetido informe propugnaba que tales libros estuviesen inspirados en los sistemas derivados de los libros de contabilidad del método «Kalamazoo» o similares, y la comisión se limitó a decir, en el segundo párrafo del proyectado artículo 366 del Reglamento Hipotecario, que: «Las tapas o cubiertas de los Libros de Inscripciones serán de materia incombustible, tendrán un eficaz mecanismo de sujeción de las hojas intercalables, que permita la escritura de los asientos con o sin extracción de la hoja e indicación del Ayuntamiento, libro y volumen.»

Una de las dificultades para encontrar unos archivadores satisfactorios de las hojas intercalables—la comisión adoptó esta palabra, menos correcta gramaticalmente que la de movibles, intercambiables, etc., porque refleja más gráficamente la idea de que tales hojas se van incorporando sucesivamente al libro—deriva del hecho de que las proyectadas tienen un tamaño grande, que es difícil de reducir. En efecto, la comisión partió de la necesidad o, al menos, conveniencia de que el espacio destinado en dichas hojas a la extensión de los asientos principales fuera similar al que habitualmente suele tener el espacio útil de las escrituras notariales (lo que permitiría en algunos casos la utilización de las máquinas reproductoras), al que se añadirían los espacios destinados a notas, numeración de los asientos y, además, los márgenes precisos. El resultado obtenido se subsume en el formato UNE 1011, A3v (es decir, 297×420 mm.). En defecto de tales libros, es claro que las hojas movibles se podrían guardar en una carpeta o legajo que se abriese para cada finca; pero es de esperar que, incluso mediante la convocatoria de un concurso internacional de proyectos y suministros, se pueda encontrar algún procedimiento para un archivo cómodo, vivo y seguro de las indicadas hojas.

La implantación del nuevo sistema se efectuaría de modo progresivo, de forma que permitiera salvar las dificultades que la experiencia diaria fuese poniendo de manifiesto y familiarizar al personal de las Oficinas con las nuevas técnicas. En una primera fase se llevarían necesariamente a los nuevos libros las fincas que abriesen folio registral, como inmatriculaciones, agrupaciones, segregaciones, divisiones, y con carácter facultativo, las nuevas descripciones de inmuebles, obras nuevas y aquellas fincas de historial antiguo en las que, a petición de parte, se hiciera un asiento condensador que sustituyera todos los anteriores. El proyecto articulado, con criterio más amplio, ordena que siempre que haya de realizarse un «pase» se efectúe en los libros nuevos.

IV

CONCLUSIONES

A modo de resumen de las ideas que en España han servido de orientaciones básicas y también de este trabajo, se proponen las siguientes conclusiones:

Primera.—La mecanización, simple medio instrumental, debe estar siempre subordinada a los principios y finalidades esenciales del sistema registral.

Segunda.—El grado que precisa alcanzar la mecanización está, además, condicionado a las peculiaridades jurídicas y a las circunstancias geo-políticas y socio-económicas de cada país.

Tercera.—Los organismos nacionales competentes estudiarán y, en su caso, implantarán en los Registros de la Propiedad las modernas técnicas de racionalización del trabajo administrativo, en su grado medio, respetando las anteriores conclusiones.

Cuarta.—Los sistemas registrales de gran desenvolvimiento técnico-jurídico no parecen ser, en el estado actual de desarrollo científico, susceptibles de una mecanización de grado superior.

Quinta.—La automatización en la escala superior únicamente podrá ser aconsejable en países de sistema registral no perfecto cuando su implantación no signifique en el futuro un freno para alcanzar el pleno desarrollo de los principios hipotecarios más exigentes.

IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA y FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

Registradores de la Propiedad

Los bienes inmuebles por destino: la maquinaria industrial

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Derecho romano.*—3. *Código Civil alemán.*—4. *Código Civil italiano.*—5. *Los bienes por destino en el Derecho civil francés.*—6. *Código Civil español.*—7. *Naturaleza jurídica del acto de destino.*—8. *La maquinaria como bien integrante de un inmueble y como bien inmueble por destino.*—9. *Aspectos notariales y fiscales.*

I

INTRODUCCION

Un derecho real recae sobre una cosa individualizada y determinada; cuando la cosa es de naturaleza simple, la extensión del derecho real no plantea mayores problemas; en cambio, cuando se trata de una cosa compleja, el problema existe, porque entonces surge la cuestión de determinar la extensión objetiva del derecho real.

La cuestión de la extensión objetiva de un derecho real se da con relación a las llamadas partes integrantes, pertenencias y cosas accesorias de un bien mueble e inmueble. El tema que va a ser sometido a consideración es cuando la maquinaria, según el texto (art. 335, 5, del Código Civil), es considerada como parte integrante de un bien inmueble (artículo 334, 3, del Código Civil) o cuando constituye dicha maquinaria una pertenencia o un bien inmueble por destino (art. 334, 5, del Código Civil), conceptos cuya validez y aplicación práctica han de ser examinados (1).

(1) DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, III, *Derecho de Cosas*, Valencia, 1967, pág. 58.

Las consecuencias jurídicas de que la maquinaria sea parte integrante o pertenencia de un bien inmueble es que para que una cosa deje de ser parte integrante es necesario la separación, mientras que para que una cosa deje de ser pertenencia basta una disposición jurídica; así, el artículo 111, 1, de la Ley Hipotecaria determina que la constitución de la hipoteca, salvo pacto expreso, no comprende los bienes muebles que hayan sido colocados permanentemente en la finca hipotecada para adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

II

DERECHO ROMANO

La distinción más importante para todo el desarrollo del Derecho es la que hacían los romanos entre los *fundi* y las demás cosas, *ceterae res*, lo que equivale a la distinción posterior entre bienes muebles e inmuebles, que aparece formulada ya en algunas exposiciones didácticas de la época clásica (2).

Pero hecha esta distinción previa, que nos será útil entre bienes inmuebles y bienes muebles, el Derecho romano tuvo en cuenta la distinción entre partes esenciales y cosas accesorias, y a ello nos vamos a referir.

La distinción entre *pars* y cosa accesoría es un concepto económico y social, y en este sentido LONGO. VOCI define la parte esencial diciendo

(2) ALVARO D'ORS: *Elementos de Derecho Privado romano*, Pamplona, 1960, página 98. GUARINO: *Profilo de D. Privato romano*, 4.^a edición, 1965, pág. III. BURDESSE: *Manuale D. Privato romano*, 1964, pág. 193. La idea de las cosas, como una realidad del mundo exterior ajena a la persona humana, es en Roma producto de un desarrollo histórico; en su origen, las cosas y las personas estaban sujetas a una clase de poder que sobre ellas tenía el *pater familias*, aunque pronto empieza a aparecer un concepto de RES, objeto de relaciones económicas de carácter patrimonial, sobre la base de que la cosa es un instrumento económico en antítesis a la persona. BURDESSE, *obra citada*, pág. 202, señala cómo el Derecho romano conoce diversas clasificaciones de las cosas fundadas en la naturaleza jurídica; de ellas y entre esta clasificación está la de bienes mueble e inmuebles. Esta se basa en considerar como bienes inmuebles las llamadas *Res soli* (*Fundi, praedia, fundi et aedes*), es decir, todo aquello que es suelo o lo que está unido al suelo por medio de la construcción, y las demás cosas, que son las cosas muebles. La relevancia jurídica de la distinción está en materia de usucapión y posesión. En el Derecho posclásico la distinción entre bienes muebles e inmuebles adquiere una mayor importancia y viene a sustituir a la de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*.

que parte de cosa es un elemento constitutivo que contribuye a la *perfectio* de ella; parte es, por tanto, una cosa necesaria no accidental; como dice BURDESSE, el Derecho romano conoció el término de *pars* como una cosa entendida como elemento necesario de la misma en función del uso a la que va destinada (3).

Distinto del concepto de *pars* es el de cosa accesorio, cuyo contenido va a ser importante para el objeto de este trabajo. BURDESSE (4) dice que el concepto de parte de cosa es distinto del de cosa accesorio, esto es, decir que las cosas accesorias están al servicio de una cosa principal, pero no son parte constitutiva de ella, conservando su autonomía individual.

En el Derecho romano hay una pluralidad de cosas accesorias, que se llama *instrumentum*.

BONFANTE (5) señala cómo las cosas accesorias no son necesarias a la esencia de la cosa principal, pero están al servicio de ésta; sin embargo, el régimen jurídico de aquéllas permanece independiente, de tal manera que los negocios jurídicos de la cosa principal no se extienden a la cosa accesorio sino cuando las partes así lo determinan.

El tipo más corriente de cosa accesorio es el *instrumentum fundi*; así designaban los romanos, dice BONFANTE, todos los instrumentos o semovientes del trabajo rústico, es decir, todos los elementos destinados al cultivo de un fundo. LONGO señala que para el Derecho romano las cosas tienen o bien una función constitutiva, y entonces son consideradas como partes integrantes, o bien una función instrumental, es decir, que sirven a la gestión económica de la cosa principal y entonces son una

(3) VOCI: *Instituzioni D. romano*, 1954, pág. 133. BURDESSE: *Obra citada*, página 205. LONGO: *Corso de D. romano*, Milán, 1946, pág. 48. Para este autor el carácter de *pars* de una cosa no se da si no vienen estas dos condiciones: 1.^a Que una cosa esté colocada en otra y tal colocación esté concluida (D-19-1-17-10 y D-13-1-17-5). 2.^a Que tenga el carácter de elemento constitutivo permanente y no esté colocada de una manera provisional (D-19-1-17-7). En este texto es considerada una cosa como *pars* siempre que una cosa esté destinada al perpetuo uso de otra. Sobre estos conceptos, BONFANTE: *Corso D. romano*, vol. II, parte I, Milán, 1966, pág. 169. IGLESIAS (*D. romano*, Barcelona, 1958, pág. 201) define como *pars* o parte todo aquello que es elemento integrador de la cosa, es decir, que contribuye de un modo necesario y no accidental a la *perfectio* o *consummatio* de la cosa. BIONDI (*Instituzioni D. romano*, Milán, 1965, pág. 168) considera como parte de la cosa aquellas entidades que, según la concepción social, son necesarias a la esencia de otra, de tal forma que sin ellas la cosa no podría considerarse completa o no podría ser utilizada.

(4) BURDESSE: *Obra citada*, pág. 206.

(5) BONFANTE: *Obra citada*, pág. 106. DELL'ORO: *Le cose collettive nel D. romano*, Milán, 1963, pág. 77. Entre los agregados de cosas tienen particular relevancia el *instrumentum*, instituto que está especialmente regulado en materia de legados. Como definición de tipo general cita DELL'ORO la de ULPiano en D-33-7-12.

cosa accesorio, y sobre estos dos conceptos de *pars* e *instrumentum* opera la jurisprudencia romana para establecer el régimen jurídico de las cosas, ya sean principales o accesorias.

De la distinción entre *pars* e *instrumentum* se desarrolla en el Derecho romano toda la teoría de cosas principales y cosas accesorias, formada no sobre textos legislativos, sino con el trabajo de la jurisprudencia, que no acepta criterios de rigurosa lógica jurídica, sino de interés práctico.

LONGO (6) mantiene que la distinción entre partes integrantes y pertenencias es extraña al concepto del Derecho romano; la pertenencia no es una categoría jurídica elaborada por el Derecho romano y este es el criterio que mantiene BONFANTE.

Para BONFANTE, el concepto de pertenencia es un concepto moderno y extraño a la fuente del Derecho romano; la pertenencia se define, según este autor, como un objeto y elemento accesorio separado de la cosa principal, pero destinado al servicio de ella; el lenguaje de las fuentes jurídicas romanas se refiere a los términos de *pars* e *instrumentum*, establece una neta antítesis y no cabe confusión entre los dos conceptos; los inmuebles, por destino del Derecho actual, dice BONFANTE, comprenden cosas que en Derecho romano se consideraban como partes integrantes y también cosas que se consideraban *instrumentum*.

Para BONFANTE, la pertenencia tiene su origen en el Derecho germánico, y su razón gravita en el derecho de sucesiones de este Derecho germánico; la distinción hacia este Derecho, tan esencial entre bienes muebles e inmuebles, da lugar a buscar una serie de experiencias para impedir una separación dañosa entre los bienes inmuebles y todos aquellos objetos destinados a la explotación de estos bienes inmuebles (7).

(6) LONGO: *Obra citada*, pág. 55. BONFANTE: *Obra citada*, pág. 168. No toda la doctrina sigue esta opinión. BIONDI: *Los bienes*, Barcelona, 1961. Traducida por A. DE LA ESPERANZA, pág. 185. Señala BIONDI que se suele decir que el concepto de pertenencia se formó en el Derecho germánico; pero, a juicio de BIONDI, esto no es cierto. El Derecho romano conoció como caso de aplicación diaria el concepto de *instrumentum fundi*, con lo que se indicaba todo lo que estaba al servicio de una finca (esclavos, aperos, simientes). El Derecho germánico lo único que ha hecho es extender esta categoría para formar un concepto general. FERRINI (*Manuale di Pandette*, 4.^a edición, 1953, página 223) señala que el Derecho romano conocía la situación jurídica que se derivaba de cuando una cosa era puesta al servicio de otra por obra del hombre. Entre estas relaciones de cosas es necesario señalar las llamadas pertenencias, vocablo técnico no usado por los romanos, pero instrumento jurídico sí utilizado por ellos bajo otras fórmulas.

(7) BONFANTE: *Obra citada*, pág. 179. RASI (*Le pertinenza o cosa accesorio*, Padova, 1955, pág. 7) examina los testimonios de BONFANTE, ROBERTI, BESTA, TRIFONE, ANDREOLI y LEICHT; del examen de esto deduce que el concepto de pertenencia no tiene un origen clásico romano y que su nacimiento está en el Derecho posclásico o en el medieval. Para algunos autores este concepto nace en el Derecho germánico, mientras que para otros se trata de una evolución

El concepto de pertenencia se desarrolla en el Derecho germánico y según la opinión de los mejores germanistas. HEUSSLER: La pertenencia tiene su origen en la *Gewere*; característica de la *Gewere* es el goce y utilización de la cosa; ahora bien, sobre esta base de la doctrina, HEUSSLER y SCHUPFER consideran que todas las cosas que son necesarias para el goce y la utilización de otras y, por tanto, necesarias para la existencia de la *Gewere*, se consideran pertenencias.

La categoría de la pertenencia, *Zubehör* domina todo el derecho de cosas dentro del sistema germánico, donde falta el concepto de parte o *pars* típico del Derecho romano; la eficacia jurídica de la pertenencia se determina en que los actos de disposición sobre la cosa principal se extienden a ésta sin necesidad de que se haga expresa mención (8).

Pero cualquiera que sea el origen histórico de la pertenencia, se considera necesaria una pequeña exposición de Derecho comparado del concepto de pertenencia en el BGB y Código Civil italiano de 1942, además del concepto de bienes inmuebles por destino en el Derecho Civil francés.

natural de conceptos ya incluidos en el Derecho romano. Lo que sí está claro es que la fórmula de la pertenencia se encuentra incluida en los documentos medievales.

El libro de RASI nos parece fundamental para el estudio de la pertenencia, tanto de las fuentes legislativas como de los formularios. En la página 97 de esta obra señala cómo los notarios habían resuelto los problemas que planteaba la venta de las fincas con sus pertenencias en sus aspectos prácticos.

(8) ANDREOLI: *Le Pertinenze*, Padova, 1936, pág. 68. El concepto de pertenencia es muy amplio. En el Derecho germánico se define este concepto en la obra de PLANITZ: *Principios de Derecho Privado germánico* (traducida por C. MELÓN, pág. 96, Barcelona, 1957), que define las pertenencias como cosas independientes que están destinadas al servicio de otra principal.

ARNDTS y SERAFINI: *Trattato delle Pandette*, 1874, tomo I, pág. 87. Después de definir las pertenencias señalan que la relación de pertenencias puede ser de inmueble a inmueble, de mueble a mueble y entre inmuebles y muebles. Lo que no puede ser pertenencia de una cosa son los derechos. HAAB (*Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, arts. 641-645, pág. 89) hace constar que los derechos no pueden ser pertenencia de una cosa, ni una cosa puede ser pertenencia de un derecho.

FERRINI (*obra citada*, pág. 224) señala cómo los bienes inmuebles pueden tener como pertenencia otros bienes inmuebles... En este sentido, ARNDTS y SERAFINI: *Obra citada*, pág. 87. El texto en que se basa es de SCAEVOLA (D-8-5-20). RICCOBONO, citado por BONFANTE (*obra citada*, pág. 175, nota 3), dice que el concepto de pertenencia de un inmueble a otro inmueble no es de la *jurisprudencia clásica*, sino que está presente por vez primera en la compilación de JUSTINIANO. En nuestro Derecho actual téngase en cuenta la Ley de Propiedad Horizontal y el artículo 396 del Código Civil. En el régimen de propiedad corresponde a cada dueño: a) un derecho singular y exclusivo de propiedad, y b) la copropiedad sobre los restantes elementos—pertenencias—y servicios comunes.. Hay que tener en cuenta el concepto de anejo del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, como garaje, buhardilla y sótano, que vienen a ser como pertenencias inmuebles de un piso.

III

CODIGO CIVIL ALEMAN

LANGE dice que no hay en el Derecho alemán BGB una definición de parte esencial *Bestandteil*, y sí hay una de pertenencia, *Zubehör*. Parte esencial pueden ser bienes muebles, inmuebles y derechos; en cambio, pertenencia sólo pueden ser las cosas muebles, artículo 96 BGB.

El artículo 93 BGB señala cómo las partes integrantes de una cosa no pueden separarse sin que una u otra se destruyan o sean modificadas en su esencia; por otra parte, el concepto de pertenencia es definido en BGB, artículo 97, como cosa mueble que sin ser parte integrante de la principal está destinada a servir a la finalidad económica de ésta, y está situada en ella en una especial relación para este destino. Una cosa no es pertenencia si el tráfico jurídico no la considera como tal (9).

Las condiciones para que una cosa sea pertenencia son, según LEHMANN, las siguientes:

1.^a La existencia de dos cosas, una principal y otra accesoria; la cosa accesoria ha de ser mueble.

2.^a La cosa accesoria es corporalmente independiente y no debe ser parte integrante de la principal.

3.^a La pertenencia ha de estar en una relación espacial con la cosa principal que corresponda a su destino.

4.^a Aun cuando concurren estas circunstancias no será pertenencia una cosa si el tráfico jurídico no la considera como tal.

Con estos datos queda delineado el concepto de pertenencia en el BGB (10).

(9) LANGE: *Allgemeiner Teil*, Berlín, 1966, pág. 207. STAUDINGER (*Kommentar zum B. G. B.*, Berlín, 1957, pág. 468) señala que sólo las cosas muebles pueden ser pertenencias, nunca las inmuebles. El concepto de pertenencia requiere tres caracteres: 1. El destino de una cosa mueble a la finalidad económica de una cosa principal. 2. Que hay una relación de espacio entre las dos cosas. 3. Que se considere como pertenencia dentro de la concepción del tráfico jurídico. Sobre este concepto, ENNECERUS-KIPP-WOLFF, traducido por PÉREZ y ALGUER, 39 edición, Barcelona, 1953, vol. 1, pág. 564, y LEHMANN: *Tratado de Derecho Civil*, traducido por J. M. NAVAS, Madrid, 1956, pág. 557.

(10) Artículo 93 del B. G. B. Las partes integrantes de una cosa, que no pueden separarse sin que una u otra se destruyan, o sea, modificada en su esencia (partes integrantes esenciales), no pueden ser objeto de derecho singulares. Artículo 96 B. G. B.: Los derechos que estén unidos con la propiedad valen como partes integrantes de la misma. En el Código Civil español en materia de servidumbres. Artículo 504: Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen

IV

CODIGO CIVIL ITALIANO

No sólo el BGB es el texto legal que ha recogido el concepto de pertenencia; también lo ha hecho el Código Civil italiano de 1942, que define la pertenencia en el artículo 817 y que ahora vamos a exponer (11).

El Derecho consuetudinario francés, el Código Civil italiano derogado y el español, como veremos, han descuidado el concepto de pertenencia y han elaborado dentro de la clasificación de bienes inmuebles la categoría de éstos por destino. El problema que se planteaba el Código Civil italiano, como dice BRONDI, es hasta qué punto debían considerar como cosas inmuebles una serie de elementos que siendo bienes muebles estaban destinados por el propietario al servicio de la explotación que se hacía en un bien inmueble.

La categoría de pertenencia señalada en el Código Civil italiano suple la eliminación del concepto de bienes inmuebles por destino. El artículo 817 define la pertenencia como las cosas destinadas de una manera duradera al servicio u ornamento de otra cosa.

El Código Civil italiano de 1865 señalaba en su texto legal la categoría de los bienes inmuebles por destino, que estaba tomada del Código Civil francés; el moderno Código de 1942 elimina este concepto de bienes inmuebles por destino y establece y define la pertenencia en el artículo 817, regulando su régimen jurídico en los artículos 818 y 819 del Código Civil de 1942 (12).

Aunque no vamos a examinar aquí toda la problemática de la pertenencia en el actual Derecho Civil italiano, señalamos como datos esenciales, según MESSINEO, que existe pertenencia cuando una cosa accesorio (los derechos no son materia de pertenencia) que es mueble está destinada de una manera duradera al servicio o al ornamento de otra cosa principal, que puede ser bien mueble, como la nave, o bien inmueble.

(11) BRONDI: *Obra citada*, pág. 190. MESSINEO: *Manuale D. Civile e Commerciale*, 1957, vol. 1, pág. 403. BARBERO: *Sistema D. Privato*, Utet., 1965, volumen I, pág. 242. DE MARTINO: *Commentario C. Civile Scialoja-Branca*, artículos 810-856, págs. 36 y siguientes. BARASSI: *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por R. GARCÍA DE HARO y M. FALCÓN, vol. I, pág. 143. TRABUCCHI: *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por MARTÍNEZ CALCERRADA, 1967, página 411.

(12) RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, traducido por SERRANO SÚÑER y SANTACRUZ, Madrid, tomo I, pág. 509. FERRARA: *Trattato D. Civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, pág. 824.

En la dogmática italiana se ha planteado el problema si un inmueble puede ser pertenencia de otro inmueble. MESSINEO lo considera dudoso y ve que, según la tradición jurídica, el bien inmueble suele ser la cosa principal, mientras la pertenencia es generalmente un mueble. El Código Civil, como dice DE MARTINO, no ha resuelto la cuestión de si un inmueble puede ser pertenencia de otro inmueble; la cuestión es resuelta, en general, en sentido negativo, pero no faltan opiniones opuestas. BIONDI señala cómo en la relación de pertenencia la cosa principal puede ser un bien inmueble o un bien mueble, pero lo que no está claro es si un bien inmueble puede ser pertenencia, es decir, cosa accesoria y estar destinada al servicio de otro bien inmueble, que es la cosa principal; en el Derecho romano, indica BIONDI, existían pertenencias que eran bienes inmuebles y que estaban destinadas al servicio de otro bien inmueble. El artículo 817 no dice nada sobre esta cuestión, pero excluir la existencia de pertenencia que sean bienes inmuebles significa, como dice BIONDI, no darse cuenta de las exigencias prácticas que el instituto de la pertenencia intenta mantener; cabe, como señalaba este autor, que una cochera o almacén aparezcan como pertenencia de un bien inmueble, considerado éste como cosa principal.

V

LOS BIENES INMUEBLES POR DESTINO EN EL CODIGO CIVIL FRANCES

La teoría de los bienes inmuebles por destino va apareciendo a través de una serie de autores, D'ABLEIGES y BOUTELLIER; es formulada de una manera más clara por GUY COQUILLE, y es sistematizada por POTHIER, que señala las lagunas legales que sobre esta materia existían (Ordenanza de 1667 y 1747) (13).

(13) La obra de D'ABLEIGES, BOUTELLIER y COQUILLE es expuesta en la obra de VIOLLET: *Histoire Droit Civil française*, París, 1905, págs. 220 y siguientes. Sobre la distinción entre bienes muebles e inmuebles en el Derecho francés, BRISSAUD: *Manuel d'Histoire Droit Privé*, pág. 203. En el Derecho francés existe la distinción entre bienes muebles e inmuebles, aunque en el derecho consuetudinario existe una categoría de bienes que no pueden clasificarse entre los muebles y los inmuebles: son los *cateux* (catalla). BOURLIAC y MALAFOSSE: *Derecho romano y francés histórico*, traducido por M. FAIRÉN, Barcelona, 1960, página 43.

Los inmuebles por destino están regulados en el Código Civil francés, principalmente los artículos 522, 524, 525; antes de entrar en el examen del Derecho español señalaremos brevemente el sistema de la clasificación de los bienes inmuebles en el Derecho francés.

Sobre la sistemática del Código Civil francés, la doctrina distingue entre bienes inmuebles por destino, bienes inmuebles por naturaleza y bienes inmuebles por declaración y derecho inmobiliarios por su objeto; señalaremos solamente los datos necesarios en virtud de los cuales un bien mueble se convierte en un bien inmueble por destino, siguiendo la obra de PLANIOL RIPERT Y PICARD.

1.º El bien inmueble y el mueble pertenecen a la misma persona. Según los textos del Código Civil francés, artículos 522, 524 y 525, es el propietario o su representante o bien un copropietario con el consentimiento de los otros quienes han colocado un bien mueble de su propiedad en un bien inmueble, también de su propiedad, para el servicio y explotación de este bien inmueble.

2.º Para que un bien mueble se convierta en inmueble hace falta una relación de destino del bien mueble hacia el inmueble, y esta relación de destino puede ser realizada de dos formas diferentes.

Afectación del bien mueble al servicio de un inmueble. Se trata de una noción de orden económico la que interviene aquí; se revela exteriormente porque los bienes muebles están colocados en uno inmueble; para la explotación de este bien inmueble hay, pues, como vemos, un destino económico.

Colocar bienes muebles en un inmueble de una manera perpetua. Se convierten en bienes inmuebles por destino los objetos que el propietario ha unido al inmueble de una manera perpetua; aquí no hay una relación de orden económico, como en el caso anterior, se trata de una unión material; por eso, el artículo 525 considera como bienes inmuebles todo lo que el propietario ha colocado en un inmueble de manera perpetua, y se presume que lo ha colocado de manera perpetua cuando está unido de tal manera que impide que el mueble pueda ser separado sin quebrantarse o deteriorarse o sin romper o deteriorar el bien inmueble al que está unido (14).

(14) PLANIOL RIPERT Y PICARD: *Traité P. Droit Civil français*, tomo III, París, 1952, pág. 74. MAZEAUD Y MAZEAUD: *Leçons Droit Civil*, tomo I, 3.ª edición, 1965, pág. 270.

VI

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

La doctrina española, en el capítulo de la clasificación de bienes y según los textos del Código Civil, ha venido a hacer la siguiente clasificación (15):

1.º Bienes inmuebles por naturaleza o incorporación, que es el suelo y todo lo que a él se ha incorporado, artículo 324, 1-2-3-8, del Código Civil. Es importante para nuestro tema el artículo 334, 3, del Código Civil, que establece la regla general y considera como un bien inmueble todo lo que está unido a un inmueble de una manera fija, de tal suerte que no puede separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

2.º Bienes inmuebles por destino son, en general, los bienes muebles al servicio de otro inmueble; los señala el artículo 334, 4-5-6-7-9, del Código Civil. Por ser objeto de este trabajo, tengamos en cuenta especialmente el artículo 334, 5, del Código Civil, cuando dice que son inmuebles las máquinas, bajos instrumentos y utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad y que directamente concurren a satisfacción las necesidades de la explotación misma.

3.º Bienes inmuebles por analogía lo son las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, artículo 334, 10, del Código Civil (16).

(15) ALBALADEJO: *Derecho Civil. Parte General*, Barcelona, 1970, pág. 396. SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1889-90, página 501) considera como bienes inmuebles por naturaleza los que indican los artículos 334-1 y 8 del Código Civil. Bienes inmuebles por incorporación los que señala el artículo 334-1 en parte y 2-3-4-6. Bienes inmuebles por destino los del artículo 334-5-7-9, y bienes inmuebles por analogía: CASTÁN: *Derecho español Civil, Común y Foral*, tomo I, Madrid, 1943, pág. 267. DÍEZ PICAZO: *Obra citada, Derecho de Cosas*, pág. 64.

(16) LALINDE (*Iniciación histórica del Derecho español*, Barcelona, 1970, página 638) indica cómo la distinción entre bienes muebles e inmuebles en el Derecho romano se desarrolla en la alta Edad Media por la importancia económica de la tierra, que es el bien inmueble por excelencia, ya que es el núcleo del patrimonio y disfruta de estabilidad al ser transmitida por las formas del derecho sucesorio. "A la tierra—dice LALINDE—se le agregan en calidad de pertenencias los elementos que le sirven económicamente." Sobre este concepto de pertenencias en el derecho medieval español véase VALDEAVELLANO: *Bienes muebles e inmuebles en el derecho español medieval*, "Cuadernos de Historia de España", Buenos Aires, págs. 112 y 114. MORATO: *Derecho Civil español*, Valladolid, 1868, tomo I, pág. 224. Advierte MORATO que entre las cosas inmue-

En el Código Civil español, la doctrina considera, como hemos visto, como bienes inmuebles por destino los supuestos señalados en el artículo 334, 4-5-6-7-9, del Código Civil; pero vamos a hacer el análisis del artículo 334, 5, que es el objeto de este tema; los requisitos para que la maquinaria se considere bien inmueble son los siguientes:

1.º a) Que se trate de un bien mueble por naturaleza. El artículo 334, 5, se refiere exclusivamente a máquinas, vasos, instrumentos y utensilios. Bienes muebles por naturaleza son aquellos (art. 335 del Código Civil) que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa a la que estuvieron unidos (17).

b) Bien inmueble por naturaleza. Esta condición también está recogida en el artículo 334, 5, del Código Civil, en cuanto indica que las máquinas, vasos, instrumentos y utensilios estén destinados por el propietario de la finca para la explotación que se realice en la misma.

c) Que el bien mueble, maquinaria, y el bien inmueble, edificio, pertenezcan en propiedad a la misma persona (18). Este requisito de que el bien inmueble y la maquinaria, a que se refiere el artículo 334, 5, del

bles hay que considerar las que están destinadas al uso perpetuo de un inmueble, aunque en sí sean cosas muebles. FERNÁNDEZ ELÍAS (*Derecho Civil español*, página 381), considera como bienes inmuebles por destino las cosas muebles que estén adheridas a las inmuebles, de tal forma que separadas no prestan utilidad. GUTIÉRREZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, Madrid, 1881, tomo II, pág. 10) considera como bienes inmuebles por destino aquellos que sirvan de uso permanente a un inmueble.

(17) ALBALADEJO (*obra citada*, pág. 335) clasifica los bienes muebles en: 1.º Bienes muebles por naturaleza, que son los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que están unidos (artículo 335 del Código Civil). 2.º Bienes muebles por analogía. Los bienes inmateriales y los derechos reales sobre cosas muebles (art. 334-10 del Código Civil). 3.º Bienes muebles por exclusión (art. 335 del Código Civil). Todos los bienes susceptibles de apropiación no comprendidos en el artículo anterior.

(18) La doctrina francesa ha mantenido el criterio que en los bienes inmuebles por destino la cosa inmueble y la cosa mueble han de pertenecer en propiedad a la misma persona. Así, PLANIOL RIPERT y PICARD: *Obra citada*, tomo III, pág. 82. MAZEAUD y MAZEAUD: *Obra citada*, tomo I, pág. 221. DE PAGE (*Traité E. Droit Civil belge*, tomo V, 1952, pág. 604) indica que de los artículos del Código Civil y por la jurisprudencia se han mantenido el criterio de que para que un bien mueble se convierta en un bien inmueble por destino es necesario que ambos pertenezcan a la misma persona en propiedad. ANDREOLI (*obra citada*, pág. 172) señala que esta opinión no es compartida por toda la doctrina. En la doctrina alemana, KHOLER considera que la cualidad de pertenencia sólo se da cuando la cosa inmueble y la pertenencia pertenecen en propiedad a la misma persona.

Pero este criterio no es seguido por REGELSBERGER y DERNBURG. El BGB no dice nada respecto a esto, y el criterio de que no hace falta identidad de propietarios es mantenido por GIERKE y COSACK. En la doctrina italiana el criterio es que la cosa principal, que es el inmueble, y la accesorio, que es el mueble, pertenezcan a la misma persona. FERRARA: *Obra citada*, pág. 781.

lo 334, 5, del Código Civil hace que dicho texto legal pueda aplicarse a las explotaciones industriales, agrícolas y comerciales (22).

De todo este análisis de los bienes inmuebles por destino en el Derecho español, aunque concretado el artículo 334, 5, del Código Civil, y de los antecedentes examinados podemos ya intentar una explicación de la relación que existe entre pertenencia y bien inmueble por destino.

La doctrina no ha sido muy clara. CASTÁN (23) dice que los bienes inmuebles por destino son los que la doctrina alemana llama pertenencia. ESPÍN recoge la opinión de PÉREZ Y ALGUER de que la doctrina española no conoce el concepto de pertenencia por este nombre y sí con el de bienes inmuebles por destino apoyándose en el artículo 334, 4-5-6-7-9, del Código Civil.

La pertenencia es un concepto más amplio, pues, como dice ARNDTS Y SERAFINI, consiste en una relación de una cosa a otra en virtud de un destino. Tal relación de pertenencia puede darse de mueble a inmueble, de bien inmueble a inmueble y de bien mueble a mueble; en todas estas relaciones hay siempre una cosa principal y otra accesoria (24).

La pertenencia requiere, como dice Díez PICAZO (25): 1.º La unión de una cosa mueble a un inmueble, ya que en el Derecho español, como indica este autor, no hay más figuras de pertenencia que las que se dan entre cosas muebles en relación con un bien inmueble. 2.º Que la unión se hace mediante un acto de destino del propietario y sólo éste puede convertir una cosa en pertenencia de otra para destinarla a su servicio. 3.º El destino consiste en un servicio permanente de la cosa mueble en favor del inmueble, que es lo principal.

Por tanto, la pertenencia creemos es el género, y el bien inmueble por destino, la especie; cuando la relación de pertenencia se da entre un bien mueble que se pone al servicio de una cosa principal que es inmueble, este bien mueble, en nuestro caso la maquinaria, se convierte en un bien inmueble por destino, según el artículo 334, 5, del Código Civil.

(22) PÉREZ Y ALGUER: *Obra* y tomo citado, pág. 571. DE BUEN: *Obra* y tomo citado, pág. 67. SÁNCHEZ ROMÁN: *Obra* y tomo citado, pág. 483. PLANIOL RIPERT Y PICARD: *Obra* y tomo citado, pág. 83. La cosa mueble puesta al servicio del inmueble debe ser necesaria para la explotación que se haga en el inmueble, pero no es necesaria que la afectación sea perpetua.

(23) CASTÁN: *Obra* y tomo citado, pág. 268. ESPÍN: *Manual de Derecho Civil español*, tomo I, Madrid, 1968, pág. 357. CASTRO: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág. 49.

(24) *Obra citada*, tomo I, pág. 87.

(25) *Obra citada*, pág. 60. En contra, ALBALADEJO: *Obra citada*, pág. 403.

VII

NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO DEL DESTINO

En el artículo 334, 5, del Código Civil se requiere que la maquinaria, vasos, instrumentos y utensilios estén destinados por el propietario de la finca a la explotación que se realice en la misma. Lo que vamos a examinar ahora es la naturaleza jurídica de este acto de destino.

El destino es un negocio jurídico, que consiste, como dice FERRARA, en un acto de voluntad del propietario, que no se expresa en palabras, pero que se hace por medio de hechos, por los cuales una cosa es puesta al servicio de otra (26).

Dentro de la teoría del negocio jurídico, para DE PAGE (27) se trata de un acto o negocio jurídico de administración; para este autor, el colocar un bien mueble, en el caso de nuestro examen, la maquinaria, al servicio de un inmueble es un típico acto de administración y esto se puede decir, ya que tiene por objeto la explotación del bien inmueble para obtener fruto o rendimiento de dicha explotación instalada en un bien inmueble.

La doctrina alemana ha considerado que el acto de destinar un bien mueble al servicio de un bien inmueble es jurídico, y en este sentido, STAUDINGER señala que el acto de destino, *Bestimmung*, de una cosa al servicio de otra principal no es un negocio jurídico, sino una actividad. Para el Derecho español creemos válido que se trata de un acto de administración, y esto será importante tener en cuenta respecto a las facultades que el marido tiene para administrar los bienes gananciales (artículo 1.412 del Código Civil), así como los derechos que la mujer tiene sobre sus bienes parafernales (arts. 1.382 y 1.384 del Código Civil) (28) y (29).

(26) FERRARA: *Obra citada*, pág. 781.

(27) DE PAGE: *Obra citada*, tomo V, pág. 605.

(28) CASTÁN: *Obra citada*, tomo I, pág. 292. ALBALADEJO: *Obra citada*, página 420. VON THUR: *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1947, tomo III-I, pág. 117. ENNECERUS: *Obra citada*, tomo II, pág. III. *Rechthandlung* es acto jurídico. Sobre esto, STAUDINGER: *Obra citada*, pág. 471. HAAB: *Obra citada*, pág. 95.

(29) CASTRO: *Negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, volumen X, 1967, pág. 29. El término negocio jurídico es la traducción del alemán de la palabra *Rechtsgeschäft*, que es una creación de la dogmática del siglo XIX. Por el contrario, la doctrina francesa no ha aceptado el concepto de negocio jurídico, y siguiendo a GROCIO y a DOMAT emplean el término de acto jurídico. En la doctrina española será CASTÁN el que hará que se use el término de negocio jurídico. La doctrina francesa define el acto jurídico de una forma muy similar a lo que se considera en la española como negocio jurídico.

El acto de destino es jurídico (30); para ENNECERUS se trata de un acto jurídico, es decir, de una actividad cuyos efectos jurídicos serán *ex lege* y no *ex voluntate*, y dentro de los actos jurídicos, se trata de un acto jurídico con efecto real. En estos casos, la ley establece el efecto jurídico sin tener en cuenta la voluntad del sujeto, y dentro de estos actos están precisamente los de destino de un bien mueble al servicio de un bien inmueble.

En el capítulo anterior hemos analizado los supuestos en virtud de los cuales, y sobre la base del texto legal del artículo 334, 5, del Código Civil, la maquinaria se convertía en un bien inmueble por destino. Ahora hemos de ver aquellos casos en los cuales la maquinaria, que se ha colocado en un bien inmueble, se convierte en parte integrante de él, por darse los supuestos que señala el artículo 334, 3, del Código Civil.

VIII

LA MAQUINARIA COMO BIEN INTEGRANTE DE UN INMUEBLE Y COMO BIEN INMUEBLE POR DESTINO

La doctrina española nos señala como inmueble por naturaleza e incorporación los supuestos del artículo 334, 3, del Código Civil; todo lo que está unido a un inmueble de una manera fija, de tal suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

Las cosas mueble que se unen a un bien inmueble, en los términos que indica el artículo 334, 3, del Código Civil, forman parte integrante de dicho bien inmueble, y las partes integrantes, como dice DÍEZ PICAZO, constituyen una unidad real con la cosa a la que están unidas y se someten al mismo régimen jurídico de ellas (31).

MAZEAUD Y MAZEAUD (*obra* y tomo citado, pág. 283) considera como hecho jurídico todo acontecimiento que modifique una situación jurídica, pero sin que este resultado haya sido querido, y considera que es acto jurídico una manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho. No hay que confundir—como dice MAZEAUD—el acto jurídico que se acaba de definir (*negotium*) con el acto jurídico tomado como instrumento de prueba (*instrumentum*).

(30) STAUDINGER (*obra* y tomo citado, pág. 471) considera que el acto por el cual un bien mueble se pone al servicio de un inmueble no es un negocio jurídico; no se trata de un acto de disposición, sino de un acto jurídico.

(31) ALBALADEJO: *Obra citada*, tomo I, pág. 375. CASTÁN: *Obra citada*, tomo I, pág. 268. DÍEZ PICAZO: *Obra citada*, pág. 58.

Planteados estos conceptos básicos, veamos cuándo la maquinaria está unida a un bien inmueble formando parte integrante de él, por darse los supuestos que indica el artículo 334, 3, del Código Civil, o cuándo la maquinaria constituye solamente un bien inmueble por destino, por encontrarse dentro de la situación que regula el artículo 334, 5, del Código Civil, y las consecuencias jurídicas que se dan en uno y otro caso.

La diferencia jurídica de los bienes inmuebles por incorporación y de los bienes inmuebles por destino podemos concretarla de la siguiente forma:

La incorporación de una cosa mueble a un inmueble, en los términos del artículo 334, 3, del Código Civil, produce una unión material; lo incorporado en el caso de este examen, la maquinaria, se convierte en parte integrante del inmueble donde está instalada y produciendo una transmisión de propiedad (art. 358 del Código Civil); la maquinaria pertenece al dueño del inmueble del que forma parte integrante y las relaciones jurídicas se rigen por el artículo 360 del Código Civil (32) y (33).

En el Derecho italiano BIONDI (34) señala cómo se ha discutido cuándo la maquinaria llega a ser parte integrante del inmueble o cuándo es pertenencia de dicho inmueble, y en ese caso es necesario distinguir: si el edificio está construido como fábrica, de tal manera que no puede servir para otro uso, o no puede entenderse completo y en funcionamiento sin la existencia dentro de él de la maquinaria; entonces, dice BIONDI, la maquinaria forma parte integrante del inmueble.

Si, por el contrario, el edificio puede servir para otros usos, la maquinaria sólo es una pertenencia de éste. FERRARA señalaba cómo también esta cuestión era debatida; la tesis de FERRARA es que si el inmueble está hecho de tal forma que se destina a recibir un tipo especial de maquinaria, la máquina es considerada como parte integrante de dicho inmueble; pero cuando la maquinaria es posible de transportar y no está en conexión con la estructura del edificio, o dichas máquinas son adaptables a otros edificios industriales, la maquinaria aparece entonces como una pertenencia.

ENNECERUS señala que, de acuerdo con el BGB, artículos 93 y 94, la máquina unida al edificio de una fábrica es parte integrante del mismo cuando no es posible retirarla sin destruir éste o ella misma o sin

(32) DE BUEN: *Obra citada*, tomo II-2, pág. 69.

(33) Como dato histórico en el derecho medieval se produce una cuestión jurídica sobre la calidad de bienes muebles e inmuebles de la maquinaria de los molinos. Sobre esta cuestión, GLUCK: *Commentario Alle Pandette*, libro I. Traducción y notas de C. FERRINI, pág. 759. También un estudio sobre esta materia en WINDSCHEID: *Obra citada*, tomo I-2, pág. 564. Notas de FADDA y BENSA.

(34) BIONDI: *Obra citada*, pág. 303.

que se perjudiquen gravemente ambos. HAAB señala cómo es parte integrante de un inmueble cuando, desde un punto de vista económico, forma una unidad con él. Ahora bien, se pregunta HAAB, ¿cuándo existe tal unidad? Para él, cuando la separación lleva consigo destrucción, daño o alteración. Así como los conceptos de destruir o dañar una cosa son claros, es conveniente precisar el concepto de alteración. Hay alteración, dice HAAB, cuando la esencia de la cosa es modificada, y ello se da cuando hay una alteración en el valor de uso o en el de cambio de la cosa, es decir, en el caso de nuestro examen, cuando haya variación en el valor de uso o cambio de la maquinaria unida a un inmueble (35).

Podemos considerar esta cuestión también en el Derecho anglosajón. Esta problemática ha sido considerada con el término de *fixtures* (36). *Fixtures* es todo lo adherido a un bien inmueble. En términos generales, *fixtures* se da cuando un bien mueble, *chattel personal*, ha llegado a ser parte de un inmueble. Las decisiones más difíciles en esta materia se dan también en el caso de la maquinaria, porque cuando ella ha sido colocada y construida especialmente para los edificios es *fixtures*; pero si dicha maquinaria colocada puede ser transportada y usada en otros bienes inmuebles, es entonces un bien mueble, *personal property*.

En el Derecho español, el tema ha sido tratado por ROCA SASTRE (37) a propósito del régimen jurídico de la hipoteca, artículos 111, 112 y 113 de la L. H.

1.º La hipoteca se extiende por pacto expreso (art. 111, 1, L. H.) a los objetos muebles que se hallan colocados permanentemente en la finca hipotecada para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin detrimento de la materia o deterioro del objeto. De esta manera, del texto del artículo 111, 1, de la L. H. se deduce la existencia de dos clases de bienes muebles: aquellos objetos muebles que se hallan colocados permanentemente en una finca hipotecada para el servicio de su industria (art. 111, 1, de la L. H., que corresponde al

(35) ENNECERUS: *Obra citada*, tomo I-1, pág. 556. HAAB: *Obra citada*, página 642. STAUDINGER: *Obra citada*, tomo I, pág. 442. SOERGEL y SIEBERT (*obra citada*, tomo I, pág. 334) señalan cómo la maquinaria ha de considerarse como parte esencial de un edificio cuando no se puede separar de él, ya que maquinaria y edificio aparecen como una unidad. TUOR (*Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 1968, pág. 486) señala también esta cuestión de cuando la maquinaria se puede considerar como parte esencial del edificio donde está instalada; según TUOR esto se da en los dos siguientes supuestos: cuando la maquinaria no se puede retirar, sin que el edificio quede destruido o dañado, o cuando separados ambos, el edificio y la máquina, los dos pierden su utilidad.

(36) WYATT y WYATT: *Business Law*, pág. 701. DILLIVOU y HOWARDS: *Principles of Business Law*, pág. 623.

(37) ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, tomo IV, pág. 309.

334, 5, del Código Civil) y aquellos objetos que no pueden separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (art. 111, 1, de la L. H., que corresponden al 334, 3, del Código Civil).

ROCA SASTRE señala cómo en el tema de la hipoteca de un inmueble sobre la maquinaria ya instalada en él se plantea el importante problema de la extensión de dicha hipoteca. ROCA SASTRE, sin otra precisión, determina que se puede aplicar al Derecho español la distinción de la doctrina alemana de considerar que la maquinaria es parte integrante de un inmueble, cuando la una y el otro están conformados recíprocamente, mientras que la maquinaria es pertenencia cuando se trata de instrumentos contruidos en serie con posibilidad de ser sustituidos.

2.º La hipoteca se extiende a ambas clases de maquinaria, tanto la que forma parte integrante del inmueble como la que está en él instalada y se considera un bien inmueble por destino; pero hay una diferencia esencial: la hipoteca recae siempre, es decir, sujeta directamente los bienes sobre lo que se imponen (art. 104 de la L. H.). La hipoteca recae, pues, siempre, y no cabe pacto en contrario, sobre las partes integrantes del inmueble hipotecado y, por tanto, la hipoteca recae directamente sobre la maquinaria que está unida a un inmueble de tal manera que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (art. 111, 1, de la L. H. y 334, 3, del Código Civil). En este caso, la parte integrante, como dice ALBALADEJO, no es una cosa, sino un elemento de la cosa de la que se trata; por eso, la maquinaria, en el caso del artículo 334, 3, del Código Civil deja de ser una cosa mueble para convertirse en parte integrante del inmueble.

Las partes integrantes de un inmueble, dice DÍEZ PICAZO, constituyen una unidad real con la cosa con la que se encuentran unidas y se someten al mismo régimen jurídico de ellas (38).

(38) DÍEZ PICAZO: *Obra citada*, pág. 59. ALBALADEJO: *Obra citada*, página 403. PÉREZ Y ALGUER (*obra citada*, tomo I-1, pág. 536) dice que aunque el Derecho español menciona el concepto de parte integrante en los artículos 334-1, 2 y 3, no se puede formar sobre la base de estos textos un concepto de parte integrante, y, además, no tendría utilidad al faltar una norma como la del artículo 93 de BGB. HERNÁNDEZ GIL: *Dictámenes*, tomo I, Madrid, 1968, página 67. Dice este autor: "En el supuesto del artículo 334-3 la unidad es completa; los bienes muebles incorporados al bien inmueble pierden la condición de bienes muebles y se consideran como partes integrantes del bien inmueble. En el supuesto del artículo 334-5 lo que cuenta para que el bien mueble, la maquinaria, se convierta en bien inmueble es el destino económico común. Estas cosas muebles, incorporadas a un inmueble en la forma que determina el artículo 334-5 del Código Civil, no son partes integrantes de inmueble, sino pertenencias, como dice la doctrina alemana, o bienes accesorios, según la técnica del Código Civil español."

HERNÁNDEZ GIL resume así esta cuestión: En el supuesto del artículo 334, 3, del Código Civil, la unidad es completa, los bienes muebles incorporados pierden su condición de tales bienes muebles convirtiéndose en partes integrantes de un inmueble. En los supuestos del artículo 334, 4-5, del Código Civil, lo que cuenta es la voluntad del propietario de unir o destinar una cosa mueble al servicio de un inmueble o una finalidad de explotación de dicho inmueble. Estas cosas muebles destinadas al servicio de un inmueble no forman parte integrante de él, sino que son lo que la doctrina alemana llama pertenencia, y en la técnica del Código Civil español se consideran como cosa accesorio (39).

Así, pues, este bien mueble que es la maquinaria, cuando forma parte integrante de la finca, porque se encuentra en la situación señalada en el artículo 334, 3, del Código Civil, siempre es hipotecada juntamente con el inmueble y no cabe pacto en contrario que la excluya; pero cuando dicha maquinaria se encuentra destinada al servicio de un bien inmueble, en la forma que determina el artículo 334, 5, del Código Civil, es necesario, para que quede hipotecada juntamente con el inmueble, pacto especial que la incluya (art. 111, 1, de la L. H.) (40).

Como señala GULLÓN (41), no ha pasado desapercibido a la Ley de Hipoteca Mobiliaria (L. H. M.) lo que era campo propicio para la colisión entre la Ley Hipotecaria y la Ley de Hipoteca Mobiliaria. Hay que tener en cuenta que la colisión de esta materia nace en el terreno de las pertenencias y de los bienes inmuebles por destino. Cuando se trata de maquinaria que forme parte integrante del inmueble, por darse el caso del artículo 334, 3, del Código Civil, no hay problema de coli-

(39) ALBALADEJO (*obra citada*, pág. 403) considera cómo el Código Civil determina que es cosa accesorio la que está unida a otra para su adorno, uso o perfección; si no puede determinarse así, se reputa principalmente la de mayor volumen (arts. 376 y 377 del Código Civil). Tal doctrina para ALBALADEJO es errónea, ya que la determinación de lo que es principal y accesorio se considera por la relación que una cosa tiene con otra. HERNÁNDEZ GIL: *Obra citada*, página 67.

(40) ALBALADEJO: *Obra citada*, pág. 395. Señala la Jurisprudencia sobre este punto (STS 18-III-1961): "Los inodoros, radiadores, bañeras y tuberías exteriores, desde el momento en que se inmovilizan por unión a un inmueble, pierden su naturaleza peculiar y adquieren la consideración jurídica de inmuebles por incorporación (art. 334-1-2-8). Es también inmueble por incorporación la maquinaria adherida, de tal manera que forma parte integrante de un inmueble (STS 3-I-1905). Es inmueble por incorporación un pozo abierto en el campo y la maquinaria a él incorporada de modo permanente para la extracción de agua."

(41) GULLÓN: *Cuestiones de preferencia en la LHM y la P sin D*, "Anuario de Derecho Civil", XVII-4, pág. 781. COSSIO: *El sistema registral mobiliario*. Centenario Ley Notariado, vol. II, pág. 440. GÓMEZ ACEBO: *Hipoteca de establecimiento mercantil*, "Revista de Derecho Mercantil", núm. 55, pág. 521.

sión, ya que si se hipoteca el inmueble, la maquinaria queda hipotecada y no cabe pacto en contrario. Y si se hipoteca un establecimiento mercantil, la L. H. M. sujeta, salvo pacto en contrario, la maquinaria, según el artículo 21, b), de la L. H. M.; pero solamente queda hipotecada la maquinaria que tiene la condición de pertenencia, es decir, que se encuentra en los términos que señala el artículo 334, 5, del Código Civil. Todos los bienes muebles que formen parte integrante del inmueble, según el artículo 334, 3, del Código Civil, quedan excluidos de la hipoteca mobiliaria.

Si la primera hipoteca fuese sobre el inmueble y, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 111 de la L. H. P., se entiende comprendidos dentro de dicha hipoteca la maquinaria instalada en el inmueble, que reúne las condiciones del artículo 334, 5, del Código Civil, la L. H. M. no ha resuelto este problema. GÓMEZ ACEBO señala que la hipoteca mobiliaria sobre la maquinaria en este caso no será válida por aplicación del artículo 2 de la L. H. M., que dice no podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes que ya estén hipotecados; ahora bien, esto es a condición de que dichos bienes muebles estén instalados en el inmueble y no se haya roto la relación de pertenencia. En contra, VIOLA, que señala que si hay una hipoteca inmobiliaria, en el caso del artículo 111 de la L. H., que comprende los bienes muebles, la separación de la maquinaria autoriza al acreedor hipotecario para ejercitar la acción de devasación del artículo 117 de la L. H.

GULLÓN y COSSÍO estiman que si la hipoteca sobre bienes inmuebles alcanza a la maquinaria, conforme al artículo 111, 1, de la L. H., cualquier desafectación de ésta y posterior hipoteca dentro de los términos de la L. H. M. produciría el supuesto de identidad de los bienes una responsabilidad criminal (art. 1.862 del Código Civil).

Cuando la primera hipoteca sea mobiliaria, el supuesto se regula en el artículo 75 de la L. H. M., que señala que en el caso de hipoteca de un establecimiento mercantil, y cuando en dicho establecimiento exista maquinaria, se hará constar la constitución de dicha hipoteca al margen de la inscripción de la finca o bien inmueble donde está instalado dicho establecimiento. Extendida dicha nota marginal, esta hipoteca será preferente respecto a dichos bienes, a cualquier hipoteca posterior o garantía que se inscriba.

IX

ASPECTOS NOTARIALES Y FISCALES DEL ARTICULO 334, 5,
DEL CODIGO CIVIL

La escritura de obra nueva presupone la existencia de una finca inmatriculada, respecto de la cual interesa que conste en el Registro de la Propiedad construcciones, plantaciones o mejoras correspondientes. LA RICA señala que cuando la declaración de obra nueva se hace constar como título inscribible por sí solo, entonces la forma es la escritura pública, ya que se trata de una declaración unilateral de voluntad, que produce efectos respecto de terceros (Resoluciones de 3 de enero y 20 de mayo de 1928) (42).

Con estos datos sobre la escritura de obra nueva ya podemos examinar los aspectos notariales e hipotecarios que se plantean en los casos en que el dueño de un inmueble destina maquinaria de su propiedad para ser instalada en el mismo con la finalidad de realizar una explotación en dicha finca.

Como hemos visto, según el artículo 208 de la L. H. y 308 del R. H., se refiere a plantaciones, mejoras y edificios; son las plantaciones, mejoras o edificios bienes inmuebles por incorporación, conforme al artículo 334, 1-2, del Código Civil.

Esto resuelve la cuestión. La escritura de obra nueva es sólo para hacer constar que en un bien inmueble se han efectuado construcciones de edificios, mejoras o plantaciones; en definitiva, se hacen constar en la escritura de obra nueva partes integrantes de un bien inmueble, que es todo lo que no puede separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto (art. 334, 3, del Código Civil). Como partes integrantes, las plantaciones, los edificios y las mejoras dejan de ser cosas independientes, pierden su individualidad y se convierten en bienes inmuebles por naturaleza o incorporación; las partes integrantes constituyen una unidad real con la cosa y están sometidas a su mismo régimen jurídico (art. 111, 1, de la L. H.) (43).

(42) ROCA SASTRE: *Obra citada*, tomo II, pág. 83. CHICO Y BONILLA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pág. 84.

(43) SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 254) señala que el supuesto de que se haga la declaración de obra nueva por sí sola deberá constar en escritura pública. La R. D. G. R. de 20 de mayo de 1890 declara que no cabe la declaración de obra nueva por medio de acta. La distinción entre escritura y acta (art. 144 R. Notarial).

La maquinaria está destinada para el servicio de una explotación que se realiza en una finca y basta una disposición jurídica del dueño para dejar de tener el carácter de bien inmueble por destino; así, el artículo 111, 1, de la L. H. señala que por disposición de la voluntad puede quedar fuera, en la hipoteca de un inmueble, la maquinaria como bien mueble.

Cuando la maquinaria no forma parte del inmueble y es un bien inmueble por destino, por darse los impuestos del artículo 334, 5, del Código Civil, no cabe hacer constar este destino por medio de escritura de obra nueva, ya que estas escrituras de obra nueva (arts. 208 de la L. H. y 308 del R. H.) se refieren siempre para bienes que son partes integrantes y que pierden su individualidad (art. 334, 1-2-3, del Código Civil).

La voluntad del propietario de destinar un bien mueble, o sea, maquinaria, al servicio de un inmueble no se podrá hacer por escritura de obra nueva; ahora bien, es necesario, si se quiere hacer constar este destino, una escritura en que se haga constar la declaración de que la maquinaria ya instalada en la finca es destinada por el propietario para la explotación de una industria que se efectúa en la misma, como indica la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 12 de junio de 1964 (44).

Los aspectos tributarios de esta cuestión fueron examinados por la Resolución citada. Se trataba de una escritura de obra nueva en un caso en que se declaraba que una maquinaria estaba instalada en un bien inmueble para la explotación de una industria; se hizo constar esta declaración de destino por medio de escritura de obra nueva. La Resolución citada declaraba acertadamente que no cabía hacer este destino por medio de escritura de obra nueva, sino de escritura en que se declaraba la voluntad de afección de un bien mueble, la maquinaria, al servicio de un inmueble.

De todo esto, la Resolución señalaba que esta escritura no estaba sujeta al impuesto de derechos reales, hoy impuesto sobre transmisiones patrimoniales. A partir de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 no se sujeta a tributación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales la escritura de obra nueva, y este es el criterio que ha seguido el texto refundido de 6 de abril de 1967.

El problema estaba en que, con arreglo al reglamento de impuesto de derechos reales de 1958, estaba sujeta a tributo la declaración de obra nueva, porque presumía la preexistencia de un contrato mixto en ejecución de obras con suministro. La Resolución anteriormente citada de

(44) *Revista de Derecho Privado*, 1965, abril, pág. 328.

12 de junio de 1964 hacía constar que la declaración o destino de una maquinaria afecta al servicio de un mismo mueble no podía describirse y hacerse constar en escrituras de obra nueva y que, por tanto, no estaba sujeta al impuesto de derechos reales, ya que se trataba de una escritura en que se declaraba la voluntad de afectar un bien mueble al servicio de un inmueble; no era realmente una escritura de obra nueva.

La obra nueva tributa hoy solamente por el impuesto de actos jurídicos documentados (art. 100, 1, G), y el número 38 de la tarifa señala que lo hacen por el 0,50 por 100 las primeras copias de escrituras o actas que contengan actos o contratos no sujetos al impuesto sobre sucesiones, tráfico de empresas ni al de transmisiones patrimoniales o aumento de valor cuando tengan por objeto cantidad o cosa valuable (45).

El problema puede plantearse en la determinación de la base de ese impuesto si el valor de la maquinaria o, por el contrario, se toma como base el valor de la maquinaria y del bien inmueble.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ
Notario
Registrador de la Propiedad

(45) CALLE: *Sistema fiscal en España y en el Mercado Común*, Madrid, 1969, pág. 211. FUENTES y ALBIÑANA: *Sistema fiscal español y comparado*, página 303. Examinan la naturaleza de los actos jurídicos documentados.

Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor

SUMARIO: 1. *La venta en garantía*: I) Los orígenes de la figura. II) La venta en garantía como modalidad de negocio fiduciario. III) La venta en garantía en el Derecho español.—2. *La venta en garantía y los procedimientos de ejecución del deudor*: I) La ejecución universal del fiduciario. II) La ejecución del fiduciante.

I

LA VENTA EN GARANTIA

1. *Los orígenes de la figura*

La expresión «venta en garantía» ha adquirido ya carta de naturaleza en nuestra doctrina jurídica. Su origen remoto se encuentra probablemente en la figura romana de la *fiducia* y su antecedente más inmediato es la llamada *transmisión de seguridad* germánica (*Sicherungs-überreignung*). BOEHMER nos describe con toda precisión el alumbramiento de esta última figura jurídica (1). Nos expone cómo el BGB, en sus parágrafos 1.205 y 1.206, optó por desechar la práctica romana de

(1) *El Derecho a través de la jurisprudencia*, ed. esp., con traducción y anotaciones de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1959, págs. 315 y ss., principalmente 319-328.

la pignoración «oculta», en virtud de la cual el deudor sujetaba con el derecho real de prenda no sólo bienes individualizados, sino incluso patrimonios enteros a favor del acreedor, y todo ello sobre la base de un mero acuerdo, sin entrega de la cosa o cosas pignoradas y sin la concurrencia de ningún otro medio de publicidad. Los inconvenientes que esta pignoración clandestina puede representar para el acreedor saltan a la vista: por un lado, en cuanto que la falta de transferencia posesoria hace posible que el deudor haya pignorado con anterioridad los mismos bienes a favor de otro acreedor, que, en consecuencia, resultará preferente en virtud del principio de prioridad. Por otra parte, porque la misma circunstancia de que el deudor pignorante permanezca en la posesión de la cosa pignorada le permite enajenarla a un tercero, con la consecuencia de que si éste se halla asistido de las notas que hacen inatacable su adquisición, el acreedor pignoraticio podrá ver fácilmente frustrada su garantía. Consciente de estas dificultades—dice BOEHMER—, el legislador alemán se aferró firmemente al principio de publicidad e impuso las fórmulas de la entrega al acreedor de la cosa pignorada, cuando se tratase de un bien mueble, y de la inscripción en un Registro público, cuando el bien afecto a la garantía fuese un inmueble.

No obstante, añade el autor alemán, la práctica vino a mostrar en seguida que la pretensión legislativa distaba mucho de las exigencias del tráfico, sobre todo porque la pignoración mobiliaria resultaba casi imposible cuando se trataba de garantizar créditos a largo plazo mediante la entrega de bienes productivos, ya que la desposesión de estos bienes suponía para el deudor la pérdida de elementos a veces fundamentales para su actividad económica y con frecuencia determinantes de su capacidad futura para hacer frente al pago del crédito asegurado.

Fue en este momento, continúa BOEHMER, cuando «el mismo tráfico salió al paso mediante un recurso indirecto, que recuerda curiosamente las tretas de la jurisprudencia romana». Tal recurso consiste, ni más ni menos, en marginar los inconvenientes de la prenda posesoria a través de una fórmula jurídica compleja, que bajo la apariencia formal de un negocio de transmisión encubre realmente una figura de garantía: el deudor declara vender al acreedor un bien por un precio determinado, pero, en realidad, tal precio no existe, sino que corresponde al capital (o al capital más intereses) que el primero adeuda al segundo. La fórmula más habitual suele acompañar a este primer pacto, ordinariamente documentado en escritura pública, otro oculto a modo de «contradecларación» (en documento privado, por ejemplo), en el que se declara la auténtica pretensión de las partes, que es la de proporcionar al acreedor una garantía especial para el cobro de su crédito, y se añade que cuando

éste se haga efectivo, el acreedor venderá de nuevo al deudor la cosa en cuestión, o que el deudor podrá rescatar la cosa mediante el pago de la suma debida. Por otra parte, el «vendedor» no pierde de ordinario la posesión de la cosa enajenada, merced al tecnicismo del *constitutum possessorium*. Con ello se crea una apariencia de continuidad que permite al deudor ostentar externamente su titularidad e inducir a quienes con él contratan a la confianza de que sigue siendo propietario del bien o bienes transmitidos en garantía.

La fórmula alemana de la «transmisión de seguridad» no queda reducida, sin embargo, al único supuesto de la venta. Alcanza incluso a la cesión de créditos, y aun dentro de éstos, a los que en el futuro pueda adquirir el deudor transmitente (2).

BOEHMER se refiere a la «transmisión de seguridad» como ejemplo típico de creación jurídica *extra legem*. En efecto, es el propio tráfico el que arbitra una figura jurídica nueva, fruto, en parte, de la imaginación y, en parte, de los mismos antecedentes romanos, con el fin de eludir un precepto legal imperativo—el que rechaza la prenda desprovista de traslado posesorio—probablemente incapaz de atender las necesidades de la realidad económica. «Si la fiducia romana—dice—había servido para enriquecer el Derecho rudimentario y pobre de formas de la primera época romana con una nueva institución jurídica exigida por las progresivas necesidades del tráfico, la transmisión de seguridad de nuestro actual Derecho alemán se presenta como una tentativa de ampliar la ya existente y técnicamente depurada figura de la prenda manual, que se mostraba incapaz de atender las tareas que le proponía la práctica de la vida económica...» (3).

La misma doctrina alemana no ignoró, sin embargo, los evidentes peligros que la «transmisión de seguridad» podía deparar. BOEHMER dice que es figura «inquietante» y se hace cargo de los riesgos de su aplicación abusiva (4). De un lado, su montaje técnico, aun siendo teóricamente irreprochable en cuanto descansa en la posibilidad de enajenar una cosa sin llevar a cabo el traslado posesorio, roza peligrosamente el fraude de la ley prohibitiva de la prenda oculta o clandestina. Por otra parte, también desde el punto de vista jurídico, la figura en cuestión se muestra como medio especialmente sospechoso de fraude de los demás acreedores del vendedor en garantía. Desde una perspectiva económica,

(2) DE CASTRO hace un magnífico resumen del alcance que se ha dado en Alemania a la «venta en garantía» en *El negocio jurídico*, 1.^a edición (existe una 2.^a), Madrid, 1967, pág. 430. *Vid.* igualmente BOEHMER, *loc. cit.*, páginas 326-329.

(3) *Op. cit.*, pág. 325.

(4) *Op. cit.*, págs. 326 y 328.

(5) *Op. cit.*, págs. 328 y ss.

en fin, la «transmisión de seguridad» puede servir de apoyo a fórmulas leoninas de garantía, mediante las cuales el acreedor consiga unos medios de aseguramiento del crédito notablemente desproporcionados con su cuantía, hasta poder convertirse en una auténtica esclavitud económica cuando el deudor vende en garantía todo su patrimonio, aun el futuro, perdiendo con ello su autonomía económica. El mismo autor, BOEHMER, nos describe minuciosamente la problemática de la venta en garantía y las precauciones adoptadas por los Tribunales alemanes para evitar su aplicación abusiva.

2. *La venta en garantía como modalidad de negocio fiduciario*

La figura que acabamos de describir constituye un señalado ejemplo de negocio fiduciario. No es necesario extenderse mucho en esta modalidad negocial (6). Tradicionalmente se viene caracterizando en base a dos criterios: la desproporción y la confianza. Desproporción, porque mediante el negocio fiduciario se persigue una finalidad más humilde que la que típicamente resultaría del mecanismo jurídico utilizado. Y confianza (*fiducia*), porque esta actitud psicológica es la que justifica —con o sin otras motivaciones complementarias— la adopción de esta fórmula negocial.

La doctrina distingue dentro del género «negocio fiduciario» dos tipos diferentes, en función de la diversa finalidad perseguida: uno, el que se justifica en formas de favor o complacencia; otro, el que está motivado por razones de seguridad o garantía. Aquél se engloba en la expresión *fiducia cum amico*, y éste, en la de *fiducia cum creditore*. En este momento, dejando al margen la línea doctrinal que en los últimos tiempos se ha manifestado opuesta a la construcción de una doctrina unitaria que reúna los variados supuestos que de ordinario se consideran como negocios fiduciarios, señalemos únicamente que en la venta en garantía parecen reunirse con toda claridad los caracteres constitutivos de la *fiducia cum creditore*. En ella, el deudor trata de asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito mediante una declaración negocial revestida de la forma de una venta. El acreedor declara querer comprar los bienes que el deudor le transmite nominalmente, pero, en realidad, no quiere otra cosa que una seguridad adecuada para su crédito. El precio, como tal, no existe. Por el contrario, su función se atribuye al capital adeudado o, lo que es más frecuente y en cierto sentido razonable, a una

(6) Vid. la completa exposición que del negocio fiduciario hace DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 379-442. La abundante bibliografía allí citada nos exime de otras referencias. Con posterioridad a esta obra, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil (El negocio jurídico)*, Madrid, 1969, págs. 129-135.

cifra superior a dicho capital, que sirva de cobertura suficiente a la cantidad debida más los intereses (7).

Con lo que antecede queda ya dicho que la problemática de la venta en garantía se inscribe en el marco general de la que implica la figura del negocio fiduciario. En este sentido, las cuestiones fundamentales son dos: la naturaleza y estructura de tal negocio y el carácter de la titularidad del fiduciario.

En la solución de ambas no vacila la doctrina que podemos considerar «clásica» en el estudio del negocio fiduciario, la llamada «teoría del doble efecto». Esta concepción se sustenta en dos afirmaciones fundamentales: La primera, que existe una separación total entre los dos negocios constitutivos del complejo fiduciario; un negocio de plena eficacia traslativa del dominio u otro derecho, que pasa así del fiduciante al fiduciario a todos los efectos y con todas las consecuencias, y otro negocio de carácter obligacional, por el que el fiduciario se compromete a cumplir la finalidad propuesta. La segunda aseveración se desprende de la anterior y mantiene que la titularidad del fiduciario es plena y definitiva, tanto frente al fiduciante cuanto frente a terceros, sin distinguir entre éstos los de buena o mala fe.

A las mismas consecuencias conduce la dirección doctrinal, dentro de esta teoría del doble efecto, que entiende que el negocio fiduciario

(7) Pueden observarse algunas variantes de este negocio y de figuras afines en SAPENA TOMÁS, *Actualidad de la fiducia cum creditore (Problemas de la carta de gracia)*, "Revista de Derecho Notarial", 1957, julio-diciembre, págs. 125-212, y sobre todo 145-177. Entre otras cosas, se trata allí del vidrioso tema de las diferencias entre la venta en garantía y la venta con pacto de retro con fines de garantía. No vamos a entrar ahora en tan interesante cuestión, pero sí a puntualizar que aunque en algunos casos la venta en garantía se enmascara bajo la denominación de venta con pacto de retro, existe entre ambas una diferencia fundamental: en la venta con pacto de retro las partes *quieren vender*, si bien a los solos efectos de proporcionar el vendedor al comprador una garantía de la restitución de una cantidad de dinero que en la dicha venta actúa como precio realmente pagado; mientras que en la venta en garantía no existe voluntad de vender, aunque formalmente el negocio se articule bajo la apariencia de una compraventa. El deslinde entre ambas fórmulas jurídicas no es difícil cuando las partes manifiestan su auténtica voluntad en un documento separado, normalmente privado, a modo de contradeculación, cosa que ocurre con cierta frecuencia. Pero en otros muchos casos la indagación de la real voluntad de los contratantes obligará a una difícil labor interpretativa, en cuyo proceso pueden tener un valor decisivo ciertos indicios, determinantes de lo que aquéllos quisieron verdaderamente (por ejemplo, la relación cronológica entre el nacimiento del crédito y la transmisión, la circunstancia de ser o no ser el precio que se fija en la venta razonablemente proporcionado con el valor real de la cosa vendida, la existencia o inexistencia de pacto de pago de intereses y, desde luego, como fundamental, el hecho de quedar o no el "vendedor" en posesión del bien vendido). Estamos, en definitiva, en el resbaladizo terreno de la prueba del carácter fiduciario de un negocio, tema que también trata DE CASTRO en la obra citada, págs. 439-442.

no es el resultado de dos negocios distintos, aunque conexos, sino que constituye un único negocio complejo en sus efectos, puesto que del mismo deriva uno real (*erga omnes*) y otro personal (en la relación fiduciante-fiduciario). Esta tesis explica el carácter unitario que se atribuye al negocio fiduciario mediante el recurso de una forma especial de causa, la *causa fiduciae*.

No obstante la reconocida pureza técnica de la teoría del doble efecto, hace tiempo que se encuentra en profunda crisis y en trance de revisión. Se pone en duda, en efecto, su ascendiente histórico, advirtiéndose que la *fiducia* romana—amén de haber encontrado cierto auge sólo en la época primitiva, al calor del formalismo de la *mancipatio* y la *in iure cessio*—presenta ciertas notas que no concuerdan con ese dominio pleno y definitivo que la doctrina del doble efecto atribuye al fiduciario. Por otro lado, se pone de manifiesto que dicha doctrina, que dice apoyarse en el principio de la autonomía privada, en muchas ocasiones choca abiertamente con lo que en realidad las partes quisieron, observación que se confirma en la práctica si consideramos que en la mayoría de los supuestos al otorgamiento de la escritura constitutiva del negocio sigue inmediatamente un documento privado en que las partes desautorizan el contenido del documento público y declaran sus auténticas pretensiones. Además, se le reprocha su abstracta frialdad, encontrada con el causalismo y el espiritualismo de ciertos sistemas jurídicos, y en todo caso con el respeto debido a la *fides*, buena fe o lealtad que deben presidir las relaciones jurídicas. Y, desde luego, se denuncian las intolerables consecuencias que derivan de la aplicación recta y consecuente de sus postulados (total abandono del fiduciante, desprecio de los acreedores, injustificada protección a terceros adquirentes de mala fe, etc.).

La crítica a la teoría del doble efecto se ha centrado, como queda dicho, en el problema de la titularidad fiduciaria. Se trata de evitar, sobre todo, que el fiduciario puede ser considerado como propietario incluso frente al fiduciante y que los terceros adquirentes de mala fe se hallen protegidos por la mera invocación de la plena titularidad que según aquella doctrina se atribuye al fiduciario.

Para conciliar el debido respeto a los principios jurídicos, de un lado, y la vigencia de lo *externamente* querido por las partes, de otro, se han arbitrado diversas soluciones. Una que ha tenido mucho éxito ha sido la que distingue una *propiedad material*, que corresponde al fiduciante, y una *propiedad formal*, que se atribuye al fiduciario. La propiedad del fiduciante le permitiría, según esta idea, reivindicar incluso la cosa entregada en fiducia, sobre la base de que no es verosímil pensar que dicho fiduciante quiso efectivamente transferir al fiduciario el dominio de tal cosa. La propiedad formal del fiduciario ampararía la

condición de eventuales terceros adquirentes que, fiados de la apariencia, hubiesen creído realmente que el fiduciario era auténtico dueño de la cosa en cuestión.

No obstante, esta construcción parece un tanto artificiosa a pesar de sus loables pretensiones. La creación de una nueva categoría dentro del dominio y su fundamentación en los negocios abstractos no encajan en nuestro sistema jurídico. Se trata de llegar a sus consecuencias sin forzar demasiado las cosas ni desarticular los conceptos técnicos tradicionales. Para intentar conseguirlo se han emitido diversas teorías, de las cuales citamos una que creemos especialmente convincente.

Es la tesis de DE CASTRO acerca de la que él llama «titularidad fiduciaria». Según dicho profesor, la transmisión fiduciaria es algo muy parecido a la titularidad aparente del que adquiere a través de un negocio simulado. Dice literalmente DE CASTRO: «En un Derecho causalista, como el español, que no admite el negocio abstracto, los llamados negocios fiduciarios se manifiestan en dos momentos: el contrato de compraventa, por ejemplo, simulado o con causa falsa (falta de precio), y los pactos disimulados también, por ejemplo, la garantía o mandato. Su verdadera singularidad se encuentra en que el supuesto adquirente (comprador) aparece como titular dominical por obra del verdadero dueño, que le confía tal titularidad para conseguir un fin determinado. En la simulación absoluta también se creará generalmente una titularidad fiduciaria, ya que quien, por ejemplo, aparece como comprador en la compraventa hecha para escapar de la amenaza de un embargo, queda externamente en la situación de dueño, de la que puede, aunque no deba, usar y abusar. La diferencia que le separa del titular por venta al amigo que administre, verbigracia, es mínima. En uno y otro supuesto, la posibilidad de abuso se centra en la enajenación que el dueño simulado o el fiduciario puede hacer en favor de un tercero de buena fe. Queda la nota residual de que mientras el falso dueño carece de todo poder verdadero en la cosa, este poder se dará en el negocio fiduciario a consecuencia del pacto fiduciario, que puede ser de mandato, comisión, servicios, depósito, de garantía, en beneficio propio o ajeno, poder que incluso cabe que consista en una enajenación más o menos amplia del poder dispositivo (poder irrevocable)» (8).

De acuerdo con este criterio, eminentemente realista, se aproxima el negocio fiduciario al simulado relativamente, por lo menos en lo que a los efectos se refiere. Se afirma la vigencia de lo que las partes quisieron, si entra en el campo de lo lícito, y se evitan las sangrientas consecuencias de la teoría del doble efecto. El fiduciante puede esgrimir su

(8) *Op. cit.*, pág. 423.

condición frente a todos, excepto frente a terceros que de buena fe y a título oneroso hubiesen adquirido del fiduciario. Y esta excepción se justifica, como hemos dicho, fuera del juego del negocio fiduciario; en parte, como concesión obvia a la protección del tráfico y a la seguridad jurídica; en parte, como sanción al fiduciante, a quien, en cierta medida, es atribuible la confusión sufrida por esos terceros. Otro tanto podrá decirse de los terceros adquirentes de un derecho real sobre la cosa dada en fiducia cuando su titularidad se amparase en la fe pública registral (art. 34 de la Ley Hipotecaria).

3. *La venta en garantía en el Derecho español*

Cualquiera que sea la construcción técnica que se adopte para explicar el negocio fiduciario, lo que parece fuera de toda duda es que nuestro Derecho no puede admitir que la venta en garantía genere el resultado que las partes declaran querer, esto es, la transmisión de la propiedad de la cosa confiada, bien por entender que nos hallamos en presencia de un negocio en que falta un elemento esencial (el precio, en relación con el art. 1.445 del Código Civil), bien porque adolece de falta de causa (art. 1.275 del Código Civil), bien por opinar que la venta en garantía constituye un caso típico de negocio simulado, en el que la causa falsa en el negocio aparente conduce a su nulidad (art. 1.276 del Código Civil).

Ahora bien, esto no es obstáculo para que en la práctica se haya usado y siga usándose de la venta en garantía como consecuencia de motivaciones muy diversas (9). En otro tiempo, sobre todo, como medio para eludir los inconvenientes de la prenda con traslado posesorio que impone nuestro Código Civil (art. 1.863). Después de promulgada la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, la venta en garantía puede manifestarse como medio teóricamente apto para salvar los inconvenientes que aquel cuerpo legal presenta, sobre todo en su enumeración exhaustiva de los bienes que se pueden pignorar sin desplazamiento y en la exigencia de requisitos formales de carácter constitutivo. Por otra parte, nunca se puede dejar en el olvido la incidencia fiscal, notablemente gravosa para las figuras puras de garantía, sobre todo la hipoteca, y más generosa—o más eludible—en lo que respecta a la transmisión, en general, y, por tanto, también a la que oculta finalidades de garantía. En último término, y rozando ya el *fraus legis*, la venta en garantía puede ser querida por las partes

(9) *Vid.* un análisis de la praxis en este punto en SAPENA, *op. cit.*, páginas 154 y ss.

—lógicamente, por el acreedor—como remedio para evitar los inconvenientes que comporta el ejercicio del *ius distrahendi* característico de los derechos reales de garantía. En nuestro Derecho no es posible la realización del valor de la cosa pignorada o hipotecada sino a través de un procedimiento—más o menos enojoso, pero siempre predeterminado por la Ley—de ejecución judicial o extrajudicial. Esta regla, combinada con la que impide al acreedor apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca o disponer de ellas (art. 1.859 del Código Civil), ha desembocado en la unánime interpretación—si bien no consagrada expresamente por la Ley—de que continúa vigente la prohibición del pacto comisorio, en virtud del cual el deudor autoriza al acreedor para hacerse dueño de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento de la obligación principal. En consecuencia, la venta en garantía sugiere siempre el problema de su propia licitud cuando por su mediación puede resultar conculcada dicha prohibición del pacto comisorio. Sin embargo, no vamos a entrar ahora en estos temas, ajenos a nuestro propósito.

El Tribunal Supremo ha tenido varias ocasiones de manifestarse sobre la venta en garantía. Señalemos únicamente que nuestro Alto Tribunal no ha vacilado en admitir la validez de dicha figura y que, en general, ha aplicado con corrección las consecuencias que derivan de su peculiar estructura, tanto *inter partes* como en relación con terceros adquirentes o acreedores, aunque no siempre haya llegado a sus conclusiones por vías técnicas del todo convincentes.

En síntesis, el Tribunal Supremo viene repitiendo: que la venta en garantía no tiene carácter transmisivo (con todas las consecuencias que de este principio derivan); que hay que reconocer la validez, en principio, del pacto subyacente movido por una finalidad de garantía; que, por tanto, la titularidad del fiduciario está sometida a dicha finalidad, sin que pueda otorgársele otra virtualidad que la mera posesión ni otro alcance que el que deriva del aseguramiento, y que a pesar de todo ello, el tercero que de buena fe confía en la apariencia creada por la falsa transmisión debe ser protegido en su condición jurídica, y más en concreto cuando ésta es la de tercer adquirente (10).

(10) *Vid.* el ordenado y completo estudio de la jurisprudencia sobre la venta en garantía que hace DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 435-439.

II

LA VENTA EN GARANTIA Y LOS PROCEDIMIENTOS
DE EJECUCION DEL DEUDOR

El difícil montaje, real y técnico, de la venta en garantía, complicado ya de por sí en el plano de las relaciones vendedor-comprador, fiduciante-fiduciario, desencadena mayores problemas aún en cuanto se le conecta con la intervención de terceros acreedores, ya lo sean del fiduciante o del fiduciario. Las ideas de *efecto* del negocio fiduciario, *titularidad o titularidades* emanadas de él, *respeto a la autonomía privada y protección de la apariencia*, y los principios de la *relatividad de los pactos* y de la *par conditio creditorum*, se entremezclan de manera insospechada poniendo en serias dificultades a no pocos planteamientos teóricos. De ahí nuestro interés acerca de esta cuestión, que vamos a dividir en dos supuestos: el de ejecución del fiduciario y el de ejecución singular o universal del fiduciante.

1. *La ejecución universal del fiduciario*

Es, sin duda, la situación que más ha dado que hablar a la doctrina, sobre todo en su manifestación de quiebra del fiduciario. Este tema ha tenido, además, el valor singular de haber planteado a la teoría del doble efecto las dificultades de más calibre, dificultades que los partidarios de aquella doctrina han sorteado como han podido, con afirmaciones que aun estando de acuerdo con las exigencias de la justicia material, son difícilmente compatibles con los postulados puros de la citada teoría. Esta parte de la base de que el fiduciario es propietario pleno de la cosa, en este caso de la cosa vendida en garantía. De esta premisa debe desprenderse, en rigor, que los acreedores del fiduciario cuentan, entre los bienes constitutivos de la masa activa, con la cosa objeto de dicha venta. Si se pretende, por el contrario, evitar las sangrantes consecuencias de esta última conclusión, parece necesario abandonar los principios de la genuina teoría del doble efecto, a pesar de las ingeniosas construcciones arbitradas por sus defensores en el intento de salvar el escollo. Por eso se ha dicho: «Dadas las premisas de que parte la teoría del doble efecto, lo contrario a Derecho sería sacar de la masa la cosa confiada. La cosa se ha postulado ser propia del fiduciario; en virtud del pacto de fiducia, el fiduciante tiene un mero derecho de crédito al cumplimiento de la finalidad fiduciaria; con este crédito, y por su importe,

podrá concurrir con los demás acreedores, conforme a la ley del diviendo y no más. Concederles como tal acreedor un derecho sobre la cosa misma sería romper en su favor la *par conditio creditorum*» (11).

A la luz de nuestro Derecho positivo y de las construcciones que sobre él explican con más lucidez el fenómeno de la venta en garantía, no es difícil sostener que los acreedores del fiduciario no tienen poder alguno sobre la cosa vendida en garantía, ya que en modo alguno puede otorgarse al negocio el efecto transmisivo que aparentemente ostenta. El «vendedor»-fiduciante no ha dejado nunca de ser propietario de la cosa vendida y, en consecuencia, le deben asistir los medios adecuados para defender su derecho. Por eso tendrá en su mano la tercería de dominio (arts. 1.532 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el caso de que el bien vendido se vea en peligro como consecuencia de una ejecución singular entablada contra el fiduciario. Cuando éste se halle sujeto a procedimiento de ejecución universal (concurso o quiebra), el fiduciante, propietario de la cosa pretendidamente vendida, podrá separarla de la masa activa para evitar su liquidación como bien propio del concursado o quebrado.

A este efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1.269, tratando de la operación de graduación de los créditos en el concurso, dispone: «Por separado formarán los síndicos una nota de los bienes de cualquier clase que el concursado tuviese correspondientes a terceras personas, con expresión de los nombres de sus dueños. Si éstos se hubieren presentado reclamándolos—añade—se les entregarán, conviniendo en ello los síndicos y el concursado. Si alguno no conviniere se sustanciará la demanda en ramo separado por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía.»

Si el ejecutado es un comerciante, supuesto de quiebra, el Derecho sustantivo es aún más explícito, ya que, en concreto, el Código de Comercio, al establecer el reconocimiento y graduación de los créditos del quebrado (arts. 908 y sigs), se preocupa de dejar a salvo el *ius separationis* de que gozan los propietarios de bienes que existan en la masa de la quiebra y cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, si bien aclara que la masa retendrá los derechos que en dichos bienes pudieran corresponder al quebrado. Se trata de evitar que se consideren como propios del quebrado bienes que no lo son. Como lo habían hecho antes las Ordenanzas de Bilbao, al disponer que se entreguen a sus legítimos propietarios las cosas recibidas por el fallido *en comisión o depósito confidencial* (obsérvese en esta última palabra una clara referencia a la idea de «confianza»). Y a con-

(11) DE CASTRO, *op. cit.*, págs 412-413.

presupuestos para la restitución, en este caso mientras el vendedor no pague al acreedor-comprador, éste no puede ser obligado a restituir y parece que estará autorizado a retener (13).

Pero, por otra parte, tenemos que la enumeración que de los privilegios hacen nuestros textos legales tiene carácter estricto, de *numerus clausus*, porque con ellos está en juego el interés de los demás acreedores.

¿Cómo hacer compatibles ambos principios? Parece que en cualquier caso hay que dejar a salvo esos intereses de terceros acreedores en base al criterio de la reconocibilidad de los datos que configuran cada forma de garantía. Por ejemplo, si el comprador-creedor posee la cosa vendida en garantía creemos que tal posesión le legitima como acreedor prendario protegido por el privilegio del número 2 del artículo 1.922. Porque así lo quisieron implícitamente el vendedor y él y porque frente a terceros se muestra el fenómeno posesorio, que es lo que el Derecho pide al acreedor pignoraticio.

Mayor dificultad ofrece la venta en garantía de un bien mueble cuando el vendedor continúa en posesión de él y la que recae sobre un inmueble. Porque las formas típicas de garantía en estos casos (hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, por un lado, o hipoteca inmobiliaria, por otro) exigen otorgamiento de escritura pública e inscripción en los correspondientes Registros.

Pero ocurre que estos elementos formales pueden darse, en alguno de los casos referidos, también en relación con la venta en garantía. Por ejemplo: *A* vende un inmueble a *B* en garantía de un crédito de este último, se otorga escritura de venta y ésta se inscribe. ¿Bastarán estos requisitos publicitarios para otorgar al comprador una preferencia semejante a la del acreedor hipotecario del número 3 del artículo 1.923 del Código Civil? De un lado, en sentido afirmativo, milita el argumento de que la condición de los terceros está suficientemente protegida o, mejor dicho, está afectada, pero a través de las mismas garantías formales que las de una hipoteca. Si un acreedor no puede desconocer la hipoteca que a favor de otro está establecida sobre un inmueble del deudor común, lógicamente tampoco debiera poder desentenderse de la garantía convenida a través de pacto fiduciario si la venta aparente figuró oportunamente en el Registro. Porque en él se publicaba algo más que un derecho real de garantía, se publicaba una «propiedad». El que esa «propiedad» no fuera real no tuvo por qué importarle en su día (si la venta no era, además de fiduciaria, fraudulenta) y no se ve el motivo por el

(13) *Op. cit.*, pág. 432.

cual pueda luego invocar su falsedad para negar al fiduciario una preferencia para el cobro sobre el producto del bien en cuestión.

En sentido contrario, y si nos aferramos a una interpretación rigurosamente literal del privilegio del referido artículo 1.923, 3, hemos de aceptar que la inscripción *precisamente de hipoteca* no existe y que, por tanto, no hay privilegio.

No obstante, nos parece más convincente la primera interpretación, porque creemos que el fundamento de la aplicación rigurosa de los privilegios *debe estar* no tanto en la cobertura de ciertas fórmulas nominales, sino en la observancia de las garantías que esas figuras legales presuponen. Sin embargo, no es fácil que los Tribunales admitan este criterio (14).

A primera vista parece seguirlo la sentencia de 8 de marzo de 1957. Se trataba del caso siguiente: una persona, A, precisando dinero, acudió a B para que éste se lo facilitase en concepto de préstamo. B accedió, pero con la condición de que tal préstamo fuese garantizado mediante una venta con pacto de retro. Al efecto se otorgó escritura pública en la que A figuraba vendiendo a B una finca, con reserva del derecho de retraer durante diez años. En realidad, sin embargo, no había tal venta, ya que no medió precio alguno, sino que lo que se estipuló como tal no era más que el importe del préstamo. Ocurrieron luego diversas incidencias debidas, sobre todo, a la afirmación de los herederos de B de que A no había manifestado oportunamente su intención de retraer ni había devuelto a tiempo la cantidad prestada. Planteado el asunto judicialmente, A pedía sustancialmente que se declarase:

1) Que nunca dejó de ser dueño de la finca, ya que la escritura de venta respondió al solo propósito de obtener un préstamo y proporcionar una garantía al prestamista.

2) Que el prestamista-comprador (sus herederos) estaba obligado a otorgar la escritura de retroventa en base al ofrecimiento de pago que el deudor había hecho oportunamente.

El Juzgado dicta sentencia en la que se declara, entre otras cosas: 1) la inexistencia por simulación del pretendido contrato de compraventa, y 2) que a pesar de la escritura de venta el propietario originario (deudor-vendedor) sigue siendo dueño único y pleno del inmueble en cuestión.

La Audiencia confirma en todas sus partes esta sentencia y contra

(14) DE CASTRO, *op cit.*, pág. 432, estima que para la admisión de la teoría que otorga un derecho preferente al fiduciario "habrá que presuponer la formación de una regla consuetudinaria que la ampare, reconocida por los Tribunales de justicia".

real para el cobro de su crédito. PUIG BRUTAU (15) dice que si la transmisión de seguridad otorga al fiduciario una garantía real para la satisfacción de su crédito, puede darse una falta de adecuación o desproporción entre la cuantía del derecho asegurado y el valor real de la cosa transmitida. Tal desproporción, continúa, no supone problema alguno en el caso de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), ya que el Derecho arbitra un sistema de realización del valor de la cosa sujeta a esos derechos reales, que permite al acreedor cobrar el importe de lo que se le adeuda, y a los demás acreedores hacer suyo el remanente o diferencia con el mismo fin. Por el contrario, dice, en la transmisión de seguridad no cabe instar un procedimiento ejecutivo en el que se deje a disposición de los demás acreedores el precio obtenido de la cosa en lo que exceda del crédito asegurado. Para salvar esta dificultad, PUIG BRUTAU señala una posible solución: entender que la transmisión es fraudulenta en la medida en que priva a los demás acreedores del transmitente del *superfluum* o exceso de valor de la cosa sobre la suma debida al adquirente en garantía y, en consecuencia, admitir su impugnación por esa diferencia.

La cuestión no es ociosa, pero creemos que su solución depende fundamentalmente de la postura que se adopte en torno a la naturaleza y efectos de la venta en garantía. En concreto, PUIG BRUTAU sigue una que no creemos fácilmente sostenible en nuestro Derecho y que tampoco concuerda realmente con la jurisprudencia que él mismo cita. Dicho autor piensa que la venta en garantía genera una auténtica transmisión de dominio a favor del fiduciario. De ahí concluye en que el fiduciante, en la transmisión de seguridad, posee físicamente una cosa sobre la que recae un derecho de propiedad de otro, el fiduciario (16), y luego repite que el efecto normal de la transmisión de seguridad consiste en dejar al propietario (es decir, el fiduciante) reducido a poseedor (17). En consecuencia, para él la venta en garantía concede «una preferencia tan extraordinaria que se confunde con el acto mismo de satisfacción de la deuda a manera de una dación en pago provisional o anticipada» (18). De ahí que el problema que él plantea encuentre en su propia solución remedio adecuado.

Ahora bien, creemos que esta tesis no es admisible en nuestro Derecho. Supone tanto como entender real lo que los propios contratantes consideran fingido, al menos si partimos de nuestra opinión de que la venta en garantía en sentido estricto y puro no tiene de venta más que la

(15) En sus notas al citado libro de BOEHMER, págs. 373-375

(16) En las notas citadas, pág. 364.

(17) *Loc. cit.*, pág. 371.

(18) *Loc. cit.*, pág. 373.

mera apariencia. Derivar de ella una auténtica transmisión implica optar por la teoría del doble efecto, en cualquiera de sus variantes, cosa que no parece sostenible, como bien lo refleja *de hecho*, con sus pronunciamientos, la jurisprudencia, a pesar de que nominalmente *parece* haber seguido sus postulados en algunas sentencias. Concretamente, ninguna de las dos sentencias que dicho autor cita al tratar del problema que nos ocupa parece sustentar su criterio (19).

Por todo ello, si mantenemos la tesis de que el fiduciario no es más que un mero acreedor y planteamos luego la duda de si es o no acreedor dotado de un privilegio especial sobre la cosa aparentemente vendida, en los términos en que antes lo hemos hecho, la solución afirmativa de dicha duda, con los condicionamientos que también hemos sugerido, suscitan el problema del *superfluum* o exceso de valor de manera diferente a la que defiende PUIG BRUTAU. En nuestro criterio, tal cuestión puede canalizarse en el procedimiento judicial de ejecución singular o universal del fiduciante, *que no ha dejado de ser propietario de la cosa vendida*, según nuestra opinión.

Si se trata de una ejecución singular entablada por otro acreedor, podrá el fiduciario interponer una tercería de mejor derecho para que en el juicio correspondiente se resuelva acerca de la existencia o inexistencia de un privilegio a su favor. Si se estima que sí le asiste cobrará con preferencia al primer demandante (art. 1.536 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el resto se destinará a la satisfacción de éste.

En el caso de ejecución universal, la fase de reconocimiento y graduación de los créditos permitirá al fiduciario someter a decisión judicial la cuestión referente a su presunto privilegio (arts. 1.250 a 1.277 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el concurso, y 1.378 a 1.380 de la misma Ley y 908 a 919 del Código de Comercio, para la quiebra). Si la solución fuese afirmativa, el fiduciario cobrará con preferencia en la medida y alcance de su privilegio, quedando el remanente eventual para los demás acreedores.

En resumen, en nuestra opinión, el único problema—desde luego nada fácil—reside en decidir si la venta en garantía otorga o no al

(19) *Loc. cit.*, págs. 374-375. La una, de 25 de septiembre de 1956, rechaza teórica y prácticamente la idea de que el fiduciario sea, por la venta en garantía, propietario de la cosa vendida, y la otra, de 8 de marzo de 1951, no es aplicable a nuestro propósito, ya que en aquel caso se trataba—al menos así lo deja sentado el Tribunal—de una venta con pacto de retro con fines de garantía, bien en su modalidad común del Código Civil, bien en la de venta a carta de gracia del Derecho catalán, y no de una venta en garantía. Se dio por válido que el precio declarado fue realmente precio, cosa incompatible con la venta en garantía, en la que por principio, y aunque éste sea extremo difícilmente demostrable, las partes no quieren vender y comprar, y, por tanto, la cifra declarada como precio no tiene en verdad esa función.

fiduciario rango privilegiado. La efectividad de su privilegio, si lo tiene, y la posición de los otros acreedores quedan salvadas a través de las leyes procesales.

Para terminar ya con este tema vamos a referirnos a una cuestión agudamente planteada por RODRIGO BERCOVITZ en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1970 (20). En este trabajo, BERCOVITZ sostiene que en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles existe, aunque oculto bajo otra denominación, un supuesto de cesión o transmisión en garantía. Su argumentación viene a ser ésta: La Ley de 17 de julio de 1965 permite la inclusión de un pacto de reserva de dominio, tanto en el contrato de compraventa a plazos como en los contratos de préstamo de financiación a vendedor o comprador. En el primer caso, tal reserva de dominio es técnicamente irreprochable. En el supuesto de préstamo de financiación a vendedor tampoco hay dificultad, pues el vendedor es quien se reserva el dominio (que figura como cláusula en la compraventa a plazos), cediéndolo después, junto con el precio restante, al financiador de la operación. En cambio, el tercer caso es más problemático: hay que tener en cuenta que cuando se financia al comprador, la venta propiamente dicha no es a plazos, sino al contado; el que es un negocio a plazos es el préstamo del financiador al comprador. De ahí se desprende que el vendedor no puede reservarse el dominio porque el precio se le paga al contado y, en consecuencia, tampoco puede gozar de esta reserva el financiador. Pero el hecho es que la Ley habla también en este caso de «reserva de dominio» a favor del financiador. ¿Cómo entender esta expresión legal? A juicio de BERCOVITZ estamos en presencia de un caso de transmisión de garantía: el comprador paga al contado al vendedor, adquiere la propiedad del objeto y en virtud de la mal llamada por la Ley «reserva de dominio» transmite en garantía al financiador la propiedad del bien comprado, a pesar de continuar en posesión del mismo. Las premisas son totalmente convincentes, la conclusión es muy sugestiva.

Por otra parte, el artículo 19, 1, de la Ley de 1965, dice que «el acreedor para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro, a que se refiere el artículo 23, gozará de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código Civil». En otras palabras, el acreedor tiene un derecho de preferencia similar al del acreedor prendario. Y de ahí concluye BERCOVITZ que si se da lugar al embargo promovido por el financiador del comprador en base a la «reserva de dominio» (en realidad, transmisión en garantía), se está aceptando que el acreedor ostenta contra el

(20) En *Anuario de Derecho Civil*, 1971, I, págs. 240-243.

comprador financiado un derecho privilegiado, que le otorgará preferencia sobre el objeto adquirido mediante la financiación.

Creemos que esta interpretación es muy afortunada. Su aceptación obliga a considerar que, al menos en este caso, el Derecho positivo ha optado por una de las dos teorías enfrentadas en relación con el problema de la cualidad del crédito del fiduciario; en concreto, por la que entiende que éste goza de una preferencia igual a la que las partes quisieron a través del pacto de fiducia (una garantía real). No es fácil sostener que fuera esa la mente del legislador, por cierto, pero sí es razonable pensar que los efectos perseguidos por la Ley (más que sus palabras o conceptos jurídicos concretos) conducen a la conclusión apuntada. Reparemos en la importancia de dicha conclusión considerando que la equiparación del derecho del financiador (fiduciario) al del acreedor pignoraticio logra sobreponerse a las diferencias que median entre la cesión en garantía y la prenda, ya que en la primera no hay traslado posesorio (lo cual no permite identificarla con la prenda tradicional) ni hay la escritura e inscripción en el Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (lo cual no permite identificarla tampoco con estas dos últimas figuras).

RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Deusto (Bilbao)

El testamento y su interpretación

A la memoria de R. A. L.

I

INTRODUCCION

1. *Importancia de la cuestión*

La materia objeto del presente estudio ofrece un extraordinario interés dado que nadie se queda en este mundo y casi todos tienen algo que dejar.

Quizá por eso, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1920 dice que «el testamento es el acto más importante de la vida del hombre en relación con el Derecho privado».

Interesa, pues, saber cómo se puede disponer de los propios bienes para cuando se deje de existir, cómo debe procurarse que la voluntad resulte clara sin prestarse a equívocos y, finalmente, cómo debe interpretarse la disposición testamentaria de quien ya falleció.

Procuraré hacer un estudio práctico y útil. Recuerdo en este aspecto que el Registrador don Antonio Ríos Mosquera, observando el desconocimiento de la utilidad del Registro por parte de los aldeanos del lugar en que tenía su oficina, redactó con gran claridad unas notas divulgadoras de la institución, que distribuyó entre los mismos y que contribuyeron grandemente a incrementar la confianza de los campesinos, aumentando notablemente el número de inscripciones de la propiedad inmueble.

2. *Conveniencia de hacer testamento*

Siempre es conveniente hacer testamento, pero el grado de conveniencia varía según las circunstancias. El orden de mayor a menor interés es, a nuestro juicio, el siguiente:

1. Solteros sin herederos forzosos.
2. Casados sin hijos.
3. Casados con hijos.

Si se carece de bienes, el hacer o no testamento es indiferente, aunque no está de más hacerlo en prevención de que se tengan en el futuro o si por otros motivos se quiere disponer alguna cosa.

En las personas casadas y con hijos, el interés de hacer testamento es relativo, ya que normalmente éstos serán, en todo caso, los beneficiarios. No obstante, en tal supuesto conviene también hacer testamento para evitar las dilaciones que supondría la tramitación de la obligada declaración de herederos y otras complicaciones que podrían surgir.

Es frecuente que se tenga cierta prevención a hacer testamento o se vaya dejando para más tarde el otorgarlo. Esto es un error. Al menos, conviene hacer un testamento privado u ológrafo, en que se irá plasmando y perfilando la voluntad del disponente e incluso para más tarde puede servir de minuta para la redacción de un testamento público ante notario.

3. *Interés de la claridad*

Al disponer de los bienes por acto de última voluntad y, por tanto, al ordenar el testamento, debe huirse de toda confusión o ambigüedad. Lo ideal es que el testamento diga *todo* lo que hay que decir, pero *sólo* lo que haya que decir. O sea, el testamento debe ser conciso. Como todo documento, el testamento debe ser *claro, completo y conciso*. Deben, por consiguiente, eludirse las cláusulas complicadas, que merman claridad. Siendo claro debe contener todo lo que interesa para la sucesión de que se trate, sin omitir nada necesario para el fiel cumplimiento de la voluntad del testador. Expresando todo lo necesario, debe ser breve, escueto, sencillo, evitándose una redacción solemne, ampulosa o rebuscada, sin demasiados condicionamientos o modalidades intrascendentes, debidos con frecuencia más al capricho que a razones convenientes, y que pueden introducir en el documento, lógicamente sin quererlo la mayoría de las veces, elementos de confusión.

En cierta ocasión, acompañando a un amigo que otorgaba testamento, ante una serie de condicionamientos y modalidades sin verdadera importancia, el Notario, competentísimo jurista, hombre práctico y de buen sentido, le dijo: «Si quiere usted que se cumpla su voluntad no precise tanto, porque entonces es seguro que no se hará lo que desea.» Y creo que tenía toda la razón.

4. *Trascendencia de la interpretación*

En cuanto a la importancia de la interpretación, resulta evidente, pues aunque, en principio, la sucesión está determinada por el texto del testamento, indirectamente la condiciona en todos sus aspectos la interpretación, ya que sus efectos dependen del sentido que se dé a las disposiciones del testador, de tal manera que podrá resultar una u otra persona la heredera, recibir los bienes en concepto de herencia o de legado, recibir más o menos y con plena disponibilidad o con limitaciones de diversa índole.

Una prueba de la importancia de la interpretación de los testamentos, ya puesta de manifiesto por DANZ en cuanto a los negocios jurídicos en general (1), es el incremento de las sentencias del Tribunal Supremo después de promulgado el Código Civil referentes a esta materia (2).

II

CONCEPTO Y CARACTERES DEL TESTAMENTO

MODESTINO definió el testamento como *Voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (Digesto, 28, I, 1-1.º). «Nuestra justa voluntad de lo que queremos que se haga después de nuestra muerte.»

ULPIANO dio una definición muy parecida: *Mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat* (Reg., XX,

(1) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1955, pág. 13.

(2) MANUEL GARCÍA AMIGÓ, *Interpretación del testamento*, "Revista de Derecho Privado", diciembre 1969, pág. 931. Trabajo patrocinado por la Fundación March.

1). «Declaración precisa de nuestra mente hecha con solemnidad para que valga después de nuestra muerte.»

No contienen estas definiciones el requisito necesario, según el Derecho romano, de que el testamento tuviese institución de heredero.

En Derecho germánico, la institución de heredero no era precisa para que el testamento fuese válido. Igual idea presidía el Ordenamiento de Alcalá.

El Código Civil, en su artículo 667, atribuyó al testamento contenido patrimonial, al decir que «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento».

Verdaderamente, la definición de MODESTINO, en lo esencial, es válida en nuestros días con las necesarias puntualizaciones. Sin embargo, la evolución jurídica ha ido perfilando las instituciones al compás de los tiempos, de acuerdo con las ideas y necesidades de cada época y país.

Actualmente se puede definir el testamento, conforme a nuestro Ordenamiento legal, como «un acto o negocio jurídico solemne, unilateral y esencialmente revocable otorgado por persona capaz, con intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, como mandatos inequívocos para regular la sucesión» (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1965).

La sentencia del mismo Alto Tribunal de 8 de julio de 1940 definió el testamento como «un acto por el cual se dispone total o parcialmente de los bienes para después de la muerte», concepto calcado, como puede apreciarse, del artículo 667 del Código Civil.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 16 de noviembre del mismo año amplía algo el anterior concepto al especificar que se trata de un acto solemne, revocable, de carácter personalísimo, de disposición *mortis causa* de todo o parte de los bienes.

Ambas definiciones están realmente refundidas en la primeramente citada de la sentencia de 24 de noviembre de 1965.

Analizando el concepto dado, diremos que el testamento contiene una voluntad final, una «última voluntad», para después de la muerte —*post mortem*—. La voluntad humana es cambiante hasta el momento de la muerte. Por consiguiente, toda disposición testamentaria podrá ser modificada, variada o dejada sin efecto en cualquier momento; pero si no se altera el documento que la recoja, aunque la verdadera voluntad haya variada, la expresada formalmente se considerará la última, pese a que realmente no lo sea.

Para algunos autores, el testamento durante la vida del testador es un simple proyecto (3). No estimamos aceptable este criterio.

Algunos lo consideran como un negocio con condición suspensiva; otros, con condición resolutoria. Tampoco parecen acertadas estas opiniones.

En realidad, el testamento es un acto jurídico perfecto desde el primer momento, aunque de especiales características, que pueden coincidir en ciertos aspectos con los de otras instituciones jurídicas. Como dice KHOLER, con el otorgamiento del testamento se perfecciona el acto que enciende la mecha del barreno sucesorio, sin perjuicio de que hasta el momento de la muerte se pueda derogar o sustituir voluntariamente con las formalidades previstas, interrumpiendo así el proceso explosivo. Desde el primer momento produce determinados efectos, algunos incluso durante la vida del testador y otros desde que ocurre su muerte. El testador puede volverse loco y, sin embargo, el testamento conserva su plena validez. La muerte sólo hace abrir la sucesión.

El testamento es un acto personalísimo, como lo es la propia voluntad. Por eso nadie puede testar por otro. Ni se puede conferir poder a otro para hacerlo por uno. Ello es lógico. Cuando se quiere disponer de alguna cosa determinada parece natural que se pueda encargar a otro para que lo haga en nuestro nombre. Pero en el testamento se dispone, en general, de todo (cf. art. 912, 2, del Código Civil); no se dispone de cosas concretas, sino del patrimonio globalmente considerado y de lo que pudiéramos tener en el futuro.

En el testamento se dispone normalmente de *todo* y para *siempre* y, además, *gratis*, aunque en algunos casos se impongan ciertas cargas. En cualquier supuesto si éstas absorben al beneficio, el heredero puede renunciar a la herencia o aceptarla a beneficio de inventario.

En contrapartida de esta disposición total y generosa se actúa con *absoluta libertad*, conservando la posibilidad de cambiar o *revocar* lo dispuesto hasta el momento de la muerte.

En garantía de todo lo anterior y dada la significación del acto, el Estado impone cierta *solemnidad*, que de por sí ya encierra una disposición de las señaladas características.

Nadie se lleva nada de este mundo. El testamento supone, por tanto, una disposición universal que establece el destino de nuestro patrimonio. Y por lo dicho es en cierto modo «necesario», hasta el punto de que cuando no se hace, el Ordenamiento jurídico tiene prevista una sucesión legal supletoria.

(3) JOSSEERAND, *Cours de Droit Civil*, tomo III, pág. 849: BAUDRI LACANTINERIE, COLIN y CAPITANT, GABBA, ENDEMAN, NAVARRO AMANDI. DE BUEN, etc.

El testamento es básicamente un acto de disposición patrimonial, aunque no exclusivo. El artículo 688 del Código Civil no dice que el testamento haya de contener «necesariamente» disposición de bienes, sino que el acto de disposición *mortis causa* de bienes se llama testamento, lo que no impide que lo sea también otro acto similar de última voluntad en que no haya disposición patrimonial. VITOLI, por su parte, dice textualmente que el testamento «puede no contener disposición de bienes» (4).

«Así como el hombre dirige sus intereses y dispone de ellos durante su vida en la medida que señala el Derecho, así en la misma medida puede también dirigirlos y darles destino para después de su muerte» (5).

El fundamento de esta disposición sucesoria se apoya en el derecho de propiedad individual, basado en la naturaleza humana y estímulo de producción, progreso, ahorro y cohesión familiar, unido al sentimiento universal de supervivencia, que supera la barrera física que supone la muerte.

Recogiendo las expresadas características, los diferentes ordenamientos jurídicos han ido perfilando los testamentos con notas que los matizan de acuerdo con la idiosincrasia o tradición de cada país.

En nuestro Derecho, el testamento es un acto:

- individual;
- personalísimo;
- solemne;
- revocable, y
- de disposición universal *post mortem*.

Por ser individual no pueden testar dos personas en el mismo documento (art. 669 del Código Civil). Excepcionalmente se permite el testamento mancomunado, en Aragón, y el llamado de hermandad, en Navarra.

Por ser personalísimo no se puede conferir poder para testar (artículo 670). No obstante, en el Derecho Foral de Vizcaya se admite el testamento por comisario. Algo similar ocurre, aunque no exactamente, en los contratos matrimoniales y sucesorios de algunas regiones de Derecho especial.

Por ser solemne deberán observarse en su otorgamiento las formalidades legalmente establecidas (art. 687).

Por ser revocable podrá cambiarse en cualquier momento hasta que

(4) *Delle successione legitime e testamentarie*, tomo I, pág. 76.

(5) MIGUEL TRAVIESAS, *El testamento*, "Revista de Derecho Privado", número 259, abril de 1935, pág. 97.

por la muerte sea imposible su modificación (art. 737). El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte (art. 739). En este caso, para evitar confusiones, lo mejor será recoger en el nuevo la parte que se desee subsista del anterior. Y si lo que se pretende hacer es una interpretación o aclaración del primero, conviene que se diga así expresamente. También se puede otorgar testamento con la exclusiva finalidad de dejar sin efecto uno anterior, en cuyo supuesto, si no se otorga con posterioridad otro nuevo, al ocurrir la muerte se abriría la sucesión intestada.

Por ser un acto de disposición universal *post mortem*, su contenido fundamental será la designación de herederos, sin perjuicio de otras normas complementarias dirigidas a facilitar la distribución de los bienes. A falta de ellas se aplicarán supletoriamente las previstas por el legislador.

La distribución de los bienes entre los herederos podrá hacerse directamente por el testador en el mismo documento o en otro separado, encomendar a un tercero esta operación (albacea contador-partidor) o dejar a los herederos la facultad de distribuírseles como estimen oportuno. Lo normal es el segundo supuesto, ya que como el patrimonio puede variar desde el momento de confeccionarse el testamento hasta que ocurre la muerte del autor, el testador ignora normalmente al hacerlo los bienes que integrarán su patrimonio en el momento de su fallecimiento. Si no dispuso nada sobre el particular, los herederos decidirán lo que consideren más conveniente para todos. Si no se ponen de acuerdo por unanimidad, el Juez resolverá lo procedente.

III

CLASES DE TESTAMENTO

Hemos dado el concepto de testamento y al analizarlo han quedado indicadas su naturaleza jurídica y notas fundamentales. Veamos ahora sus más importantes clases.

Dos tipos principales de testamento se pueden distinguir: público y privado.

El primero otorgado ante autoridad o funcionario público facultado para ello. El segundo realizado particularmente sin intervención de autoridad pública, pero cumpliendo las formalidades legalmente establecidas.

Las legislaciones admiten, además, generalmente, un tipo especial de testamento, con diferentes modalidades, para situaciones excepcionales de peligro inminente de muerte, guerra, naufragio, catástrofes, etc.

El Código Civil suizo, con sensato criterio, ha reducido a estos tres tipos las diversas clases de testamento que regula, en los que pueden encajarse todos los casos que se presenten en la práctica.

En el Derecho español existen variantes de estos tres tipos básicos, que dan lugar a una amplia gama de testamentos: notarial abierto o cerrado, ológrafo, del sordo, del ciego, en tiempo de epidemia, militar, marítimo, etc.

Consideramos muy acertado el simplificador criterio del legislador suizo, según el cual, el testamento puede ser:

- Público o ante Notario.
- Privado o autógrafo.
- Extraordinario ante testigos en caso de peligro de muerte.

En España, los principales tipos de testamento y de más frecuente uso son, por orden de importancia:

- El abierto ante Notario.
- El ológrafo o autógrafo.
- El extraordinario ante testigos.

Las demás clases de testamento son, en realidad, modalidades secundarias de alguno de estos tres tipos básicos, especialmente del notarial. Por ello nos ocuparemos solamente de los tres señalados.

IV

TESTAMENTO NOTARIAL

El testamento abierto notarial tiene lugar compareciendo el interesado ante Notario y manifestándole libremente su última voluntad ante tres testigos idóneos, mayores de edad, que vean y entiendan al testador (6).

(6) Los testigos son realmente un estorbo que debería desaparecer en los testamentos, igual que se dispuso para los instrumentos *inter vivos*. Debe bastar la fe del Notario. A veces son prácticamente desconocidos y en cierto modo "profesionales" que están cerca de la notaría y se dedican de hecho a esta actividad, que hasta viene a ser retribuida en ocasiones, bien directamente o mediante forma de propina.

En su identificación es importante consignar los datos y circunstancias personales del compareciente, nombre del cónyuge si estuviese casado en únicas o posteriores nupcias, hijos si los tuviere y si falleció alguno, nombre de los padres, si se otorgó anteriormente otro testamento, domicilio y documento nacional de identidad.

Pueden otorgar este testamento los mayores de catorce años que estén en su sano juicio.

El testamento abierto, e igualmente los otros tipos de testamento, suelen contener declaraciones de tres especies:

Las primeras, de carácter individual o personal, hacen referencia a las creencias religiosas del otorgante y a su voluntad en cuanto a entierro y sufragios. En este grupo podrían comprenderse otras manifestaciones de sentimientos, explicaciones sobre las decisiones tomadas, etc.

Nos parecen importantes las manifestaciones de tipo religioso en acto tan trascendental, aunque sólo sea como afirmación de valores superiores en una época paganizante, en que el hombre está amenazado de convertirse o ser considerado como puro animal económico, que sólo pretende pasarlo confortablemente.

Esta declaración debe limitarse a proclamar la religión que se profesa dejando, en general, al criterio de los herederos lo referente a entierro y sufragios, puesto que, en la práctica, éstos harán luego lo que quieran.

La segunda especie de declaraciones, de carácter económico y generalmente también familiar, son las típicas del testamento y se refieren al destino que el testador señala a su patrimonio. Consisten prácticamente en la institución de herederos y ordenación de mandas y legados. En este grupo podrían comprenderse las disposiciones sobre distribución concreta de bienes si el causante ordenase por sí mismo la partición. Normalmente no ocurre así, sino que la partición se suele encomendar a personas técnicas y de confianza sin hacer referencia específica a determinados bienes, quizá porque lo más corriente es que el patrimonio del otorgante varíe desde el momento en que se hace el testamento y aquel en que ocurre la muerte. Quizá también porque se prefiera dejar esta tarea a los propios beneficiarios, que apreciarán mejor su conveniencia, bien directamente o por medio de personas de confianza por sus conocimientos y condiciones morales.

La tercera especie de declaraciones son de tipo complementario y se refieren al nombramiento de albacea contador-partidor, criterio a seguir si después de la partición aparecen nuevos bienes, etc. En este grupo podrían comprenderse las prevenciones que el testador tome para el caso de que alguno de los nombrados herederos pusiera dificultades al cumplimiento de la voluntad del causante, como es, por ejemplo, la cautela socini u otras cláusulas semejantes. En ellas, el testador suele prohi-

bir que cualquier heredero disconforme con el testamento o con la distribución que haga el albacea acuda a los Tribunales para plantear cuestiones sobre el particular. Para el caso de que lo haga, el testador, en uso de la libertad que tiene de disponer de sus bienes con arreglo a la Ley, ordena que el disconforme no reciba nada si es heredero voluntario, o solamente su legítima estricta, si es forzoso. Consideramos del mayor interés la inclusión de esta cláusula si el testador quiere verdaderamente que se cumpla su voluntad sin que surjan contiendas entre los beneficiarios.

A veces se contienen en el testamento algunas disposiciones que verdaderamente no son propias del mismo, pero que por establecerlo así la Ley pueden llevarse a él. Son las referentes al reconocimiento de hijos ilegítimos naturales, materia en la que incluso es irrevocable lo dispuesto en el testamento, tutela, etc.

El otorgar testamento es un acto muy importante, que no debe dejarse a la improvisación. Sin embargo, con frecuencia se acude al Notario sin un claro criterio sobre cómo se quieren dejar los bienes. No se piensa previamente nada. No se sabe claramente lo que se desea hacer. Entiendo que debe meditarse mucho anticipadamente a quién o quiénes y en qué cuantía y forma se quieren dejar los bienes que se posean cuando se deje de existir.

El Notario, por otro lado, si no interpreta bien los deseos del testador, es difícil que pueda darles la forma adecuada, y esto ocurre, sobre todo, cuando se acude a él con prisa (a veces se pretende que lo autorice de momento, sobre la marcha) o se le llama para que recoja la última voluntad de un enfermo grave, moribundo. Salvo que el otorgante se limite a instituir herederos en igualdad de condiciones, que es la forma más sencilla de testamento y de relativa frecuencia cuando existen hijos legítimos.

El testamento debe hacerse con plena lucidez, en buena salud, sin prisa, redactando un borrador sencillo y claro, que luego, con el asesoramiento del Notario, se puede rectificar o completar. Especialmente tratándose de personas sin herederos fijos, como solteros o casados sin hijos. Es conveniente incluso, a nuestro juicio, que el Notario entregue un borrador del documento tal como lo proyecte redactar y que el interesado lo estudie previamente antes de firmarlo. En grandes poblaciones esto no es fácil por la falta de tiempo debido al mucho trabajo que normalmente tienen las notarías, pero queda suplido por la gran experiencia de los fedatarios. En poblaciones pequeñas generalmente se puede hacer.

Interesa, finalmente, que el testador sepa que en cualquier tiempo puede, mediante otro testamento, variar o dejar sin efecto el anterior-

mente otorgado, y esto cuantas veces lo desee hasta el momento en que ya no pueda hacerlo por sobrevenir la muerte. Sería útil que esta advertencia figurase obligatoriamente en el testamento.

Los llamados testamentos especiales del sordo, del ciego, etc., son más bien variantes del testamento notarial normal, con matices o «especialidades» derivadas de las circunstancias que concurren en los casos a que se refieren.

El testamento cerrado es también, a nuestro juicio, sólo una «especialidad» del testamento notarial normal derivado del deseo de reserva del testador, consecuencia, en parte, quizá de la intervención de los testigos. Este tipo de testamento viene a ocupar, en cierto modo, una situación intermedia entre el testamento notarial corriente y el ológrafo, del que nos ocuparemos a continuación.

V

TESTAMENTO OLOGRAFO

El testamento ológrafo es un testamento privado, cuya característica *principal* consiste en que debe ser escrito íntegramente de su puño y letra por el testador. Por eso se suele llamar también autógrafo. Sólo pueden testar en esta forma los mayores de edad (veintiún años).

Este testamento lo conserva el testador o lo entrega a persona de su confianza para que lo custodie hasta la muerte de su autor. Llegada ésta, por su carácter privado, deberá ser presentado al Juez del domicilio del causante para que, reconocida su autenticidad, declare su validez.

Las diversas legislaciones suelen exigir a veces, además de la autografía, determinados requisitos para asegurar su autenticidad y reconocerle validez. Entre ellos destacan la consignación de la fecha y firma, como sucede, por ejemplo, en la legislación francesa y en la española, copia de aquélla en este punto (ver arts. 678 y 688 del Código Civil). Inicialmente se exigía también que el testamento se escribiese en papel timbrado, con sello correspondiente al año de su otorgamiento, formalidad que fue suprimida por la Ley de 21 de julio de 1904, como consecuencia de haberse eliminado en el sello la expresión del año.

En el Derecho romano, los dos citados requisitos de fecha y firma no eran exigidos. BIONDO BIONDI dice a este respecto lo siguiente: la fecha «no se requiere para la eficacia del testamento ni siquiera del ológrafo».

En cuanto a la firma, «si se trata de un testamento ológrafo redactado *sua mano totum*, no se precisa la firma del testador ni de tercero, ya que su carácter autógrafo es suficiente garantía de autenticidad» (7).

La autografía no hay duda de que es el requisito esencial por constituir una eficaz garantía.

La consignación de la fecha es un requisito prácticamente intrascendente, sobre todo si puede saberse cuándo fue escrito y no surgen problemas en relación con la misma.

Respecto a la firma, su estampación en un documento tiene la finalidad primordial de demostrar la participación de su sujeto en un acto, especialmente cuando el documento en que se recoge está redactado por otra persona.

Después de las anteriores consideraciones generales conviene analizar algunas cuestiones referentes a los tres elementos básicos del testamento ológrafo según la legislación española, conforme a la cual debe ser:

- 1.º Escrito personalmente (autografía).
- 2.º Fechado.
- 3.º Firmado por su autor.

Veamos algunos problemas que pueden presentarse en cada uno de ellos.

1. Autografía

Por autografía se entiende normalmente que un documento ha de estar escrito personalmente de su puño y letra por el autor del mismo. Así lo interpreta generalmente la doctrina y la jurisprudencia. Quizá por no existir prácticamente medios mecánicos de escritura en la época en que se promulgaron las disposiciones legales que regulan este tipo de testamentos, no se presentaban dudas sobre el particular. Pero la realidad es que en la actualidad pueden plantearse. En efecto, el Código Civil español, por ejemplo, dice que el testamento ológrafo es el «escrito todo él por el testador...». Y entonces cabe preguntarse: ¿Podrá ser considerado legalmente testamento ológrafo el «escrito todo él por el testador», pero no a mano, sino con máquina de escribir? El problema se ha planteado en Francia y el Tribunal resolvió la cuestión declarando válido el testamento escrito todo él por el testador, pero a máquina (8).

(7) BIONDO BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a edición revisada, traducida del italiano por MANUEL FAIREN, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 66, número 23. Véase también J. OSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, página 133, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

(8) MARIO ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, Madrid, 1951, página 214. RUGGIERO entiende acertadamente que el testamento ológrafo ha de

Nos parece desacertado este criterio, ya que la esencia del testamento ológrafo, según constante tradición desde el Derecho romano, es que sea escrito totalmente *manum suam* por el testador, circunstancia o característica que garantiza por sí mismo y de modo indudable su autenticidad, lo que no ocurre si el documento se escribe a máquina, en cuyo supuesto habría que probar, *por medios extraños al mismo*, que fue escrito por el interesado. En este caso, y aceptado tal criterio, sí que sería imprescindible la firma al final e incluso la rúbrica, al menos, en todas sus hojas.

¿Y si el testador escribió a mano, pero con letras tipo imprenta? Si reflejan rasgos personales creemos deberá aceptarse. ¿Y si escribió en taquigrafía o en otro lenguaje simbólico? La diferencia es quizá mayor, pero posiblemente sería aceptable el indicado criterio. Para COVIELLO, «la escritura debe ser la ordinaria, con los ordinarios caracteres gráficos». Según TRAVIESAS, el Código Civil exige que el testamento ológrafo esté «todo él escrito por el testador», por lo que debe aceptarse cualquier tipo de escritura identificable siempre que sea auténtica y atribuible al testador (9).

Puede ocurrir que todo o parte del testamento esté escrito, por encargo del testador, por otra persona. ¿Valdrá en tal supuesto el testamento? Ciertamente, no, aunque lo escrito por el extraño lo haya sido por encargo o a ruegos del testador. Si éste se encuentra imposibilitado para hacerlo o terminarlo, puede acudir a un notario y otorgar testamento abierto, que es lo procedente, pero no sustraerse a las normas esenciales establecidas legalmente para esta clase de testamentos.

En el caso de que una tercera persona ayude al testador escribiendo, por ejemplo, a lápiz previamente para que el otorgante, que no sabe escribir o muy poco, retinte luego a pluma el borrador, llevándole la mano, mojándole la pluma, sujetándole el papel, la negativa no puede ser tan rotunda, puesto que realmente el testamento lo escribe el otorgante, aunque con la ayuda o colaboración de un tercero. Si el testador sabe escribir y se conservan los rasgos característicos de su escritura, la ayuda es mínima y el testamento puede ser considerado válido; pero, en general, debe rechazarse esta intervención extraña, ya que siempre existen otros medios mejores para solucionar el problema que pudiera presentarse, y si no se hace así se podría pensar que no había habido auténtica libertad en el otorgamiento o, al menos, que es fácil la influencia del colaborador.

ser escrito todo él directamente por el testador, sin el auxilio de medios mecánicos. La escritura a máquina no revelaría que había sido hecho por el testador. Véase *Derecho Civil*, pág. 614.

(9) TRAVIESAS, estudio citado, pág. 138.

¿Y si se trata solamente de palabras sueltas intercaladas con objeto de mejorar la redacción o aclarar el sentido de alguna frase? La intercalación de palabras no siempre tiene carácter aclaratorio. En ocasiones puede alterar sustancialmente el documento. En cualquier caso, el criterio a seguir parece que debe ser el siguiente: si las palabras fueron escritas por tercera persona se deben tener por no puestas, pues no debe afectar al documento la acción, de buena o mala fe, de un tercero. Si las palabras fueron escritas de su puño y letra por el testador, deben valer siempre que no exista duda de que fueron puestas por él; por ejemplo, indicándolo al final (ver art. 688 del Código Civil).

También puede ocurrir que existan no palabras nuevas intercaladas, sino, por el contrario, palabras anteriormente escritas y luego tachadas. ¿Qué hacer en tal caso? El criterio debe ser similar al del supuesto anterior. Si las tachaduras fueron obra de un tercero no se tendrán en cuenta y valdrán las palabras tachadas. Por el contrario, si fue obra del testador, las palabras tachadas se tendrán por no puestas siempre que no ofrezca duda la voluntad de su autor.

En cuanto a la redacción no existe ninguna norma especial. La estructura y estilo es libre. Una forma reconocida generalmente es el testamento epistolar o escrito en forma de carta. Se ha discutido la utilidad o inconveniencia de esta modalidad. ENNECERUS cree que no se debe favorecer la forma epistolar de testamento ológrafo, pues induce a confusión entre el verdadero deseo de testar y la manifestación ocasional de sentimientos, fruto de circunstancias pasajeras. Estima, conforme a este criterio, que no sería válido un testamento concebido en los siguientes términos: «Querido marido: me muero. Toma todo lo que ahora todavía es mío y conserva el amor de tu pequeña *Ratita*.» Aunque este testamento tiene un gran parecido a otro al que reconoció validez nuestra jurisprudencia, hay que tener en cuenta que aquí falta la identificación clara del instituido heredero, la firma de la testadora no es personal, no se consigna fecha de ninguna clase e incluso el *animus testatoris* aparece dudoso.

Por lo que se refiere a las faltas de ortografía o de otro tipo gramatical, no se tendrán en cuenta si el sentido del escrito resulta claro o puede ser interpretado por los medios habituales. Precisamente, la irregular o defectuosa forma de escribir puede constituir una prueba de autenticidad.

¿En qué idioma debe escribirse el testamento ológrafo? Normalmente se hará en el idioma nacional. Y así viene a establecerlo el Código Civil cuando dice que los extranjeros podrán testar de este modo en su propio idioma (art. 688). De este precepto podría deducirse que los españoles no pueden hacerlo en un idioma extranjero, pero creemos que

la norma indicada lo que hace es dar una facilidad y no establecer una prohibición. Por consiguiente, entendemos que tanto los españoles como los extranjeros pueden testar autógrafamente en cualquier idioma. Lo que ocurrirá es que en tal caso se precisará, en su momento, la traducción oficial del documento redactado.

¿Con qué se debe escribir? Generalmente se hará con pluma y tinta. Así parece más serio y la escritura más permanente. Hoy día es muy frecuente el uso del bolígrafo para escribir e igualmente deberá ser admitido este procedimiento. En cuanto al lápiz, su inconveniente principal es la falta de permanencia de lo escrito y también quizá la duda que puede suscitar sobre si se trata de un borrador o existía verdadera voluntad de testar.

¿Sobre qué se debe escribir? Normalmente se hace sobre papel. Originariamente se hacía sobre papel timbrado, pero una Ley de 1904, ya citada, suprimió esta exigencia. Pueden usarse folios, cuartillas, papel de cartas, etc. ¿Podrá escribirse con buril sobre una placa metálica o cristal? No es normal, aunque teóricamente podría hacerse.

¿Puede estar de esta forma un ciego? BORSARI no lo admite. TRAVIESSAS, entre nosotros, sí, si el ciego sabe escribir en lenguaje ordinario (10).

2. *Fecha*

¿Qué debe entenderse por fecha? Lo normal es que se refiera al lugar y tiempo, es decir, que exprese dónde y cuándo se escribió el testamento.

En este punto pueden surgir una serie de cuestiones.

Respecto al lugar, o sea, dónde se otorga el testamento, parece que la indicación procedente es la población. Pero ¿y si se indica el país —España—, una región, una provincia o una barriada de un término municipal?

¿Y si el testamento se redacta en diferentes poblaciones por haberlo escrito en varios momentos, lo que también afecta al tiempo?

¿Y si se escribe en un lugar y se consigna una población distinta?

¿Y si no se expresa ninguna población?

Dado que este dato no lo consideramos una circunstancia intrínsecamente esencial creemos que valdrá la expresión del lugar en cualquier forma que se haga. E incluso aunque se omita la población o lugar.

En cuanto a la otra parte de la fecha, es decir, al tiempo, normalmente se expresa indicando el día, mes y año del otorgamiento. En este

(10) Id., pág. 136.

punto pueden presentarse problemas parecidos a los señalados respecto al lugar.

En primer término, puede haberse redactado el testamento no en un día determinado, sino en varias fechas; puede, además, consignarse el día en que se comience la escritura o se termine o todos ellos. Puede omitirse el día, el mes o el año. Puede comenzarse por indicar el año, el mes o el día. Puede expresarse de forma indirecta: por ejemplo, el día del Corpus de tal año, o con referencia a un suceso importante y conocido: el día que terminó la guerra, aquel en que falleció el señor X o el de la inundación de tal lugar, etc.

Creemos que cualquiera de las formas indicadas u otras semejantes deben ser consideradas válidas por las mismas razones dichas al referirnos al lugar. E incluso su omisión podría estimarse que no debe anular el testamento si se prueba de alguna manera la fecha en que fue otorgado.

Sin embargo, con arreglo a la legislación española, consideramos imprescindible la consignación de la fecha, al menos de tiempo, aunque aceptando cualquier fórmula de la que resulte «el día, mes y año del otorgamiento», como dice el artículo 688 del Código Civil; el orden es indiferente (ver sentencia de 4 de abril de 1895).

Si el testamento se redactase en varios momentos valdrá la consignación de la fecha de comienzo, la de terminación—lo que parece más razonable—o todas en las que el testamento fue escrito. Incluso consideramos aceptable que se redacte una cláusula y se feche (y firme), otro día se redacte otra y se haga lo mismo y así hasta que se termine, aunque en esta manera de proceder convendría expresar de algún modo que todo lo escrito constituye un solo testamento y no varios, aunque así se deduzca de la propia redacción.

Cabe también consignar una fecha distinta a la real, intencionadamente o por error. Así puede indicarse una población distinta a aquella en que se escribió el testamento o un día, mes o año diferentes al en que fue redactado. El momento señalado puede ser anterior o posterior al real.

Creemos que estas circunstancias no deben tener normalmente trascendencia. ¿Qué más da que se consigne una población distinta o un día diferente anterior o posterior a aquel en que se escribe el testamento? Además, generalmente este detalle pasará desapercibido y no se sabrá verdaderamente la fecha real en que el testamento fue otorgado. Si el testador pone una fecha distinta a la real, ¿quién lo sabrá si él no lo dice?

Pero existe un supuesto en que tal circunstancia salta a la vista. Imaginemos que una persona redacta un testamento ológrafo y por error pone una fecha posterior al momento en que lo escribe; por

ejemplo, se equivoca en el año y consigna el siguiente. Luego fallece antes de la fecha que figura en el testamento. ¿Será válido el documento redactado? Lo que resulta aquí evidente—en otros casos, como hemos dicho, pasará desapercibido—es que hubo un error. Pero tal error, ¿deberá anular el testamento, que, sin embargo, reúne todos los requisitos *formales* exigidos legalmente?

Es jurisprudencia constante y conforme del Tribunal Supremo que la expresión de la fecha (día, mes y año) ha de resultar de manera cierta «de los términos del propio testamento»—a nuestro juicio, en cualquiera de las formas indicadas, directas o indirectas, incluso en forma abreviada: por ejemplo, 22-10-72, aunque es preferible completa para evitar dudas—, siendo nulo el testamento en que figure una fecha *falsa* (sentencia de 13 de mayo de 1942). Pero ¿qué es una fecha falsa? Entendemos que debe ser una fecha *falsificada*, no una equivocada o puesta con error. Y si el testamento que señala una fecha anterior es generalmente válido, ya que normalmente se ignora esta circunstancia, parece natural mantener igual criterio en el supuesto de consignarse por error una fecha posterior, error que se pone de manifiesto al fallecer el testador con anterioridad a la misma, pero resultando evidente «de los términos del propio testamento» y de las circunstancias posteriores—el mismo fallecimiento del testador lo prueba—que hubo error en la consignación de la fecha, sin que deba considerarse «falsa» una fecha que fue estampada de buena fe por el propio interesado y cuya voluntad no se cumpliría si se estimase falsa. SALEILLES y STROHAL admiten el error en la fecha; el primero, en base al mismo Código Civil francés, y el segundo, afirmando que hay que renunciar a la absoluta exactitud de lugar y tiempo en la fecha del testamento ológrafo. El Código Civil español se limita a exigir la consignación de una fecha: «año, mes y día» del otorgamiento, dice escuetamente.

En algunos casos es importante expresar también la hora; por ejemplo, en el supuesto de redactarse en un mismo día dos testamentos. En tal eventualidad es importante indicar la hora para saber cuál ha quedado sin efecto y, por tanto, el que continúa siendo válido. El segundo testamento puede hasta tener por finalidad únicamente anular el testamento anterior.

Otra cuestión referente a la fecha: ¿En qué lugar del documento debe ponerse? ¿Al principio, al final o en cualquier sitio? Lo normal es que la fecha vaya al final del documento, inmediatamente antes de la firma, pero no hay inconveniente en que se ponga al principio e incluso se escriba en el contexto de la redacción. En cualquiera de los tres supuestos el testamento debe ser considerado válido.

3. *Firma*

La firma es la peculiar manera de escribir cada persona su nombre y apellido, con los que suele suscribir los documentos que autoriza como expresión de su identidad y conformidad.

El Diccionario de la Lengua dice que firma es el «nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice; nombre y apellido o título de la persona que no usa rúbrica o no debe usarla, puesto al pie de un documento».

Un aditamento normal de la firma es la rúbrica, consistente en unos trazos o dibujos, siempre los mismos, que se agregan al nombre y apellidos al suscribir un documento.

La firma de un documento implica una presunción de asentimiento a algo que en el mismo consta.

La variedad de supuestos es grande. Puede indicar: la autenticidad del sujeto que pide algo en una instancia, la prestación del consentimiento a un negocio jurídico precedente, la exteriorización gráfica de la voluntad mediante la cual se asume una obligación en un contrato que se describe previamente por escrito, etc.

Un documento sin firmar se considera normalmente como un proyecto de negocio jurídico, que no adquiere su perfección hasta que se firma.

Otras veces, la consignación de la firma no supone manifestación de voluntad, sino simple conocimiento; ejemplo, en las notificaciones.

Y no siempre se requiere la consignación de la firma como manifestación de asentimiento o voluntad de obligarse. Si yo echo dinero en una bolsa que lleva una persona que realiza una cuestación, se entiende que hago donación de la cantidad que en ella deposito sin necesidad de firma o documento ni siquiera que medie una palabra entre donante y receptor. Si hago una oferta por teléfono o telegrama quedo obligado por mi propuesta, pese a no existir una huella personal de mi actuación. Si hago una oferta por carta manuscrita y se me olvida firmar, generalmente quedo también obligado. Otro ejemplo más significativo: Si una persona escribe a otra una carta injuriosa, que no firma por olvido o intencionadamente, ¿dejará de tener responsabilidad por su conducta dolosa si no existe duda de su autenticidad?

La firma no es, por consiguiente, imprescindiblemente necesaria para que se atribuya a determinadas personas la responsabilidad o autoría de ciertos escritos. Así, vemos que el Código Civil concede valor de documento público al privado «reconocido legalmente», aunque no esté

firmado (art. 1.255). Y el Código de Comercio otorga valor de prueba a los libros mercantiles, aunque no lleven firma (art. 605 del Código de Comercio).

La sentencia de 9 de mayo de 1944 sienta la doctrina de que en los documentos en que se estipulen obligaciones no es necesario que los suscriban todos los interesados, sino que bastará que contengan la firma de la persona o personas obligadas, o sea, que no es necesaria la firma del acreedor. En cuanto a los documentos en blanco, es decir, aquellos en que inicialmente no figura nombre de acreedor, la sentencia de 5 de marzo de 1943 declara que serán válidos siempre que estén firmados por el deudor.

Estos criterios refuerzan la opinión de quienes no estiman imprescindible, al menos en teoría, la firma del testamento ológrafo, pues en el mismo su autor no se *obliga* a nada, sino que realiza una liberalidad, que es más bien lo contrario.

Aunque, como hemos dicho, en teoría, la firma no sea imprescindible para atribuir a alguien la responsabilidad del escrito, por un uso social reconocido legalmente, la firma viene a fijar, especialmente con relación a terceros, el momento de cierta solemnidad en que se presta consentimiento a un acto o relación que se ha ido perfilando previamente.

Al Derecho y, por consiguiente, a los sujetos de relaciones o negocios jurídicos, les interesa contemplar sólo actos claros, ciertos, que no ofrezcan dudas en cuanto a su voluntaria aceptación por los obligados.

Evidentemente, la voluntad existe antes de la firma y por eso se estampa ésta como señal de aceptación. Pero al Derecho le interesa señalar un momento a partir del cual la existencia de la voluntad no ofrezca ninguna duda. Y ésta es la función que desempeña habitualmente la firma.

Sintetizando lo anteriormente expuesto podemos decir con GERMÁN AMBÓN ALIX (11) que «la firma es un requisito de origen consuetudinario, que opera como *conditio iuris* de la eficacia de un escrito en base a la presunción de que el momento de su consignación coincide con el de emisión de voluntad o de conocimiento referente al acto o negocio descrito en el mismo».

La consignación de la firma puede tener carácter declarativo (incluso de simple conocimiento), probatorio o valor constitutivo.

Generalmente ocurre lo primero. Un documento firmado sólo de-

(11) GERMÁN AMBÓN ALIX, *Reflexiones sobre la firma*, "Pretor", núm. 31, febrero de 1966, págs. 13 y ss.

muestra que el interesado escribió este grafismo, puso allí su firma, presumiéndose que lo hizo voluntariamente y con conocimiento de lo que firmaba y, en su caso, que prestaba su conformidad a las obligaciones contraídas. Podrá probarse lo contrario, es decir, que no hubo voluntad o conocimiento. Y también podrán contraerse obligaciones verbalmente sin necesidad de documento escrito y firmado.

Excepcionalmente, la firma tiene valor constitutivo, en cuyo supuesto el documento que no la tiene es como si no existiese. Se trata entonces de documentos formales en los que la ley establece como requisito indispensable de validez esta exigencia. Así ocurre, por ejemplo, en el cheque, en la letra de cambio, etc., y también en el testamento ológrafo, que, según nuestra legislación, no es válido si carece de esta formalidad, pese a que, lógicamente, como reconocen otras legislaciones históricas y actuales, no es imprescindible por tratarse de un documento escrito personalmente por el interesado, circunstancia en la que reside su verdadera garantía de autenticidad. Indudablemente, en él, la firma agrega un nuevo elemento, que no deja dudas sobre la seriedad del propósito de su autor consignado en el escrito. Pero tal voluntad puede presumirse del hecho mismo de redactar tal clase de testamento, pues nadie se suele poner por mero pasatiempo a escribir un documento de tan indudable trascendencia y que supone un estado de ánimo especial que da al acto una peculiar solemnidad, aunque sólo sea íntima o personal. Y, por supuesto, tal voluntad podrá ser demostrada, aunque el documento no esté firmado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que acaba de escribir un testamento ológrafo y sufre un desfallecimiento, como consecuencia del cual muere sin poder cumplir la citada formalidad. O aún más claramente, el supuesto de una persona que redacta un testamento de esta clase y antes que lo firme un presumible heredero, que se considera perjudicado por el mismo, dispara contra su autor matándole. ¿Podrá en este caso ponerse en duda la voluntad del testador o, por el contrario, quedará más bien reafirmada por el comportamiento del posible heredero?

Aunque en el Derecho español la firma del testamento ológrafo es un requisito imprescindible, creemos debería considerarse puesta cuando consta de manera cierta la evidente voluntad de firmar, impedida violentamente o por una circunstancia de fuerza mayor, por la misma razón que se tiene por no puesta si se obliga por la fuerza a una persona a firmar un documento que se niega a hacerlo.

Supuesta la necesidad normal de firma del testamento ológrafo en nuestro Derecho positivo, contemplemos algunas cuestiones que pueden plantearse referentes especialmente a cómo, cuándo y dónde debe estam-

parse la firma, o sea, a la forma, al tiempo y al lugar (en su doble sentido de geográfico y documental).

4. *Formas de firma*

Existen muchas maneras de firmar. «Hay cuerpos armados cuyos miembros firman haciendo constar en caracteres legibles su nombre de pila y sus dos apellidos, uno debajo del otro, y al final, la rúbrica.»

«En el extremo opuesto a esta complejidad existe un uso rural extendido seguido por los analfabetos, quienes suelen firmar o, al menos, creen hacerlo marcando dos toscas rayas en forma de cruz.» Otras veces «firman» estampando la huella digital (12).

Pero veamos, en concreto, algunas formas de firmar que pueden presentarse:

- Firma con sólo el nombre sin ningún apellido.
- Firma con sólo los dos apellidos sin el nombre.
- Firma con el nombre y un apellido.
- Firma con nombre y dos apellidos.
- Firma con pseudónimo.
- Firma con expresión única del cargo o título.
- Firma con expresión única del vínculo familiar: ejemplo, tu padre.
- Firma con sólo iniciales.
- Firma ilegible.
- Firma sin rubricar.
- Firma con sólo rúbrica.
- Firma mal ortografiada.
- Firma con un signo especial.
- Firma con el nombre de religión (cuando lo cambian al ingresar en algunas órdenes religiosas).
- Firma con una cruz.
- Firma mediante huella dactilar.
- Firma mediante sustitución por testigo, que estampa el nombre del mandante.
- Firma con estampilla.
- Firma impresa.
- Firma xerográfica.
- Firma con pantógrafo.
- Firma por calco.
- Firma mediante cliché de multicopista.
- Firma por otros medios mecánicos.

(12) Id., págs. 29 y siguientes.

Ahora algunas observaciones sobre determinados supuestos de los relacionados, que nos valdrán para deducir del análisis unas conclusiones de aplicación general.

La firma con sólo el nombre sin ningún apellido ha sido admitida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de junio de 1918, referente a un testamento escrito por doña Matilde Corcho en una hoja en blanco de una antigua carta dirigida a su novio, don José Pazos, con quien posteriormente había contraído matrimonio, y cuyo texto era el siguiente: «Peñafiel, 24 de octubre de 1915. Pacicos de mi vida: En esta primera carta de novios va mi testamento. Todo para ti para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde.» Fallecida doña Matilde sin descendencia y protocolizada la carta como testamento ológrafo, un sobrino de la causante impugnó su validez. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid reconoció la validez del testamento, confirmando su fallo el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 8 de junio de 1918.

Como puede apreciarse, la carta discutida contiene todos los requisitos legales del testamento ológrafo: autografía, fecha y firma, aunque muy esquemáticamente, y el Tribunal Supremo entendió que existía una clara voluntad en la causante de beneficiar con todo el patrimonio a su marido sin que ofreciese ninguna duda la autenticidad del documento, por lo que declaró su validez.

En otro caso similar, aunque con alguna variante, el Tribunal Supremo se pronunció en sentido contrario. El testamento se contenía en una carta fechada el 24 de agosto de 1914, dirigida por doña Mariana López de Guerrero a sus sobrinos y herederos, a quienes hacía varios encargos, terminando con la firma «vuestra tía Mariana», con rúbrica, pero sin escribir apellido alguno detrás del nombre. Fallecida doña Mariana en 1920, su sobrino don Juan Treviño presentó para su protocolización el anterior testamento. Impugnada la validez por un pariente de la testadora, el Juzgado de Primera Instancia aceptó la impugnación; la Audiencia revocó la anterior sentencia, ordenando protocolizar el testamento, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de enero de 1924, casó el fallo de la Audiencia, confirmando lo declarado por el Juzgado de Primera Instancia, basándose en que la firma debe ser la habitual que se utiliza en todos los actos de la vida, haciéndose referencia a la sentencia de 8 de junio de 1918, que se decía no era contradictoria con la resolución que se adoptaba «por las especiales circunstancias» que en aquel caso concurrían. Seguramente en esta última sentencia del Supremo se tuvo en cuenta, además, que en el dato de la fecha no se expresaba el lugar y que la voluntad testatoria no aparecía de forma tan evidente como en el primer caso; podría tratarse de una manifestación

de sentimientos, un proyecto, más que un firme propósito de ordenar su última voluntad. Pero en la sentencia pronunciada se reconocía la validez del testamento epistolar siempre que reuniese los requisitos legales establecidos para el ológrafo y que *resultase claro* el propósito del testador de ordenar de aquel modo su prostrera voluntad.

En Francia, el Tribunal de Marsella, en resolución confirmada por la Corte de Justicia de Aix, declaró válido el testamento firmado con sólo el nombre de pila del testador (resolución de 15 de enero de 1931).

Entre nosotros, MANRESA y la mayor parte de los tratadistas que se han ocupado de esta materia entienden que tal forma de firmar el testamento ológrafo debe ser admitida.

La firma con el nombre de religión—ejemplo, sor María de la Cruz, fray Juan Serra—ha planteado algunos problemas. En Francia, el Tribunal de Quimper negó validez a un testamento ológrafo firmado con el nombre de religión—Marie du Sacre Coeur—, aunque no de manera rotunda, sino porque la causante firmaba de diversas maneras y, además, porque el citado nombre lo podían llevar, y de hecho lo llevaban, otras religiosas, todo lo cual inducía a confusión (resolución de 5 de abril de 1900, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1901, pfo. número 10.667).

La firma con uno o los dos apellidos sin el nombre de pila, o sea, prácticamente la llamada media firma, debe ser considerada válida por igual razón que puede valer la que consta de sólo el nombre, siempre que su autor la utilice habitualmente (aunque no en todas las circunstancias: en unos casos puede usar sólo el nombre, ejemplo, en las relaciones familiares; en otros, sólo el apellido o los apellidos, ejemplo, en relaciones comerciales. Las dos clases de firma pueden ser habituales, aunque limitadas a determinado sector).

Igual cabe decir de la firma con pseudónimo. Piénsese, por ejemplo, en pseudónimos tan conocidos como el de *Azorín*, usados constantemente con igual o mayor frecuencia que el nombre propio.

La firma con sólo iniciales resulta de validez más dudosa. Sin embargo, si el sujeto firma así habitualmente y no ofrece duda su autenticidad o libre estampación por su autor con serio ánimo de que produzca eficacia, parece que debe ser admitida. La Cour de Nancy declaró válido un testamento ológrafo firmado con sólo las iniciales J. C. P. (Arret de 1 de marzo de 1931, *Dalloz*, Rep. Alph., núm. 3.010, 1).

La firma carente de rúbrica debe ser admitida. Existen personas que no usan rúbrica e incluso en escritos dirigidos a elevadas jerarquías es, a veces, irrespetuoso utilizar rúbrica. El mismo Diccionario de la Lengua considera también firma la que carece de rúbrica. Ejemplo, los escritos

dirigidos al rey o al jefe del Estado no deben rubricarse, sino consignarse sólo el nombre y apellidos *con letra muy clara*, aunque no escriba así habitualmente el firmante. Por consiguiente, la rúbrica no parece que tenga carácter necesario o esencial en la firma, aun cuando el firmante suela utilizarla. Así lo entendieron en su día la Cour de Aix (resolución de 27 de enero de 1964, Dalloz, 1964, I-230), la de Besançon (resolución de 15 de noviembre de 1921, Sirey, 1923, 2, 38) y la de Bruselas (resolución de 17 de junio de 1863, Repertorio belga, 1863, 2, 233), que añaden que es menos necesaria todavía cuando el firmante no tiene costumbre de emplearla. En igual sentido, la Cour de París, según cuya jurisprudencia hay que tener en cuenta los hábitos del sujeto, su educación y su cultura (resolución de 17 de mayo de 1900, Sirey, 1900, 2, 237).

La firma mediante expresión del título nobiliario, ejemplo, el Marqués de X, creemos que identifica a la persona tanto como su nombre propio. Viene a ser como un segundo nombre propio especial distinto del civil, aunque en el transcurso del tiempo lo lleven una serie de personas. Pero como en el testamento ológrafo se consigna la fecha, es fácil saber a quién correspondía el título en determinado momento. Por eso, la firma de esta forma debe ser aceptada, siempre que no ofrezca dudas la identidad de la persona a quien corresponda el título utilizado y que el grafismo empleado sea habitual en él. Algo semejante ocurre con la firma expresiva del cargo si en un momento preciso se ocupa uno determinado, ejemplo, Enrique, Obispo de Almería.

La firma con expresión del parentesco se ha prestado a discusión. En Italia, el Tribunal de Casación declaró válido un testamento ológrafo firmado así: «Affmo. marito e padre» (resolución de 13 de junio de 1930, citado por ESCOBAR DE LA RIVA). En cambio, el Tribunal de Apelación de Berlín negó validez a un testamento que firmaba: «Vuestra madre».

La firma con sólo la rúbrica suele ser válida en los documentos normales y, a juicio de AMBÓN ALIX, debe aceptarse también en el testamento ológrafo si es habitual en el sujeto que la usa e identifica plenamente a su autor (13). Lo mismo debe decirse, por igual razón, de la firma ilegible, que realmente puede asimilarse a una firma con sólo rúbrica.

La cuestión carece, en realidad, de excesiva importancia tratándose de un testamento ológrafo, que debe ser escrito íntegramente de su puño y letra por el autor del mismo, circunstancia que garantiza plenamente su autenticidad.

(13) Id., pág. 28 y art. 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La pura legalidad formal de la firma creemos que queda cumplida incluso con estos procedimientos simples, siempre que, en conjunto, no ofrezca duda la autenticidad del documento y la identidad de su autor.

Respecto a la «firma» con una cruz, con un signo o de otra forma parecida, si se dan las notas positivas aludidas no hay razón para seguir un criterio distinto al señalado.

A juicio de TRAVIESAS, basta con que «el testamento esté firmado por el testador de una manera indubitada, como cuando se trata de la escritura utilizada para testar y por las mismas razones» (14).

La firma mal ortografiada debe ser considerada válida e incluso es más identificadora cuando el testador escribe habitualmente así.

En cuanto al cambio de firma, habrá que tener en cuenta el momento en que el interesado decidió la modificación.

Por lo que se refiere a la utilización como firma de la huella dactilar, no hay duda de que ésta identifica a la persona mucho más que un grafismo y que su estampación es más directamente manual que la escritura. En algunos países—Corea, India, Egipto—se utiliza normalmente para suscribir ciertos contratos. En España se ha planteado la cuestión de su validez en las letras de cambio. La Corte de Justicia de Alejandría, en una sentencia relativamente reciente (22 de abril de 1931), ha afirmado con toda razón que «en el estado actual de la ciencia, la impresión digital aparece como un signo distintivo de la identidad de las personas que presenta más certidumbre que la firma o sello». En Norteamérica, la Corte Testamentaria de Milwaukee, de Wisconsin, declaró válido un testamento ológrafo «firmado» con su huella digital por Wilhelmina Webler (abril de 1917).

La firma con sello, con estampilla, impresa, mediante calco o escrita por otros medios técnicos o mecánicos (con pantógrafo, en cliché de multicopista, etc.) presenta bastantes analogías, aunque también típicas diferencias. En general, estos medios *indirectos* de firmar son relativamente frecuentes en documentos *inter vivos* de producción masiva, en los cuales tienen completa validez. Piénsese en documentos administrativos consecuencia de la creciente mecanización burocrática, como recibos, comunicaciones, etc., y en títulos de valor, como los billetes del Banco de España, cuya validez nadie pone en duda, que están firmados a imprenta por el gobernador y el cajero. Algo parecido ocurre con las acciones de sociedades mercantiles (ver Decreto de 21 de febrero de 1958, art. 43 de la Ley de Sociedades Anónimas y Decretos de 2 de marzo de 1944 y 27 de noviembre de 1946 referentes al Documento Nacional de Identidad). La justificación de tal criterio en los casos mencionados

(14) Estudio citado, pág. 142.

resulta de la casi imposibilidad material de firmar directamente miles o millones de documentos. La solución, a nuestro juicio, en tales supuestos, debería haber sido otra: suprimir simplemente la firma buscando otros medios, que siempre existen y se dan en los documentos señalados, que garanticen plenamente la autenticidad de los mismos. En el testamento ológrafo esta forma de firmar no sería, evidentemente, normal.

Como síntesis de todo lo anterior, creemos que puede afirmarse con carácter general que en el testamento ológrafo la firma debe ser considerada válida siempre que sea auténtica y atribuible a su autor, aunque se refiera a un ámbito limitado de relaciones familiares o de otro orden en las que se utilice habitualmente, sobre todo si se tiene en cuenta que, en pura lógica, la firma, como la fecha, no debería estimarse, según hemos visto y ya hicieron los romanos, al menos, en determinadas épocas, requisito indispensable del testamento ológrafo. La Cour de Nancy, en un Arret de 1 de marzo de 1931, declaró que «el hecho de si un documento ha sido o no firmado—incluido, naturalmente, el testamento ológrafo—queda siempre a la libre apreciación de los Jueces y Tribunales».

Acabamos de ver las varias formas que puede revestir la firma, es decir, *cómo* puede ser. Hagamos ahora referencia a *dónde* debe estamparse, indicando, por último, *cuándo* ha de ponerse, problema que se podría relacionar con la fecha, a que ya hemos aludido.

Aunque algunos documentos formalistas deben firmarse en sitio determinado, por ejemplo, la letra de cambio, normalmente se firman al final; por eso se dice que se suscriben. Y eso es lo que ocurre generalmente con el testamento ológrafo. Pero ¿qué ocurriría si la firma se pusiera al principio, como presidiendo la voluntad que se expresará a continuación? Creemos que también debe valer. Y lo mismo si se firma marginalmente.

En general, la doctrina entiende que vale en cualquier sitio que se ponga si no ofrece duda la voluntad seria de asumir todo lo que se dice en el contexto redactado. Si se escribe, por ejemplo: «Yo, Juan López Fernández, otorgo este testamento...», tal expresión debería valer como firma, puesto que su finalidad es identificar a la persona que acepta o suscribe un documento, y tal finalidad resulta evidente de la redacción indicada.

La Cour de Amiens consideró firma incluso «el nombre y apellidos intercalados en el texto», con la sola exigencia de que haya sido escrito manualmente (resolución de 14 de enero de 1902, *Gazette du Palais*, 1932, 2, 88). El testamento a que se refería el fallo pronunciado era del tenor siguiente: «Mi testamento. Elisa Tapic, viuda. Al. N'quet, ruega

por mí...», a lo que seguían las disposiciones testamentarias sin que figurase después firma alguna. El nombre puesto en el encabezamiento se consideró como firma.

En nuestro Derecho, como dice MARIO ARMERO, el Código Civil no indica el lugar del testamento en que deba estamparse la firma (15).

¿Cuándo debe firmarse el testamento ológrafo? Lo lógico es que se haga una vez terminado, como asumiendo todo lo escrito. Pero nada impide que se firme antes, como presidiendo lo que se va a decir, sobre todo si se firma al principio.

Otro problema: ¿qué ocurre si firman testigos además del otorgante? Realmente en este caso se cumplen con exceso las formalidades exigidas y un aumento de ellas no debe disminuir su valor. Así piensa, por ejemplo, TRAVIESAS (16).

Aunque la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo la extranjera, no sean rigurosas en la exigencia de los requisitos que legalmente debe llenar el testamento ológrafo para evitar dudas y posibles planteamientos interpretativos, es recomendable la mayor escrupulosidad en el cumplimiento de las formalidades establecidas, a saber:

1. El texto debe escribirse íntegramente a mano, en la forma habitual (no haciendo signos de tipo imprenta, taquigráficos o simbólicos), en el idioma nacional, sin emplear abreviaturas ni intercalar palabras o salvando al final las correcciones si las hubiere.

2. La fecha debe ser de lugar y tiempo, expresándose la población y el día, mes y año de su otorgamiento (especialmente estos últimos datos no deben faltar). Puede ponerse al principio o al final precediendo a la firma.

3. La firma debe estamparse al final, suscribiendo todo lo anterior. Su forma debe ser la habitual en el otorgante, compuesta casi siempre por el nombre y primer apellido (o los dos si los escribe corrientemente), evitándose simplificaciones y esquematismos que sólo se usan profesionalmente (media firma) y firmas con expresión sólo del parentesco, cargo o título, que podría dificultar la identificación.

Aunque, como sabemos, en nuestro Derecho está prohibido que testen conjuntamente dos personas en un mismo instrumento y, lógicamente, también el testamento mancomunado ológrafo, ¿podrán dos personas escribir su testamento ológrafo en un mismo documento o papel, por ejemplo, uno a continuación de otro o uno en la cara y otro en la vuelta del papel? Creemos que podría hacerse, sobre todo si se escribe en un pliego que pueda cortarse y quedar así independientes ambos

(15) Obra citada, pág. 219.

(16) Estudio citado, pág. 138.

testamentos, con lo que se facilitaría su protocolización posterior. De todos modos no recomendamos este procedimiento.

El testador puede cambiar o modificar en cualquier momento, según ya se ha dicho, su testamento anterior. También podrá destruir su testamento ológrafo como expresión de su voluntad de revocarlo (en el notarial esto no es posible por conservar el fedatario la matriz). ¿Cabría que el testador encomendase a un tercero esta misión? Por ejemplo, a quien lo hubiese entregado para su custodia, especialmente si ocurría determinado suceso. Creemos que sí, pero en este caso convendría que el encargo se diese por escrito y con garantías de autenticidad, que podrían ser similares a las del propio testamento.

El testador puede guardar él mismo su testamento ológrafo, entregarlo con igual finalidad a un notario o dárselo a un tercero de su confianza, como se acaba de indicar.

Una vez fallecido el testador, la persona que tuviere en su poder un testamento ológrafo o quien lo encontrare si lo hubiese conservado su autor, deberá entregarlo, para su adveración o comprobación, al Juez de Primera Instancia de su domicilio. Esta autoridad, previos los trámites establecidos, declarará, si procede, su autenticidad para que se dé cumplimiento al mismo.

Declarada su autenticidad del modo dicho, se ordena su protocolización mediante su incorporación al archivo de un Notario, con lo que adquiere carácter público.

VI

TESTAMENTO EXTRAORDINARIO ANTE TESTIGOS

En peligro inminente de muerte, en tiempo de epidemia, en guerra, naufragio, catástrofe u otra causa análoga, el Código Civil permite hacer testamento extraordinario ante testigos solamente.

En efecto, el artículo 700 de dicho texto legal dice que «si el testador se hallare en peligro inminente de muerte puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario». Este testamento queda sin valor transcurridos dos meses desde que cesó el peligro de muerte (artículo 703). El testamento se escribirá por los testigos siendo posible; en todo caso valdrá, aunque los testigos no sepan escribir. Si falleciere el testador en el citado plazo de dos meses, también quedará ineficaz el testamento si en los tres meses siguientes a la muerte no se acude al

Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente (art. 703, pág. 2).

En tiempo de epidemia (actualmente habría que entender también en los supuestos de catástrofes, inundaciones, terremotos, etc.), se podrá otorgar testamento verbal ante tres testigos idóneos, que, si es posible, lo escribirán (art. 701). Rigen los mismos plazos ya dichos de dos y tres meses sobre invalidez y la necesidad de protocolizarlo (art. 704).

Los militares y quienes sigan a la tropa, en tiempo de guerra o campaña, pueden otorgar testamento especial, abierto o cerrado, ante autoridades castrenses. Antes de entrar en combate pueden otorgar testamento de palabra ante dos testigos (art. 720). Para que sea válido hay que cumplir después determinadas formalidades.

Durante una navegación se puede otorgar testamento especial ante los mandos del buque, que devendrá nulo si no se otorga testamento en la forma ordinaria en el plazo de cuatro meses desde que el barco arribe a puerto español. En caso de naufragio se puede otorgar testamento verbal ante dos testigos, que después deberá ser también, igual que todos los anteriores, protocolizado notarialmente (art. 731).

Sería conveniente unificar todos los testamentos que se basan en la existencia de un peligro de muerte, estableciendo, por ejemplo, que en tal caso, cualquiera que fuese la causa del riesgo—enfermedad, accidente, guerra, catástrofe, epidemia, naufragio, etc.—, se podría otorgar testamento ante dos testigos solamente, que deberían escribirlo, si fuese posible, y dar cuenta al Juez cuanto antes para que ordenara lo procedente. En todo caso quedarían sin efecto transcurrido un breve plazo desde que cesó el peligro.

En el extranjero podrán los españoles otorgar testamento ante el Cónsul del lugar que represente a España, quien hará las veces de Notario; privadamente, en forma ológrafa, y, finalmente, sujetándose a las formalidades establecidas por la legislación del país en que se encuentren (arts. 732 y sigs.).

La forma más conveniente de hacer testamento es ante Notario, por ser éste un técnico competente en Derecho, que asesora convenientemente y estructura jurídicamente la voluntad del testador. Por eso, cualquier desconocimiento legal del otorgante o deseo legalmente inadecuado o inconveniente pueden ser rectificadas en debida forma, ya que el Notario orientará y aclarará todo lo que sea necesario.

Respecto al testamento ológrafo, como se trata de un documento privado que el otorgante redacta solo, hemos procurado puntualizar con más detalle sus características y requisitos necesarios.

En cuanto a los testamentos especiales en peligro de muerte, como son excepcionales, sólo hemos señalado lo indispensable.

Por último, indicaremos, como advertencia general, que en las regiones forales se suelen admitir formas testamentarias no permitidas por el Código Civil, como son, por ejemplo, el testamento mancomunado y por comisario y otros negocios jurídicos con finalidad similar, como capitulaciones matrimoniales, heredamientos y contratos sucesorios.

VII

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO

Interpretar algo es averiguar su sentido.

La interpretación en el Derecho constituye una *técnica* en contraposición a la elaboración de los conceptos que integra la *ciencia* jurídica.

En la interpretación jurídica se puede distinguir la que se refiere a las normas legales de carácter general y la de los actos o negocios jurídicos voluntarios y concretos. Ambas manifestaciones tienen particular importancia.

Dentro de la interpretación de los negocios jurídicos cabe diferenciar la parte que se refiere a la constatación de los hechos y la que mira a su valoración jurídica. Lo primero precede a la interpretación propiamente dicha, que consiste en la elaboración de un juicio lógico. La valoración jurídica sigue a la interpretación en sentido estricto y es una consecuencia del juicio lógico que la interpretación supone.

Distinta de la interpretación es la integración jurídica, que consiste en completar un negocio jurídico inacabado mediante normas supletorias que lo perfeccionen en cuanto a sus efectos.

Y distinto también de la interpretación es el cumplimiento de un negocio jurídico en forma distinta de la prevista, por acuerdo de los interesados en uso de la autonomía de la voluntad y que constituye, en realidad, una verdadera modificación del negocio jurídico originario.

En todo negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* se presenta a cada momento la necesidad de su interpretación. Incluso en aquellos cuyas cláusulas parecen meridianamente claras.

Es clásico el principio *in claris non fit interpretatio*, recogido en más de una ocasión por la jurisprudencia: las cláusulas testamentarias sólo deben ser interpretadas «cuando la oscuridad o la duda» lo hacen preciso (sentencia de 4 de junio de 1959), es decir, «cuando sean ambiguas o contradictorias» (sentencia de 21 de febrero de 1962).

Pero la fuerza de este aforismo es más aparente que real. Si algo es claro no se planteará ninguna cuestión; pero si se plantea es que no estaba tan claro, bien porque exista contradicción entre cláusulas aisladamente claras, sin embargo, o bien porque exista alguna laguna que sea necesario llenar. Es lo que viene a decir la sentencia de 6 de febrero de 1962, según la cual, «por ser la voluntad soberana del testador libre y formalmente declarada en su testamento ley rectora de la sucesión, cuando no se halle expresada de manera clara e inequívoca se hace preciso interpretarla a fin de fijar el verdadero sentido y alcance de cuanto dispusiere».

En el extremo opuesto no se puede *interpretar* lo que no existe. Eso sería inventar o imaginar, que es distinto de averiguar el sentido de algo.

Por tanto, para interpretar una voluntad es preciso que haya, al menos, un principio de declaración o manifestación de la misma sobre la cual la interpretación pueda apoyarse. Por el contrario, nada impide extender la declaración mínimamente hecha a puntos no tenidos claramente en cuenta por su autor, con tal de que estuviesen en su mente, al menos, tácitamente o en germen. Como se ha escrito, la meta es ciertamente la investigación de la voluntad del testador, pero manifestada testamentariamente, aunque sólo sea de forma muy elemental o indicativa. Es lo que viene a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1944 cuando declara: «El sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, puede ser desenvuelto e integrado por el Juez siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario o, lo que es igual, del tenor del mismo testamento, del cual puede extraerse de modo claro la verdadera y compleja voluntad del disponente» (ver, además, las sentencias de 8 de julio de 1940 y 3 de julio de 1942).

1. *Sujeto de la interpretación*

La interpretación del testamento *podrá* hacerla, en primer término, el propio testador, ya que si, según el Código Civil, puede hacer en el mismo testamento o en otro acto separado la partición de sus bienes, y en tal supuesto habrá que pasar por ella siempre que no perjudique las legítimas, con mucho mayor razón podrá interpretar o aclarar el testamento en cualquier acto posterior al otorgamiento y anterior a su muerte. Por esta razón, los escritos del testador que aclaren o expliquen su última voluntad son los mejores factores interpretativos del testamento y el principal medio de prueba en caso de discrepancias entre los herederos.

En segundo lugar, corresponde la interpretación al albacea, si existiere. El albacea, como ejecutor testamentario, interpretará el testamento «poniéndose en lugar del testador», como mandatario *post mortem* del mismo, con todos los medios de que disponga y sin someterse al criterio de los herederos. Si alguno de éstos no estuviere conforme con el proceder del albacea podrá acudir a los Tribunales para impugnar la partición.

Si no existiese albacea, los herederos serán quienes interpreten el testamento. Si están unánimemente de acuerdo podrán decidir lo que estimen oportuno, aun saliéndose de lo dispuesto en el testamento e incluso prescindiendo de él, lo que excede de la interpretación propiamente dicha, como veremos seguidamente, pero que está dentro de sus facultades.

Por tanto, cuando los herederos conocen la verdadera voluntad del causante, aunque sea distinta de la que figure en su testamento, y quieren darle cumplimiento, no existe ninguna dificultad.

En efecto, según el Código Civil, cuando los herederos son mayores de edad y tienen la libre disposición de sus bienes pueden distribuirse la herencia *de la manera que tengan por conveniente* (art. 1.058 del Código Civil).

Ello es lógico. En tales circunstancias, una vez cumplida estrictamente la letra del testamento, inmediatamente ya cada cual dueño de su parte, podrían cederse recíprocamente lo que quisieran o tomar otras decisiones, ajustándose de esta forma a la conocida voluntad del causante si hubiese variado o fuese distinta de la reflejada en el testamento. Por eso, el legislador estima inútil tal trámite intermedio y permite a los herederos hacer directamente lo que crean más conforme y respetuoso con la verdadera voluntad de quien les beneficia a todos.

Por supuesto, también pueden operar de este modo cuando así conviniera a sus intereses o quisieran por voluntad propia dar algún destino especial a todos o parte de los bienes.

Aunque realmente esta forma de proceder escapa de lo propiamente testamentario y en estricto sentido no puede considerarse como interpretación, la jurisprudencia ha hecho frecuentes declaraciones, que ponen de manifiesto la gran libertad de los herederos en este punto, que se deriva, en general, por otro lado, de la autonomía de la voluntad. Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1901 y 28 del mismo mes de 1906, entre otras, declaran que en materia de sucesiones, «los actos que tácita o expresamente impliquen por parte del heredero o legatario el reconocimiento de la voluntad del testador *convalidan*

cuantos defectos puramente formales hayan podido cometerse en su extensión» (17).

La interpretación propiamente dicha supone ya la aceptación o reconocimiento de un testamento concreto, partiendo del cual se acomoda su texto a la verdadera voluntad del causante.

Cuando los herederos no se ponen de acuerdo sobre el modo de hacer la partición deberán acudir al Juez para que resuelva lo procedente, y su decisión supondrá, como es lógico, una interpretación del testamento (ver art. 1.059 del Código Civil). Únicamente los albaceas, herederos, legatarios o quienes se crean con derecho a la herencia serán quienes, como interesados, podrán plantear judicialmente la cuestión de interpretación de los testamentos.

En el supuesto de que lo que se pretenda sea no la interpretación de un testamento, lo que supone la aceptación de su validez, sino la declaración de su nulidad, la acción corresponderá exclusivamente a quienes, a falta de disposición testamentaria, correspondería *por ley* el carácter de herederos del causante (sentencias de 26 de junio de 1907 y 27 de mayo de 1913 y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1904).

Es decir, tanto en un caso como en otro, sólo se concede la posibilidad de ejercitar la acción a quienes ostentan un auténtico interés.

Pasemos ahora a la interpretación propiamente dicha del testamento, o sea, cuando se parte de un testamento específico que se desea cumplir de acuerdo con las normas legales establecidas sobre el particular y aplicando las reglas técnicas de la hermenéutica, dejando aparte el caso de que los herederos, aun prescindiendo del testamento si fuese necesario, acordasen distribuirse la herencia como tengan por conveniente, bien para mejor cumplir la conocida y verdaderamente última voluntad del causante o porque así convenga a sus intereses, y del otro supuesto indicado de que por herederos legales se pretenda la nulidad de un testamento que beneficia a personas instituidas en él y que, a juicio de aquéllos, deben ser excluidas.

2. Diferencias con la interpretación de actos «*inter vivos*»

«La interpretación del testamento—dice JORDANO BAREA—presenta características propias frente a la de los negocios jurídicos *inter vivos*» (18).

Hasta tal punto es distinto el tratamiento que corresponde a contra-

(17). ARMERO, *obra citada*, pág. 91.

(18) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 13.

tos y testamentos, que algunos han encontrado en ello diferencias suficientes, que justifican una revisión de la teoría unitaria del negocio jurídico.

Respecto a los primeros, «constituye un dogma del derecho sucesorio el imperio de la libre voluntad del testador», afirmando la doctrina y la jurisprudencia que la voluntad del testador es ley de la sucesión, aunque, como es lógico, con un mínimo de formalidades o exigencias que den seguridad y seriedad al acto, según declaró la sentencia de 2 de marzo de 1935.

En la interpretación de los contratos, por el contrario, hay que tener en cuenta, junto con la voluntad, que aquí no es única, sino contrapuesta, la seguridad del tráfico, los intereses de terceros relacionados con el negocio y la protección de la buena fe, como declaró la sentencia de 23 de mayo del mismo año 1935, confirmada por la de 3 de abril de 1965, según la cual, «a diferencia de lo que sucede en los negocios jurídicos *inter vivos*, en los que al interpretarlos debe resolverse el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también su punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real exacta o, al menos, probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores».

TRAVIESAS, por su parte, afirma que es prácticamente unánime la consideración del testamento como una declaración *unilateral* de la voluntad del testador *no recepticia*, es decir, no dependiente de la aceptación por otra persona. No hay ningún «receptor», dice ENDEMANN, aunque sí beneficiario, que es cosa distinta.

La finalidad del testamento es que la voluntad del testador «se conozca» y «se cumpla», pero no que los herederos le presten su asentimiento o la modifiquen, aunque podrán disponer de los bienes cuando sean suyos por haber tenido lugar la partición o incluso en el momento de hacer ésta, en que prácticamente ya lo son, cuando exista unanimidad, mas entonces no por cumplimiento de la voluntad del testador, sino como negocio jurídico transaccional entre los interesados.

Por eso, en la interpretación del testamento se debe buscar la auténtica voluntad del testador siempre que tenga expresión, aunque sea mínima, en el mismo. Como dice la sentencia de 4 de mayo de 1966: «Por ser el testamento una manifestación de voluntad en que se expresa aquello que se quiere se haga después de la muerte, es *absolutamente necesario* llegar al conocimiento de lo que el testador *realmente dispone*,

siendo de toda evidencia que este logro no puede determinarse en un somero examen de las cláusulas testamentarias, pues esto es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador, pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si, pese a su evidente claridad, no concuerda con lo por él querido, que por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia ha de imponer su hegemonía sin que nada la coarte si no se opone a la ley su libre decisión; supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, que impera y rige la interpretación de sus postreras manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como por el foral.» Como dijo la sentencia de 27 de noviembre de 1957: «En materia de testamentos, desde las XII Tablas hasta nuestros días, pasando por el fragmento 34, título 17, libro 50, del Digesto; por la ley 5.^a, título 33, de la Partida VII, y por el artículo 675 del Código Civil, siempre se ha entendido que la ley suprema es la voluntad del testador.» En igual sentido, las sentencias de 3 de febrero de 1891, 26 de junio de 1891, 19 de mayo de 1893, 28 de abril de 1894, 21 de marzo de 1895, 8 de mayo de 1901, 24 de abril de 1904, 3 de octubre de 1913, 3 de abril de 1915, 16 de noviembre de 1916, 17 de mayo de 1918, 5 de diciembre de 1919, 2 de julio de 1920, 18 de abril de 1927, 30 de abril de 1927, 17 de mayo de 1927, 17 de febrero de 1928, 20 de febrero de 1928, 19 de octubre de 1929, 18 de noviembre de 1930, 20 de octubre de 1933, 5 de noviembre de 1933, 29 de diciembre de 1933, 2 de marzo de 1935, 9 de octubre de 1943, 5 de mayo de 1944, 2 de noviembre de 1944, 1 de junio de 1946, 29 de octubre de 1949, 12 de febrero de 1952, 23 de enero de 1959, 26 de octubre de 1960, 3 de febrero de 1961, 24 de febrero de 1961 y 3 de abril de 1965, entre otras. Con tal de que la referida voluntad no sea contraria a la ley, a la moral o al orden público.

Por consiguiente, en la interpretación de los contratos debe regir la denominada interpretación objetiva; en los testamentos, la subjetiva, que se dirige a averiguar la verdadera voluntad del testador y darle fiel cumplimiento. Como dice GRASSETTI, en los negocios jurídicos *mortis causa* debe prevalecer la interpretación *subjetiva e individual*, buscando el significado *personal* de la declaración de voluntad y con arreglo a circunstancias *concretas*, sin que repugne acudir a presunciones ni a los actos del testador anteriores al testamento acreditados por cualquier medio de prueba o a deducciones de su conducta.

¿Cuál es la razón del distinto tratamiento en materia de interpretación de los actos jurídicos *inter vivos* y de los *mortis causa*?

JORDANO BAREA, en su magnífica monografía sobre la interpretación

del testamento, ya citada, y a la que seguimos por su solidez, orden y claridad expositiva, sistematiza los principales argumentos de la doctrina, justificativos de la interpretación subjetiva del testamento, en los siguientes apartados:

1. La gratuidad del testamento. Al constituir normalmente la institución de heredero o nombramiento de legatario un acto gratuito del disponente en favor de los beneficiarios, es lógico que sea exclusivamente la voluntad del testador la que se tenga en cuenta en el destino de los bienes, puesto que no existe contraprestación alguna por parte de los favorecidos.

2. La no receptibilidad del testamento. El testamento es un acto unilateral no recepticio y, por tanto, no destinado a combinarse con otra declaración de voluntad, por lo cual es lógico que se atribuya al sentido subjetivo del declarante (testador) el poder decisorio en materia de interpretación.

3. El testamento es medio de conocimiento y no de vinculación. La declaración testamentaria se destina fundamentalmente a dar a conocer a quienes viven la última voluntad del declarante, mientras que las declaraciones *inter vivos* son medios de vincular a las personas y como tales deben ser jurídicamente tratadas. Su finalidad es regular el destino *post mortem* del propio patrimonio (que el difunto no se puede llevar), más aún que atribuir o dejar algo a alguien. El testador no se obliga a nada, no promete observar en el futuro—que ya no existirá para él—una determinada conducta; solamente manifiesta su voluntad sobre el destino que quiere se dé a su patrimonio cuando fallezca.

4. La imposibilidad de renovación del testamento. En los actos *inter vivos*, si se da a la expresión de voluntad de los interesados un sentido distinto al deseado, podrán rectificarse las consecuencias mediante una nueva manifestación de voluntad. En los testamentos esto no es posible al haber fallecido su autor, por lo que la interpretación de los mismos debe respetar lo más fielmente posible la auténtica voluntad del causante.

5. Preferencia del beneficiario real sobre el aparente. Según se siga una interpretación objetiva o subjetiva del testamento serán beneficiarios unos u otros herederos. Parece más lógico que un posible conflicto de intereses entre ambos, ninguno de los cuales tiene un auténtico derecho exigible, se dé preferencia al que señala la auténtica y real voluntad del testador, único titular del patrimonio que dispone *post mortem* de sus bienes, sobre el beneficiario aparente, que resulta de un interpretación literal u objetiva.

6. La peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. El testamento es un acto especial que no adquiere relevancia jurídica hasta el fallecimiento del testador. Su voluntad no claramente expresada puede ir matizándose o, más exactamente, precisándose hasta ese momento. Lógicamente, si se produce un cambio radical otorgará un nuevo testamento, pero muchas veces el testador, con su conducta, escritos, manifestaciones, etc., podrá ir exteriorizando los perfiles de su voluntad contenida en el documento otorgado. Es natural que su último sentir se tenga en cuenta dadas las características del testamento que ya han sido expuestas.

En los negocios *inter vivos*, por el contrario, la voluntad queda fijada en el momento de la perfección del negocio, aparte de que existen intereses de otras personas y del tráfico, en general, que hay que respetar, por lo que se impone en ellos una interpretación objetiva, que, al menos parcialmente, podría alcanzar incluso a los pactos sucesorios, pese a que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1950 los equipara a los testamentos en los cuales debe prevalecer «la voluntad interna del testador».

3. Normas jurídicas principales sobre interpretación de testamentos

Las principales normas jurídicas españolas sobre interpretación de testamentos son los artículos 675 y 773 del Código Civil, que consagran el criterio subjetivo en esta materia.

Según el primero, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*. En caso de duda se observará *lo que aparezca más conforme a la intención del testador* según el tenor del mismo testamento».

Dos supuestos de discrepancia entre la voluntad real y la declarada parece contemplar este artículo a continuación de la declaración inicial de conformidad plena, en cuyo caso el testamento se cumple de acuerdo con lo literalmente declarado en él.

Los dos casos de discrepancia son los siguientes:

1.º Que *aparezca claramente* que fue otra la voluntad del testador. En este caso, la *voluntad real* es la que deberá cumplirse en vez de la declarada, naturalmente siempre que exista un mínimo de expresión testamentaria de la misma, pues en otro caso no se podría hablar de interpretación del testamento, sino más bien de integración o actuación libre.

2.º *Que existan dudas* en cuanto a si la voluntad auténtica es la que figura en el testamento o es otra distinta. En tal supuesto, como es lógico, se observará, con arreglo a la interpretación *subjetiva*, lo que aparezca más conforme a la *intención del testador, según el tenor del mismo testamento*. Es decir, se procura armonizar lo que parece ser la voluntad real—puesto que se presenta dudosa—y la declarada en el testamento.

El anterior criterio subjetivo resulta confirmado gráficamente y con gran fuerza por lo dispuesto en el artículo 773, según el cual, «el error en el nombre, apellidos o cualidades del heredero no vicia la institución cuando *de otra manera* pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada». Es decir, que si se nombra a Pedro Pérez y se sabe que lo que se quiso decir fue Juan Pérez, valdrá Juan. Igual ocurrirá si el heredero no se designa por el nombre, sino por cualidades que le identifiquen, por ejemplo, mis hijos, mi médico de cabecera, etc. «Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permitan distinguir al instituido, ninguno será heredero.» O sea, *si no puede saberse ciertamente*—por cualquier medio—a quién quiso instituir el causante.

La indicación del medio por el que pueda conocerse cuál fue la verdadera voluntad del testador es, como se ve, amplísima—de otra manera dice el texto legal—, o sea, por cualquier otro camino distinto del testamento; por tanto, un documento diferente, por ejemplo, e incluso la información testifical.

En la práctica podría ocurrir, en el supuesto que contemplamos de igualdad de nombre y circunstancias de los posibles herederos sin que pudiera saberse a cuál quería beneficiar el testador, que éstos se pusieran de acuerdo y uno manifestase formalmente que se trataba del otro para de este modo distribuirse después el beneficio, pues les interesará más esa solución, que parece más lógica, que la contraria de no recibir nada ninguno. Frecuentemente se tratará en este caso de parientes, y si se declara que ninguno es heredero testamentario, ambos lo serían por designación legal abintestato. De ahí quizá la solución legal, pero parece más razonable la que apuntamos de que en caso de duda sobre quién era el heredero nombrado lo fuesen ambos por mitad.

Volviendo a los posibles medios de conocimiento de la verdadera voluntad del testador, repetida jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la prueba extrínseca, es decir, fuera del testamento, para averiguar la real *mens testatoris*.

Este criterio subjetivo amplísimo no ofrece ninguna duda. Sería absurdo que se admitiese para lo más importante, que es la designación de heredero, y no se aceptase para cláusulas menos trascendentales.

GARCÍA AMIGO dice que el Tribunal Supremo admite abiertamente la prueba extrínseca, igual que la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera (ver sentencias de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1947, 8 de marzo de 1956 y 18 de diciembre de 1965, entre otras).

Y en otro lugar agrega: «Cabe afirmar, desde un punto de vista práctico, que apenas se planteará un supuesto de interpretación del testamento en el cual no haya necesidad, para aclarar dudas surgidas, de acudir a la llamada prueba extrínseca o, más correctamente, a los medios extratestamentarios» (19).

Por su parte, JORDANO BAREA dice que «la exclusión absoluta de esta prueba implicaría en muchos casos la frustración de una voluntad testatoria cierta y segura» (20).

DÍEZ PICAZO, en la misma línea de pensamientos, escribe: «Cualquier medio de prueba que nos conduzca a averiguar la voluntad del testador es admisible. Como vía de ejemplo podemos señalar los antecedentes del testamento, los anteriores testamentos derogados, los posteriores que vengan a interpretar la voluntad testamentaria, los testamentos nulos por falta de forma, los borradores, apuntes, cartas, diarios, etc. También cabe acudir al comportamiento o conducta del testador que es aplicable en materia testamentaria. La jurisprudencia ha hecho uso de esta idea en diversas ocasiones» (21).

En efecto. El Tribunal Supremo ya había declarado, con referencia a las Partidas (P. 7, 33, 5), que para la interpretación de las cláusulas testamentarias se debían poner en relación con sus antecedentes (sentencias de 23 de septiembre de 1865 y 5 de julio de 1895).

Después de promulgado el Código Civil, la jurisprudencia en igual sentido es abundantísima. Entre las múltiples sentencias podemos destacar:

Las de 3 de junio de 1942 y 1 de junio de 1946, según las cuales se han de «enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que, especialmente en la interpretación del negocio jurídico unilateral, ha de concederse a la voluntad del disponente, único autor de la declaración».

La de 6 de febrero de 1958, conforme a la cual: «La interpretación

(19) GARCÍA AMIGO, *estudio citado*, pág. 965.

(20) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 90.

(21) LUIS DÍEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho Civil*, tomo IV. *Sucesiones*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Madrid, Copigraf, Ibiza, 52, 1967, pág. 381. En igual sentido, JORDANO BAREA, *obra citada*, págs. 47, 92, 93 y 95.

de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función *subjetiva* de la voluntad del causante, que es la que da vida al acto en sus consecuencias jurídicas ulteriores al óbito, voluntad manifestada en *signos* o *palabras escritas* o simplemente *pronunciadas* en determinados casos, que, en general, responden a la intención de aquél, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de éste al referirse a sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la falta grave de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud, ya que, en definitiva, las palabras responden, en general, a los actos internos o anímicos de su autor» (sentencia de 25 de abril de 1963; ver también las sentencias de 1 de junio de 1956, 6 de febrero de 1958 y 4 de noviembre de 1961).

La de 12 de febrero de 1966, que declara que «el sentido aparente tiene por fuerza que dejar paso a aquella auténtica voluntad, siempre que pueda claramente apreciarse, por impropias, inadecuadas e incluso contradictorias que parezcan las fórmulas empleadas, a la manera como proclaman las sentencias de 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de noviembre de 1961 y 21 de febrero de 1962». Así, por ejemplo, si llama «biblioteca» a su bodega o «parienta» a su mujer, valdrá la institución si su voluntad no ofrece dudas por usar el testador dicho lenguaje convencional.

La de 2 de febrero de 1950, que se refiere a «circunstancias de tiempo y de lugar» en la interpretación de la conducta del testador.

La de 27 de marzo de 1928, según la cual, en la interpretación de los actos de última voluntad es lógico «prescindir de denominaciones jurídicas que no tenía por qué conocer el testador», lego en Derecho. Así, por ejemplo, la palabra sobrinos puede referirse exclusivamente a los hijos de hermanos o abarcar un círculo más amplio de parientes; los bienes familiares pueden ser sólo los recibidos de la familia, especialmente de los progenitores, o comprender también, con un sentido económico, los que les hayan sustituido, si así lo entiende el propio testador. Por eso dice JORDANO BAREA (22) que en tales casos hay que tener muy en cuenta la mentalidad y hasta el grado de cultura jurídica del disponente, sobre todo cuando se trata de un testamento ológrafo, en el que normalmente falta el asesoramiento técnico que supone en el público la intervención del Notario autorizante.

La de 3 de junio de 1947, que atiende a documentos extraños al

(22) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 83.

testamento y a la condición de Abogado del testador, que por tal motivo debía conocer las consecuencias jurídicas de sus actos.

La de 2 de junio de 1952, que admite la declaración de testigos como medio de conocer la voluntad del testador.

La de 3 de julio de 1957, que destaca la declaración del Notario autorizante del testamento como testigo de la mayor excepción.

Y, finalmente, la de 6 de diciembre de 1952, que aunque no admitió una sustitución vulgar no establecida en el testamento, pero que según testigos era idea del testador, fue por no resultar suficientemente clara tal voluntad dado su silencio después de consultar a un Letrado.

En resumen, como expresa la doctrina, el intérprete debe «ponerse en lugar del testador»; «reencarnar al testador» (JORDANO BAREA); «revivir el acto espiritual de otro» (BETTI); «resucitar al testador como a Lázaro» (KOSCHAKER); «*place it self in the shoes of the testator*» (jurisprudencia inglesa).

Como venimos diciendo, en la interpretación de las disposiciones de última voluntad se ha de buscar la verdadera intención del testador manifestada y recogida por cualquier procedimiento, siempre que figure indicada en el testamento, aunque sólo sea en «espíritu».

Creemos que en este camino de averiguar la verdadera voluntad del testador no se puede llegar a «inventar» una voluntad y menos aún a deducir de lo escrito lo contrario de lo que realmente se dice.

Lo que debe hacerse en la interpretación es buscar lo que «verdaderamente se quiso decir», aunque se exprese mal, y siempre que en el testamento exista una base, por pequeña que sea, para sostener su auténtica voluntad, sobre todo cuando tal verdadera voluntad ni siquiera cambia en aspectos secundarios, sino que es la misma en el momento de hacer el testamento y en el de la muerte y, por añadidura, está reiteradamente aclarada por la conducta del testador e incluso por documentos autógrafos formales y solemnes, aunque imperfectos, amén de por testigos, entre los cuales el propio Notario autorizante del testamento sería el más cualificado.

Algunos autores piensan incluso que la voluntad inicial, incipiente o imperfectamente manifestada en el testamento, puede ir perfeccionándose en el tiempo y hasta evolucionar en sentido distinto al verdaderamente contenido en el testamento que se interpreta. En tal caso creen que se debe tener en cuenta, aunque discrepe de la claramente manifestada en el testamento, la que resulte ser verdaderamente «última voluntad».

Así, GARCÍA AMIGO, para quien el Juez debe llegar en su labor a una interpretación integrativa, «penetrando fielmente en el pensamiento fun-

damental del testador, para inducir el espíritu que anima el testamento y con él resolver los supuestos *no previstos ni mencionados* por el causante en su declaración testamentaria» (23). En análogo sentido, DANZ y LANGE (24), que pone el ejemplo de un testador casado con una mujer cuando otorgó el testamento, a la que instituye heredera sin designarla por su nombre, sino diciendo simplemente «mi esposa». Fallecida ésta, el viudo contrae nuevo matrimonio, y queriendo que vaya a la última su herencia, piensa que sirve con tal objeto el anterior testamento por no expresarse en él nombre alguno. En esta situación fallece el autor del testamento y se plantea la cuestión de la validez de la cláusula indicada en beneficio de la viuda del causante.

LANGE no duda en estimar válida la institución en favor de la segunda esposa, y así lo ha declarado también la jurisprudencia alemana en una célebre y discutida sentencia de 10 de diciembre de 1931. Incluso piensa LANGE que valdría la designación aunque existiesen algunas diferencias accidentales expresadas en el testamento entre la primera y la segunda mujer, por ejemplo, si el testador dijese: «instituyo heredera a mi rubia esposa» y la segunda mujer fuese morena.

Consideramos bastante arriesgado el criterio de LANGE y sus seguidores, pues realmente la mujer no debe ser considerada como algo fungible. La institución, teniendo en cuenta la fecha del otorgamiento, es como si el testador hubiese dicho: instituyo heredera a mi esposa, Fulana de Tal y Cual, en cuyo supuesto no hay duda de que el propio testador habría comprendido, si quería instituir a su segunda mujer, que tenía necesidad de otorgar nuevo testamento.

Esto es lo que ha entendido la jurisprudencia suiza, que en un caso semejante se pronunció en sentido contrario.

Sin embargo, si la verdadera interpretación debe buscar la auténtica voluntad del testador, con una expresión, aunque sea mínima, en el testamento, siempre que se demuestre su íntimo deseo, ambas soluciones, aunque parezcan contradictorias, pueden ser compatibles, pues bien podría ocurrir que en el fallo del Tribunal alemán se hubiese demostrado que la voluntad del testador era favorable a su segunda esposa y no sucediese lo mismo en el supuesto suizo.

Otro ejemplo de redacción dudosa o ambigua que se debe evitar: una persona, dueña de una gran fortuna, hace testamento en el que encomienda la administración de su herencia, cuando fallezca, al Patronato de un colegio donde se educa su único hijo. En una cláusula establece:

(23) Estudio citado publicado en la *Revista de Derecho Privado*, 1959, página 971.

(24) JORDANO BAREA, *obra citada*, pág. 113.

«Completada la educación de mi hijo, el Patronato del colegio le dará lo que quiera.» Fallecido el testador y alcanzada por su hijo la mayoría de edad, reclama al colegio la herencia de su padre. El Patronato pretende quedarse con la mayor parte entregando al reclamante una porción insignificante de los cuantiosos bienes administrados. Y entonces se plantea el problema de la interpretación de la confusa cláusula. ¿Qué quiere decir «lo que quiera»? ¿Quién? ¿El Patronato? ¿El hijo? Alguien jocosamente interpretó que correspondía al hijo lo que quería el Patronato.

La auténtica voluntad paterna podría ser investigada en base a manifestaciones verbales o escritas del interesado, prueba de testigos, etc. Lógicamente, el afecto del padre se dirigirá preferentemente a su hijo. Y aunque pretendiese retribuir con esplendidez al colegio en que se educaba, no cabe pensar que quisiera dejar al mismo la mayor parte de sus bienes, desheredando prácticamente a su sucesor natural. Si el colegio cobraba determinados honorarios durante la vida del padre, si éste tenía hechos ciertos cálculos, etc., estos datos podrían servir de base, junto con lo que normalmente correspondiese por administración, para una solución justa, evitando una pretensión leonina.

Realmente, la interpretación integrativa busca no ya la voluntad, sino la intención, y es más «inteligencia» o comprensión de la última voluntad, que interpretación propiamente dicha del testamento, salvo que se dé a esta expresión un sentido muy amplio.

No hay que confundir, sin embargo, voluntad *presunta* deducida de indicios, conjeturas y suposiciones, fundamento de la interpretación integradora, con la voluntad *tácita*, que es plenamente real y tiene su firme apoyo en el testamento.

De todos modos, aun con un amplio criterio interpretativo hay que andar con cautela en ciertos supuestos en que la voluntad se presenta muy ambigua, pues podría ocurrir que se hiciese lo contrario de lo que verdaderamente habría querido el testador. Por eso hay que combinar bien todos los medios a nuestro alcance sin dejarnos influir sólo por alguno. Es lo que viene a declarar la sentencia de 9 de julio de 1917, según la cual, en la interpretación de las cláusulas testamentarias se deben «concordar unas con otras e inspirarse en el sentido general del testamento, puesto que de su conjunto hay que derivar la verdadera voluntad del testador». Y más precisamente la de 6 de marzo de 1944, al declarar que «los elementos gramatical, lógico y sistemático no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que instrumentos que el intérprete ha de poner en juego dentro de un proceso interpretativo ordinario».

En resumen, conforme a los señalados artículos 675 y 773 del Código Civil, básicos sobre la materia, debidamente aclarados por la jurisprudencia, la interpretación del testamento debe hacerse buscando la verdadera voluntad del testador por todos los medios a nuestro alcance sin excluir la prueba externa, siempre que tenga expresión, aunque sea muy elemental, en el testamento, combinando todas sus cláusulas y los procedimientos aclaratorios existentes: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

A más de los artículos básicos del Código Civil que hemos analizado sobre interpretación de testamentos, existen en el mismo cuerpo legal otros preceptos referentes a casos particulares muy concretos. Son los artículos 246; 347; 668, párrafo 2.º; 747; 749; 751; 768; 770; 771; 779; 780; 864, y 879.

Los dos primeros fijan el alcance de las expresiones muebles e inmuebles.

El 668, párrafo 2.º, atribuye en la duda la cualidad de heredero, aunque no se utilice esta expresión.

Los 747, 749 y 751 determinan la distribución de los bienes dejados para sufragios y obras piadosas, a los pobres en general y a los parientes.

El 768 se refiere a la designación de heredero en cosa cierta y determinada; el 769, a la concurrencia de llamamientos individual y colectivo; el 770, al llamamiento de hermanos de doble y único vínculo; el 771, al llamamiento simultáneo de una persona y sus hijos; el 779, a la sustitución recíproca de instituidos en partes desiguales; el 780, a la subsistencia de cargas en caso de sustitución; el 864, a la cuantía del legado de cosa que pertenece sólo en parte, y el 879, al legado de educación y alimentos.

Aparte de ellos pueden ser asimismo aplicadas por analogía las normas de interpretación de los contratos que mantienen un criterio subjetivo: artículos 1.281 a 1.283 y 1.285.

Las que sostienen un criterio objetivo en beneficio del tráfico jurídico, para la protección de terceros de buena fe o en perjuicio de los causantes de la oscuridad, no son aplicables a los testamentos, pues en ellos no se dan los supuestos previstos de existencia de partes opuestas, etc., por lo que no funcionan los principios que proclaman, como ya hemos señalado anteriormente.

También podrá tenerse en cuenta en la interpretación de los testamentos el artículo 1.258 del Código Civil, que hace una referencia general al principio de la buena fe.

El artículo 1.281 del Código Civil, referente a la interpretación de los contratos, viene a coincidir en el criterio que establece con el del

675, al decir que si los términos de un contrato resultan claros se estará al sentido literal de sus palabras. Como reza un clásico aforismo *in claris non interpretatio*. No es que no pueda plantearse cuestión ante lo *aparentemente* claro, es que normalmente no se planteará.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.282, los actos anteriores, coetáneos y posteriores pueden contribuir a la acertada interpretación del testamento. Realmente algunos de estos actos pueden incluso reflejar una evolución o matización de la voluntad del testador, no sólo una aclaración a la voluntad que tuvo en el momento de hacer el testamento. En ocasiones, al realizar un acto no se perciben claramente todas las consecuencias del mismo ni siquiera la mayor parte de ellas, sino sólo las más importantes. Con el tiempo pueden descubrirse otras consecuencias implícitamente incluidas en la declaración de voluntad y darles asentimiento. Creemos que a estas consecuencias debe extenderse también la interpretación del testamento, como viene a confirmar la jurisprudencia, siempre que exista en el documento una base o principio de voluntad, aunque sea mínimo (ver sentencias de 8 de abril de 1931, 20 de febrero de 1940, 20 de abril de 1944, que reconocen validez interpretativa a los actos *anteriores* del testador; la de 23 de octubre de 1925, a los *posteriores*, y la de 18 de diciembre de 1953, a los *coetáneos y posteriores*).

Del artículo 1.285 se deduce una norma positiva para la interpretación de los testamentos. En ellos, unas disposiciones deben interpretarse por otras, deduciendo la conclusión a que se llegue del conjunto de todas.

Complemento, en cierto modo, del anterior precepto, en su aspecto negativo, es el artículo 1.283, conforme al cual en ningún caso deberán entenderse comprendidos en el testamento cosas distintas ni casos diferentes de los previstos y queridos por el testador.

Del artículo 1.284 resulta el principio de conservación del testamento no de un modo absoluto, sino siempre que se presuma que el testador preferiría su cumplimiento, aun con cierta inseguridad en el conocimiento de su verdadera voluntad, a la apertura de la sucesión intestada. Ello es lógico, pues aquí no juegan la seguridad del tráfico ni intereses de terceros de buena fe.

Por último, conforme al artículo 1.289, en su única parte aplicable a los testamentos, en el caso de no poder conocerse cuál fue la verdadera voluntad del testador, el testamento será nulo. Así vino a declararlo, con referencia a un testamento ológrafo, la sentencia de 8 de junio de 1940, según la cual, «cuando la voluntad es incognoscible de una manera cierta, por ejemplo, si las expresiones empleadas son ininteli-

bles, el caso se confunde con la ausencia de voluntad». De ahí la importancia que hemos atribuido a la claridad con que debe exponerse la última voluntad, especialmente en el testamento ológrafo, en el que normalmente no existe el asesoramiento de un técnico en Derecho.

La aplicación del artículo 1.258 del Código Civil en la interpretación de los testamentos cuando se refiere a la buena fe requiere alguna aclaración. En los testamentos resulta extraño el concepto de buena fe aplicado al testador, puesto que no existen contraprestaciones por parte de los beneficiarios, razón por la cual su voluntad es libre sin que pueda hablarse de buena fe en el cumplimiento de obligaciones que no tiene. Pero puede ser tenido en cuenta en el sentido de que la interpretación debe hacerse con *lealtad* por parte del intérprete, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate. La buena fe consistiría, por tanto, en ser leal a la auténtica voluntad del testador. En realidad, esta postura del intérprete no es ni siquiera lealtad al testador, sino lealtad a sí mismo; es decir, el intérprete debe comportarse con integridad moral, siendo fiel a la verdad, a la conciencia y a la conclusión justa que en su investigación de la voluntad real del testador haya llegado. Por consiguiente, no es, en esencia, un elemento de interpretación, sino de conducta, y hay que pensar que normalmente las personas obran con objetividad y honradez. Únicamente cabría aplicar estrictamente este concepto o elemento a las relaciones entre los herederos, que interpretando fielmente la voluntad del testador deberán actuar de buena fe en sus relaciones recíprocas. Por supuesto, cuando interviene el Juez, su objetividad es la regla. Hablar de buena fe del Juez sobra. Si no fuese así incurriría en responsabilidad. Para GRASSETTI, las normas interpretativas no son simples reglas técnicas, sino que tienen carácter imperativo, por lo que su inobservancia por parte del Juez puede ser impugnada en casación.

Indicadas las reglas generales y especiales del Código Civil sobre interpretación de testamentos, así como las aplicables por su carácter subjetivo referentes a los contratos, veamos ahora, como ejercicio de aplicación de las mismas, algún caso práctico.

CASOS PRACTICOS

JUAN B. JORDANO BAREA termina su completo libro sobre interpretación de testamentos con un caso práctico.

Se trata de un testador que «instituye y nombra heredera usufructuaria vitaliciamente a su consorte» con facultad de disponer en caso de necesidad. Y en nuda propiedad a una hermana casada, que sería

sustituida por sus hijas legítimas. A otra hermana soltera la instituye «heredera usufructuaria vitalicia en la mitad de la herencia».

Establece otras disposiciones de menos interés.

El testador era socio mayoritario de una compañía mercantil en la que sólo existía otro socio, que ostentaba la condición de gerente.

La viuda consulta cuál es su condición en la herencia y si puede de alguna manera ser nombrada cogerente de la sociedad.

En el dictamen emitido por el autor, con sólidos argumentos, le contesta:

1.º Que su condición es la de heredera fiduciaria de toda la herencia, a pesar de su apariencia de simple usufructuaria, condición que ostenta respecto a la mitad de la herencia, una vez fallecida la esposa, la hermana soltera del testador.

2.º Que, en consecuencia, la viuda puede pedir la convocatoria de junta general de la sociedad, y como representa la mayoría del capital, ser nombrada gerente de la empresa en lugar del actual.

Vale la pena leer íntegro el interesante dictamen.

* * *

Siguiendo el mismo criterio práctico terminaremos también con otro caso enfocado de manera que puedan extraerse del mismo conclusiones de aplicación general.

Una persona soltera redacta un testamento ológrafo, que fecha y firma. Lo hace como medio de recoger meditadamente su pensamiento y luego lo lleva al Notario para que, conforme a lo contenido en él, autorice un testamento público. Este testamento es prácticamente copia del ológrafo con sólo la agregación de una cláusula que coincide con la clásica de estilo referente a la posible aparición de nuevos bienes después de realizada la partición—y como tal parece debe ser entendida—, puesto que en el testamento dispone de todos los bienes que tiene, los cuales divide en dos grupos: los de procedencia familiar y los adquiridos por ella juntamente con los productos de todos.

Las disposiciones del testamento en su conjunto—es decir, el tenor del mismo testamento—establecen que los bienes de origen familiar heredados de sus padres sean para la familia, es decir, sus hermanos o estirpes de hermanos y una sobrina—como una parte más—que ha vivido desde pequeña con la testadora, y los bienes adquiridos por ella—tres bancales, cuentas bancarias y los productos de todos—para legados pios, sufragios y los gastos de entierro y funeral. Estos últimos bienes los reseña todos, uno por uno. Por consiguiente, todos los bienes están incluidos en uno u otro grupo, y la referencia a otros posibles no tiene

más sentido que a los ignorados en el momento de la muerte que pudieran aparecer después de hecha la partición. Incluso en este momento tendrían que encajarse en uno u otro grupo, pues o serán de origen familiar o adquiridos por ella, incluidos los rendimientos de cualquiera de ambos. No hay otra posibilidad. Por consiguiente, lo más razonable es que se trate de una cláusula de estilo puesta por el Notario automáticamente, sobre todo si se tiene en cuenta que en el primer testamento ológrafo, base del notarial y del cual éste es copia casi literal, no se incluye esta cláusula.

Posteriormente, para evitarse las molestias que supone el cultivo de las fincas, vende la mayor parte de los bienes familiares a un sobrino, que le entrega, en contrapartida, un buen paquete de acciones. Y adquiere una casa en la capital.

Fallecidos la mayor parte de sus hermanos, piensa distribuir la herencia por sobrinos, y siguiendo el mismo procedimiento que utilizó antes, comienza a redactar un nuevo testamento ológrafo, prácticamente completo, pero que no llegó a fechar y firmar por sorprenderle la muerte. En él establece unos legados piadosos en los bienes concretos que no eran de origen familiar y en los demás instituye herederos a sus sobrinos por partes iguales, excepto a la sobrina que ha vivido con ella desde pequeña, que ordena recibirá cuatro partes en vez de una. Acentuando su preferencia y confianza por tal sobrina, le lega todos los muebles y enseres existentes en sus casas del lugar de residencia habitual y de la que adquirió posteriormente en la capital y, asimismo, establece que dispondrá de la totalidad de los saldos de cuentas bancarias y cartillas de ahorro, que antes tenía a su solo nombre y recientemente había puesto a nombre indistinto con su citada sobrina. No existe referencia a otros posibles bienes. Es conocido su deseo de otorgar nuevo testamento notarial, para el que serviría de pauta el último ológrafo que estaba redactando y que no llegó a fechar ni firmar por fallecer inesperadamente de un colapso cardíaco.

Abierta la sucesión y planteado el problema particional, el albacea contador-partidor convoca a los herederos para, como es habitual, cambiar impresiones con ellos sobre el modo de hacer la partición.

A nuestro juicio, éstos podían seguir tres caminos:

El primero—de acuerdo con la norma del Código Civil, artículo 1.058. que dice que si los herederos fuesen mayores de edad y tuviesen la libre disposición de los bienes podrán hacer la partición del modo que estimen conveniente—, cumplir la verdadera voluntad de la causante contenida en «su último testamento»—el ológrafo sin fecha ni firma que así llama ella—, aunque no fuese legalmente válido. En lo que apareciese

incompleto podrían observar el notarial o cualquier otra información complementaria y auténtica, llenando las lagunas de la manera que les pareciese más ajustada a los verdaderos y conocidos deseos de la testadora.

Este criterio sobrepasa, indudablemente, la estricta interpretación del testamento válido, pero es legalmente posible dada la facultad reconocida a los herederos, que así respetarían fielmente la memoria de la causante. Es también la más moral, puesto que otro comportamiento, aunque fuese más legalista, implicaría disponer de los bienes contra la expresa voluntad de la testadora, manifestada por escrito y bien conocida, sin dudas de ninguna clase.

El segundo camino consistiría en cumplir el testamento notarial legalmente válido, interpretándolo conforme a las reglas contenidas en la legislación y señaladas por la doctrina, que, en resumen, son:

a) Debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada (art. 675 del Código Civil).

b) En caso de duda se observará lo más conforme a la intención del testador según el tenor de todo el testamento (art. 675, párrafo 2.º).

c) Cualquier declaración testamentaria, por elemental o mínima que sea, puede completarse o aclararse por no importa qué medio de prueba, incluso extrínseca (incluidos notario y testigos a más de cualquier documento). El medio de prueba más perfecto y de mayor fuerza son los escritos del testador anteriores, coetáneos y posteriores al testamento que se interpreta—mejor aún si son autógrafos—. Luego sigue su conducta o comportamiento, la manifestación o criterio del Notario que autorizó el testamento e incluso, en último término, la declaración de testigos.

Conforme a estas normas interpretativas señaladas por la Ley, la jurisprudencia y la doctrina resulta:

1.º Que la idea básica general de la testadora era que los bienes de origen familiar—o que les hubiesen sustituido—fuesen para la familia, y los adquiridos por ella y rendimientos de unos y otros, para obras piadosas y benéficas.

Conforme a esta idea general, y de acuerdo con «el tenor del mismo testamento», los valores adquiridos deberían destinarse a los fines piadosos señalados por la testadora e igualmente los rendimientos de todos sus bienes.

2.º Que deseaba que la sobrina que se había criado con ella percibiese de los bienes familiares tanto como un hermano, si la herencia se distribuía entre éstos, o cuatro sobrinos, si se dividía entre tales parientes.

3.º El hecho de haber puesto las cuentas bancarias y cartillas de ahorro, que antes tenía a su nombre, indistintamente con su citada sobrina y el de atribuirle en su «último testamento», según ella lo designaba, *la totalidad* de los saldos que existiesen, obliga, interpretando rectamente el testamento notarial y las normas que regulan la materia a considerar del citado familiar, *al menos, la mitad* del saldo de que legalmente podía disponer después de fallecida la testadora.

Basándose—incluso literalmente—en la cláusula testamentaria que dispone que su mencionada sobrina retiraría previamente a la partición los muebles que dijese le pertenecían, pudo retirar los que quisiera, puesto que la testadora, en documento escrito de su puño y letra, declaraba que eran para ella. Nadie duda de que si alguien, incluso verbalmente, da una medalla, un reloj, una pulsera o cualquier otro objeto a una persona, ésta es dueña del mismo. Si la donación no se hace verbalmente, sino mediante documento autógrafo, no hay ninguna razón para atribuirle menos valor.

El tercer camino sería cumplir *a la letra* el testamento notarial, *cláusula a cláusula* aisladamente consideradas, sin hacer su interpretación según la *intención del testador* y a tenor del *conjunto del mismo testamento*.

Pero en este caso, los valores no serían ni *bienes familiares* ni *bienes adquiridos*, sino los *otros bienes* a que se refiere una de las últimas cláusulas del testamento, categoría difícil de catalogar y que lógicamente, quiérase o no, habría que encajar en uno u otro grupo.

Y, desde luego, con un criterio tan rigorista y literal, tan «legalista», aunque tan poco legal, lo que no podría pretenderse de ninguna manera, por ningún heredero, sería el cumplimiento tan al pie de la letra de la *lex testatoris*, sabiendo, por añadidura, que no reflejaba el sentir de la causante, y el no cumplimiento con igual exactitud de otras leyes y normas en las que cabe menos una interpretación subjetivista—cuentas indistintas, previa retirada de bienes considerados propios, etc.—y que sí se sabía con certeza que eran fiel expresión de la voluntad y confianza de la testadora, puesto que ella lo había manifestado así con su conducta y escritos autógrafos, que no dejan lugar a ninguna duda.

Suele ocurrir en la vida que los herederos de una persona—especialmente si no son muy directos—no se pongan de acuerdo para cumplir—como pueden hacerlo conforme al artículo 1.058 del Código Civil—la auténtica voluntad conocida con certeza del testador, aunque no

conste en testamento formalmente válido. E incluso que una justa interpretación sea difícil con referencia a un testamento válido por querer acomodarlo los varios interesados a su propia conveniencia, pese a las claras reglas existentes en la legislación, jurisprudencia y doctrina sobre esa materia. Ello no es raro, pues siempre caben en los negocios jurídicos distintas tendencias interpretativas. Por eso en dichas materias surgen los pleitos y cada parte defiende una postura contraria, asesoradas incluso por Letrados más o menos ecuanímenes y objetivos.

En estos supuestos, el albacea, si lo hay, puede imponer su criterio, sin perjuicio de que el heredero o herederos disconformes acudan a los Tribunales si lo consideran conveniente a su derecho.

Si no existe albacea y los interesados no se ponen de acuerdo sobre la interpretación del testamento, deberán acudir también a los Tribunales para que éstos decidan lo que proceda mediante una partición judicial.

De las tres soluciones apuntadas, a nuestro juicio, la primera es la más moral, equitativa y ajustada al derecho natural, en que el positivo debe apoyarse. La segunda es la más jurídica y, desde luego, mediante ella puede darse cumplimiento a la verdadera voluntad testamentaria. La tercera sólo es aceptable como fórmula de compromiso para evitar tener que acudir a los Tribunales.

GABRIEL ALFÉREZ CALLEJÓN

APENDICE

MODELO ESQUEMÁTICO GENERAL DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

Testamento ológrafo de
 mayor de edad, hijo de y de
 soltero (o casado con, de
 cuyo matrimonio ha tenido los siguientes hijos:
, todos vivos en la actualidad, mayo-
 res de edad y solteros—o lo que sea—).

Disposiciones

1. Soy católico, apostólico, romano, en cuya fe he procurado vivir y deseo morir.

Quiero un entierro sencillo, sin publicación de esquelas ni avisos. Dejo a la voluntad de mis familiares lo referente a sufragios por mi alma.

2. Instituyo herederos, por partes iguales, a mis hermanos Si alguno faltare, le sustituirán en su porción sus descendientes legítimos.

Si el que faltare no tuviese herederos directos, su parte acrecerá a los demás hermanos.

3. Nombro albacea contador-partidor a don , que actuará de acuerdo con los herederos en cuanto a la distribución de los bienes. Si no se ponen de acuerdo, el primero hará libremente lo que crea mejor. Y si algún interesado estuviera disconforme y acudiera a los Tribunales, no recibirá nada, incrementándose proporcionalmente la parte de los restantes.

Así lo dispongo en , a de de

(Firma habitual)

Algunas posibles cláusulas especiales

- Instituyo herederos en pleno dominio a mis hijos , y a mi esposa en el usufructo universal a título personal, rogando a los primeros que respeten esta disposición.
- Instituyo herederos en nuda propiedad a mis sobrinos , y en el usufructo universal, a mi esposa
- Si algún heredero o legatario no se conformase con lo dispuesto en este testamento o con la partición que haga el albacea y acudiese a los Tribunales, no recibirá nada y su parte acrecerá proporcionalmente a los restantes herederos.

Sobre la urgente necesidad de reforma del régimen matrimonial de bienes en el Derecho civil común español^(*)

I

EL PROBLEMA

Cuanto estamos en contacto con el Derecho vivo nos hallamos familiarizados con dificultades matrimoniales, muchas veces insolubles no ya de modo inmediato, sino también para el futuro. Y este absurdo jurídico se produce, evidentemente, por una sola razón: la inadecuación de nuestras leyes a los tiempos actuales.

Mucho se ha hablado y se habla de «crisis del matrimonio». Una magnífica monografía de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, publicada en 1914 (1), atacaba el problema en el plano sociológico y jurídico, al nivel de las ideas y ambiente de aquella época.

Ahora, pasados más de cincuenta años, se plantea nuevamente la cuestión, agravada en grado sumo por quienes desean nada menos que

(*) Conferencia leída en la Academia Granadina del Notariado—Colegio Notarial de Granada—el día 10 de diciembre de 1972 y publicado como trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número de enero-febrero de 1973.

(1) *La crisis del matrimonio*. Biblioteca sociológica de autores españoles y extranjeros, vol. I, editada por "Hijos de Reus", año dicho.

revisar la doctrina católica del matrimonio, sus fines, sus caracteres y sus fundamentos (2).

Para mayor claridad de la exposición aduzco pronta y sintéticamente los fundamentos de la presente tesis.

No hay posibilidad de revisar lo que desde los orígenes de la humanidad recibió de quien pudo establecerlos, el Creador, sus principios fundamentales: la unidad y la indisolubilidad (2 bis).

En el terreno jurídico siento como otra base del presente trabajo, que rechazo la idea protestante de considerar el matrimonio como un contrato, o sea, en nuestra actual concepción, como un negocio jurídico o acto en el que no sólo es fundamental la voluntad de las partes, sino que éstas pueden también modelar su contenido e incluso dejar sin efecto la relación jurídica, ya en algunos supuestos, ya por mutuo disenso, en general. El matrimonio no es un contrato ni aunque a este término se le diera un carácter amplio que lo saque del campo de las obligaciones *stricto sensu*. Es, por el contrario, una institución de Derecho natural, productora de efectos jurídicos, por razón de la perpetuación de la especie y de la vida en común de los casados.

Las capitulaciones matrimoniales pueden considerarse contrato (*lato sensu*) de carácter normativo, *accesorias* del matrimonio mismo, por lo que valen si *nuptiae fuerent secutae*, y permitida después su novación, *dum ipsum matrimonium subsistat*.

Y, finalmente, quiero aclarar que cuando hablo de matrimonio en el presente trabajo, me refiero al canónico, hoy por hoy el del 90 por 100 de los españoles. Y todo lo que se diga en general o respecto al mismo, en concreto, *mutatis mutandis*, es aplicable al matrimonio civil, que en su recta ordenación es un trasunto de la doctrina matrimonial elaborada por la Iglesia.

Por lo pronto pretendo tan sólo poner de relieve varios casos (todos reales) y la absurda regulación legal en que hoy se encuentran. Y, en consecuencia de ello, tener pensada una solución evitando así que acaso las circunstancias políticas nos desborden y se eche mano del que aparentemente resulta fácil remedio y, en definitiva, es demoledor de la institución matrimonial y familiar: el divorcio vincular.

Los casos a que aludo, por orden de menor a mayor gravedad, son usualmente los siguientes:

a) En absoluta normalidad de las relaciones conyugales, la esposa

(2) Puede verse esta postura, por ejemplo, en el artículo "Matrimonio: una institución en crisis", de don LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, en la revista *Cuadernos para el Diálogo*, mayo de 1972.

(2 bis) Cfr. los siguientes pasajes de la Biblia: Génesis 2, 23-24; Mt, 19, 3-9, y Mc, 10, 2-12.

ha vendido bienes, ya por conveniencia, ya por necesidad familiar. Pasados unos años se pretende reintegrarle el valor de aquellos parafernales enajenados, subrogando en lugar de ellos algún bien, usualmente una finca, que compense la equivalencia en valor de lo que antes enajenó.

Esto, que parece tan sencillo y que, desde luego, resulta de estricta justicia, no se puede hacer. La desconfianza legal y jurisprudencial a los contratos entre cónyuges es tal, que no suele dejar más resquicio que el supuesto de compraventa (y contratos análogos) existiendo separación de bienes entre los esposos, según nos dice el artículo 1.458 del Código Civil, lo que nos lleva aquí, pues después no habrá mejor ocasión, a examinar los pretendidos obstáculos a la contratación entre los casados.

Como primero de ellos se alega la llamada «unidad de personas». Esta expresión, derivada de la frase bíblica *et erunt duo in carne una* (3), con toda la adoración merecida a la Santísima Trinidad, cuyas personas entraron en consejo para dar compañera al hombre (4), no tiene repercusiones jurídicas, pues la personalidad de cada esposo subsiste después de iniciada la unión conyugal. Aquello es Teología, y esto, Derecho. A ningún código ni ley civil se le ha ocurrido decretar, como causa extintiva de la personalidad, el matrimonio para uno y otro cónyuge.

Segundo motivo es la existencia de una comunidad de bienes entre los casados; al haber patrimonio común no pueden aquéllos contratar entre sí. Si esto puede sostenerse en un sistema de comunidad absoluta, es indefendible en los sistemas de comunidad relativa, pues al haber al lado del patrimonio común los privativos de marido y mujer, es evidente que las distintas masas patrimoniales, como en todos los patrimonios separados o especiales, pueden entrar en relación jurídica.

Finalmente, en tercer lugar, se alega la necesidad de evitar la influencia psíquica de un esposo sobre otro o el posible perjuicio a terceros. La cuestión cae de lleno en el problema después examinado; lo que digamos respecto a la posible alteración postnupcias del régimen conyugal puede aplicarse en especial al supuesto de estas subrogaciones e incluso a la contratación entre los esposos, como requisito para su validez.

Hoy por hoy pretendemos en nuestros despachos salvar la dificultad aplicando los principios de la subrogación real (esbozados a propósito de la dote en el art. 1.337 del Código Civil) y haciendo entrar en funciones la regla 3.^a del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. Pero las palabras de éste «se acreditar» no dejan de ser más imprecisas.

Y lo son, porque su base es la jurisprudencia de la Dirección Gene-

(3) Gn. 2-24; Mt. 19-5, y Mc. 10-8.

(4) Gn. 2-18.

ral de los Registros, de que la prueba del carácter privativo del precio ha de derivarse (a más de la declaración de la esposa adquirente y del asentimiento de su marido) de la inexistencia de asientos contradictorios, o que demuestren haberse agotado o mermado la cantidad necesaria para adquirir de la aportación de documentos auténticos que demuestren el ingreso del dinero que se subroga en el patrimonio particular de la mujer casada. Así lo estableció, y sigue siendo doctrina, la resolución de 13 de septiembre de 1926 (5).

Esta doctrina es bastante difuminada y difícil de aplicar. Dentro de unas circunstancias que pudiéramos llamar normales, con pruebas fehacientes del valor de lo ya enajenado, supone una gran dificultad el lapso de tiempo transcurrido (que suele ser largo) por efectos de la inflación, que torna en ridículas las cifras de las anteriores ventas.

La cuestión sube de tono cuando, como casi siempre ocurre, las escrituras de venta o enajenación por la mujer casada no reflejan el verdadero valor de lo enajenado o, más claramente, el precio real de las ventas, por culpa del Impuesto de Transmisiones, antes de Derechos Reales, que cumple, una vez más, su demoledora y nefasta influencia en las relaciones jurídico-privadas.

A mi parecer, constituye una aberración sostener tal impuesto, que no se resuelve con hablar de moralidad tributaria ni de delito fiscal. Antes que la Hacienda cobre es necesario que la familia y, en general, las personas vivan. Nadie me podrá convencer de que un interés fiscal es superior al que entraña el que las relaciones jurídicas se desenvuelvan con entera normalidad entre los particulares.

Pero, desgraciadamente, tal impuesto es una realidad que parece que nunca será derogada en España (en gran parte por mimetismo de legis-

(5) La jurisprudencia hipotecaria, contenida en dicha Resolución y otras concordantes (30 marzo 1943 y 21 noviembre 1950), dejan, en definitiva, la cuestión en la penumbra, pues nadie puede asegurar que no haya habido simulación en el acto o contrato que dé carácter parafernial al dinero, ni que antes de invocarse aquella procedencia no se haya realizado la inversión. Y ¿quién es capaz de consultar todos los Registros de la Propiedad de España? Dice MANUEL DE LA CÁMARA, Notario de Madrid, que por lo general no se trata de una prueba absoluta, salvo que la compra subsiga inmediatamente a la adquisición del metálico, o que éste se haya ingresado en una cuenta corriente abierta a nombre de la mujer, y tal cuenta se mantenga sin movimiento activo ni pasivo hasta el momento de la disposición (*Anuario de Derecho Civil*, 1969, trimestre 1.º, artículo sobre "La separación de hecho y la sociedad de gananciales"). Yo creo que ni aun así se eliminan todos los supuestos de simulación.

laciones extranjeras) o, al menos, no lo será mientras perdure la invasión juspublicista que padecemos (6).

El legítimo deseo de que la mujer sea reintegrada de aquello que enajenó, las más de las veces en interés de la familia, resulta fallido, pues la compra de fincas o bienes en cuantía equivalente no recibe el carácter de parafernalia, ya por no poderse justificar la procedencia del precio; ya porque el consignado en la enajenación fue bajísimo, en interés de los adquirentes (a que los transmitentes se prestan, porque de momento lo que les interesaba era consumir las enajenaciones); ya por el tiempo transcurrido, con el consiguiente efecto de depreciación del signo monetario.

Cuando alguna vez se inscribe una subrogación real de este tipo es, sin duda, por casualidad, pues las cifras manejadas suponen unos valores que, en serio, no se creerían ni niños de la escuela.

b) En otras ocasiones, la conducta del marido no ha sido acompañada inmediatamente de la suerte en la gestión económica. La esposa, a veces, ha sido alcanzada en sus bienes privativos por «firmas de complacencia». Se pretende enderezar la marcha económica de la casa, incluso intentando variar el régimen económico de gananciales, cosa que, inocentemente, proponen, a veces, los cónyuges en las Notarías.

Y no les falta razón, pues sería indicadísimo cambiar el régimen conyugal, pero los artículos 1.315 y, sobre todo, los 1.432/3 del Código Civil son hoy una barrera infranqueable a tan legítima aspiración.

Los interesados se exasperan cuando, además, se les dice que eso que aquí (regiones españolas de Derecho común) no se puede hacer, es realizable, aun dentro de España, en Aragón y Cataluña, y que hoy está admitido sin rebozo en las más destacadas legislaciones del Occidente europeo: Alemania, Suiza, Holanda y aun la misma Francia, que tanto (y, a veces, tan funestamente) ha influido en las legislaciones modernas, permiten hoy la mutación del régimen económico conyugal.

c) El tercer caso es el más grave. Y, a veces, es una consecuencia de no haberse podido solucionar jurídicamente las anteriores.

Casi siempre se trata de maridos que han dado motivo a la separa-

(6) Sería curioso un estudio sobre las deformaciones que en el Derecho civil origina dicho impuesto; más, el que ahora se quiere hacer independiente (con endeble fundamento), sucesiones *mortis causa*. La patología que esos tributos generan hace que los Licenciados en Derecho y aun otros juristas con título más superior al terminar sus carreras no puedan aplicar sus conocimientos (a veces bien sabidos) sin riesgo para sus clientes. Es como si los médicos, tras terminar sus estudios, se enteraran de que ni el estómago es como dicen los libros, ni el corazón late como a ellos los han enseñado en la Facultad.

ción conyugal por alguna de las causas legales. La mujer se ve atada para comprar, y mucho más para vender. Los ánimos están exasperados. La solución prevista es ir a la separación canónica de personas.

Y resulta que los pleitos canónicos son interminables y casi siempre costosísimos. No hay economía de hogar medio que aguante las dilaciones que suelen tomarse los Venerables Tribunales Eclesiásticos para resolver una cosa que normalmente corre muchísima prisa. Cuando dentro del desarreglo hay algún arreglo vienen los convenios de separación amistosa (de causa ilícita, por contraria a las leyes vigentes), los poderes y licencias «irrevocables» (revocables *ad libitum*) o el aparente (y nunca bueno) remedio fácil de la persona interpuesta (7).

Nadie comprende (de los profanos en Derecho) o comprende mal (si tiene algún conocimiento jurídico) por qué no se puede cortar por lo sano decretando judicialmente la separación de bienes en unos supuestos en que ni los esposos conviven ni hay gananciales propiamente dichos, pues lo que suele existir, un piso vivienda y algunos saldos bancarios, son, en realidad, cosas destinadas al uso y no inversiones, y se mire por donde se mire, no hay sociedad que valga, en cuanto a bienes, ni por la puesta en común, ni por la espera de ganancias, ni mucho menos por la *afectio societatis*.

Que antes esto no ocurría, bueno, pues ahora ocurre. Y sin contar con el impacto de la reforma de 1958 (que ha sido grande), si antes no se sentía la necesidad de liquidar los gananciales era ya por ignorancia jurídica, ya porque en aras de la educación de los hijos se pasaban por

(7) Con la más absoluta exactitud se ha escrito sobre estas situaciones patológicas lo siguiente: En la mayoría de los casos los convenios de separación no existen. Bien porque no han cuajado, bien porque ni siquiera se intenten. En los supuestos de ruptura violenta falta la serenidad necesaria para entablar negociaciones con probabilidades de éxito, y en muchos de abandono hasta la posibilidad de entablar un diálogo. Parece lógico que en esas situaciones extremas el cónyuge que se crea inocente acuda a la separación judicial. Sin embargo, no siempre es así. La carencia de recursos económicos, la ignorancia, el justificado temor al Juzgado, el miedo al escándalo o simplemente la inercia, al no sentirse con fuerzas para luchar, anulan la iniciativa del cónyuge que hubiera podido tomarla. A veces, cuando el trauma de la separación pasa por su período difícil y la indignación y el apasionamiento fluyen a borbotones, como brota la roja sangre de la herida recién abierta, se proyectan actitudes enérgicas y se fulminan mentalmente castigos y venganzas legales o íntimos. Vienen entonces las consultas a los abogados, que siempre parecen fríos o indiferentes, y hasta se solicitan las medidas provisionales del artículo 67 del Código Civil. Pero no es extraño que después de recorrer los primeros pasos de ese largo y penoso camino que es la separación judicial, el que lo ha emprendido se detenga y deje las cosas como están. Los cónyuges, especialmente si cesan las provocaciones recíprocas o si el culpable se quita de en medio, adoptan una actitud conformista y cada cual sigue la vida por su lado, dejando latentes y sin solución por el momento todos los problemas inherentes a su anómala situación (MANUEL DE LA CÁMARA, trabajo citado).

el cónyuge inocente al culpable carros y carretas en un régimen conyugal de bienes, que nunca, repito, nunca ha funcionado bien a la hora final de la liquidación (8).

Ya conozco aquello de que el Derecho de familia no es tal, pues cuando hay familia no hace falta el Derecho, y cuando hay Derecho, es que ya no hay familia.

También aquello de que es de mal Abogado pedir la reforma de las leyes, que es precisamente *leif motiv* del presente artículo.

Contestando a esta última objeción, primeramente diré que no me tengo por Abogado, sino como jurista, más que por mi licenciatura en Derecho, por mi título de Notario con ejercicio continuado durante treinta años (9).

Y a la primera, que el jurista está obligado a inquirir o investigar los fenómenos sociales para encontrarles soluciones justas, sea cual fuere el nombre (Derecho de familia, Derecho necesario, imperativo o *jus cogens*) que a las leyes se dé. Y a las justas—o si se quiere, naturales—aspiraciones de los interesados en los casos antes expuestos, no se puede dar otra solución que la que resulte de una reforma legislativa.

En efecto, el intento por vía jurisprudencial hace ya algunos años que nada consiguió. La frase de SALEILLES: «Siempre por el Código,

(8) Es cosa evidente que una gestión de matrimonio con veinte o más años de duración (en donde normalmente no hay contabilidad y en donde se han perdido pruebas de las aportaciones) no puede llevar a una liquidación justa. Generalmente las liquidaciones de gananciales (como las particiones en general) se hacen “a ojo de buen cubero”, con la conformidad, desde luego, de los interesados, que las mayoría de las veces no saben calibrar sus verdaderos derechos, ni en muchas ocasiones lo pretenden. Eso sin contar con la nefasta influencia de los impuestos antes dichos y de la jurisprudencia aludida, que convierten en gananciales bienes de indudable procedencia privativa por razón del título, relativamente simulado, de su adquisición.

(9) Nunca he usado la expresión de Abogado en la comparecencia en las escrituras o actas. Creo que Abogado es el que ejerce como tal, adscrito a un Colegio profesional de ellos. Eso no quiere decir, ni mucho menos, y que yo no lo sostenga, que el cargo de Notario autoriza por sí solo, por la incorporación a un Colegio Notarial, el libre ejercicio como jurista, lo que paladinamente declara el artículo 1.º del Reglamento Notarial, aun antes de examinar la figura del Notario como fedatario o funcionario público. E insistiendo en las consecuencias de esta idea, he de decir que en los tiempos presentes en que se pretende difundir la enseñanza científica superior, dada la insuficiencia del número de Facultades de Derecho y la escasa preparación que por regla general obtienen sus alumnos, cabría pensar en que aún está vigente el artículo 10 de la Ley Orgánica del Notariado, que exige para ser Notario “haber cursado los estudios... o ser Abogados”. La carrera de Notario, como título necesario para poder opositar (y de posible equivalencia con o sin revalidación a alguno de los grados de la carrera de Derecho), debía poder estudiarse en un Centro especial, como la Escuela del Notariado, o en uno conjunto de ésta y del de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad. Por supuesto, que la dicha Escuela, la Notarial, aún es *non nata*.

pero más allá del Código», ha fracasado en esta ocasión. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 1954 echó por tierra el laudabilísimo esfuerzo de Ignacio Nart, Notario de Montilla y a poco de Bilbao, por oposición, de sacar partido del canon 1.131 del *Codex juris*, que permite a los esposos, por su propia autoridad, en determinados supuestos (cf.) llevar a cabo la separación de personas. Como el Código canónico es posterior al artículo 1.432 del Código Civil, y a mayor abundamiento, el pase regio de Alfonso XIII en 1919 incorporó—al menos, sus principios—a la legislación española, por sencilla aplicación de la regla *lex*, posterior *derogat priori*, cabía admitir la argumentación del Notario, máxime si iba rodeada de la medida de publicidad técnica que suponía la consiguiente inscripción registral.

Al no ser así, la resolución que comento resultó, literalmente, más papista que el Papa y se perdió la ocasión de resolver jurídicamente muchísimos casos que demandaban y están demandando solución urgente.

Por otra parte, los magníficos trabajos de nuestros compañeros don RAMÓN FAUS ESTEVE y MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), sobre las separaciones de hecho en el matrimonio, pese a la altura científica de sus autores llevan, como no puede ser menos, a soluciones harto raquíticas.

Por todo ello me propongo demostrar la inaplicabilidad actual del título III del libro IV de nuestro Código Civil. Y proponer las únicas soluciones que cabe, las legislativas, desdobladas en dos etapas, es decir, para próximas fechas y para tiempo más remoto, o sea, desdoblada en dos fases si no se quiere hacer la reforma de una vez.

II

EL ARCAISMO DE NUESTRA REGULACION LEGAL

Se ha dicho que todo lo que el Código tiene de flexible en el campo de las obligaciones es de rígido en el ámbito del Derecho de familia. Creo que aquí se padece un espejismo. Más que el carácter de imperativo o *jus cogens* de las normas jurídico-familiares (que es inexcusable), lo que existe es un desfase histórico en nuestra legislación.

(10) El primero en su conferencia en la Academia matritense del Notariado del 9 de mayo de 1944 (*Anales*, II, págs. 280 y ss.). El segundo en su ya citado trabajo sobre "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", del *Anuario de Derecho Civil*, 1.º y 2.º trimestre de 1969, págs. 11 y 12.

Ocurre que desde hace ya mucho tiempo (y lo calculo, por lo menos, en cincuenta años) han cambiado notablemente las condiciones sociales a que responde la regulación legal. Es más, ya a principios de este siglo había indicios suficientes para, sin gran riesgo de equivocarse, poder predecir la ruina del arquetipo social a que responden las venerables (y muertas) instituciones de la dote, los parafernales, la unidad de administración de los gananciales y la misma venia marital.

Y es que el Derecho matrimonial de bienes resulta el exponente de la situación moral y económica de un país, como lo prueban las condiciones históricas siguientes:

a) El régimen dotal responde a la idea de tutela de la mujer *propter suam imbecillitatem sexus*. Y, evidentemente, es necesaria en sociedades poco evolucionadas y, sin duda, fue precisa en las civilizaciones de la antigüedad clásica. Al lado de la dote figuraban los parafernales, cuya denominación—etimológicamente entendida—es hoy totalmente absurda desde el momento en que no hay dote ni la sensibilidad actual de la mujer aguanta la existencia de ésta (11).

b) La comunidad conyugal de adquisiciones (cual nuestros gananciales) fueron al principio Derecho sucesorio o desligado del Derecho matrimonial, que cumple funciones de sucesión *mortis causa*. El marido, constante el matrimonio, aparece como administrador único con poderes de disposición plenos, externamente figura como dueño. De aquí la regla *mulier non est socia, sed speratur fore*.

Es mucho después cuando se quiere convertir este régimen en verdadera comunidad bajo la fórmula de la *zur gesante hand*. Y como lógica consecuencia de esta evolución se conceden a la mujer facultades de control (cual revela la última reforma de nuestras leyes civiles), pero esto no llega a satisfacerlas (12).

Y es porque la primera fórmula responde a la fase histórica de jefatura familiar del marido y único trabajo (considerado) del mismo. Pero desde el punto y hora en que se proclama la igualdad jurídica de los esposos y se valora el trabajo de la mujer, aunque sea dentro del hogar, hay que buscar otras fórmulas que la de administración única por el marido de toda la masa de bienes comunes.

(11) Véase después, al hablar de la dote, la conclusión del Congreso de Mujeres juristas italianas en 1963.

(12) Es corriente la pretensión de los cónyuges, por las razones que sean, casi siempre afectivas, de pretender en nuestros despachos que las adquisiciones—generalmente compras—del matrimonio “se pongan a nombre de la mujer”. Ya les advierto que, faltando la prueba auténtica del carácter parafernial del precio, tal manera de proceder casi en nada varían los términos de una adquisición hecha por el esposo. Insisten y, pese a la advertencia, las esposas se muestran satisfechísimas. Moralmente, en la mayoría de los casos, considero esta manera de proceder por el marido como una estafa en el terreno amoroso.

c) Las comunidades de muebles y de adquisiciones corresponden al estadio económico en que *res mobilis* era *res vilis*. Eso hoy resulta un dislate, por lo que Francia, que tanto ha influido en la aplicación de tal régimen, lo ha abandonado en 1965 para sustituirlo por la comunidad pura de ganancias.

d) Explican los autores que el sistema holandés de comunidad universal en el matrimonio, hoy comunicación total de bienes ganados y aportados, se debe al carácter mueble de los patrimonios holandeses, generalmente de comerciantes, y a la consecuente dificultad de prueba de la procedencia de los caudales respectivos.

e) Ciñéndonos a nuestro Código, su régimen, contenido nada menos que en 130 artículos (los 1.315/1.444), resulta, en gran parte, dedicado a la institución de la dote, que puede considerarse pieza de museo. No creo que a nadie se le ocurra hoy otorgar un *instrumentum dotale* ni yo en treinta años de ejercicio me he encontrado nunca con bienes de esta clase.

Y el resto del régimen legal español responde a unos supuestos sociales, repito, hace mucho tiempo superados y, lo que es peor, que la vertiginosa marcha de los fenómenos sociales, la llamada «aceleración de la Historia», está cambiando de inútiles en perturbadores.

La inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y, en general, el régimen económico conyugal en España es cosa inconcebible, pues si algún país debía haber admitido la regla contraria era el nuestro, debido a la pluralidad de regímenes matrimoniales que forzosamente coexisten en territorio nacional, es decir, la existencia de las legislaciones forales.

Tal inmutabilidad parece responder principalmente a la garantía de **tercero**, al igual que la presunción de nuestro artículo 1.407 del Código Civil, y la murciana en el sistema de separación de bienes (cf. art. 23 de la Compilación catalana). Pero, como veremos, hoy, con la publicidad técnica que suponen los Registros, tan férreo sistema es innecesario.

Por lo que respecta al aspecto interno o entre cónyuges, los argumentos antiguos, que después veremos también, la influencia de uno en otro, por diversos motivos, no han detenido a los autores ni a los últimos legisladores.

DON FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, en una consulta publicada en la *Revista de Derecho Privado* (13), opinó que, en términos de Derecho constituyente, no se explica por qué no ha de permitirse la modificación de los pactos nupciales cuando sea conveniente a los intereses de la familia ni se alcanza por qué a la sociedad conyugal no le ha de ser permi-

tido, como a otras sociedades, introducir alteraciones en su estatuto y régimen de vida.

FAUS CONDOMINES también se mostró decidido partidario de la reforma de las capitulaciones matrimoniales fundándose en que permite variar el estatuto familiar cuando se modifican las condiciones de existencia de la familia, evitándose la discordancia entre los estados de hecho y el régimen económico conyugal.

Y su hijo, el ilustre Notario de Barcelona, don RAMÓN FAUS ESTEVE, ha escrito que, en principio, no ve inconveniente que puedan alterarse después del matrimonio las capitulaciones, dejando a salvo el derecho de los terceros, y tomando las medidas oportunas para su debida publicidad, en evitación de fraude (14).

Finalmente, P. RAYNAUD, justificando la reforma francesa de 1965, dijo que se trataba meramente de poner al día la arcaica regulación del Código napoleónico, trazado únicamente con vistas a situaciones de familias acomodadas (por lo que se preocupaba mucho de los bienes adquiridos), olvidando que en la actualidad la mayoría de los hogares se fundan sin recursos y subsisten a base del trabajo de uno o de los dos cónyuges.

Precisamente la posible alteración de circunstancias concurrentes al tiempo de la unión conyugal ha llevado a los legisladores franceses (y no digamos a los de otros países) a admitir la mutación post-nupcias del régimen de bienes del matrimonio.

Urge, pues, revisar nuestra arcaica regulación de bienes de los casados para eliminar las graves perturbaciones que el sistema legislativo está produciendo.

Ponerlo en consonancia con la situación actual de la sociedad, en la que la mujer desempeña brillantes profesiones o, por lo menos, trabaja en gran número, no sólo haría un bien a los españoles, sino que absolvería al Derecho civil de la tacha que le hacen los corifeos del llamado Derecho social: la de ser aquél un conjunto de leyes dictadas sólo para las clases ricas.

(14) Trabajo citado de FAUS ESTEVE, pág. 316, en que hace alusión a la obra de don JOSÉ FAUS CONDOMINES, *Las capitulaciones matrimoniales en la comarca de Guissona (Lérida)*, nota 2.

III

LA LLAMADA «SOCIEDAD DE GANANCIALES». SUS VENTURAS Y DESVENTURAS

La actual comunidad de adquisiciones, conocida por sociedad legal de gananciales o sociedad de gananciales, tiene un indudable origen germánico. Parece que su principio histórico estuvo en la entrega diferida (a la disolución del matrimonio) de las arras esponsalicias. Y, posteriormente, respondió a la finalidad de hacer participar a la mujer en las ganancias conyugales.

Su evolución se ve clara aún en el régimen del BGB inicial de unidad y administración del marido (sistema dotal), pero corregido con un derecho al cuarto de las ganancias por compensación matrimonial a la disolución del matrimonio, con independencia del derecho sucesorio de la viuda supérstite.

A la misma idea, aún más primigenia, responde el Código Civil suizo con su régimen normal supletorio de unidad de disfrute y administración por el marido y derecho de la mujer a un tercio de las ganancias, parte que recuerda el tercio de la ruela en oposición a los dos tercios de la espada de los primitivos pueblos germánicos.

A un estadio algo más evolucionado responden los gananciales castellanos, recogidos con definición finalista en nuestro aún vigente artículo 1.392 del Código Civil: Mediante la sociedad de gananciales el marido y la mujer harán suyos por mitad, *al* disolverse el matrimonio, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo.

No obstante, ya habían pasado bastantes años desde que se proclamara al marido dueño y señor de la comunidad. Y aunque los redactores del Código no parece que tuvieran ideas claras sobre la naturaleza de la masa de bienes gananciales hay algunos artículos, como el 1.413 anterior, al final, y, sobre todo, los 1.442 y 1.444, que desmienten aquella idea inicial de la propiedad del marido y no dejaron de esbozar en las disposiciones últimamente citadas una cotitularidad, que ha permitido después construir, principalmente por obra de la jurisprudencia hipotecaria, la teoría de la naturaleza jurídica de los bienes de esta clase.

Fueron, en efecto, la consideración del modo de practicar los asientos en el Registro de la Propiedad referentes a bienes de esta naturaleza y las investigaciones de los doctos del Derecho registral inmobiliario los que llevaron a aplicar a los bienes gananciales la doctrina germánica

de la *zur gesante hand*, a través de varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Valga por todas la de 30 de junio de 1927, que ve en los gananciales «una especie de mancomunidad entre marido y mujer, *sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división* mientras dura la vida en común, y con atribución de los poderes de disposición a título oneroso y, en ocasiones, a título lucrativo al marido, como jefe económico de la familia, y, a veces, a la mujer».

Esta construcción, conceptual si se quiere, pero única posible, ha dado desde entonces base doctrinal a los bienes gananciales, sin que los intentos de llamarlos sociedad civil (15), sociedad familiar con cuotas sobre un patrimonio (que como tal no puede ser objeto de derechos subjetivos durante la unión conyugal) o comunidad familiar *sui generis* (que es no decir nada) logren resolver los problemas ni tranquilizar al más mediano investigador.

La reforma de la Ley de 24 de abril de 1958 refuerza esa tesis, pues al quitar al marido sus omnímodos poderes de disposición anteriores hace resplandecer la idea del condominio germánico sobre tales bienes.

Tal reforma ha sido, por lo general, bien recibida y ha realizado una función justa. Pero en situaciones como las comentadas al principio ha resultado perturbadora y, sobre todo, ha despertado en la mujer la conciencia de sus derechos y el deseo de quienes vivimos de cerca los problemas económico-conyugales de llegar cuanto antes a soluciones más acordes con los tiempos que corremos y, en definitiva, más justas.

Certeramente se ha dicho que la sociedad de gananciales tiene buena prensa. Se justifica como régimen que ampara y protege mercedamente los intereses de la mujer sin borrar, empero, la autonomía patrimonial de los cónyuges, ya que junto a la masa común se permite la existencia de un patrimonio privativo para cada consorte. Y que la comunidad ganancial, como patrimonio especial adscrito de modo inmediato a las necesidades de los cónyuges y de los hijos parece ser—como todos los regímenes de comunidad restringida—lo más acorde con la naturaleza y con los fines del matrimonio mismo.

No obstante, la situación económico-social de hoy y la experiencia

(15) Principalmente no es sociedad ni aun en el sentido antiguo (carente de personalidad), por su rígido carácter y subordinación al fin principal del matrimonio, lo que puede llevar, y con frecuencia lleva, a que no haya ganancias, sino sólo pérdidas. Estorba la denominación "gananciales": no le cuadra la definición del artículo 1.665 del Código Civil. Si alguna vez surge la idea "social" es por la íntima conexión de la sociedad sin personalidad y la comunidad de bienes. Esta puede también tener un estatuto paccionado (cfr. artículo 392, 2.º párrafo, en concordancia con el 1.669, ambos del Código Civil).

de pasadas épocas nos obligan, coincidiendo con alguna autorizada voz, «a disentir en más o menos medida de aquella serie de juicios favorables».

Cierto que nuestros gananciales no planteaban problema cuando el matrimonio era de estilo antiguo: marido que llevaba la dirección y mujer—encargada del hogar—que en él confiaba. De *facto*, sistema de absorción. Muchas veces originado o justificado por la ignorancia femenina.

Posteriormente, cuando la colaboración de la mujer puede valorarse al mismo nivel que el trabajo del marido, ya porque sus aportaciones sean equivalentes o porque la economía del matrimonio no alcance cotas elevadas, puede aún sostenerse la bondad de tal régimen, y aquí (en contra de mi parecer de considerar los gananciales como comunidad y no como sociedad) surge, para perturbación, la idea social.

Los problemas empiezan cuando los ingresos del marido son elevados y acaso la mujer, en uso del derecho que necesariamente le resulta de su carácter de cotitular de los bienes gananciales, pretende hacer uso de sus facultades, llamadas en la doctrina extranjera de control o de mera información, con ineludible disparidad de criterios motivados por diversos factores fáciles de imaginar. O cuando cumple mal o no cumple su deber de dirección doméstica, haciendo buena aquella definición: «Es ganancial lo ganado por el marido tras de deducir lo gastado por la mujer.»

O bien cuando el que se ha llamado parásito, o sea, el casado con mujer rica, hace suya de momento, aunque sea teóricamente, para fines de administración, la totalidad de los frutos, rentas e intereses, aunque en liquidación final pueda corresponderle la mitad. En todo caso, remuneración excesiva para un marido cuya profesión consiste exclusivamente en ser administrador de los bienes de su mujer, más aún si la administración es mala y se desempeña en beneficio del que administra y en perjuicio de la administrada, según nos dice certeramente MANUEL DE LA CÁMARA, quien añade lo siguiente:

Es absurdo, mejor, el absurdo sube de tono cuando muerta la mujer *ab intestato*, si no hay hijos del matrimonio, la mitad de los gananciales, obtenidos generalmente gracias al esfuerzo del marido (o provenientes del capital de la mujer, añadido yo), haya de pasar a sus respectivos herederos, que ninguna relación, ni familiar ni económica, completo, han tenido con la fuente de tales ganancias (16). Esto ha ocurrido repetidamente con algunas de nuestras más populares figuras del toreo (17).

(16) Cfr. CÁMARA, trabajo citado, pág. 10, nota 10.

(17) Véase el interesante artículo de CÁRDENAS HERNÁNDEZ (Luis) en la "R. C. D. I." de 1946, págs. 73 y ss. Propugna el cambio de régimen matrimonial legal por el de separación de bienes. Y al caso del torero que allí cita se le pueden agregar otros que son del dominio público.

El problema es agudísimo, a mi parecer, cuando surge alguno de los casos al principio indicados, y más cuando uno de los esposos ha dado motivo a la separación conyugal, ínterin ésta se decreta, o cuando es desestimada por los conocidos escrúpulos de los Tribunales eclesiásticos (18).

En esta textura, lo que era más conforme a la naturaleza y fines del matrimonio (la comunidad de adquisiciones que los gananciales supone) se convierte en un constante castigo de los esposos mal avenidos, sin que, a veces, el más perjudicado sea precisamente el cónyuge que se supone culpable. El régimen ganancial se convierte en una túnica de Neso que se adhiere a sus personas impidiéndoles soluciones más acordes con la situación por la que atraviesan.

La exigencia legal de una sentencia firme de separación de personas, para que pueda procederse a la disolución de la comunidad de gananciales (art. 1.432 del Código Civil), me hace el mismo efecto de si para extraer a alguien una muela cariada hubiera antes que cortarle la cabeza.

Existe entre quienes nos preocupamos de estos casos una desconfianza al régimen de gananciales, y surge tal animadversión contra el mismo en quienes tienen la desgracia de tocar estas fatales consecuencias, que está haciendo verdadero y justo el consejo vulgar: Aparcerías ni con tu mujer tendrías.

Las consecuencias de este desastroso régimen jurídico son muchas veces las separaciones de hecho, sin trámite procesal o sin pasar de las medidas provisionales de la jurisdicción civil. Pues el pleito canónico concluye como sea y lo provisional—de la jurisdicción ordinaria—se transforma en permanente. Todo sin garantía jurídica para los separados, que no dejan de ser personas que han de seguir viviendo. Su anómala situación les impide emprender o desenvolver negocios y utilizar su propio crédito.

Esto ocurre, claro está, porque el Código Civil (art. 80), por imperativo del Concordato vigente de 1953 y del que le precedió en 1851, remite las causas matrimoniales de separación en los matrimonios canónicos a la jurisdicción eclesiástica.

Tal sistema arranca próximamente de la base 3.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888, llamada concordada, por haberla negociado Cánovas del Castillo con el Vaticano. Enviada al Papa León XIII, recayó la

(18) Conozco lo ocurrido a un matrimonio que tras cinco años de pleito canónico vio desestimada la demanda de separación. La convivencia no se restableció. Los protagonistas han vivido a base de poderes recíprocos, con gran riesgo del marido de verse implicado en una quiebra, sin que en la gestión que la motivó hubiera tenido intervención alguna desde hacía veinticinco años.

declaración siguiente: «S. S. aprueba todo cuanto en las dos partes de la base (lo que luego fue art. 42 del Código Civil) se refiere al matrimonio entre católicos. La Santa Sede deja al Estado el regular los efectos civiles del matrimonio...» Y como ha llovido desde entonces, he de repasar, a grandes rasgos, la doctrina canónica vigente.

IV

LA DOCTRINA CANONICA

El matrimonio canónico descansa, por Derecho natural y no por su propia sacramentalidad, en los principios de unidad e indisolubilidad. Cristo lo elevó *ad sacramenti dignitatem*. Y entre los bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento (canon 1.012).

El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el canónico, *sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los meros efectos civiles del mismo matrimonio* (canon 1.016).

Corroborando, acaso más de lo necesario, estas declaraciones, el Concordato vigente entre España y la Santa Sede reconoce plenos efectos civiles al matrimonio canónico (lo que está bien); la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas de nulidad, dispensa del matrimonio rato y del privilegio paulino (lo que veo muy lógico), y en las causas de separación entre cónyuges, lo que ya no es tan aconsejable y mucho menos diferir los efectos (¿también los económicos?) de la separación hasta la sentencia canónica. Así parece deducirse del artículo 24 del Concordato. Las dudas o dificultades surgidas en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula se han de resolver de común acuerdo con las dos partes contratantes (art. 35). Resulta, pues, el matrimonio materia mixta para la que, en principio—pero no más—, es necesaria la concorde interpretación de las partes contratantes.

Por qué esto sea así—y si tiene necesariamente que ser así—es cosa que hay que investigar.

Dice don ELOY MONTERO (19) que con el nombre de causas matrimoniales se designan las referentes al valor, licitud y efectos esenciales

(19) En su conferencia "El Concordato y la Legislación matrimonial", del ciclo de las pronunciadas en la Facultad de Derecho de Madrid, a propósito del último Concordato español (págs. 295 y ss., en el volumen titulado *El Concordato de 1953*, editado por dicha Facultad).

del matrimonio, y acerca de la preparación de éste, por el contrato esponsalicio; las de divorcio, con disolución del vínculo; en el matrimonio rato y por aplicación del privilegio paulino, y las que se refieren a los *derechos conyugales*, legitimación de la prole y otras semejantes. Y añade que la competencia de la Iglesia en estas causas está definida por el Concilio Tridentino, que dice así: «Si alguno dijere que las causas matrimoniales no competen a los jueces eclesiásticos sea anatematizado» (sesión XXIV, c. 12).

No obstante, de la declaración de aquel venerable Concilio no se deduce necesariamente que las causas sobre efectos civiles de los matrimonios canónicos hayan sido—o, por lo menos, tengan que ser hoy—de la competencia de los Tribunales eclesiásticos, máxime conociendo la declaración de León XIII sobre la base III de las que sirvieron para redactar nuestro Código y del texto del canon 1.016.

Añade, explicando la antinomia, el que fuera ilustre catedrático de la Central, que el canon 1.960 del *Codex* reproduce la doctrina tridentina (cf.), pero que la disciplina vigente está contenida en el canon 1.961, que dice: «Las causas acerca de los efectos meramente civiles del matrimonio, si se tratan como causa principal pertenecen al Magistrado civil, en conformidad con el canon 1.016; pero como causa incidental y accesoría, puede también el Juez eclesiástico conocer de ellas y sentenciarlas en virtud de potestad propia.»

Y, finalmente, concluye, citando al cardenal Gasparri, que la Iglesia, y, en concreto, el Papa, puede tolerar que un Juez civil conozca en causas matrimoniales. «Y por esto ha consentido la Santa Sede para algunas naciones que las causas de divorcio semipleno, o sea, de separación (digo yo, el que antes se llamaba *tori, mensae et cohabitationis*), se tramiten ante los Tribunales civiles, supliendo la Iglesia la jurisdicción» (20).

Esta última afirmación puede ser una apreciación suya. Pues con el texto literal del canon 1.016, como la cuestión que se propugna es ni más ni menos que la alteración del régimen económico-conyugal (y esto para nada afecta ni a la indisolubilidad del vínculo, ni a su sacramentalidad, ni a sus fines ni caracteres), es evidente, o a mí me lo parece, que se trata de meros efectos civiles del matrimonio en cualquier caso, y que las autoridades españolas, administrativas y judiciales pueden conocer de tales cuestiones, lo que no roza la competencia canónica. Por todo lo cual creo que la reforma del Código Civil español en este punto no tiene que estar subordinada, en definitiva, al placet de la Santa Sede.

(20) MONTERO, conferencia citada, pág. 311.

Cambiando 180 grados el enfoque de la cuestión, es curioso conocer la actitud progresista sostenedora de que el *Codex* está sujeto a revisión porque el problema en esta materia ha variado, ya que a los tradicionales fines del matrimonio (serán la procreación y educación de la prole, etc.) ha sustituido el Concilio Vaticano II la finalidad del amor de los casados (21).

A aquella formulación de tan ilustre procedencia—como veremos—se dice que le ha dado un golpe de muerte el famoso y último Concilio, por ser «chata y raquífica visión de la vida conyugal». Así lo afirman muy serios MAGDALENA CASANUEVA CAMINS y ENRIQUE GIL ROBLES Y GIL DELGADO (22).

La ligereza de tal afirmación, y su inadmisibilidad en todo caso, se comprueba considerando que las frases *procreatio atque educatio prolis; mutuum auditorium et remedium concupiscentiae*, obrantes en el canon 1.013, no las inventaron los redactores de tan respetable cuerpo legal.

ARISTÓTELES (a quien debemos casi todo lo que sabemos) señaló como fines del matrimonio la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos. Su discípulo (no en el tiempo, pero sí en la doctrina), SANTO TOMÁS DE AQUINO, completó y esclareció la fórmula anterior, convirtiéndola en trilateral: la procreación, la educación de la prole (fin éste ahora formulado) y el mutuo auxilio de los cónyuges. Y teólogos posteriores añadieron lo que el *Codex* llama *remedium concupiscentiae*, perfectamente acorde con la doctrina del pecado original.

Si nuestros contemporáneos autores se creen con vitaminas para enmendarle la plana a ARISTÓTELES, SANTO TOMÁS y teólogos clásicos, allá ellos. Por mi parte, he de decir: *risum teneatis amicis*.

El amor es una cosa psicológica y, como tal, interna. Y aplicando por analogía lo que dijeron los padres de Trento para irritar los matrimonios clandestinos, cabe también decir ahora: *De internis non iudicat Ecclesia*.

Poner el fin primario (o exclusivo) del matrimonio en algo tan equívoco y mudable como el amor de los casados podrá ser muy poético,

(21) La doctrina del matrimonio está hoy curiosamente interpretada con quienes se dicen voceros del Vaticano II, al que se atribuyen muchas doctrinas que por ningún lado están en sus declaraciones *pastorales*. La materia del matrimonio la trata el Concilio en la Constitución "Pastoral" sobre la Iglesia en el mundo actual, parte segunda, capítulo I, "Protección de la dignidad del matrimonio y de la familia". Repasando su texto se ve que nada innova de lo que antes se conocía, pues aquella declaración como "pastoral" no podía cambiar el dogma. Es curioso observar "lo que no ha dicho el Concilio" en contraste con las peregrinas doctrinas que se le atribuyen por los progresistas y aperturistas o acaso neo-católicos.

(22) Véase su artículo en *Cuadernos para el Diálogo* de mayo del 72 (páginas 41 y ss.).

pero no parece teológico y, desde luego, no es jurídico. En todo caso, a mí me hace el mismo efecto que la teología de ZORRILLA en los versos del Tenorio.

Y puestos a decir cosas raras, hay quien ha sostenido recientemente en una revista (parece que de las llamadas católicas «de apertura») la tesis favorable a la implantación del divorcio vincular para el matrimonio civil, si bien (todavía) lo rechaza para el canónico. Pero todo se andará, pues con la tesis del «amor», en cuanto éste falte o alguno se lo parezca está justificada cualquier medida divorcista.

Sostener que el matrimonio civil es disoluble atenta al Derecho natural. Tal opinión, y más admitir el divorcio para el matrimonio civil y negarlo para el canónico (no siendo éste otra cosa que un matrimonio de Derecho natural o «civil», para entendernos, con el plus de la gracia santificante derivada del sacramento), con el mayor respeto que sea posible dar a sus autores, es uno de los mayores dislates que pueden oírse (23).

Lo que sí parece increíble en estos tiempos de «apertura» es que no se aligeren medidas procesales en las causas matrimoniales. Algo se ha hecho, pero es insuficiente. Y como de costumbre, a países de histórico católico completo, como España, se les trata muchísimo peor que a los de pluralismo religioso o de ambiente marxista, permitiendo la increíble lentitud de los Tribunales diocesanos y sus superiores que se toman tiempo y más tiempo, sin otra finalidad que la de aburrir a los litigantes para al final exasperarlos con sus muchas veces peregrinas resoluciones.

Nuestro Código Civil, forzado por los textos concordatorios, repito, no sólo remite a la jurisdicción canónica los pleitos propiamente llamados de divorcio, sino también los de divorcio menos pleno o meramente separación conyugal.

Previsoriamente, el *Codex juris canonicis* (ya hemos visto el canon 1.961) deja un resquicio. Y Gasparri y Montero inventan la teoría de la posible competencia civil con suplencia de jurisdicción por la Iglesia.

La razón de ello no es otra que la gestación de los pactos de Letrán o Concordato italiano de 1929, negociado, en nombre del Vaticano, por el aludido cardenal Gasparri con Italia, y en nombre de ésta, con Benito Mussolini. Previsoriamente, el Duce exigió (y el tiempo le ha dado la razón) que las causas de separación matrimonial (no las de nulidad ni

(23) Me sigo refiriendo al artículo de ZARRALUQUI en el mismo número de la revista citada últimamente (págs. 36 y ss.). Esta tesis, además, está muy difundida; sin ir más lejos, en el curso último (71/72) se explicó en la Cátedra de canónico de cierta Facultad española.

de divorcio pleno) fueran de la competencia de los Tribunales italianos, a lo que, en definitiva, se avino el Papa Pío XI.

De ello puede tomar buena nota España si alguna vez se llega a revisar nuestro Concordato.

Este mereció, al concluirse en 1953, las mayores alabanzas por ambas partes. Y no fueron las menores las que se hicieron por parte de las dignidades eclesiásticas, llegándose en Roma a proponerlo como modelo.

El mismo don ELOY MONTERO, en su citada conferencia, concluye nada menos que con el siguiente párrafo: «Con lo dicho creemos haber dado una idea de la doctrina del Concordato de 1953 en materia de legislación matrimonial. ¡Dios quiera perdure muchos años un acuerdo tan beneficioso para la Iglesia y para la Patria!»

Pero si alguna vez se ha podido equivocar casi todo el mundo o, por lo menos, los que con algún conocimiento de causa hemos opinado sobre estas materias, es en la presente. Nunca, repito, nunca se podía pensar un desfase histórico más enorme que el existente en la actualidad. Y lo raro es que todo ha ocurrido por razón de un Concilio (el Vaticano II) que no ha hecho ninguna declaración dogmática y cuando la potestad civil (cosa rara) ha cumplido y cumple escrupulosamente sus obligaciones o, por lo menos, las principales, limitándose a defenderse de ataques injustificados y de peregrinas pretensiones.

Que el Concordato sirviera para amparar movimientos siempre contrarios a la Iglesia y para perturbar la paz (y las conciencias) de los españoles es cosa que nunca pudiera haberse podido predecir.

Ahora precisamente, que las relaciones entre la Iglesia y el Estado español no son todo lo armónicas que cabría esperar de nuestra más reciente Historia, sería la gran oportunidad de tomar las medidas legislativas después propugnadas, arbitrando un remedio a situaciones anormales de los matrimonios o que amenazan convertirse en tales.

Estas medidas, en definitiva, serían beneficiosas para la misma Iglesia, pues se quitaría a la gente uno de los más frecuentes y mayores motivos de irritación contra ella: los pleitos matrimoniales, que suelen ser de las cosas que más fieles lanzan fuera de la ortodoxia, muchas veces sin ellos pretender tal situación.

Cuando marido y mujer se empeñan en no convivir, ni las admoniciones eclesiásticas ni siquiera el empleo de la fuerza pública pueden solucionar el caso. Por supuesto que el Estado moderno bastantes quebraderos de cabeza tiene para meterse, además, a arreglar matrimonios mal avenidos.

Ineludiblemente deben arbitrase recursos (que son remedios de estricta justicia) para que ocurrido un caso de fallar la convivencia

matrimonial se le dé una solución rápida, en lugar de embarcar a personas en un largo y costosísimo proceso, cuyos resultados son siempre inciertos. Como si negando a los interesados el derecho a separarse no lo fueran a hacer.

Es insoslayable, repito, la reforma legislativa que lleve primeramente a la mutabilidad, convenida o impuesta civilmente, del régimen matrimonial, y después a la reforma total del sistema hoy vigente para el llamado «contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio».

V

SOLUCION INMEDIATA

Más que resolver (o intentarlo) problemas para la galería, como la situación de los hijos ilegítimos, o el del artículo 321 del Código Civil, debían pensar aquellos a quienes corresponde la responsabilidad de lo que se legisle, en que el Código ordenó su revisión decenal. Y si esto se ha incumplido (alguien dirá que felizmente) hay zonas en nuestras leyes civiles que no admiten espera, y una de ellas es la de que me estoy ocupando.

La solución legislativa inmediata es el abandono del principio de irreformabilidad del régimen conyugal inicial por su contrario, mutabilidad del mismo, en nuestro Derecho civil común.

Muchos de los casos aludidos al principio podrían solucionarse de común acuerdo entre los cónyuges desavenidos mediante capitulaciones o por resolución judicial que decretara, a petición de alguno de ellos, la disolución de la comunidad ganancial y su sustitución por el sistema de separación de bienes.

El régimen actual del Código, combinado con el pseudoprincipio de Derecho internacional privado (que en ninguna de nuestras leyes está reconocido hasta el presente) (25), de inmutabilidad de capitulaciones o régimen legal primigenio, lleva a soluciones chuscas en relación con el Derecho sucesorio dentro de las regiones españolas nada más, entre las dificultades apuntadas en los capítulos anteriores.

Si algún país debía haber adoptado, repito, el sistema del posible

(25) Acaso la única manifestación legislativa sea hoy en nuestro Derecho el artículo 7 de la Copilación foral de Vizcaya y Alava, que tampoco es totalmente claro.

cambio post-nupcias del régimen matrimonial de bienes, es España, por la existencia en su territorio de soberanía de varias legislaciones civiles.

Y que debe cambiarse cuanto antes el sistema lo demuestra, primeramente, el hecho de que así como hace cincuenta años nada más era regla la irreformabilidad del régimen inicial de bienes de un matrimonio (con las notables excepciones de los Códigos alemán y suizo, entre las legislaciones continentales europeas, siempre las más progresivas), hoy existe mayoría aplastante de ordenamientos jurídicos que permiten lo contrario.

A) *En España*, sin ir más lejos:

a) La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, que en su artículo 7 permite otorgar las capitulaciones antes o después de celebrado el matrimonio.

b) En Aragón, cuyo Apéndice foral de 1967 (arts. 26 a 28) permite reformar el régimen conyugal, incluso con carácter retroactivo, salvo—claro está—los derechos adquiridos por terceros.

B) *Fuera de España*. Permiten el cambio de régimen económico-conyugal los siguientes países:

a) Alemania desde la publicación del BGB en 1900, acompañada la forma auténtica y de medidas de publicidad técnicamente organizada.

b) Suiza, según su Código Civil, expresando HUBER, en su exposición de motivos, que los llamados obstáculos tradicionales (influencia de un cónyuge en otro y derechos de terceros) no obstaban a una solución más progresiva.

c) Según nos dicen KIPP y WOLF, antes de la última guerra universal estaba admitido el sistema de «mutabilidad del régimen de bienes del matrimonio» en Austria, Checoslovaquia, Yugoslavia, Estados Bálticos, Suecia, Dinamarca y totalmente en Inglaterra.

d) Holanda, en virtud de la reforma en 1956 de su Código Civil (artículo 178 en concordancia con el siguiente), no sólo permite el otorgamiento de contratos de bienes después de contraído el matrimonio y pasados tres años de su celebración, sino que autoriza la mutación por decreto judicial, a petición de uno de los cónyuges, cuando el otro contraiga deudas excesivas, despilfarre bienes comunes o impida la administración del otro cónyuge.

e) La dulce Francia, tras mantener tozudamente su sistema de

irreformabilidad del régimen conyugal e influir en la mayoría de los países europeos, aunque no precisamente en España (26), cambió el régimen napoleónico de comunidad de *meubles et d'acquets* por un sistema legal de comunidad pura de ganancias, en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965, que, además, contiene las siguientes e interesantes novedades:

a') Permitir el cambio del régimen económico conyugal por decisión judicial, a petición de uno de los esposos (art. 1.396), apoyada en el artículo 1.443, cuyo texto dice: «Si por el desorden de asuntos de los cónyuges, su mala administración o conducta resultare que la continuidad de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste puede solicitar judicialmente la separación de bienes.»

b') Por acuerdo de ambos cónyuges, previa autorización judicial, en cuyo expediente serán citadas (nada más) las personas que intervinieron en el otorgamiento de las primeras capitulaciones, pero no sus herederos.

Hay una publicidad de las reformas de regímenes conyugales dispersa, a base de nota en el Registro Civil, inscripción en el Registro Mercantil para los comerciantes, y cuando el cambio de régimen afecta a inmuebles en el Registro de la Propiedad, en todos para gozar de las ventajas de la transcripción francesa, oponibilidad a tercero (27).

f) Tampoco está de más aducir que hace bastante tiempo, por Ley de 21 de octubre de 1943 (antes de Allende, como se ve), Chile permitió simplemente que los esposos transformaran por escritura notarial su régimen de comunidad de adquisiciones en sistema de separación de bienes. Ley ésta, que PUIG BRUTAU llama especialmente sugestiva y, desde luego, lo es.

Después de estos ejemplos, que nos da la mayoría del mundo y, sobre todo, sus regiones más cualificadas culturalmente, sólo nos queda refu-

(26) Mi trato, relativamente frecuente en los últimos años, con extranjeros me da conocimiento de las peregrinas ideas que por fuera corren sobre España. Un norteamericano me comentó que le habían dicho en su país que el régimen matrimonial español era el de comunidad de bienes, porque España había sido colonizada por Napoleón. Ya le expliqué que Recesvinto vivió unos años antes de Napoleón Bonaparte. Y que la colonización de España por el italo-francés resultó delito frustrado.

(27) Muy claramente está analizada esta materia por el Decano de nuestro Colegio, natural de Granada, MANUEL SAINZ LÓPEZ NEGRETE, en su artículo "El nuevo régimen matrimonial francés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 1966 (pág. 895). También resulta insustible para conocimiento del Derecho comparado matrimonial europeo la obra de EUGENIO FERNÁNDEZ CABA-LEIRO, hoy Registrador de la Propiedad de Ayamonte, prologada por Díez-PICAZO, que fue la tesis doctoral del autor.

tar los argumentos que según la doctrina tradicional se oponen a la mutabilidad post-nupcias del régimen matrimonial de bienes o reforma de las capitulaciones matrimoniales. Y son:

1.º La posible influencia de uno de los cónyuges en el otro, más débil de carácter. Ya hemos expresado la opinión de HUBER, quien decía que estas influencias no debían obstar a la admisión del principio de mutabilidad, porque existen siempre, y podría paliarla la intervención de la autoridad tutelar. Y es más, digo yo, ¿acaso en el período prematrimonial no existen tales influencias?

2.º El carácter excepcional que tienen las capitulaciones matrimoniales, en relación o comparación con otros contratos, o meramente el régimen matrimonial de bienes.

A esto se puede argüir que la especialidad de las capitulaciones consiste en que constituyen un contrato normativo o estatuto jurídico del matrimonio.

Pero precisamente por su carácter normativo hay que admitir que los cónyuges no sepan o no puedan prever anticipadamente y con acierto cuál sea el sistema que mejor ha de convenir a su matrimonio y, por otra parte, que el discurrir de la vida imponga la necesidad de modificar unas estructuras que si al principio fueron útiles para disciplinar ésta en común y la recíproca economía de los casados, con el transcurso del tiempo han quedado superadas. Si los gananciales son una sociedad no se ve por qué en ellos no ha de poder hacerse lo que en todas las sociedades, recordemos que había dicho DE DIEGO, modificar los Estatutos.

Al argumento, en caso de faltar capitulaciones, de que el sistema conyugal de gananciales son capítulos tácitos, hay que contestar que «se trata de una imposición legal a que los cónyuges se someten teniendo ideas confusas sobre los gananciales y, las más de las veces, sin sospechar, ni por asomo, la rigidez del sistema legal».

Y con ocasión de la reforma francesa, los autores de aquel país justifican la admisión del principio de mutabilidad del régimen matrimonial y el abandono de su contrario, en interés de los mismos esposos, por ser evidente que ha podido ocurrir una equivocación en la admisión del régimen de su matrimonio o por acaecer el supuesto más frecuente de que el régimen, en un principio satisfactorio, no responda ya a las necesidades del hogar, el cambio de una profesión o a una modificación de sus fortunas personales.

3.º Se aduce, finalmente, como motivo de la irreformabilidad del régimen conyugal de bienes, la salvaguardia de los derechos de terceros.

Se trata propiamente de aquellos que han contratado con los cónyuges o alguno de ellos antes del cambio del régimen de bienes del matrimonio. El problema se refiere a los acreedores, y principalmente a aquellos que podríamos llamar «acreedores consorciales», en frase de DE LA CÁMARA.

El problema, en definitiva, es igual al de disolución por muerte o por separación judicial de la sociedad conyugal. Y forma parte de otro más extenso, cual es el de las garantías de los acreedores ante cualquier división de bienes comunes, y entre ellas, la partición de herencia.

No creo que haya que preocuparse demasiado del que con análogo motivo llamó GONZÁLEZ PALOMINO «el pobrecito acreedor» (28).

Toda división de cosa común, por imperativo del artículo 406 del Código Civil, ha de regirse por las reglas de la partición de herencia. Con vista de ésta y de las específicas de división de bienes comunes, los acreedores tienen nada más (o ¡nada menos!) que los siguientes derechos:

- Oponerse a la partición, ínterin se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082).
- Intervenir en ella para evitar que se haga en fraude de sus derechos (art. 403, coincidente con el 1.083).
- Conservar sus derechos garantizados con hipoteca u otros de carácter real. E, igualmente, *conservar con toda su fuerza, no obstante la división*, los derechos personales que le pertenezcan contra la comunidad (art. 405). Y esto o no quiere decir nada o significa que la división no altera la responsabilidad obligacional preexistente.
- Desconocer la liquidación y partición no auténticas (arts. 1.218 y 1.227).
- Utilizar todos los derechos y acciones de su deudor mediante la llamada acción subrogatoria (art. 1.111, primer inciso).
- Impugnar los actos realizados por su deudor en fraude de su derecho mediante la acción pauliana (segundo inciso del artículo 1.111, en concordancia con el 1.291 y siguientes).

Aun en el caso, digo yo, de que una reforma legislativa fuere recordada, limitándose el Código, por ejemplo, a reproducir los artículos 26 y 27 del Apéndice foral aragonés, mandando al trastero los actuales 1.315 y siguientes, no creo que la reforma produjera más alteración, a efectos

(28) Véase su "Adjudicación para pago de deudas", *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo I, pág. 296.

del tráfico, que la ocasionada por el retoque hecho en 1958 del régimen de gananciales (29).

En todo caso, la cuestión de la salvaguardia de terceros tiene desde hace tiempo un remedio descubierto, bien conocido, someter los capítulos a un adecuado régimen de publicidad formal y material.

Por tanto, el principio de inmutabilidad del régimen económico conyugal no tiene fundamento. La posibilidad de otorgar capitulaciones post-nupcias en Aragón y en Cataluña, según los autores de aquellas regiones, ni ha causado ni causa daño alguno; no relaja los vínculos conyugales ni familiares. Por el contrario, ha rendido y rinde buenos servicios, permitiendo resolver en la Notaría situaciones delicadas, que de otra manera, y sin beneficio para nadie, habrían concluido en el Juzgado.

Esta es la idea central del presente trabajo. Pero como no se puede conseguir tal solución, como hemos dicho antes, sin reforma legislativa, es preciso puntualizar su alcance en una primera solución rápida, urgente, si se quiere, de emergencia. Esta debe consistir, ni más ni menos, que en derogar los artículos 1.315/26 y 1.432/3 del Código Civil para sustituirlos, pues sitio hay, con otras normas inspiradas en las bases siguientes:

a) Admitir sin reserva alguna el principio de mutabilidad del régimen matrimonial inicial, ya convenido o aplicado por ley en defecto de pacto, mutación que se haría bien por capitulaciones otorgadas constante el matrimonio o por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, fundada en justa causa.

b) Absoluta necesidad de la forma notarial *ad solemnitatem* para tales convenciones no dejando, por supuesto, rastro de esa posible y anómala intervención de los secretarios de Ayuntamiento, hoy felizmente inaplicable por consecuencia de la inflación y consiguiente desvalorización monetaria.

c) Discutir y resolver al debatirse la reforma si se sigue el sistema catalán y aragonés (concorde con la Ley chilena de 1943) de poder pasar sin más al otorgamiento de las capitulaciones, o bien si para asegurar en todo lo posible la libertad de consentimiento de los cónyuges, evitando

(29) Puede verse el comentario de doña MERCEDES FORMICA, a una carta mía, en el ABC de 27 de noviembre de 1969, bajo el epígrafe "Bienes gananciales y riesgo para los parafernales". Motivaban mis consideraciones las inmoderadas exigencias de los Bancos, en especial del Hipotecario de España, que debía (aquí viene bien) comportarse como quien cumple una función social (para eso está) en vez de conducirse en cuanto a garantías como el más exigente de los prestamistas.

—de camino—la lesión a sus respectivos derechos o el perjuicio de tercero, debe preceder o seguir alguna de las medidas siguientes:

a') Autorización judicial en acto de jurisdicción voluntaria, que recaerá (sin indagación alguna del motivo) de estar conformes ambos esposos y de no existir oposición de tercero una vez publicados edictos, pues de existir, el expediente se transformaría en contencioso, lo que le haría servir como una especie de procedimiento de provocación o jactancia para dar ocasión a los acreedores a pedir el pago o aseguramiento especial de sus derechos (arts. 405 y 406, concordantes con los 1.082 y 1.083 del Código Civil). Podría la resolución que se dicte contener, si se ha pedido así, las bases de la futura liquidación y división. Y seguiría la escritura pública liquidando la comunidad, si existía, y estableciendo el nuevo régimen matrimonial.

b') Sistema inverso. Otorgamiento de la escritura primero y posterior presentación a la aprobación judicial, a modo de las particiones que la necesitan, conforme al actual artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Podrían también publicarse los edictos para conocimiento de terceros y su personación, si quieren, en el expediente.

c') Coexistentemente con alguno de los medios anteriores o de ambos, si se prefiere, o sustituyéndolos, reemplazar el expediente judicial de la mal llamada jurisdicción voluntaria por un acta notarial de notoriedad.

Conviene recordar que, conforme al párrafo primero del vigente artículo 209 del Reglamento Notarial, «las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica».

Aquí el llamado «hecho» (en realidad, finalidad del expediente, que eso son las actas de notoriedad) es comprobar en lo posible el libre consentimiento y la falta de oposición de terceros. Para esto último necesariamente habían de publicarse edictos, con derecho de los acreedores que se opusieren a promover el juicio declarativo que corresponda si no se les paga o afianza el importe de sus créditos. Y admitida la demanda se interrumpiría el acta, pasando lo actuado al Juzgado. Y en cuanto al libre consentimiento de los cónyuges, éstos deberían ratificar separadamente el requerimiento para así manifestar su libre voluntad

y escuchar las advertencias pertinentes, que limpiaría aquélla de error o de dolo (30).

Recaída resolución aprobatoria de la pretensión de los cónyuges promotores se otorgaría la escritura oportuna, liquidando en su caso la comunidad conyugal y estableciendo los pactos de régimen matrimonial ulterior.

No tengo ninguna gana de hacer esta clase de instrumentos (me refiero a las actas), pero me es necesario reconocer que este sistema evitaría dilaciones, gastos y molestias sin cuento y espero que merecería una incondicional y general aprobación de quienes las necesitaran.

d) En todo caso, establecer un registro de capitulaciones matrimoniales con publicidad técnicamente organizada y a cargo de los Registradores de la Propiedad, que desarrollaría un reglamento.

El Registro sería provincial (es mucho crearlo por distritos hipotecarios). Y su sistema análogo al de Registro Mercantil para las sociedades, con un Registro central de tarjetas de los otorgamientos e inscripción de las modificaciones de régimen matrimonial en los Registros provinciales competentes.

Recogerían también ambos, por supuesto, el otorgamiento de capitulaciones primigenias. Y las decisiones judiciales respecto al régimen matrimonial, con posible anotación de las demandas en este sentido.

Sus efectos serían los mismos del Registro Mercantil (arts. 26/29 del

(30) Hay que tener en cuenta que las llamadas "actas" de notoriedad sólo se pueden designar como actas usando términos extranjeros: así, por ejemplo, en Francia se llama *acta* a todo instrumento, al revés que ocurría en nuestra tradición notarial, en que predominaba la palabra "escritura". En otro aspecto hay que reconocer que lleva razón GONZÁLEZ PALOMINO cuando afirma que en estos instrumentos el Notario actúa emitiendo un juicio de valoración de pruebas; que estas actividades no son de "integración de la función" notarial, sino de ampliación clara. Las actas de notoriedad se han puesto (por los Reglamentos notariales) a cargo del Notario por su prestigio indudable, por su eficacia probada, pero no como Notario. Así como las funciones no jurisdiccionales (la llamada jurisdicción voluntaria) atribuidas al Juez se le han conferido por ser Juez, pero no como Juez. (Véase su *Derecho notarial*, pág. 84.) A esto agrego yo que, en interés de los españoles, conviene impulsar y regular debidamente las actas de notoriedad, pero olvidándose de que se les llama actas, pues son expedientes iguales a los que hoy hacen los Juzgados de Primera Instancia. Para completar tal idea estimo necesario que en un futuro próximo se disponga (y en las propugnadas en el texto para cambio de régimen matrimonial, de inmediato) la intervención del Ministerio Fiscal, quien emitirá dictamen al final, con vista de un testimonio que se le enviara, de no hacerlo en el acta original —aún no protocolizada—, y libertad posterior del Notario para resolver lo que estime oportuno, salvo que aquel Ministerio haya interpuesto el juicio declarativo correspondiente, lo que le es bastante fácil. Por supuesto que estos expedientes deben asignarse necesariamente al Notario que corresponda por turno de reparto.

Código de Comercio), oponibilidad a tercero o fe pública negativa (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), sin perjuicio de la legitimación registral *prima facie*.

El problema de cuál sea el registro de provincia competente puede resolverse exigiendo que la primera inscripción se realice en el de la capital en cuya demarcación se celebró el matrimonio. Y después, si los interesados quieren, permitirles la traslación al del domicilio del marido.

e) En complemento de todo lo anterior, derogar también los artículos 1.432/3 del Código Civil, para permitir que no sólo por convenio de las partes, sino a petición de cualquier cónyuge, pueda decretarse judicialmente la disolución y liquidación de la comunidad ganancial y su sustitución por el régimen de separación de bienes constante el matrimonio.

La petición habría de fundarse en alguna de las causas de mala administración, despilfarro de bienes o perjuicio al otro cónyuge, que el Juez apreciaría libremente, al contrario que en los expedientes anteriores, en los que el funcionario que los dirigiera, necesariamente habría de dar la aprobación de haber conformidad de los esposos y faltar la oposición de acreedores.

Firme la sentencia, se procedería a inscribir la ejecutoria en el Registro de regímenes matrimoniales, con posterior constancia en el mismo de la liquidación y partición e inscripción específica de los bienes adjudicados a cada esposo en los competentes Registro de la Propiedad.

No toco las legislaciones forales por escarmiento de lo ocurrido cuando la codificación, sólo diré que debería pasar a principio general de orden público la posibilidad del cambio de régimen conyugal; en todo caso, y salvo en Cataluña y Aragón, por su actual sistema de capitulaciones novatorias, sin más trámite previo o posterior, que se acomodara la mutación a las mismas reglas del Código, en cuanto a inscripción.

Por supuesto, que el Registro especial de capitulaciones matrimoniales parece necesario que sea establecido en todas las provincias españolas.

No está de más recordar ahora que la diversidad de regímenes comunes y forales, y el principio de nuestro Derecho común de inmutabilidad del régimen conyugal plantean unos curiosísimos problemas en las regiones de fuero; a más del candente de régimen matrimonial común, por ejemplo, y de régimen sucesorio foral coexistentes (contra lo que protestó hace tiempo PELAYO HORE), el de no saberse a ciencia cierta por dónde se andan los matrimonios en cuanto a régimen de bienes, con complicaciones para los actos de disposición que de ello se derivan. Podría pensarse también que en el Reglamento para implantación del

Registro especial de regímenes matrimoniales se admitiera, como título supletorio, la información *ad perpetuam memoriam* o el acta notarial de notoriedad para inscribir el régimen económico de los matrimonios que no tiene prueba plena.

Estas reformas legislativas, sin nada más extenso, darían solución a la mayoría de los casos al principio enumerados, evitando que las personas queden al margen de la Ley en sus relaciones conyugales de bienes entre sí y con relación a terceros (31).

Esta es la que yo llamo solución de urgencia. Pero como el estado social de nuestro tiempo requiere un remedio más a fondo y la situación de los estudios jurídicos, evidentemente, lo permite (32), hay que pensar en soluciones definitivas al reformarse nuestra legislación matrimonial de bienes. Y este es el objeto del siguiente apartado.

VI

SOLUCION DEFINITIVA. LA TOTAL REFORMA DE NUESTRA LEGISLACION COMUN SOBRE EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES

Dictadas en una primera etapa las normas sustitutivas de los artículos 1.315/26 y 1.432/3 actuales y el Reglamento del Registro de regímenes matrimoniales, hay que ir sin prisa, pero sin pausas, a la sustitución de los restantes artículos del título III del libro IV.

(31) Quiero hacer constar que estando en preparación este trabajo llegó a mi conocimiento la opinión de mi distinguido compañero el Notario de Madrid don SANTIAGO PELAYO HORE, que en sentido análogo a la solución de urgencia que aquí propugno se pronunció en la primera de las sesiones celebradas sobre la "Problemática del matrimonio", en el Círculo de Estudios Jurídicos, en Madrid en el pasado año 1972. Habló con meridiana claridad del desfase de nuestras leyes civiles con la realidad en este punto de la necesidad de buscar *soluciones voluntarias* (o convenidas entre los cónyuges) para que éstas y no las *sentencias* sean las que resuelven situaciones tirantes o de fricción en los matrimonios que se están ahora produciendo (a montones, digo yo), y propuso como remedio "que el contrato de capitulaciones matrimoniales puede ser celebrado incluso después de contraído el matrimonio, ya que muchas veces las causas matrimoniales se evitarían si los cónyuges, una vez surgidas las diferencias entre ellos, pudieran pactar libremente la separación de bienes". Hago esta reseña según la referencia periodística que poseo. Por cierto que previamente en la misma sesión don LUIS ZARRALUQUI VILLALBA expuso la tesis ya refutada de crisis del matrimonio admitiendo el divorcio vincular para el matrimonio civil y negándolo para el canónico (junio del 72).

(32) Vuelvo a citar, como muestra de la madurez de nuestros estudios jurídicos, en este punto, los trabajos de los señores SAINZ LÓPEZ NEGRETE y FERNÁNDEZ CABALEIRO.

Claro que todo podría hacerse de una vez. Pero como lo mejor es enemigo de lo bueno, por si acaso la cosa se dilata más de lo necesario y esperado, conviene partir de dos la reforma.

Dícese que está en crisis (primero de los problemas) la jefatura doméstica del marido y que en su lugar ha de regir el principio de la igualdad jurídica de los sexos en el matrimonio. Yo creo que la cosa no es tan grave como parece, pues *velis nolis*, en la sociedad familiar, como en toda sociedad, ha de reconocerse una autoridad que no puede ostentar sino el varón. Le corresponde por naturaleza, según decisión divina (33).

Pase que a la cosa se le llame poder de decisión en los asuntos comunes, pero en el fondo seguirá igual. Porque ni en la época del *pater familias romano*, con sus omnímodos poderes, los esposos los han ejercido, porque no pueden hacerlo, en los términos prescritos en las leyes. Con razón ha dicho MARTÍNEZ SARRIÓN (34) que pobre del marido que tenga que invocar la Ley para apoyar su jefatura doméstica.

Lo que sí es cierto es la influencia del feminismo y su ineludible consecuencia de conceder derechos a la mujer para el justo ejercicio de sus profesiones. Claro que me refiero al feminismo económico (pues este movimiento tiene diversos matices) y no al régimen personal de dirección del matrimonio, que en todo caso ha de dejar a salvo el poder decisorio del varón.

En este terreno económico (y en el político), la Ley española de 22 de julio de 1961 reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 1), habiendo extendido la de 28 de diciembre de 1968 el derecho de la mujer a participar en las mismas condiciones que el hombre en oposiciones, concurso-oposiciones y cualquiera otro sistema de provisión de plazas de la Administración; en los cargos de Magistrado, Juez y Fiscal en la Administración de Justicia, a más de los derechos de ingreso en otros cuerpos.

Por consiguiente, desde que hay mujeres catedráticos, arquitectos, ingenieros, médicos, farmacéuticos, Notarios, Registradores, Abogados, empleadas o meras trabajadoras por cuenta ajena és altamente ridículo e innegablemente perjudicial aplicar los estilos legislativos de la época romana, visigoda o simplemente de principios de la Edad Moderna. Con lo que no quiero significar, y nada más contrario a mis ideas, ningún

(33) Puede leerse en el Génesis, entre los castigos de la mujer por su inducción al pecado original: "Y buscarás con ardor a tu marido, que te dominará" (3, 16).

(34) En su conferencia en la Academia matritense del Notariado, publicada en la revista de *Derecho Notarial*, primer semestre, 1967, págs. 92 y ss.

desprecio al sabio Derecho romano ni a la herencia jurídica hispana; sólo quiero decir que los principios de aquellos ordenamientos hay que desarrollarlos conjugados con las circunstancias sociales de nuestro tiempo.

La dote, los parafernales (en el sentido que diré), la unitaria administración de los gananciales y la propia venia marital son instituciones que hace bastante tiempo han entrado en barrena, como demuestran las consideraciones siguientes:

a) La dote es una antigualla hoy universalmente repudiada.

El Congreso de Mujeres Juristas Italianas, celebrado en Roma en 1963, llegó a la conclusión de que la dote es una institución propia de aquellas civilizaciones que consideran a la mujer como un ser inferior.

Con motivo de la reforma francesa de 1965 se derogó totalmente el régimen dotal, antes regulado por los artículos 1.540 y siguientes del texto antiguo de su Código. Pero antes de ser derogado había dejado de existir en la práctica. Una encuesta realizada dio como resultado que mientras en 1898 aproximadamente diez mil contratantes adoptaron el régimen dotal, en 1962 únicamente veinte lo siguieron (35).

Por lo que respecta a nuestro Derecho común, la dote sólo sirve para ocupar un sitio precioso en el Código y para tormento de opositores.

Ni se hacen escrituras dotalas ni se pacta el régimen dotal. Urge, por consiguiente, su derogación (arts. 1.336/80). Si alguien quiere aportar dote o acogerse al régimen dotal podrá hacerlo al amparo de la libertad de estipulación de los capítulos.

b) Los parafernales, etimológicamente, al no existir la dote, resultan un absurdo. Claro que no es la primera vez que la lingüística nos depara esta sorpresa; recordemos el empleo de las palabras caballero sin caballo, subsecretario sin secretario, etc. Además, en cuanto a su propio significado, sabido es que en el Derecho romano los bienes parafernales tenían una significación diferente—patrimonio propio y libre de la mujer casada—, bien distinta de la que durante siglos han marcado y marcarán su carácter en el Derecho de Castilla. Según nuestro régimen actual, al menos en principio, la mujer titular de parafernales es una mera recaudadora de rentas que debe entregar a su marido. Consecuencia: que ella declina de facto la administración en su esposo, sin que exista regla legal (aunque sí confusa jurisprudencia) que regule las consecuencias de aquella conducta.

Por el contrario, en Aragón (con un Derecho de familia innegable-

(35) Así lo dice SAINZ LÓPEZ NEGRETE en su citado artículo, pág. 892.

mente superior al castellano), el artículo 49 del antiguo Apéndice declaraba que en la sociedad conyugal tácita no tenía la mujer manejo de bienes algunos en concepto de parafernales, o sea, que todos eran dotales inestimados. Y hoy, el mismo artículo del Apéndice nuevo, con una regla de lógica jurídica que debiera generalizarse, atribuye al marido la misma administración, mas reconociendo (y aquí está la novedad) a la mujer el derecho de recabarla para sí.

Volviendo al nombre propongo, en vez de hablar de parafernales, se hable sencillamente de bienes privativos de la mujer, en oposición a los bienes comunes e incluso a los privativos del marido. Así se evitarían risibles equivocaciones (36).

c) La unitaria administración de los gananciales (normalmente por el marido) ya ha quedado excluida en sentido amplio—o para actos de disposición—por virtud de la reforma de 1958. Pero las ideas actuales imponen que la esposa administre una determinada masa de bienes de esta clase: los provenientes de su trabajo o industria, de lo que hace tiempo las legislaciones europeas continentales conocen con el nombre de bienes reservados. Pues si la mujer trabaja y gana, ¿qué menos ha de permitírsele que administrar el fruto de su trabajo?

d) La licencia marital (como tal, o sea, como necesario asentimiento del esposo a la enajenación de bienes propios de la mujer) ha desaparecido en casi todas las legislaciones europeas.

Y es patente el cambio de mentalidad a este respecto en nuestra propia vida jurídica. En las pocas capitulaciones matrimoniales que ahora se hacen, generalmente pactando la separación de bienes, se conviene hoy, sin escándalo de nadie, que cada cónyuge administrará y dispondrá de sus bienes privativos con la más absoluta libertad sin necesitar licencia ni consentimiento de su consorte.

Esto hace treinta años nada más era presentado por los tratadistas como un pacto de los prohibidos en el artículo 1.316, por resultar depresivo a la autoridad del varón. Y hoy tales capitulaciones se admiten sin reparo alguno en Notarías, Registros y oficinas públicas y hasta en los Juzgados y Tribunales de cualquier grado y jurisdicción.

Si la venia marital controla la actividad femenina por aquello de que los frutos, rentas y rendimientos de su trabajo son gananciales, por

(36) Hace ya mucho tiempo supe que en un cuaderno particional se hablaba primeramente de "Bienes parafernales de la mujer"; en la base siguiente, de "Bienes parafernales del marido". Y un Letrado, presente en la conversación, propuso chuscamente que se añadiera otra sobre "Bienes parafernales de los niños". Por supuesto que el cuaderno de marras no había sido redactado por Notario.

razón de simetría (según CARNELUTTI, argumento jurídico) habríamos de dar a la esposa el mismo control respecto a iguales ingresos del marido. Y ante este resultado es mejor concluir con MARTÍNEZ SARRIÓN, que por otro argumento llega a la misma consecuencia, que es preferible suprimir la venia (37).

Los abusos dispositivos, en su caso, pueden tener como remedio un recurso judicial o el cambio de régimen matrimonial de bienes, precisamente inspirado en la realización de actos fraudulentos al interés familiar.

Todo sin perjuicio de las correspondientes acciones de nulidad por simulación, generalmente absoluta, que es lo que ocurre en la mayoría de estos supuestos.

Recapitulando la idea inicial habría que cambiar el texto de los artículos 1.387, en concordancia con los 60 y 61; el 995, que podría aplicarse con los efectos del segundo párrafo del artículo en cuestión, en el caso de existir comunidad conyugal, y los 1.053 y número 3.º del 1.263.

Para ello hay que considerar los ejemplos que nos brinda el Derecho de los distintos países europeos continentales. Y no por ser europeos, sino porque, salvo las desviaciones ocasionadas por la admisión desgraciada del divorcio vincular, sigue siendo el mejor del mundo.

Puestos ya a reestructurar enteramente nuestra legislación sobre el régimen económico conyugal hay que ir al sistema de los Códigos y reformas modernas. Desde el BGB, en su primera versión, pasando por el Código suizo, a las últimas Leyes alemana y francesa en esta materia.

Consiste en establecer un sistema de principios sobre los bienes del matrimonio.

Después de permitir la libertad de estipulaciones *a priori* o *a posteriori* de las nupcias, como ha quedado dicho.

Y establecer una regulación legal de los distintos regímenes matrimoniales admitidos para que los contrayentes—en cualquier tiempo, repito—se acojan a ellos, al que más les guste.

Por supuesto que en defecto de pacto regiría un sistema legal supletorio.

(37) Trabajo citado, pág. 207. Su argumento es el siguiente: "No habiendo comunicación alguna respecto a los bienes parafernales, permaneciendo éstos en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es, como si a todo accionista de una sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra."

Hay que tener en cuenta que los distintos regímenes matrimoniales vigentes en Europa, principalmente en la continental, pese a sus diversos nombres, tienen ciertas notas comunes, produciéndose lo que FERNÁNDEZ CABALEIRO llama fenómeno de interpenetración de los mismos.

Estas notas comunes suelen consistir:

- En permitir la libre actuación de las facultades de cada esposo, por supuesto, en cuanto a sus bienes propios y, además, en cuanto a determinado grupo de los que se consideran comunes, caso que rija el régimen de comunidad.
- En exigir la codisposición o el asentimiento del que no sea titular específico en cuanto a ciertos casos o bienes que cumplen la función de servir de modo inmediato a la vida matrimonial, como el propio hogar, los negocios o empresas de que se sirve la economía doméstica, etc., y que en alguna legislación, la italiana, por su Código de 1942, está prevista la formación de un patrimonio familiar, del que sólo se puede disponer conjuntamente y precediendo, además, autorización judicial, notas éstas que desvirtúan el régimen de separación de bienes existente en aquel país.

En cuanto al régimen legal supletorio hay que decidir si es más conveniente para España elegir entre la comunidad diferida a la disolución del matrimonio o sistema de participación en ganancias, con origen histórico en las legislaciones nórdicas europeas durante la década de los años veinte de este siglo, consagrado últimamente por la reforma del Código Civil alemán, como cree mi buen amigo BUENAVENTURA CAMY, hoy Registrador de Granada, o bien, como a mí me parece más conforme con nuestra tradición jurídica, mantener como sistema supletorio el de ganancias vigente, de manera similar a lo que se ha hecho en la última reforma francesa para la comunidad de adquisiciones.

Según esto, los sistemas que el Código podría recoger—sin perjuicio de la libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales, siempre que no contradijeran los principios generales de bienes con ocasión del matrimonio—serían los siguientes:

A) *Régimen legal de ganancias*.—En principio, por haberse acreditado su bondad, mantener las líneas generales establecidas en 1958 con la modificación de permitir la existencia de bienes reservados de la mujer —los procedentes de su trabajo o industria, las subrogaciones de los

mismos (que ampliamente se presumirían), el manejo exclusivo de cuentas corrientes y de depósitos de valores a su nombre, todo sin perjuicio de estimar de inmediato los frutos e intereses gananciales—y los bienes mismos de igual calidad a la hora final de la liquidación.

De esta manera resultaría, vigente el régimen ganancial, las siguientes masas de bienes entre los que tienen aquel carácter y los privativos de los esposos:

a) Bienes gananciales de administración y disposición normal, aquella correspondiente al marido y la disposición según el régimen actual para bienes muebles o inmuebles y establecimientos mercantiles.

b) Bienes reservados. De carácter ganancial, procedentes del trabajo o industria de la mujer, subrogaciones de ellos, cuentas corrientes y depósitos de valores a su nombre. La administración correspondería a la mujer; a ella también la disposición de los de carácter mueble, y con el consentimiento de su marido, la de inmuebles y establecimientos mercantiles.

c) Bienes propios o privativos del marido, en que, naturalmente, éste tendría el pleno dominio y la libre disposición.

d) Bienes propios o privativos de la mujer (antiguos parafernales), en las mismas condiciones que los de este género del esposo.

Cada cónyuge tiene obligación de contribuir a los gastos comunes del hogar y familia con los frutos y rentas de sus bienes privativos si no bastaren los de los gananciales.

La administración conferida al marido de los bienes comunes sólo podrían transferirse a la mujer en los casos anormales de ausencia o tutela del esposo.

En los restantes, el derecho de la cónyuge sería pedir las medidas precautorias y seguidamente la disolución de la sociedad conyugal para transformar el régimen matrimonial en de separación de bienes.

Al existir los bienes comunes, que en primera línea responderían de las obligaciones contraídas por cualquiera de los esposos en interés común, presumiéndose que eran tales las que originara el marido, no es preciso en este régimen (y esta es su principal ventaja) imponer la codisposición o asentimiento del que no fuera titular para los actos dispositivos sobre determinados bienes familiares, quiero decir que sirvan a estos fines.

La disolución de la comunidad ganancial llevaría a su partición *in natura* (una vez reintegrados los privativos, en cuanto proceda) salvo con relación a los bienes reservados de la esposa, en que ésta podría

retenerlos pagando la parte correspondiente de su estimación o toda ella, según procediera, en dinero (obligación facultativa) (38).

B) *Régimen de comunidad diferida de ganancias*.—En este sistema cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que él hubiere hecho ingresar en la comunidad. Esta no surgiría en realidad hasta ocurrir la causa de disolución, y entonces se liquidarían todos los bienes gananciales, previo reintegro de los privativos, formando una masa contable. El titular específico de cada bien podría evitar la partición *in natura* con la misma *facultas solutionis* anteriormente dicha.

Constante la comunidad habría que arbitrar algunas reglas que llevaran a la codisposición o asentimiento concurrente del otro cónyuge —que no fuera el titular—respecto al domicilio conyugal y objetos domésticos y algún otro bien cuyo uso se estime vinculado a los esposos y a sus descendientes. Lo difícil es armonizar estas precauciones con la publicidad registral, lo que acaso pudiera lograrse, a petición conjunta de los esposos, mediante nota marginal que completara la inscripción de adquisición (39).

(38) Por supuesto que, al amparo de la libertad de pacto, pueden convenirse los capítulos que la administración y actos dispositivos sean llevados exclusivamente por el marido (al igual que antes decía el art. 1413); y también, como permite la reforma francesa, que la administración se lleve en mano común. No veo inconveniente en que se establezca la solidaridad o administración indistinta por cada esposo, siempre quedando a salvo el derecho de impugnación en caso de fraude por el otro cónyuge (como en el 1413, al final). Lo que considero “depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges”, y en este caso al marido, que siempre será su autoridad visible, es pactar que la unitaria administración de los bienes gananciales y su disposición exclusiva corresponda a la mujer (por supuesto fuera de los casos de tutela y sus análogos).

(39) Aparte de los precedentes nórdicos ya apuntados, insistimos en que la mejor expresión legislativa de este sistema es la reforma alemana llevada a cabo en 1 de julio de 1958, llamándosele “comunidad de ganancias” o “Zugewinngemeinschaft”. A este sistema se le hacen los reparos de necesitar una comprobación contable durante su duración, y no quedar nada clara la facultad dispositiva por la posibilidad de impugnación de los actos de ella derivados cuando se dispone por un cónyuge del “conjunto de su patrimonio” sin el asentimiento o ratificación posterior de su consorte, lo que ha llevado a los Tribunales a restringir este derecho de impugnación (cfr. FERNÁNDEZ CABAILEIRO, págs. 92 y siguientes, especialmente la 96). y, según mis noticias, a los Notarios a exigir, o por lo menos recomendar, la codisposición, curándose en salud de reclamaciones posteriores. Esto constituye el talón de Aquiles de tal sistema matrimonial.

Por supuesto que por pacto podría ampliarse esta comunidad, o potencial comunidad, a los bienes que ya tuvieran los que se casan y a los adquiridos después por cualquier título. Así resultaría un régimen igual a la comunidad universal holandesa y sustancialmente coincidiría con el sistema de nuestro Fuero del Baylío.

C) *Régimen de separación de bienes*.—Debe regularse quitándole todo rastro de anomalía o castigo (como hoy tiene, según el art. 50). Se aplicará ya cuando se pacte *ab initio*; ya cuando se transforme otro régimen legal o paccionado anterior; ya cuando los Tribunales civiles dispongan, a petición de cualquiera de los cónyuges, por alguna de las razones anteriormente aludidas.

Podría complementarse permitiendo, al igual que el Código italiano, la constitución de un patrimonio familiar, vinculado en escritura pública e inscrita en el Registro con tal carácter. Los bienes que lo integran necesitarían para los actos dispositivos el consentimiento concorde de los esposos, precedido de autorización judicial para las ventas o enajenaciones.

Puede pensarse y decidirse si esta institución del patrimonio familiar (especie de patrimonio especial en pro de los hijos) podrá coexistir de manera independiente con cualquiera de los otros regímenes previstos por la Ley.

En todo caso, concluyendo el capítulo de la reforma, diré que tanto en la primera fase como en la segunda, o en ambas conjuntamente, debe hacerse por el sistema de Ley de Bases, aprobada en las Cortes, y texto articulado posterior redactado por expertos en Derecho privado, ya como se hizo en 1888 (o sea, con posterior aprobación de las mismas Cortes), ya de manera idéntica a como ahora (diciembre de 1972) se intenta reformar el título preliminar del mismo Código. Y ello por la absoluta necesidad de preparación jurídica de quien redacte los artículos, que debe ser una sola persona, para que resulten con estilo aceptable y claridad meridiana, cosa esta casi imposible de conseguir si aparece resultado de enmiendas parlamentarias, que, lógicamente, conduce a antinomias y oscuridades, todo independientemente de las ideas que puedan tenerse sobre la competencia de los órganos estatales en la elaboración de las leyes (38).

Además, conviene seguir este sistema para huir de las alharacas periodísticas, que, a veces, presentan como novedad lo que tiene más de mil años de existencia. Valga, como muestra de esta última afirmación, la disposición contenida en el novísimo artículo 179, restringiendo en el *quantum* la facultad de disposición *mortis causa* del adoptante en pro de los hijos adoptivos, lo cual no es ni más ni menos que un trasunto

He de advertir que el esquema del texto no agota todas las posibilidades de regímenes conyugales de bienes, una vez admitido, como se propugna, el principio general de libertad de pacto en las capitulaciones.

de la Ley *Hac Editali*, establecida por el emperador León (texto del *Codex*, V-9, Ley 6.^a) y concretada por Justiniano en la novela 22.

No somos los hombres, o al menos todos ellos, quienes nos oponemos a la derogación de arcaicos privilegios, que en verdad para poco sirven en la práctica. No está de más recordar que hace más de dos mil años dijo CICERÓN: *Quid possunt leges, sine moribus?*

VII

CONCLUSIONES

No hay precisamente crisis del matrimonio-institución. Así lo decía rotundamente el entonces joven profesor CASTÁN en 1914, añadiendo que sí había una crisis social y, sobre todo, filosófica del matrimonio; en definitiva, no es el matrimonio lo que está en crisis, aclara, sino el pensamiento y la vida, la filosofía y la sociedad, concluyendo: «Es que la generación actual no está a la altura del matrimonio» (41).

Si entonces se decía esto, con lo que ha ocurrido después, es fácil de imaginar lo que hoy puede decirse, y que rotundamente expresado es que en vez de crisis del matrimonio, hay que decir que existe una crisis general de la decencia. Pero esto no debe obstar a que se reforme el régimen matrimonial de bienes de nuestro Derecho común en los sentidos que expuestos quedan, lo que resolvería gran número de casos de discordias conyugales, que no necesitan otra terapéutica que el cambio del sistema de bienes conyugal.

Así no habría necesidad de invocar, nada menos, que el divorcio vincular como remedio a la crisis de la familia y su rara consecuencia, propugnada por quienes, al parecer, se precian de católicos, de negarlo en el matrimonio canónico y permitirlo en el civil por Derecho natural, tan indisoluble como el primero (42).

(41) Obra citada, *La crisis del matrimonio*, pág. 600.

(42) Ciertos genios progresistas ven en los casos de las sentencias canónicas de nulidad, dispensa *super rato* y del privilegio paulino un reconocimiento a la disolubilidad del vínculo.

Y ello supone una gran miopía o una evidente mala fe. Pues en los supuestos de nulidad la sentencia es meramente declarativa (no constitutiva como sería en el divorcio); en los casos de matrimonio rato, conforme a precedentes históricos, se trata de un matrimonio a medias, a más de emplearse la fórmula de "dispensa", que no supone derecho de acción o pretensión preexistente. Y en los

Recapitulando cuanto llevamos dicho, se deduce:

1.º Que en la legalidad vigente de nuestro Derecho común hay casos insolubles especialmente relacionados con las normas actuales sobre el régimen de bienes del matrimonio.

2.º Estos problemas se deben al arcaísmo de nuestras leyes civiles sobre el régimen legal de gananciales y, sobre todo, por razón del principio de inmutabilidad del régimen inicial del matrimonio. La reforma de la regulación legal sobre el llamado contrato de bienes con ocasión del matrimonio es urgente.

3.º La comunidad ganancial es hoy motivo de muchas discordias y en bastantes casos constituye un castigo con frecuencia mayor para el cónyuge inocente que para el culpable.

4.º Las soluciones que propugnamos no contradicen la doctrina canónica por ser meros efectos civiles del matrimonio, por el mismo *Codex juris*, remitidos a la competencia civil.

5.º Como primera medida legislativa se propone la supresión del principio de inmutabilidad de las capitulaciones o regímenes legales a que se acogiera determinado matrimonio. Ya por convenio entre las partes, cuya conveniencia esté previamente comprobada en expediente judicial o acta notarial de notoriedad seguidos de escritura pública; ya por sentencia en juicio seguido a petición de cualquier cónyuge, fundada ésta en alguna causa legal.

Y el establecimiento de un Registro técnico de capitulaciones matrimoniales en las capitales de provincia a cargo de Registradores de la Propiedad, sin perjuicio de la existencia de un Registro central puramente informativo, llevado por tarjetas y referido a los otorgamientos de capitulaciones o actos que afecten al régimen matrimonial de cada esposo, en la Dirección General de los Registros y del Notariado; de modo análogo, en definitiva, al actual Registro General de Sociedades.

6.º A más largo plazo reformar totalmente el régimen de bienes del matrimonio en el Código para sustituirlo por soluciones más técnicas y modernas, con principios generales y regulación de los regímenes que se consideren admisibles.

El legal podría seguir siendo el de gananciales, con reconocimiento de los bienes reservados a la mujer, en análogo sentido al de alguna de las legislaciones europeas más recientes.

del privilegio paulino (fundado en la necesidad de conservar la fe del neófito contra las asechanzas de su consorte infiel) allá los teólogos, pues la cuestión es de teología pura.

En dos palabras, la reforma es urgente y necesaria. Como estamos no se puede seguir.

Y, al menos, la admisión de las capitulaciones matrimoniales post-nupcias, otorgadas las veces que se quieran, debe anteponerse a cualquier otra reforma que en el Código vaya a hacerse.

JOSÉ ESTEPA MOYANO
Notario de Málaga

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENTO FERNÁNDEZ CABAIREO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. NO ES INSCRIBIBLE LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN INCLUIDA EN UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO ESPECIAL AHORRO VIVIENDA CONCEDIDO POR UNA CAJA DE AHORROS, POR EL INDUDABLE CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS DE ESTOS PRÉSTAMOS, EN LAS QUE APARECEN PARTICULARIDADES COMO EL REQUISITO PREVIO DE LA CONSTITUCIÓN POR EL PETICIONARIO DE UNA CUENTA SIN POSIBILIDAD DE REINTEGRO PARCIAL HASTA QUE ALCANCE EL LÍMITE DE TIEMPO Y CAPITAL CONVENIDO Y LA PROHIBICIÓN DE QUE AL PRESTATARIO SE LE RECARGUE CON GASTOS ADICIONALES, ASÍ COMO POR LA PROPIA ESENCIA Y FIN DE LAS CAJAS DE AHORRO.

SÍ ES INSCRIBIBLE EL PACTO DE ADMISIÓN POR EL PRESTATARIO DE LOS NUEVOS TIPOS DE INTERÉS QUE DISPOSICIONES MINISTERIALES FIJEN PARA ESTA CLASE DE PRÉSTAMOS DESDE QUE ENTREN EN VIGOR, PACTO QUE PRODUCIRÁ TODOS SUS EFECTOS ENTRE LAS PARTES Y CUYA INSCRIPCIÓN NO INDICA QUE PUEDA SOBREPASARSE EL MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA SEÑALADA EN LA ES-

CRITURA, POR EXIGIRLO ASÍ EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y LA NECESIDAD DEL TERCERO DE CONOCER EXACTAMENTE ESTA CIRCUNSTANCIA.

Resolución de 12 de septiembre de 1972 (B. O. del E. de 27 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—El 7 de noviembre de 1970, la Caja Provincial de Ahorros de Cuenca concedió a don Alfredo Muñoz Lorca un préstamo hipotecario de 145.000 pesetas, que se ingresaría en una cuenta especial de «Ahorro-Vivienda». La escritura, autorizada por el Notario de Cuenca don Antonio Pérez Sanz, contiene, entre otras, las siguientes cláusulas: *Cuarta*, en la que se estipula que el préstamo devengará un interés de 7 enteros y 50 centésimas por 100. Si el interés fuese modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición. *Sexta*, en la que se constituye la hipoteca «en garantía de 145.000 pesetas de principal, de 32.625 pesetas de intereses de tres años, de 36.250 pesetas a efectos de estabilización y de 36.250 pesetas para costas y gastos en su caso, que hacen un total de 250.125 pesetas». Se estipula expresamente la cláusula de estabilización hasta la cifra señalada, prevenida en el párrafo B, regla 2.ª, apartado 3.ª, del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, índice general ponderado del costo de vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística, considerándose vigente el de 111,3, correspondiendo la base de 100 al año 1968. Y *octava*, en cuyo apartado d) se designó como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de enajenación en nombre del deudor a la propia Caja, que podría utilizar para hacer efectivos sus derechos el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Ciudad Real, donde está situada la finca urbana hipotecada, fue calificada con la siguiente nota: Practicada la inscripción de hipoteca al folio 230 del tomo 1.113 del archivo, libro 365 del Ayuntamiento de Ciudad Real, finca número 18.520, inscripción tercera, con las siguientes particularidades: 1.ª Se ha inscrito dicha hipoteca en cuanto garantiza el principal y 30.450 pesetas de intereses en tres años, al 7 por 100 anual, denegándose la inscripción del 0,50 por 100 que los intereses pactados exceden sobre el que permiten las disposiciones legales sobre Préstamos Ahorro-Vivienda, así como la garantía real de la cláusula de estabilización, por infringir las mismas disposiciones, denegándose igualmente la inscripción de los siguientes particulares de la escritura: «Si el interés fuera modificado por disposición ministerial se aplicará el nuevo tipo desde el día en que entre en vigor la disposición»; se deniega por ir contra el principio de especialidad. «Se designa como mandatario para que en su caso se otorgue la escritura de adjudicación en nombre del deudor a la propia Caja»; se deniega por no permitir la Ley Hipotecaria y su Reglamento esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la cláusula octava de la escritura. 2.ª No se ha hecho constar en la inscripción el juego de las dos cuentas especiales, por no ajustarse al regulado en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y no tener dichas cuentas, tal como se estipulan, trascendencia en la hipoteca.

El Procurador don Francisco Ponce Piqueras, en representación de la Caja de Ahorros de Cuenca, interpuso recurso gubernativo contra esa calificación alegando: Que el interés vigente el día del otorgamiento para

préstamos del tipo estipulado era el 7,50 por 100, como acredita con certificación del Instituto de Crédito de las Cajas de Ahorro; que el Registrador no puede modificar la pretensión del presentante sin contar con su consentimiento (art. 434, párrafo 3.º, del Reglamento, y resolución de 3 de marzo de 1953); que la cláusula de estabilización pactada no está prohibida por la Ley, no es contraria a la moral y hay que reputarla inscribible, al amparo del artículo 219 del Reglamento; que la finalidad de estas cláusulas es hacer frente a la posible pérdida de valor del dinero y son morales, justas y lícitas, como reconocen la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, la de Arrendamientos Rústicos de 23 de junio de 1942, la de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, numerosas sentencias del Tribunal Supremo, resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952 y el Decreto reformando el citado artículo del Reglamento Hipotecario; que el Decreto de 3 de octubre de 1966, que creó las cuentas de Ahorro-Vivienda, no contiene ninguna prohibición expresa de dichas cláusulas ni tampoco la Orden de 17 de octubre del mismo año, disposición de tipo administrativo que le desarrolla y que únicamente establece en su artículo 4, d), que los préstamos devengarán un interés total de 5,5 por 100 anual sin que puedan recargarse con gastos adicionales, excepto los de constitución y cancelación de la garantía y los del seguro de amortización; que el pacto de intereses de la cláusula cuarta es lícito, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, está motivado por las numerosas variaciones introducidas por el Gobierno en materia de intereses aplicables a las operaciones activas y pasivas de la Banca y Cajas de Ahorro (Ordenes de 17 de octubre de 1966, 25 de noviembre de 1967, 21 de julio de 1969, 23 de marzo de 1970, 22 de enero de 1971 y 3 de abril de 1971) y se acomoda a las normas hipotecarias (art. 12 de la Ley y 219 de su Reglamento); que para comprender el alcance de la designación de la Caja como mandatario para otorgar en su caso la escritura de adjudicación si procediere, en ejecución de su derecho, hay que tener en cuenta que en la cláusula se dice que la Caja podrá utilizar para hacer efectivos sus derechos el procedimiento ejecutivo ordinario o el judicial sumario, a cuyos efectos se designa como mandatario del deudor a la Caja, y ni la Ley Hipotecaria, ni su Reglamento, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíben tal designación, terminando por hacer constar que la Caja de Ahorros tiene adoptado desde hace tiempo su modelo sin encontrar dificultades en los Registros, incluso el de Ciudad Real.

El informe del Registrador puede sintetizarse así: Deja sin efecto el primer defecto referente al tipo de interés reconociendo su error. Que la escritura contradice la regulación legal del préstamo Ahorro-Vivienda (artículo 14, c), del Decreto Ley de 3 de octubre de 1966 y Orden Ministerial de 17 del mismo mes y año), que no deja resquicio a la autonomía de las partes, sobre todo si se tiene en cuenta la naturaleza, estructura y fin social del contrato de préstamo Ahorro-Vivienda, el carácter de contrato de adhesión que tiene en la práctica y la deseable subsistencia del mecanismo económico-jurídico establecido en dichas disposiciones. Que de la condición d) del apartado 4.º de la Orden citada resulta claramente el criterio excluyente de condiciones más onerosas para el prestatario, entre ellas la cláusula de estabilización, y del apartado 6.º de la misma en relación con la regla *inclusio unius, exclusio alterius* resulta claramente la inadmisión de esta cláusula en tales contratos, en los que es inmoral por la diferencia que supone recibir dinero prestado sin dicha cláusula y darlo con ella en préstamos sociales a pequeños ahorradores. Que el artículo 219 del Reglamento no es aplicable a estos supuestos de préstamos especiales, sino a los ordinarios regidos por los principios jurídicos normales. En cuanto al tercer extremo de la nota (modificación del interés por disposición ministerial), la calificación no quiere decir que la cláusula denegada esté mal redactada, pues puede ser válida

y eficaz entre las partes con efectos obligacionales sin posible inscripción. Que la razón de la denegación de la cláusula que designa como mandatario del deudor a la propia Caja está en que la Ley y el Reglamento no permiten esta sustitución en los procedimientos judiciales pactados en la escritura; el recurrente olvida que los procedimientos judiciales son de Derecho público y no pueden ser modificados por pactos particulares; la admisión en el procedimiento extrajudicial (art. 234 del Reglamento) supone que no existe en otros más generales, como los que se pactaban en la escritura. Y termina alegando que no obligan calificaciones ajenas o precedentes.

El Notario autorizante informó: En cuanto a la cláusula de estabilización, que aunque la regulación de los préstamos Ahorro-Vivienda es de carácter imperativo y supone una limitación a la autonomía de la voluntad, hay que tener en cuenta que la intervención estatal en materia contractual admite diversas graduaciones y en dicha regulación se deja libertad a los interesados en todo aquello no previsto expresamente, como reconoce el Registrador, al no poner reparo a diversos pactos de la escritura que no están previstos en la regulación legal, que se ha limitado a imponer coactivamente algunos de los elementos del contenido de este tipo de préstamos, quedando en los demás libres las partes, sin más limitaciones que las del artículo 1.255 del Código. Que la Orden citada no excluye la cláusula en su apartado 4.º, al no ser la estabilización un gasto adicional, ni tampoco en su apartado 6.º, referente a la revisión de precios, que más bien la justifica. Que dicha cláusula en el contrato de préstamo Ahorro-Vivienda no afecta a la finalidad perseguida por el legislador, ya que su objeto no es recargar o aumentar el capital a restituir, lo que, evidentemente, constituiría una manifestación de usura, sino que restablece el equilibrio de las prestaciones, roto por la depreciación monetaria y la inflación; ni es inmoral, sobre todo si se piensa, entre otras cosas, en la posible disponibilidad inmediata de las correspondientes cuentas, que de prosperar el criterio del Registrador quedaría inutilizado el artículo 239, 2.º, del Reglamento. Que el pacto referente a la aplicación de nuevo tipo de interés, si fuese modificado por disposición legal, es perfectamente inscribible, de conformidad con lo previsto en los artículos 1.255 del Código Civil y 51 del de Comercio, sin que afecte a los principios de publicidad y especialidad, ya que aparte de la publicidad que siempre supone la Ley, al figurar la cláusula en el Registro, éste anunciaría dicha eventualidad. En cuanto a la designación de la Caja como mandatario del deudor, aceptando que los procedimientos judiciales son de Derecho público y no pueden ser alterados por pactos particulares, es lo cierto que dicha estipulación no supone ninguna alteración del procedimiento, sino la concesión de poder para el posterior otorgamiento de una escritura de adjudicación, y que su permisión en el procedimiento extrajudicial no excluye que se admita también en el judicial, pues si la necesidad de una persona que otorgue la escritura es más evidente en aquél al desarrollarse las actuaciones ante Notario, mientras en el segundo sería el Juez quien la otorgaría en ausencia o rebeldía del obligado, esta representación legal del Juez no debe ser obstáculo a una posible representación voluntaria.

El presidente de la Audiencia, teniendo en cuenta la rectificación del Registrador en su informe (en cuanto al defecto sobre el interés del 7,5 por 100), confirmó la nota calificadora salvo en lo que se refiere al defecto señalado en la cláusula 8.ª, d), de la escritura (designación como mandataria, para caso de ejecución, a la propia Caja), para el que tuvo en cuenta los argumentos del recurrente y Notario.

El Procurador de la Caja de Ahorros de Cuenca se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentos, en cuanto a los defectos deja-

dos subsistentes, solicitando, en consecuencia, que se declarasen válidos e inscribibles los pactos relativos a la cláusula de estabilización y a la modificación de interés por disposición legal, y la Dirección General (1) acuerda, con revocación parcial del auto apelado, confirmar la segunda parte del primero de los defectos de la nota del Registrador y revocarla en cuanto a la primera parte del segundo de los mencionados defectos, únicos extremos sobre los que ha versado la apelación, y en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Al haber dejado sin efecto el Registrador uno de los defectos de la nota de calificación y no haber apelado del Auto presidencial de otro de ellos, la primera de las cuestiones que ha de examinarse hace referencia a si está permitida la cláusula de estabilización pactada en una escritura de préstamo hipotecario de los llamados Ahorro-Vivienda por la legislación en vigor, y si en su consecuencia puede tener acceso a los libros registrales.

No sin vacilaciones y tras haber sido muy discutido en la doctrina patria, se fue abriendo camino la tesis favorable a la admisión de las cláusulas de estabilización, y así fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendió que dentro de ciertos límites no eran opuestas a la moral ni envolvían una operación usuraria, ya que únicamente se encaminaban a restablecer el perdido equilibrio de las prestaciones dinerarias y que podían tener su fundamento legal en el artículo 1.255 del Código Civil, que establece el principio de libertad contractual, criterio que ha compartido el legislador al autorizar en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario la inscripción de las escrituras de préstamo hipotecario con cláusulas de estabilización que reúnan las condiciones que en el mismo artículo establece.

Frente a esta tesis general, que es aceptada por las dos partes del recurso, surge la discrepancia en cuanto a si la regulación de los préstamos Ahorro-Vivienda, contenida principalmente en la Orden de 17 de octubre de 1966, permite un pacto de esta índole dada la finalidad social perseguida y el carácter imperativo que para el funcionario calificador tiene la mencionada disposición legal, que no autorizará otros pactos que los que expresamente aparecen regulados.

Es indudable el carácter imperativo de la disposición que regula el préstamo Ahorro-Vivienda, en cuanto que para su concesión se han de cumplir los requisitos exigidos por la citada Orden ministerial, entre los que hay que destacar:

a) La obligatoriedad de constituir previamente por el peticionario la cuenta de Ahorro-Vivienda, sin posibilidad de reintegro parcial hasta que alcance el límite de tiempo y capital convenido en su apertura, artículo 1, 3.º, y sólo entonces puede solicitar el préstamo, artículo 1, 4.º, limitación importante justificada en función de las contraprestaciones que recibe.

b) La preocupación de que al prestatario no se le recargue con gastos adicionales, artículo 1, 4.º, d), y a todo ello hay que añadir que la propia exposición de motivos del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, que las crea, indica como finalidad la de «canalizar las rentas privadas, creando nuevos atractivos al ahorro» y facilitando «a los pequeños ahorradores el acceso a la propia vivienda y al mercado de capitales» y, por último, la propia esencia de las Cajas de Ahorro, puesta ya de relieve desde el De-

(1) Vistos: Los artículos 1.255 del Código Civil, 12 y 114 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario. El Decreto de 3 de octubre de 1966. La Orden de 17 de octubre de 1966. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1957, 31 de octubre de 1960 y 30 de octubre de 1964. Resoluciones de la Dirección de 5 de abril de 1907, 3 y 4 de marzo de 1952.

creto Ley de 1929, artículo 1, y su posterior regulación, Ley de 22 de diciembre de 1955 y Decreto de 26 de abril de 1957, al ordenarse como régimen de las mismas, entre otros, «de fomentar e impulsar sus obras económicas y sociales, especialmente la colaboración a la obra social del Estado, Provincia y Municipio», todo lo cual revela, sin lugar a dudas, que estos préstamos especiales no cabe que se pacten con una cláusula de estabilización que sería incompatible con las finalidades expuestas y entrarían dentro de la prohibición que señala el artículo 1.255 del Código Civil.

Respecto de la segunda y última de las cuestiones a tratar, y aceptada por el prestatario, la posibilidad de que si se modifican los intereses de esta clase de préstamos por disposición ministerial serán estos nuevos los que se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor, pues las disposiciones mencionadas no han impuesto la norma con carácter retroactivo a los préstamos ya formalizados, sino, por el contrario, con respeto del interés pactado, no cabe duda que producirá todos sus efectos entre las partes y que podrá ser inscrito sin que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia, que tanto puede afectarle.

COMENTARIO.—La nota del Registrador de Ciudad Real, después de reseñar dónde ha practicado la inscripción de hipoteca, expone haberlo hecho con una serie de particularidades que aunque ordena y numera como dos, en realidad son las cinco siguientes: 1.ª) denegar la inscripción en cuanto a un 0,50 por 100 de intereses en que los pactados exceden de los vigentes; 2.ª) denegar la garantía real de la cláusula de estabilización por infringir las disposiciones vigentes sobre préstamos Ahorro-Vivienda; 3.ª) denegar la cláusula de interés variable por ir contra el principio de especialidad; 4.ª) denegar la cláusula en la que se designa a la Caja como mandataria para otorgar la escritura de adjudicación en el procedimiento de ejecución por no permitir la legislación hipotecaria esta sustitución en el ejecutivo ordinario ni en el judicial sumario, únicos previstos en la escritura, y 5.ª) no haberse hecho constar el juego de las dos cuentas especiales por no tener trascendencia en la hipoteca ni ajustarse al artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

La particularidad primera parece que obedeció a un error del Registrador en la busca del último interés, que las abundantes y sucesivas Ordenes Ministeriales sobre la materia venían fijando a los préstamos Ahorro-Vivienda de las Cajas de Ahorro. Rectifica su calificación en el informe y la cuestión desaparece del recurso. Pero retengamos el dato de la errónea busca cuando hayamos de decidir si la cláusula de interés variable referido a disposiciones ministeriales perturba o no el principio de especialidad.

La particularidad última tampoco se vuelve a mencionar en el recurso, pues la Caja debió entender que, en efecto, el juego de las dos cuentas especiales carecía de toda trascendencia registral.

Respecto a la cláusula de designar mandatario irrevocable al acreedor para el otorgamiento de la escritura, al no apelar el Registrador del Auto presidencial, que en este punto dio la razón al recurrente, la Dirección hubo de inhibirse, por motivos de congruencia con la apelación, y así nos quedamos sin saber si el Registrador nos ha privado de doctrina jurisprudencial sobre el problema por pereza o porque el Auto presidencial contuviese argumentos definitivos en favor de la eficacia y utilidad procesal de la cláusula cuando, a mi modesto entender, y a la vista de los manejados por las partes, según los resultandos tercero, cuarto y quinto,

el Registrador llevaba una ligera ventaja argumentativa. El problema, estrictamente procesal, es demasiado complicado e interesante para tratarle aquí incidentalmente y a contrapelo del comentario de la resolución (2).

Nos quedan, pues, únicamente las dos restantes cuestiones, que son las que la Dirección ha resuelto así: a) no es inscribible la cláusula de estabilización en los préstamos hipotecarios Ahorro-Vivienda concedidos por las Cajas de Ahorro; b) es inscribible la cláusula de interés variable inserta en los mismos, pero sin que ello implique que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada con perjuicio de tercero.

A) *La cláusula de estabilización.*—No procede entrar aquí en las discusiones entre nominalistas y valoristas referidas al Derecho positivo español ni a un ámbito más amplio del problema de la deuda de dinero. Tampoco en la diversa estimativa de unos y otros sobre las cláusulas oro, valor oro, valor trigo, índice de escala móvil y, en general, de las cláusulas de estabilización. Es casi seguro que las discusiones no han terminado ni es posible que terminen con el triunfo definitivo de una de las dos tendencias, pues como en todo problema en el que se enfrentan principios fundamentales, la solución tiene que caminar siempre por la vía de la conciliación.

ROCA SASTRE es uno de los defensores más entusiastas de las cláusulas de estabilización en España (3). HERNÁNDEZ GIL, en cambio, se mantiene en una posición mucho más cauta al preguntarse cómo influyen las cláusulas estabilizadoras en la situación económica general; cree que con ellas cada relación contractual, en particular, se resarce de las consecuencias de la inflación, pero actúa como punto de incursión del proceso inflacionista, y aunque afirma que, al menos en España, no se han utilizado en la medida necesaria para brindar una experiencia, se pregunta si cabe pensar sin temores en la situación a que se llegaría con todo un sistema obligacional plegado al milímetro sobre la movilidad de las fluctuaciones económicas (4). Y así como ROCA SASTRE estima tarado de timidez el artículo 219 del Reglamento, HERNÁNDEZ GIL elogia esta timidez e incluso estima que una consideración crítica de la reforma debe alcanzar al hecho mismo de haberla introducido.

Las resoluciones citadas en el visto mantuvieron el criterio nominalista basándose, entre otros argumentos, en el nada despreciable de que las cláusulas de estabilización son miradas con prevención por las legislaciones extranjeras, por contrarias al nominalismo que inspira la mayoría de los Códigos, y se rechazan por la jurisprudencia de algunos países, por contrapuestas al principio que informa los sistemas monetarios. Por ello resulta inexplicable que el recurrente cite y alegue también estas resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952 en su escrito, cuando en ambas se decidió estar bien denegada la inscripción de unas hipotecas con cláusula de valor trigo (5). La otra resolución citada en el visto apenas guarda

(2) Por razones análogas tampoco entraremos en la cuestión de si alguna de las particularidades con que la escritura fue inscrita permitían por sus características la aplicación del artículo 434 del Reglamento.

(3) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1968, IV, 2.º, págs. 643 y ss., con abundante bibliografía sobre la cuestión.

(4) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 171 a 208 y 341 a 412. Aunque incluye abundantes datos de Derecho comparado, acaso no cargue las unitas en exceso sobre la enemiga en el extranjero a la cláusula de estabilización. Ejemplo, la Ordenanza francesa de 30 de diciembre de 1958 (Ley de finanzas para 1959), que ha endurecido la Jurisprudencia francesa contra las cláusulas de escala móvil, valor oro y valor moneda extranjera, admitiéndolas como lícitas solamente, al parecer, en contratos concluidos antes de dicha fecha.

(5) Ambas resoluciones, dadas en recursos contra la calificación del Registrador de Málaga a dos escrituras autorizadas por el Notario don ALFONSO DE MIGUEL, exponen los argumentos en pro y en contra de la cláusula de estabilización, estiman que en el caso de la sentencia del Tri-

relación con la cláusula de estabilización ni con ninguno de los problemas del recurso (6).

No viene al caso entrar en los antecedentes del artículo 219 reformado del Reglamento Hipotecario ni en averiguar si los autores de la reforma de 1959 fueron más influidos por la doctrina que por la realidad social o viceversa. Lo cierto es que la regulación de las cláusulas de estabilización en el Reglamento Hipotecario fue un intento de reducir los inconvenientes de tales cláusulas, cuyo triunfo se dio por inevitable. No hemos de enjuiciar aquí la reforma del Reglamento, pero sí queremos destacar cómo el Centro Directivo, aunque, naturalmente, se considera vinculado por él, no oculta su honda preocupación por las consecuencias últimas de la admisión de tales cláusulas. Prueba de ello es su criterio de no admitirla en los préstamos de Ahorro-Vivienda, con argumentación que descansa, de un lado, en la interpretación lógica literal de una disposición de tan mínimo rango como la Orden de 17 de octubre de 1966; pero, de otro, en la finalidad social perseguida por tales préstamos. Renacen los antiguos argumentos de que la cláusula se opone a la moral, en cuanto exorbitante y beneficiosa sólo para el acreedor, y se opone al orden público, en cuanto es incompatible con el interés general de la comunidad al debilitar el sistema monetario, y el Centro Directivo remozca sus anteriores argumentos con la idea del fin social de los préstamos Ahorro-Vivienda; con la de no recargar en forma alguna a los prestatarios, pequeños ahorradores, y con la de fomento de las obras sociales, fin básico de las Cajas de Ahorro. De aquí a rechazar la cláusula en general por contraria a la moral y al orden público no hay larga distancia.

No cabe decir que el Centro Directivo, saltando por encima del Reglamento Hipotecario, vuelve a su doctrina de 1952. Claramente dice la resolución que, en general, ha de estarse al Reglamento Hipotecario como aceptan las dos partes del recurso y que sólo se trata de decidir para el caso concreto de los préstamos Ahorro-Vivienda. Pero no debemos engañarnos: estos préstamos pueden concederse por otras Entidades distintas de las Cajas de Ahorro y existen otros muchos préstamos a medio y largo plazo en que concurren los mismos aspectos «sociales» que en el crédito para Ahorro-Vivienda. Si tiene grandes inconvenientes la cláusula de estabilización y no menores su rechazo absoluto, tampoco parece muy conveniente que su admisión o rechazo dependan de circunstancias personales mal precisadas de prestamista o prestatario. Acaso esta solución intermedia sea peor que cualquiera de las otras dos.

En la resolución que se comenta, la Dirección reconoce la tesis general favorable a la admisión de las cláusulas de estabilización, acepta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y se considera vinculada por el

bunal Supremo de 4 de enero de 1951 se trataba de un arrendamiento de opción de compra anterior a la implantación del curso forzoso del papel moneda y su doctrina no parece ampliable al préstamo, dado el criterio nominalista del artículo 312 del Código de Comercio, 1.895 del Code, 1.277 del Código italiano y 244 y 245 del alemán. Es verdad que acaso el argumento básico estuvo en la imprecisión e indeterminación de la cláusula y en su contradicción con la cláusula de responsabilidad hipotecaria, en la que no constaba ninguna referencia a las consecuencias de la cláusula de estabilización en el montante de la garantía, pero son prueba suficiente de la enemiga de la Dirección a las cláusulas de estabilización.

(6) En efecto, la Resolución de 5 abril de 1907 confirmó la negativa del Registrador de Figueras a inscribir una escritura autorizada por el Notario don SALVADOR DALÍ, en la que, entre otros defectos, se observó el de fijar a cada finca hipotecada la responsabilidad de 100 pesetas, "única y exclusivamente para lograr que la inscripción se verificase" porque los otorgantes quieren que los que en adelante sean propietarios vengan obligados a respetar y cumplir exacta y fielmente lo estipulado, sean cualesquiera los gastos y desembolsos que implique el cumplimiento de lo convenido, aun cuando fueren superiores a las 100 pesetas. Se trataba de una hipoteca en garantía de obligaciones no dinerarias y de carácter *propter rem* derivadas de una comunidad de aguas, mal perfilada en la que jugó en primer término el defecto de previa inscripción de las aguas. La escritura pretendía la regularización del aprovechamiento, determinando las fincas regadas, turnos, obligaciones de los regantes a obras de conservación, a perseguir judicialmente a ciertos colindantes que utilizaban las aguas sin derecho a ello, etc.

artículo 219 del Reglamento. Por si todo esto fuera poco, se encuentra con la aceptación de tal tesis general por las dos partes del recurso. Pero en cuanto entra (en el tercer considerando) en la cuestión principal del recurso, consistente en si esta tesis general es aplicable a los préstamos Ahorro-Vivienda concedidos por las Cajas de Ahorro, vemos renacer, aunque bien «camuflada», su doctrina de 1952. Analizando el conjunto de argumentaciones de los considerandos tercero y cuarto, encontramos los siguientes puntos de apoyo para rechazar la cláusula:

- El que en tales préstamos exista el requisito previo de tener constituida por el peticionario una cuenta especial sin posibilidad de reintegros hasta alcanzar el límite de tiempo y capital convenido. La Dirección no apura el argumento, pues, de un lado, se despreocupa de si la cláusula de estabilización juega también en esta cuenta (operación pasiva) o solamente en el préstamo (operación activa) y, de otro, desaprovecha la ocasión de considerar aplicable, bien por vía directa, aunque parcial, bien por vía analógica, el apartado último del artículo 219 del Reglamento, que excluye su aplicación a las hipotecas constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito. Creo que se debieron agotar las posibilidades de este argumento.
- La frase del apartado d) del artículo 4.º de la Orden de 17 de octubre de 1966, que prohíbe recargar el interés que fija con gastos adicionales (excepto los de constitución y cancelación de la garantía y los del seguro de amortización). Aun suponiendo que fuese error de imprenta el «sin que pueda recargarse» (el interés que se fija) y debiera leerse «sin que puedan recargarse» (los préstamos), hace falta bastante buena voluntad para deducir la implícita prohibición de la cláusula de estabilización. El argumento es, sin duda, endeble, especialmente si observamos que el número 2 del artículo 6.º de la misma Orden, al referirse a los contratos de compra aplazada de viviendas construidas por las mismas Cajas o sus constructoras benéficas, permite que en el documento se haga constar la previsión que, en su caso, se estime oportuna para atender posibles alteraciones de coste, especialmente en los contratos de larga duración. La benevolencia de la Orden con las cláusulas estabilizadoras está clara y, por tanto, el argumento, como digo, endeble.
- La finalidad social perseguida por los préstamos Ahorro-Vivienda, que tratan de facilitar a los pequeños ahorradores el acceso a la propia vivienda y al mercado de capitales. Estimo que éste es el argumento fundamental, aunque no sea sino el viejo argumento de que la cláusula favorece a la parte fuerte, el prestamista usurero, en perjuicio del agobiado prestatario, que tiene que resignarse ante la cláusula. Finalidad social que es la propia de las Cajas de Ahorro, según sus leyes reguladoras, cuando se refieren al fomento e impulso de obras sociales, colaborando a las obras sociales del Estado, Provincia y Municipio. La Dirección ha creído ver claro que en tales préstamos todos los argumentos contrarios a las cláusulas de estabilización adquieren una fortaleza decisiva.

De los tres argumentos expuestos considero decisivo el primero, suficientemente completado, para incluir las cuentas de Ahorro-Vivienda en su apartado último del artículo 219, en cuyo espíritu y casi en su letra caben perfectamente. El último argumento, aunque se le despoje de su ropaje *demodé*, sigue teniendo indudable fuerza vestido con los modernos atavíos del interés social. En cambio, creo condenado al fracaso todo argumento que trate de apoyarse en el texto de la Orden de 1966, porque, en definitiva, siempre nos encontraríamos con la dificultad de que una

Orden Ministerial altere o modifique un precepto que si formalmente tiene el rango de Decreto, sustancialmente posee aún mayor jerarquía (7). Creo que en todo el recurso se prescinde demasiado del distinto valor que la Orden manejada pueda tener en cuanto vinculante para las Cajas de Ahorro y en cuanto productora de ineficacias contractuales ante los Tribunales de Justicia.

B) *La cláusula de interés variable.*—La resolución, que rechaza, como hemos visto, la cláusula de estabilización en los préstamos Ahorro-Vivienda admite, en cambio, el pacto de interés móvil en los mismos y su inscripción, aunque nos deje en grandes dudas sobre los efectos de tal inscripción.

Es cierto que, a primera vista, nada tiene que ver la cláusula de estabilización por escala móvil (valor trigo, etc.) con la de interés variable (con referencia a un tipo de interés oficial). También es posible que las legislaciones y jurisprudencias extranjeras puedan ocasionalmente tener prevenciones y reservas respecto a aquéllas y no poner objeciones a ésta. Pero modestamente opino que se trata de dos problemas que contemplados desde una perspectiva económico-jurídica y de política monetaria ofrecen cierta unidad sustancial, que debe conducir a una unidad de planteamiento y solución. Mientras el valor de la moneda presente grandes oscilaciones, como es el caso de la presente gran inflación, y, en cambio, los tipos oficiales de interés tengan oscilaciones leves, como acontece por ahora en los países europeos, el pacto de interés variable no se estima peligroso por razones cuantitativas. Pero si pensamos en una acaso utópica estabilidad monetaria conseguida precisamente a través de una muy enérgica política monetaria de grandes alteraciones del tipo oficial de interés, se produciría, naturalmente, una inversión de los problemas y la cláusula de interés variable pasaría al primer plano, viéndose entonces que era el mismo problema planteado en términos de la obligación accesorio de intereses en vez de en términos de la deuda capital, cosa nada extraña, por otra parte, pues el valor de un capital, en definitiva, parece que debe estar íntimamente relacionado con la renta capaz de producir.

Pero la Dirección ha decidido que la cláusula de interés variable no sólo es válida, sino inscribible, a pesar de que el Reglamento Hipotecario, al admitir la estabilización por escala móvil en cuanto el capital, mantuvo el criterio nominalista en cuanto a los intereses. Es verdad que el segundo apartado del número 3.º del artículo 219 parece limitarse a excluir que el juego de la cláusula de estabilización en cuanto al capital repercuta en el cómputo de intereses, cosa distinta del pacto de interés variable; pero aparte de que no es muy seguro que dicho apartado no excluya toda estabilización en cuanto a los intereses, lo cierto es que prohibido lo menos (repercusión de la cláusula de estabilización del capital en el cómputo de intereses) debe entenderse prohibido lo más (cláusula de estabilización del interés). Puede decirse que el legislador de 1959 no pudo prohibir la cláusula de interés variable por no ser entonces usual, o que de haber querido prohibirla, lo hubiese hecho más claramente; pero frente a esto cabe argumentar que la *ratio legis* de la prohibición de repercutir en los intereses los efectos de la estabilización, que no parece ser otra que el complicado cómputo por los periodos intermedios de devengo, se da en forma similar en la cláusula de interés variable opuesta al principio de determinación.

Por otro lado, si el legislador hubiera querido admitir la cláusula de

(7) La Orden de 17 de octubre de 1966, aun prescindiendo de su rango en la jerarquía de las fuentes, tiene escasa sustancia jurídica: en ella ni siquiera queda claramente que la hipoteca deba constituirse sobre la misma vivienda adquirida, con lo que quedan también confusos el sentido y el carácter que se ha querido dar a la prohibición de enajenar que establecen los apartados f) y g) del artículo 4.º

interés móvil no hubiese dejado de establecer cautelas paralelas a las que estableció para la cláusula de estabilización, determinando el tipo que hubiera de servir de módulo y fijando un máximo de puntos de alteración respecto del tipo de interés pactado para dejar garantizado en lo posible el principio de especialidad o determinación hipotecaria. Luego veremos que la Dirección cree resolver este problema echando mano de la cantidad máxima pactada en garantía de intereses.

Todos los intervinientes en el recurso dedican poca atención al problema del interés variable, hasta el punto de despreocuparse de si la normativa general o particular referentes a los cambiantes tipos de interés de las entidades de crédito tiene algún precepto dedicado al grado de retroactividad que han de tener las alteraciones de tipo. La norma fundamental es la Orden de 29 de julio de 1969 (*B. O. del E.* del 22), que vino a revisar la estructura y nivel de los tipos de interés del sistema financiero, armonizando e integrando todos y ligándolos con un tipo básico: el de redescuento del Banco de España, de tal forma que la modificación de éste implique la modificación paralela y armónica de todo el sistema. El mismo día se dio otra Orden, relativa a los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de los Bancos privados y del Exterior, y otra relativa a los de las Cajas de Ahorro. Ni en estas Ordenes ni en otras posteriores, en las que se introducen variaciones de los tipos de interés alterando el tipo básico y fijando los diferenciales por remisión a Ordenes anteriores (Ordenes de 22 de enero, 3 de abril y 21 de octubre de 1971, por ejemplo), hemos encontrado precepto alguno sobre retroactividad (aplicación de los nuevos tipos a las operaciones ya concertadas). La citada Orden de 1969, que fijó el tipo básico, y la del mismo día, que modificó los tipos de las operaciones de los Bancos privados, dispusieron que los tipos fijados para las operaciones redescontables, en líneas especiales autorizadas por el Ministerio de Hacienda, serán aplicables únicamente a las operaciones autorizadas a partir de la publicación de la Orden. Cabe interpretar que *a sensu contrario* se puede aplicar el nuevo tipo a operaciones concertadas anteriormente en todos los restantes casos en que no se trate de estas líneas especiales, que necesitan autorización del Ministerio (exportación, venta de buques, etc.); pero parece interpretación más razonable de ese precepto la de sustituir la fecha del contrato por la de autorización para determinar el tipo que le corresponde, precisamente porque, en todo caso, los nuevos tipos no afectan a las operaciones ya concertadas.

Según parece, una comunicación del Banco de España (5 de abril de 1971) dispuso que para las operaciones activas en vigor los tipos de interés variarán a partir del primer vencimiento y elevada consulta por el Consejo Superior Bancario sobre el criterio respecto a las operaciones pasivas (cuentas a plazo); un acuerdo del Consejo Ejecutivo del Banco de España, que se reflejó en la circular XX (29 de abril de 1971) del Consejo Superior Bancario, dijo que las Ordenes citadas establecen de hecho unos límites a las condiciones que los Bancos pueden pactar con sus clientes en el momento de concertar sus operaciones, sin que de ellas se desprenda que la modificación de dichos límites entrañe la obligatoria revisión de los tipos establecidos en los contratos suscritos con anterioridad, por lo que los tipos de interés fijados, de acuerdo con las normas vigentes en el momento de concertar las operaciones, deben aplicarse durante el período de vigencia de las mismas y hasta el vencimiento pactado, salvo que en los contratos que las regulen se hubiere previsto las modificaciones de tales tipos en caso de variación de los máximos legales.

Ignoramos si las Cajas de Ahorro han elaborado con más meticulosidad jurídica, antes o después, el problema de retroactividad de las alteraciones de tipos de interés y su previsión por medio de cláusulas de interés variable. Resulta poco explicable que esta materia esté totalmente

la incertidumbre de las alteraciones de tipo de interés, que con la simplista doctrina del considerando se interfieren de forma peligrosa. Por otra parte, queda en el aire qué ocurre si se pacta la variación de intereses sin fijar cantidad global ninguna (mera remisión al art. 114 de la Ley).

C) En resumen, después de esta resolución, la doctrina española está obligada a plantearse de nuevo el problema de las cláusulas de estabilización. Y el nuevo planteamiento debe tener un enfoque más económico y de Derecho comparado que el tradicional. Los argumentos tradicionales extraídos de la legislación antiusura (protección a la parte contractual débil) van perdiendo vigor y aparecen otros relacionados con la política monetaria de control de los ciclos económicos. La fuerte incidencia internacional del problema obliga a contemplar atentamente las orientaciones extranjeras, porque la solución que, en definitiva, triunfe en ellas ha de ser tenida en cuenta por exigencia de la irreversible internacionalización de los mercados. La doctrina española sobre tales cláusulas, especialmente si pretende llegar a conclusiones distintas que otras, debe presentar argumentaciones internacionalmente convincentes.

Lo mismo ocurre con la cláusula de interés variable estabilizador. Su incidencia en la política monetaria debe ser cuidadosamente analizada para determinar si produce, al generalizarse, efecto multiplicador o de «colchón» en la política monetaria de alteración de los tipos de interés, y caso de estimarse conveniente debe regularse en forma que perturbe lo menos posible el principio hipotecario de especialidad y el tráfico inmobiliario (10).

Innecesario decir que entre tanto los Registradores deben atenerse a la doctrina de la Dirección para negar la inscripción de las cláusulas de estabilización no sólo en los préstamos de Ahorro-Vivienda de las Cajas de Ahorro, sino en todas las hipotecas en que se den circunstancias análogas. Y los Notarios deben poner el máximo cuidado y atención a las cláusulas de interés variable, poniendo reparos a aquellos formularios en donde la fijación de la responsabilidad real por intereses no quede determinada claramente y sin mengua del principio de especialidad.

T. C. G.

(10) Es casi seguro que el Centro comunitario de decisión en política económica que exigirá la Unión Económica y Monetaria del Mercado Común, siga ésta o no las etapas del Plan Werner y se parezca más o menos tal Unión al sistema USA de Reserva Federal, habrá de estar facultado para tomar, en función de las exigencias de la situación económica, decisiones de política monetaria interna en lo que concierne a la liquidez, las tasas de interés y el otorgamiento de préstamos a los sectores públicos y privados. Será difícil, pues, que resulten discordantes las jurisprudencias nacionales en materia de cláusulas de estabilización y de interés variable y poco conveniente, por lo menos, que nuestra doctrina no se elabore con serio conocimiento de las soluciones propuestas por las jurisprudencias de los países del Mercado Común.

2. ES POSIBLE CANCELAR UNA INSCRIPCIÓN EN VIRTUD DE MANDAMIENTO DADO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN LA QUE SE DECLARÓ INEXISTENTE Y SIN EFICACIA ALGUNA EL CONTRATO Y LA ESCRITURA QUE CAUSARON AQUELLA INSCRIPCIÓN, SIN CANCELAR A LA VEZ LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE LA CORRESPONDIENTE DEMANDA, EN LA QUE EXISTÍAN OTROS PEDIMENTOS; PORQUE A PESAR DE LOS TÉRMINOS LITERALES DEL ARTÍCULO 198, 3.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, ES POSIBLE QUE EL FALLO CONTenga PRONUNCIAMIENTOS CUYA EJECUCIÓN NO SEA SIMULTÁNEA Y, POR TANTO, LA ANOTACIÓN PARA CUMPLIR SU FUNCIÓN CAUTELAR DEBE SUBSISTIR HASTA LA TOTAL EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

Resolución de 25 de septiembre de 1972 (B. O. del E. de 13 de octubre).

Antecedentes de hecho.—En autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Madrid, en virtud de demanda de don Federico Martín Martín contra don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García y don Manuel José Delgado Valle, con fecha 25 de agosto de 1970 se dictó sentencia, en la que se declaraba: 1.º, que los demandados, don Dámaso y don Inocencio Ruipérez García, perfeccionaron con el demandante, don Federico Martín Martín, el día 10 de febrero de 1969, un contrato de compraventa, por el cual los primeros cedieron al último determinadas fincas de su pertenencia sitas en Torrecilla de la Orden y Alaejos, descritas en el primer resultando, por el precio de 2.400.000 pesetas; 2.º, que los predios objeto de litigio les habían sido adjudicados a los vendedores en operaciones particionales de su madre, doña Irene García Rodríguez; 3.º, que los contratantes, don Dámaso y don Inocencio Ruipérez, están obligados a cumplir lo convenido en el expresado contrato, consistente en la entrega inmediata al comprador, don Federico Martín, de las fincas vendidas de que son propietarios en pleno dominio, en el momento en que se lo exigió el demandante comprador, lo que tuvo lugar el 25 de febrero de 1969, y tan pronto como se extinga el usufructo a que tiene derecho doña María García Rodríguez, lo vendido en tales condiciones; 4.º, que los demandados tienen incumplidas sus obligaciones de entregar todo lo vendido a don Federico Martín; 5.º, que son inexistentes y sin eficacia alguna los contratos de compraventa celebrados por los señores Ruipérez, como vendedores, y don Manuel José Delgado Valle, como comprador, consignados en escrituras públicas del 29 de abril y 5 de mayo de 1969, autorizadas, respectivamente, por los Notarios don Manuel Corazón Medina, de Tarancón, y don Julián Manteca Alonso, de Salamanca, señaladas con los números

dencia numerosas dudas acerca de si cabía aplicar la conversión a la anotación de demanda, olvidando que si la conversión exige un derecho anotado y en las anotaciones de demanda lo que se anota es un hecho, resulta evidente que tal conversión es imposible; que si el fundamento de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio, cae de su peso que terminado éste y ejecutada la sentencia, la anotación de la demanda que dio lugar al mismo no tiene razón de ser, como confirman las resoluciones de 4 de julio de 1919, 29 de octubre de 1946 y 6 de julio de 1962; que, en el aspecto registral, la anotación de demanda actúa como instrumento de publicidad para evitar que pueda aparecer un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero terminado el litigio la anotación no tiene objeto y sólo produciría una perturbación en el funcionamiento del Registro; que lo que accede a los libros registrales por la anotación indicada es la demanda y no el derecho demandado; que el artículo 198 del Reglamento Hipotecario mencionado en la calificación constituye un obstáculo insuperable para el cumplimiento de lo ordenado en el mandamiento calificado, como puede comprobarse con un atento análisis del mismo; que a lo expuesto hay que agregar los obstáculos que nacen del registro para la práctica de los asientos pretendidos, pues si ha recaído sentencia firme que ordena la cancelación de unos asientos, el mantenimiento de las anotaciones de la demanda correspondiente implicaría una incongruencia registral al quedarse sin contenido; que aun accediendo a lo pretendido, el mantenimiento de tales anotaciones no supondría beneficio alguno para el anotante, y al aparecer como titulares los hermanos Ruipérez, hasta podría dar lugar a que surgiese la figura del tercero en perjuicio del propio demandante; que el mantenimiento de las expresadas anotaciones iría en contra de las disposiciones de la Ley Hipotecaria sobre cancelación y liberación del Registro de asientos caducados ineficaces o vacíos de contenido, bastando para comprobar dicha afirmación la lectura de sus disposiciones transitorias; que la plena garantía a favor del señor Martín nace de la inscripción incondicionada en el Registro, y, en todo caso, si tuviese alguna dificultad en la transferencia del dominio por los obligados, el procedimiento adecuado sería la anotación preventiva de embargo del número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria; que si bien, tanto el otorgamiento a su favor de la escritura de venta, como la anotación preventiva de embargo citada, son medios de los que el recurrente puede beneficiarse, esta voluntariedad no puede permitirle pretender la vigencia de unos asientos que según la Ley y el Reglamento Hipotecarios deben cancelarse, y que en cuanto a la imposición de costas, el artículo 130 del Reglamento Hipotecario establece que sólo se impondrán al Registrador cuando haya procedido con negligencia e ignorancia inexcusables, razón por la cual debe satisfacerlas el recurrente.

El Magistrado Juez que intervino en el procedimiento informó en el sentido de que hasta que el demandante presente en el Registro (previa liquidación del Impuesto correspondiente) la oportuna escritura a su favor, «debe subsistir la anotación preventiva de la demanda para seguridad del actor». El presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y éste se alzó de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos con desarrollo o aclaración de algunos puntos de su informe.

La Dirección General resuelve la apelación del Registrador acordando confirmar el auto apelado (1) en base a la siguiente doctrina:

(1) VISTOS Los artículos 18, 42, 79 y 82 de la Ley Hipotecaria. Los artículos 99, 193, 199 y 207 del Reglamento Hipotecario. Y las Resoluciones de la Dirección de 18 de mayo de 1952 y 6 de julio de 1962.

Doctrina de la Dirección.—Al ordenarse en el mandamiento calificado, expedido en trámites de ejecución de sentencia, la cancelación de las inscripciones practicadas como consecuencia de los contratos de compraventa que la sentencia, estimatoria de la demanda anotada, declara inexistentes y sin eficacia, y disponer en el mismo mandamiento que dicha cancelación no comprende la de la anotación preventiva de la demanda origen del procedimiento, que ha de continuar produciendo los efectos que le correspondan, el problema planteado en este expediente consiste en determinar si es posible cumplir en tal forma lo que ordena el mandamiento o si, por el contrario, como mantiene el funcionario calificador, no se pueden realizar tales cancelaciones sin cancelar también la anotación preventiva de la demanda.

La finalidad cautelar de la anotación preventiva de demanda es asegurar las resultas de un juicio a fin de que sea posible la ejecución de la sentencia en el recaída y favorable a quien instó la práctica de la anotación, y de ello se deduce que, independientemente de las causas de extinción legalmente establecidas, dicha anotación debe subsistir como regla general hasta la total ejecución del fallo, sin que baste para su cancelación la sola circunstancia de haberse dictado sentencia firme en el litigio cuya existencia publica la anotación, ya que durante el período de ejecución de la sentencia no sólo hay que considerar que el pleito aún está en tramitación, sino que incluso es entonces cuando la anotación debe desplegar sus peculiares efectos.

Si se atiende exclusivamente a los términos literales en que está redactado el párrafo tercero del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, puede parecer, en efecto, que la anotación preventiva de demanda sólo se puede cancelar en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, pero tal interpretación literal se desvanece al apreciar que en muchos casos puede ocurrir que el fallo contenga pronunciamientos cuya ejecución no sea simultánea, y en dichos supuestos es evidente que dicha ejecución podrá llegar al Registro a través de títulos distintos, aunque derivados todos, como es lógico, de la propia ejecutoria, y en momentos también distintos, y no sería acorde con la finalidad de la anotación practicar su cancelación en el momento de acceso del primero.

En el presente caso, la cancelación de las inscripciones extendidas a nombre de uno de los demandados constituye solamente la ejecución de parte del fallo, por lo que la anotación preventiva de demanda, para que pueda cumplir la función cautelar que le corresponde, debe subsistir con toda su eficacia hasta la total ejecución, que será el momento en que por haber cumplido su finalidad y estar practicados todos los asientos procedentes en virtud de la ejecutoria, resultará de aplicación el párrafo tercero del artículo 198 del Reglamento Hipotecario.

COMENTARIO —En este recurso se ha producido, a mi entender, el siguiente curioso fenómeno: trasladar el problema fundamental, consistente en las cancelaciones ordenadas por el mandamiento, al problema secundario de la persistencia de la anotación una vez practicadas las cancelaciones. El Registrador suspende las cancelaciones por entender que debe cancelar simultáneamente la anotación preventiva, y ésta se le ordena conservarla viva; pero en su subconsciente hay un motivo más hondo para rechazar las cancelaciones de las ventas efectuadas en escritura pública por los hermanos Ruipérez.

En la demanda de don Federico Martín había dos pedimentos fundamentales: uno consistía en la declaración de ser inexistentes y sin eficacia alguna las ventas en escritura pública efectuadas por los hermanos Ruipérez al señor Delgado Valle; otro consistente en que los señores Ruipérez cumplan el contrato de compraventa perfeccionado el 10 de febrero de 1969 y sobre cuya forma nada se dice en el recurso. Pero

aunque en el fallo la nulidad de las ventas en escritura pública se intercala (apartado 5) entre las declaraciones referentes a la venta a favor del demandante (apartados 1, 2, 3, 4 y 6), la verdad es que es posible que la nulidad derivase precisamente de la falta de dominio del vendedor, por consecuencia de estimar la sentencia válida y transmisiva del dominio la primera venta al demandante.

Las alegaciones del recurrente, aunque comienzan bien, pronto se hacen improcedentes, pues no es verdad que la nota de calificación fuese vaga e imprecisa, ya que ésta cita expresamente el artículo 198 del Reglamento Hipotecario como obstáculo y, en efecto, este precepto vincula, al parecer indisolublemente, la inscripción de la ejecutoria con la cancelación de la anotación, vinculación que existe siempre si todo se desarrolla normal y correctamente. En cuanto a las citas de jurisprudencia del recurrente no las creemos muy decisivas, pues o se refieren a la interpretación extensiva del número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, o a la restrictiva de la calificación registral de los documentos judiciales, o son de alegación inexplicable, como la de 13 de julio de 1933, que confirmó la denegación de la inscripción de una escritura otorgada por el Juez, en rebeldía de un ejecutado en razón de estar la finca inscrita con una prohibición de enajenar, y la de 7 de octubre de 1943, en la que no he encontrado el menor parecido con nuestro problema.

El Registrador, aunque acierta en su argumento básico (art. 198 del Reglamento), no está tan afortunado en el desarrollo del mismo. Al apoyarse demasiado en la tesis de que la anotación de demanda no publica un derecho (el derecho demandado), sino simplemente un hecho (la presentación de la demanda), y en la opinión de que no cabe hablar de conversión en la anotación de demanda, debilita más que refuerza su postura de estimar inseparable la cancelación ordenada de la inscripción de la cancelación de la anotación, que se le ordena no practicar. Su postura quedaría robustecida partiendo de que se anota un derecho controvertido (que por ello no puede ser objeto de inscripción), que la sentencia ha de transformar de litigioso en plenamente eficaz, y por consecuencia de esto hay en el fondo verdadera conversión en el asiento registral, que refleje el tránsito de demanda a sentencia para dotar a ésta del rango de aquélla. En un pasaje, cuando dice que al reaparecer como titulares los hermanos Ruipérez, por consecuencia de las cancelaciones de las segundas ventas, podría surgir la figura del tercero, el Registrador pone el dedo en la llaga, pero parece no caer en la cuenta de que precisamente la pretensión del recurrente de mantener vigente la anotación busca evitar esto. Lo que hace falta averiguar es si pretende esto con acierto o desacierto y con razón o sin ella, y todo esto depende de cuál fuera el contenido de la anotación y el desarrollo del proceso.

Las restantes alegaciones, como la referente a eliminar del Registro asientos caducados y sin eficacia práctica y la de ser más procedente la anotación de embargo, resultan un tanto pueriles mientras no se despeje la cuestión de si la anotación de demanda practicada no cubría suficientemente los pedimentos de la demanda referentes a la reclamación de la propiedad por el demandante, ya se hiciese ésta por vía de reivindicatoria, de acción declarativa de dominio, de condena a transmitir o de elevación a público de documento privado. Tampoco creo que las citas de jurisprudencia que hace en su informe nos aclaren mucho la decisión que procede, al referirse genéricamente a la calificación de documentos judiciales o a los efectos generales de las anotaciones de demanda (2).

(2) Aunque la Dirección ha sido más prudente en la cita de antecedentes del Vistos, me parece que tampoco las dos Resoluciones que en éste aparecen ayudan gran cosa en el caso. La de 18 de mayo de 1952 consideró anotable una demanda judicial de reivindicatoria de una casa barata que el Registrador rechazaba por entender que la Legislación especial concede competencia exclusiva al Ministerio de Trabajo para resolver las cuestiones que versen sobre su titularidad; y la de

En cambio, la doctrina de la Dirección, con gran sencillez y sin perderse en disquisiciones sobre si hay conversión o no en la anotación de demanda, va directamente al problema planteado, que no tiene otra solución que mantener la anotación preventiva vigente hasta que quede totalmente ejecutada la sentencia, que, por razones en las que el Registrador no debe entrar, contiene pronunciamientos cuya ejecución no puede ser simultánea, aunque se dé la circunstancia de que el acceso al Registro de los más fáciles de ejecutar deje como titular registral a quien ya ha vendido las fincas no una, sino dos veces.

Esta grave discordancia entre realidad y Registro, aunque sea de corta duración, deja un tanto en entredicho nuestro sistema transmissivo de inmuebles, pero dado el contenido de la sentencia era inevitable, y ese contenido acaso también fuese inevitable para dictar resolución justa manejando una ordenación de Derecho sustantivo sobre transmisión de inmuebles un tanto incierta.

El primer resultando expone con todo detalle el contenido de la sentencia de Primera Instancia, pero nada se dice en la resolución del contenido de la anotación de demanda ni del mandamiento de anotación. La regla segunda del artículo 166 del Reglamento Hipotecario exige que se haga constar en la anotación el objeto de la demanda. Roca dice que este objeto se expresa indicando la pretensión ejercitada con la causa de la misma, pues conviene que dicho objeto conste en el Registro de un modo completo y explica las razones que aconsejan que no pueda haber confusión sobre el litigio entablado (3). Pero creo que insiste poco en la trascendencia de este requisito de la anotación y del mandamiento, y en la práctica los asientos de anotación de demanda suelen cumplir sólo a medias el principio de determinación registral con la consecuencia de obstaculizar en exceso el tráfico inmobiliario, pues el tercero ha de ser cauto en exceso en previsión de que la sentencia desborde con mucho el contenido de la anotación. En principio, el texto de la anotación debe ser tan completo, que la inscripción de la sentencia no sea sino la mera transformación en fallado de lo mismo pedido en la demanda y reflejado en la anotación, y en este sentido bien puede hablarse de conversión. Pero las íntimas relaciones entre *petitum* y *causa petendi*, la pugna entre la teoría de la individualización y la de la sustanciación, las posibles discrepancias entre demanda y réplica (que no llega al Registro) y, en general, todas las atenuaciones del principio de congruencia de la sentencia suelen hacer difícil la concreción registral de la demanda y el concebir la inscripción de la sentencia como una mera conversión de la anotación de la demanda, de manera que los terceros adquirentes deban ser solamente perjudicados por lo anotado, si la sentencia desborda la anotación.

Al faltarnos el contenido de la anotación es difícil saber qué debía quedar vigente de ella después de las cancelaciones de las inscripciones de venta al señor Delgado Valle. Probablemente, la anotación debía seguir teniendo valor en cuanto a los pedimentos referentes a la formalización de la venta a favor del señor Martín y a la entrega de posesión de las fincas al mismo señor, ya fuese mediata o inmediata, porque en la sentencia, aunque se habla de pleno dominio, también se hace mención de un usufructo sin extinguir.

Aunque no conocemos el contenido de la demanda ni el de la anotación es casi seguro que tanto la sentencia de 4 de febrero de 1972 como la resolución comentada, que resuelve una incidencia de su ejecución, supo-

6 de julio de 1962 declaró anotable una demanda contra los titulares registrales de una finca pidiendo que se declarase válido el título en que se fundamentaba un derecho de retorno arrendaticio, cuya inscripción había sido anteriormente rechazada por el Registrador, siendo confirmada su calificación por la Dirección en recurso gubernativo

(3) *Derecho Hipotecario*, 1968, II, pág. 871

nen la culminación de una tendencia doctrinal poco concorde con la idea inicial de la Ley de 1961. Me refiero a la evolución respecto a la anotación de las demandas en las que se ejerciten acciones personales de dar. En 12 de octubre de 1875, el Tribunal Supremo no las consideraba anotables, y todavía el 22 de octubre de 1906, la Dirección General consideró mal tomada y no convertible en inscripción una anotación de demanda en la que el Derecho anotado sólo era el de que se otorgara la escritura de venta (personal y no real), que fue a lo que se condenó al demandado. Este criterio restrictivo concuerda con la exigencia de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador, que encontramos en el artículo 43 de la Ley, que es muy posible que en los primeros tiempos de ésta se entendiese por los juzgadores poniéndole en relación con el 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento, que sólo autoriza medidas de aseguramiento cuando se demanda el cumplimiento de obligaciones de entregar cosas específicas, si se presentan algunos de los documentos de los tres primeros números del 1.429.

Más tarde fue cuando se amplía el ámbito del artículo 42, 1.º, más y más. Resulta curioso que sea la influencia de la *Vormerkung* del BGB lo que más contribuye a esta ampliación. Se empieza a admitir la anotación de demandas en que se ejercita un derecho meramente personal por la sola razón de que esto se admite también en el Derecho alemán. El Registro abre así la puerta a la anotación de demanda en que se pide la elevación a público del contrato privado de compraventa (resolución de 9 de junio de 1922) o la acción personal del comprador basada en cartas cruzadas (ROCA SASTRE (4)). Nos olvidamos de un detalle importante: la *Vormerkung* puede acoger la acción personal del comprador; pero en el BGB, el contrato consensual de compraventa de inmuebles requiere documento público bajo pena de nulidad (§ 313 del BGB). Se trata de la misma evolución que vino a convertir en letra muerta el artículo 1.280, 1.º, del Código Civil, a pesar del claro sentido de los artículos 1.278 a 1.280, a la vista de la Ley de Bases, de la que hemos tratado en otra ocasión.

Suponemos que el primer contrato de compraventa a favor del señor Martín se hizo en documento privado (el 10 de febrero de 1969) y que el momento en que éste exigió la entrega (25 de febrero), aunque no resulta claro de la resolución, sería la iniciación del procedimiento judicial, aunque no se explique cómo resulta demandado el señor Delgado, que todavía no había comprado en las escrituras públicas. De todas maneras, como nada adelantamos con seguir haciendo suposiciones para averiguar el contenido de la anotación y de la demanda, debemos limitarnos a dar la razón a la Dirección, porque en tanto que la anotación no contuviera dos partes perfectamente diferenciadas que permitieran aplicar la doctrina de la cancelación parcial solamente en cuanto a los pedimentos de nulidad de las ventas al señor Delgado y cancelación de sus inscripciones, respecto de las cuales la anotación quedaba inoperante al practicar tal cancelación, es preferible mantener en su totalidad la anotación, aunque registralmente contuviese una cobertura imprecisa de los otros pedimentos referentes a la transmisión dominical de los hermanos Ruipérez al demandante, señor Martín.

La solución correcta del problema, de haberse desarrollado también correctamente las cosas, debe ser ésta. La anotación de demanda debía recoger por separado los dos apartados del *petitum*: el de reclamación de propiedad (acción personal para la tradición real o escrituraria) y el de petición de nulidad de las segundas ventas. Y una vez dictada la sentencia, como quiera que ésta es declarativa y de más rápida ejecución en cuanto al segundo pedimento, y es de condena y de más dilatada ejecución respecto al primero, practicar la cancelación parcial (conversión si

(4) Obra y tomo citado, pág. 864.

se quiere) de la anotación en cuanto a la petición de nulidad, dejándola vigente en relación a la de reclamación de propiedad hasta que, ejecutada la condena a transmitir la propiedad, inscriba su dominio el demandante y se verifique la cancelación total de la anotación.

De esta manera resulta que, desde el punto de vista hipotecario, el recurso es una tempestad en un vaso de agua, pero acaso no lo sea en el fondo, que podemos encontrar, desde el punto de vista sustantivo, en litigios sobre doble venta similares al que insuficientemente describe el resultando primero, dentro de un sistema traslativo de inmuebles, en el que el papel que desempeña la forma pública es, cuando menos, un tanto confuso, y en el que una doctrina que en la práctica ha terminado por conceder tradición escrituraria al documento privado forcejea con textos legales que pretendieron imponer el documento público para los actos y contratos que tengan por objeto la transmisión del derecho real inmobiliario.

-

T. C. G.

3. COMPRAVENTA A FAVOR DE EXTRANJERO. AUTORIZACION DEL MINISTERIO DEL EJERCITO.—LA AUTORIZACIÓN EXIGIDA POR LA LEY DE 23 DE OCTUBRE DE 1935 PARA LA ADQUISICIÓN Y SUBSIGUIENTE INSCRIPCIÓN POR EXTRANJERO ÚNICAMENTE SE EXTIENDE A LAS FINCAS Y TERRENOS ENCLAVADOS EN LAS ZONAS SEÑALADAS, QUE ESTÉN SITUADOS FUERA DEL CASCO DE LAS POBLACIONES Y NO INCLUIDOS EN SUS ENSANCHES O URBANIZACIONES.

Resolución de 28 de septiembre de 1972 (B. O. del E. de 13 de octubre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura otorgada ante el Notario del Puerto de la Cruz don José Peña Llorente el 10 de agosto de 1966, don Francisco García Feo, por sí y como apoderado de su hija, doña Angélica García Alonso, vendió, juntamente con otros, a don Marcel Ettienne Gaillard, de nacionalidad francesa, una finca que les pertenecía, llamada «Arenas del Mar» o «Jaquita», sita en la zona de reserva urbana del Médano, término de Granadilla de Abona. En la comparecencia de dicha escritura, con referencia a la representación de doña Angélica García Alonso, se invoca una «escritura de poder que dice ya tener otorgada la misma, suficiente para este acto y cuya copia no ha llegado y presentará en tiempo y forma...», obligándose así como los otros comparecientes vendedores, quienes responden de las consecuencias de la falta del mismo», y en la misma escritura se testimonia una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, con fecha 5 de agosto de 1966, acreditativa de que, según informe emitido por el técnico municipal, la parcela 93 del polígono 5 del catastro de rústica, a nombre de don Francisco García Feo, se encuentra dentro de la zona de reserva urbana del Plan General del Médano.

Presentada en el Registro primera copia de la referida escritura, el 11 de diciembre de 1969 se suspendió la inscripción «por el defecto subsanable de no acompañarse el poder de doña Angélica García Alonso, sin tomar anotación de suspensión por no haberse solicitado»; tras una nueva presentación, el 29 de septiembre de 1970 se inscribieron todas las participaciones vendidas excepto las procedentes de doña Angélica, «por no acompañarse el poder con que actúa su apoderado, y tomada anotación de suspensión por defectos subsanables y plazo legal». El comprador pretendió obtener de los vendedores copia de la escritura del poder mencionado, y al no conseguirlo, presentó querella criminal para lograr su propósito; como resultado de su acción, el Juzgado le proveyó de un testimonio del poder otorgado por doña Angélica García Alonso asistida de su esposo; con este testimonio y otra certificación del Ayuntamiento sobre la inclusión de la finca en el Plan de Urbanización de Granadilla,

solicitó nuevamente la inscripción de la escritura de compraventa, poniéndose en la misma, el 10 de julio de 1971, la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado por los siguientes defectos subsanables:

a) No se acompaña la copia del poder notarial con que actúa el apoderado y no es adecuado para sustituirla el testimonio expedido en papel de oficio por el secretario judicial del partido, que adjunta con el título presentado, por violar lo dispuesto en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes 34 y 98 del Reglamento, y especialmente lo que establece el artículo 222 del Reglamento Notarial sobre expedición de copias. Tiene la copia del poder que estar expedida por el funcionario competente para darlas y hacer fe.

b) No acreditarse el cumplimiento de lo ordenado en la Circular del Estado Mayor Central del Ministerio del Ejército—interpretando y aclarando el alcance de la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre adquisiciones de inmuebles por extranjeros—, publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia* número 69, de fecha 9 de junio de 1971, en su párrafo segundo, que hace necesaria la autorización del citado Ministerio para todas aquellas urbanizaciones independientes alejadas de los centros de población y separadas de ellas por zonas rurales. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.» El 13 de enero de 1972, el comprador volvió a presentar en el Registro la escritura cuestionada junto con copia autorizada y legalizada del poder otorgado por doña Angélica, que al fin consiguió, y certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona acreditativa de que la finca comprada estaba incluida en la zona de reserva urbana del Plan General del Médano y en el plan parcial de urbanización de «Ensenada Pelada», y el 18 de enero puso el Registrador la siguiente nota: «Suspendida nuevamente la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado por los siguientes defectos subsanables:

a) Se acompaña la copia del poder aludido en el apartado a) de la precedente nota de suspensión, pero sin estar legitimada la firma del Notario autorizante.

b) Que se acredite el extremo b), también de la dicha nota de suspensión anterior, puesto que la certificación del Ayuntamiento de esta villa que se acompaña es de fecha anterior a la Orden publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia* número 69, de fecha 9 de junio de 1971. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.» Por último, el 7 de febrero de 1972 se presentó nueva petición de inscripción acompañada del poder autorizado y legalizado, así como de una certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona, expedida el 21 de enero de 1972, en la que se reitera la inclusión de la repetida finca en los planes de urbanización municipal, causando el 2 de marzo de 1972 la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento en cuanto a la participación indivisa perteneciente a doña Angélica García Alonso, de la que se ha solicitado, por el defecto subsanable de: No se acompaña autorización del Ministerio del Ejército o, en su lugar, no se aporta la certificación del Ayuntamiento de esta villa con los requisitos que expresamente determina la Circular del Estado Mayor Central de dicho Ministerio, a que se refiere la nota de suspensión que obra en este documento con fecha 10 de julio último, de obligado cumplimiento. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Don Marcel Ettienne Gaillard interpuso recurso gubernativo contra la

anterior calificación y alegó: Que como la nota de suspensión se centra en el defecto subsanable de no acompañarse autorización del Ministerio del ejército o, en su lugar, certificación del Ayuntamiento de Granadilla de Abona con los requisitos que determina la Circular del Estado Mayor Central, publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia* número 69, de 9 de junio de 1971, interesa examinar si realmente se producen tales defectos subsanables; que el artículo 2 de la Ley de 23 de octubre de 1935 dispone que es necesaria «autorización militar» para la «adquisición por parte de Entidades o individuos de nacionalidad extranjera de obras de cualquier clase, fincas y terrenos enclavados en las zonas que a continuación se detallan, siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas..»; que este precepto es el que ha querido ser aclarado en la Circular aludida, en la que se dice que: «No se precisará autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el caso de la población y su ensanche sea certificado por la Corporación Municipal»; que a la vista de la certificación municipal presentada resulta que El Médano, si bien no forma parte propiamente del casco del término municipal de Granadilla de Abona, si constituye un poblado o barrio importante dentro del mismo, hasta el punto de que el Ayuntamiento se ha considerado en la necesidad de dotarlo de un plan general de ordenación urbana que ha sido aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo, de acuerdo con lo dispuesto en la vigente Ley del Suelo, y en ese plan general ha establecido su zona de reserva urbana que constituye el ensanche normal y ordinario de tal poblado o barrio; que como consecuencia de dicho plan general y en ejecución del mismo se aprobó un plan parcial de la expresada zona de reserva urbana, que se llama «Ensenada Pelada», debidamente aprobado también por la Comisión Provincial de Urbanismo, al amparo de la citada Ley del Suelo; que, por tanto, como el inmueble adquirido forma parte de la zona de reserva urbana o de ensanche del barrio o poblado de El Médano, perteneciente al término municipal de Granadilla de Abona, con su plan general aprobado por los Organismos urbanísticos competentes, y en plena urbanización, encaja plenamente en el apartado primero citado de la expresada Circular, por lo que tal adquisición no precisa autorización militar; que aunque cuando el Registrador inscribió las partes indivisas que no son objeto de debate no estaba publicada la repetida Circular, es evidente que estimó se daban los requisitos establecidos en el artículo 2.º de la Ley de 1935, que hacían no exigible la autorización militar, y tal criterio no debe haber cambiado como consecuencia de la misma, ya que eso supondría desconocer como realidades urbanas los barrios o poblaciones esparcidos dentro de los extensos términos municipales de una isla, como son, por ejemplo, en el de Granadilla de Abona, los barrios de Charco del Pino y Chimiche, a los que aun alejados del casco del municipio no se les puede desconocer como poblados y, por tanto, recogidos en el citado artículo 2.º de la Ley de 1935; que a mayor abundamiento no se puede olvidar que, según lo dispuesto en el artículo 63, 1.º, b), de la Ley del Suelo, será considerado terreno urbano, aunque se encuentre sin urbanizar, los espacios «enclavados en sectores para los que existan aprobados planes parciales de urbanización»; que el artículo 12 de la misma Ley estima que los planes y proyectos municipales de ordenación y urbanización que no abarquen la totalidad del término se calificarán de reforma interior o de extensión, según los sectores a que afecten, siendo del último tipo los relativos a superficies de suelo exteriores al casco urbano; que la Ley de 1935 desconoció el término «casco urbano» elaborado por la legislación urbanística posterior, debiendo ser considerada equivalente la expresión «poblado», que debe referirse lo

mismo al centro de la población que a un barrio comprendido en su zona de reserva urbana y con plan parcial de urbanización, y que otra interpretación conduciría al absurdo, como puede comprenderse, si se piensa en el término de La Laguna, en donde la Cuesta o Taco, por no estar en el casco de la ciudad, fuesen considerados terrenos rústicos, cuyas adquisiciones por extranjeros precisasen autorización militar.

El Registrador informó que la finca objeto del recurso está rodeada de otras rústicas a unos tres kilómetros del núcleo de población y sólo en parte incluida en un plan parcial de urbanización, sin proyecto elaborado sobre el particular, por lo que, sintiéndolo mucho, no puede acceder a la pretensión del recurrente, que no ha cumplido las normas existentes sobre la materia, que el 15 de abril ha puesto en conocimiento del Capitán General de Canarias la situación planteada para que pueda precisar el alcance de la disposición militar sobre el caso, y que como normas aplicables citaba los artículos 18, 19, 65, 66 y concordantes de la Ley Hipotecaria y su Reglamento; la Ley de 23 de octubre de 1935 y su Reglamento, y la Circular del Estado Mayor Central del Ejército de 2 de junio de 1971.

El presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente, subrayando que si el funcionario calificador inscribió tres partes indivisas de la finca cuestionada será porque le pareció haberse acreditado su emplazamiento en zona de reserva del plan general de El Médano y con un plan parcial de urbanización, confirmando esta opinión el hecho de que en la nota de 29 de septiembre de 1970 suspendió la inscripción de la restante cuarta indivisa en razón solamente de la no presentación de la escritura de poder. Y la Dirección General confirma el auto apelado, que revocó la nota del Registrador.

B) Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Vistos el artículo 27 del Código Civil, la Ley de 23 de octubre de 1935 y su Reglamento de 28 de febrero de 1936, la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia de 2 de noviembre de 1962.

Este expediente plantea la cuestión de si será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para la adquisición y subsiguiente inscripción por extranjero de una finca sita en término de Granadilla de Abona (Tenerife), por encontrarse afectada por la limitación de la Ley de 23 de octubre de 1935, siendo necesario advertir que solamente se trata de la inscripción de una cuarta parte indivisa del inmueble, en la que faltaba la ratificación o presentación de poder suficiente, pues el resto se inscribió por el propio funcionario calificador sin haber exigido aquella autorización.

La documentación aportada y especialmente del certificado del Ayuntamiento de Granadilla de Abona resulta: *a)* Que El Médano es un barrio de esta población sobre el que recae un plan general de ordenación urbana, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo. *b)* Que dentro de la zona de reserva urbana del mencionado plan general se halla aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo un plan parcial de urbanización. *c)* Que incluida dentro de esta zona de reserva se encuentra la finca discutida que se pretende inscribir.

A la vista de estos antecedentes claramente se deduce que no es pertinente la autorización exigida, pues la Ley de 23 de octubre de 1935 únicamente la extiende a las fincas y terrenos enclavados en las zonas señaladas que estén situados fuera del casco de las poblaciones y no incluidos en sus ensanches o urbanizaciones, y así lo entendió en un principio el Registrador al inscribir las tres cuartas partes indivisas del inmueble

y suspendiendo la otra cuarta parte solamente por no haberse presentado el poder correspondiente.

Como con todo acierto ha puesto de relieve el auto del presidente de la Audiencia, la Circular de 2 de junio de 1971 no puede tener otro alcance que el derivado de su finalidad aclaratoria e interpretativa de la Ley de 1935 y del Reglamento para su aplicación, sin que pueda comprender a otros supuestos que los contemplados en la propia Ley, y es evidente que si por casco urbano ha de considerarse cualquier zona poblada o barriada con población propia, la finca discutida está comprendida dentro de la previsión legal que la exime de autorización militar.

COMENTARIO.—Los hechos de la resolución que antecede constituyen un claro ejemplo del incremento del rigor calificadorio. Así, a las cinco presentaciones del título se corresponden cinco notas de suspensión puestas por el Registrador, que añade nuevos defectos a medida que se van subsanando las deficiencias anteriores. En breve síntesis, en principio, todo el problema radica en que no se acompaña el poder de uno de los titulares de participación indivisa—hija del vendedor representada por éste—y en tal sentido se produce la nota de suspensión. Análogo defecto se señala en la segunda nota de calificación respecto de las participaciones procedentes de dicha señora. Mientras que en la tercera presentación se produce nueva nota, que vuelve a insistir sobre el anterior defecto de carencia de poder y la no posibilidad de que se sustituya por el testimonio de aquél expedido por el secretario judicial, y hace surgir uno nuevo, consistente en no acreditarse el cumplimiento de lo ordenado en la Circular del Estado Mayor Central del Ministerio del Ejército, interpretadora y aclaratoria del alcance de la Ley de 23 de octubre de 1935 sobre «adquisiciones de inmuebles por extranjeros», que exige la autorización del citado Ministerio para las urbanizaciones independientes alejadas de los centros de población. En la cuarta nota se suspende de nuevo por no estar legitimada la firma del Notario autorizante del poder y por el hecho de que la certificación del Ayuntamiento es anterior a la citada Circular del Ministerio del Ejército y no cumple lo requerido por ella. Finalmente, a la quinta presentación se vuelve a suspender la inscripción, por no acompañarse la autorización militar o, en su caso, la certificación del Ayuntamiento con los requisitos exigidos por la referida Circular. Llegados a este punto, el comprador entabla recurso gubernativo.

Por tanto, el previo problema que se plantea consiste en determinar si cabe la posibilidad legal de este incremento de rigor calificadorio. Es indudable, como punto de partida, que a la presentación de un título se corresponde su consiguiente calificación, y que ésta, además de otras muchas notas que la adornan, ha de ser «total», es decir, que en el caso de la existencia de defectos habrán de señalarse e incluirse en la correspondiente nota «todos» los de carácter subsanable e insubsanable que contenga. En este sentido, la resolución de 3 de febrero de 1867 nos dice que «en las notas de suspensión o denegación que se extiendan al pie de los títulos consignarán los Registradores todos los defectos subsanables e insubsanables que, a su juicio, impidan la inscripción de aquéllos». El incumplimiento de este deber provoca, según la resolución de 14 de enero de 1893, «una extralimitación en el uso de la facultad del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pues no se han reunido en una sola nota todos los defectos de que, a su juicio, adolecía la escritura» (1). Así, pues, como punto de partida se puede señalar que la calificación del título es total y única, en el sentido de que una vez producida se convierte en definitiva,

(1) Esta exigencia la impone, entre otras, la Resolución de 22 de marzo de 1906

sin que la misma pueda alterarse a base de señalar diferentes defectos de los ya advertidos (2).

Ahora bien, el artículo 108 del Reglamento Hipotecario faculta a los interesados para volver a presentar en el Registro los títulos anteriormente rechazados y obtener nueva calificación de los mismos, al establecer que «transcurridos los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación o las anotaciones preventivas sin haberse practicado el asiento solicitado podrán presentarse de nuevo los títulos correspondientes, los cuales serán objeto de nueva calificación». La razón de este precepto estriba en que siempre que en los títulos falte algo por inscribir y por ser, además, la registración voluntaria, los Registradores están obligados a extender, cuantas veces lo solicite el interesado, el asiento de presentación de aquéllos y, en consecuencia, habrán de calificar nuevamente. En este sentido se producen, además, diversas resoluciones, entre ellas, la de 27 de mayo y 20 de julio de 1902, 7 de mayo y 28 de junio de 1907, que en cuanto a los documentos objeto de sucesivas presentaciones y, por consiguiente, susceptibles de diversas calificaciones, señalan que «no cabe nueva calificación sino cuando en aquéllos falte algo por inscribir o se hubiese antes suspendido o denegado la inscripción y se estimare procedente una calificación distinta».

En resumen, cabe la posibilidad de que un título ya anteriormente presentado y calificado pueda ser objeto de nueva calificación por el hecho de otra presentación, y ante tal supuesto se plantea el problema de determinar si esta segunda calificación es o no independiente de la anterior, es decir, si el Registrador puede volverse de su anterior criterio y señalar nuevos defectos o bien omitir los precisados con anterioridad, o si, por el contrario, habrá de verse vinculado por la misma incluso cuando aquélla proceda de distinto funcionario. Estas cuestiones tienen adecuada solución en el Reglamento Hipotecario. Así, el artículo 127 establece la norma de que cabe agravar la nota de calificación anterior en la nueva presentación del documento; pero el Registrador, en tal supuesto, deberá ser corregido disciplinariamente, si procediere, según las circunstancias del caso. Esta responsabilidad es clara cuando ambas calificaciones emanan del mismo funcionario, ya que ha infringido su deber de incluir en la calificación todos los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación del asiento solicitado; pero creemos debe desaparecer cuando las calificaciones procedan de distintos Registradores, y ello, sobre todo, para evitar el absurdo de que el temor a la posible corrección disciplinaria fuerce a practicar la inscripción, pese a la existencia de un defecto no advertido anteriormente. Pero así como la calificación no puede agravarse sin la amenaza de sanción, sí puede mitigarse el rigor de la nota rectificando su contenido en todo o en parte, como lo admite el propio Reglamento Hipotecario en su artículo 116, que contempla el supuesto respecto del Registrador, a quien se pide informe en trámite de recurso gubernativo y se conforma con la petición del recurrente. En consecuencia, de lo anterior se desprende que si los interesados subsanan la falta advertida por el Registrador, éste deberá practicar el asiento correspondiente, y si no lo hace y señala algún nuevo defecto incurre en una clara responsabilidad.

Pero la cuestión planteada en la Resolución que se comenta es la de determinar si será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para la adquisición y subsiguiente inscripción por extranjero de una finca sita en las zonas delimitadas por la Ley de 23 de octubre de 1935. En principio, hay que contestar afirmativamente, ya que el artículo 2.º de dicha Ley exige la citada autorización respecto de las fincas incluidas en

(2) Ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 116 del Reglamento Hipotecario en caso de recurso

las zonas que señala, pero siempre que «dichas propiedades estén situadas fuera de poblado o no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas». El recurrente presentó certificación del Ayuntamiento, por la que acredita que la finca adquirida forma parte de un barrio de la población sobre el que existe un plan general de Ordenación Urbana aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo, además de un plan parcial aprobado por la Comisión General de Urbanismo. Por ello, el problema queda reducido a determinar si la frase «zona urbanizada» empleada por la Ley de 1935 comprende las fincas sometidas a los referidos planes generales y parciales. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 clasifica los bienes inmuebles diferenciando lo rústico y lo urbano con arreglo a la inexistencia o existencia de un plan de Ordenación Urbana y atendiendo fundamentalmente al destino que se señale al bien. De los artículos 62 y siguientes de la citada Ley (3) parece desprenderse con entera evidencia que la finca transmitida, por estar incluida dentro del casco urbano —según resulta de la certificación del Ayuntamiento—, habrá de considerarse como zona urbanizada, y en atención a tal carácter, eximida su adquisición de la autorización exigida por el Ministerio del Ejército, como así reconocen tanto el presidente de Audiencia como la Dirección General.

E. F. C.

(3) El artículo 62 señala que cuando existe plan de ordenación urbana los inmuebles pueden ser urbanos, de reserva urbana y rústicos. Es suelo urbano *a)* el comprendido en el perímetro que define el casco de la población conforme al artículo 12; *b)* el que esté urbanizado, y *c)* el que, aún sin urbanizar, se hallare enclavado en sectores para los que ya existiere aprobado plan parcial de ordenación, artículo 63-1. Es suelo de reserva urbana el comprendido en un plan general de ordenación para ser urbanizado y no calificable de suelo urbano según el párrafo 1 del artículo 63—art. 64—. Es suelo rústico el que no fuere incluíble en ninguno de los supuestos de suelo urbano o de reserva urbana—art. 65—.

REGISTRO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANONIMA: CONVOCATORIA.—SALVO EN EL CASO DE JUNTA GENERAL UNIVERSAL DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY, LOS PRECEPTOS LEGALES EXIGEN QUE PARA QUE PUEDA CELEBRARSE TANTO LA JUNTA ORDINARIA COMO LA EXTRAORDINARIA SE REQUIERE QUE SEA CONVOCADA POR EL ADMINISTRADOR ÚNICO O POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, SIN PERJUICIO DE LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 56 Y 57, QUE ADMITEN LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA REALIZADA POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA.

FORMACION DE LA VOLUNTAD SOCIAL.—DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY NO DEBE DEDUCIRSE QUE PUEDA CELEBRARSE LA JUNTA CON LA CONCURRENCIA DE UN SOLO ACCIONISTA CUYAS ACCIONES REPRESENTAN LA MITAD DEL CAPITAL DESEMBOLSADO, YA QUE ELLO PUGNA ABIERTAMENTE NO SÓLO CON EL SENTIDO GRAMATICAL DE LA PALABRA JUNTA, SINO CON LO QUE ES ESENCIAL EN UN ÓRGANO DELIBERANTE.

Resolución de 3 de octubre de 1972 (B. O. del E. de 18 de octubre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Según anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 22 de agosto de 1970, y reproducido en el *Correo Catalán*, de Barcelona, de 6 de septiembre del mismo año, «de conformidad con lo previsto en el artículo 56 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 11 y siguientes de los Estatutos de esta Sociedad, se convoca Junta general ordinaria y Junta general extraordinaria de accionistas de 'Fortuny, S. A.', que se celebrará el 29 de septiembre próximo, a las dieciocho horas, en primera convocatoria, y si procediera, en segunda, al siguiente día, a la misma hora, en su domicilio social, calle Hospitalet, 32, con los siguientes asuntos a tratar: .. 6. Renovación del Consejo de Administración y nombramiento de administradores, si procediere. . . Barcelona, 30 de junio de 1970.—El administrador, José Fortuny»; que el señalado día 29 de septiembre, el señor Fortuny requirió al Notario de Barcelona don Carlos Valcarce Tribaldos para que acudiese a la Junta convocada y levantase acta de la misma; que no concurrió ningún otro socio además del requirente, por lo que el Notario fue de nuevo requerido para que compareciese en la segunda convocatoria fijada para el día siguiente; que a esta segunda convocatoria acudieron el requirente, señor Fortuny, y don Martín Gelaberto Planas, quien manifestó

no ser socio, sino sólo secretario de la Sociedad, y asegurando que únicamente son socios don José Fortuny Tarrés y su hermano don Ignacio Fortuny Tarrés, que no acudió a la reunión; que constituida la Junta general ordinaria y extraordinaria se levantó acta incorporándose a la notarial certificación de la reunión, librada por don Martín Gelaberto Planas y firmada también por J. Fortuny como presidente; que en dicha certificación consta lo siguiente: «Ocupa la presidencia don José Fortuny Tarrés, vicepresidente del Consejo de Administración de 'Fortuny, S. A.', nombrado en Junta general de 26 de noviembre de 1955; se halla presente don Martín Gelaberto Planas, a quien en este acto, y de conformidad con el último párrafo del artículo 61 de la Ley de Sociedades Anónimas, se le designa secretario de esta Junta. . . Concorre un solo accionista con un total de 1.861 acciones de 500 pesetas de valor nominal (930.500), lo que equivale a la mitad del capital desembolsado, teniendo en cuenta las 278 acciones de la Sociedad que fueron adquiridas en 3 de abril de 1967 por 'Fortuny, S. A.', a cargo de reservas para amortizar. . . En cuanto al número 6.º de los asuntos a tratar, no asistiendo ningún otro socio de los que tienen derecho a concurrir, no se procede a renovar al Consejo de Administración, ya que hasta el momento presente no se ha notificado ni alegado causa alguna que les imposibilite para asistir a esta Junta, para poder deliberar y acordar al respecto. No obstante, dadas las graves circunstancias que está atravesando la Sociedad, y por las razones expuestas anteriormente y considerando lo dispuesto en el número 4 del acta de la Junta general ordinaria de 26 de noviembre de 1955, se dispone inscribir en el Registro Mercantil de esta provincia, y a todos los efectos que en Derecho sean procedentes, el siguiente acuerdo: Don José Fortuny Tarrés seguirá siendo administrador de 'Fortuny, S. A.', por un periodo de cinco años», y que en escritura autorizada en Barcelona, ante el Notario señor Valcarce, el 23 de octubre de 1970, don José Fortuny Tarrés aceptó el cargo de administrador de «Fortuny, S. A.».

Presentados en el Registro Mercantil de Barcelona el anterior documento junto con otros complementarios, fueron calificados por la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por los siguientes defectos: 1.º Por no estar efectuada la convocatoria de la Junta general por persona legitimada para ello, ya que no existe previo acuerdo del Consejo de Administración, tal como dispone el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas. 2.º Falta de formación de voluntad social o acuerdo de Junta, requisito que indica expresamente como necesario la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960. Los citados defectos se califican de insubsanables, por lo que no procede tomar anotación preventiva.»

Don José Fortuny Tarrés interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que únicamente él es el legítimo gerente y legal representante de «Fortuny, S. A.», como demuestra el hecho de haberse revocado a su instancia los poderes otorgados en su día a don Santiago Fernández Núñez, revocación que ha sido inscrita el 7 de julio de 1970 por el propio Registrador, y hallarse en trámite de inscribir la revocación de poderes el otro socio, don Ignacio Fortuny Tarrés; que si el gerente de la Sociedad puede revocar un poder en nombre de la misma y conseguir su inscripción en el Registro Mercantil, con más razón podrá convocar Junta de accionistas, que no es más que un trámite puramente formal, previsto en los Estatutos, al que viene obligado para que no quede paralizada la vida de la Compañía; que para que la convocatoria de Junta se haga judicialmente, la Ley exige que con anterioridad se requiera notarialmente al órgano que lleve la administración de la Sociedad (arts. 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas); que no tendría sentido en el presente caso que el recurrente

requiriese al otro socio, que no ostenta cargo alguno en la Empresa, para que convocase la Junta de la Sociedad; que, además, la celebración de la Junta fue interesada por el socio don Ignacio Fortuny en carta de 8 de julio de 1970 dirigida al recurrente, por conducto del Notario don Trinidad Ortega Costa, en cuyo último párrafo le «requiere para que le rinda cuentas»; que la Resolución de 24 de junio de 1968 admite como válida la convocatoria efectuada por un administrador con mandato caducado; que la sentencia que invoca el funcionario calificador no es aplicable al presente caso, pues se refiere a un supuesto completamente distinto al ahora planteado; que en la Junta de «Fortuny, S. A.», no se negó al otro accionista su asistencia a la misma, sino que, por el contrario, se le notificó su celebración por carta certificada y se anunció, además, en la prensa y *Boletín Oficial del Estado*; que, en todo caso, el socio disidente, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudo impugnar los acuerdos tomados y no lo hizo; que la denegación de inscripción favorece la conducta dolosa de un socio disidente y perjudica al que procede de buena fe y es legal representante de la Sociedad; que el socio disidente está en la actualidad procesado por los Juzgados de Instrucción número 12, de Barcelona, y número 1, de Reus, por los delitos de apropiación indebida, falsedad y estafa, cometidos en la época en que fue gerente de «Fortuny, S. A.», y que la documentación que prueba estos hechos ya fue acompañada al solicitarse la inscripción, y a estos efectos se remite, además, a las actuaciones sumariales y al protocolo del Notario señor Davi.

El Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, deben ser convocadas por los administradores de la Sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto infringido en la convocatoria cuestionada, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de estar regida «Fortuny, S. A.», por un órgano colegial, cual es su Consejo de Administración, fue hecha por uno de los componentes de dicho Consejo sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 79 de la propia Ley; que del hecho de que don José Fortuny Tarrés, en su calidad de gerente de «Fortuny, S. A.», resulte legitimado para revocar poderes, no debe deducirse que pueda, con tal carácter, convocar Juntas generales, ya que tal facultad está reservada a los Administradores por el citado artículo 49, administradores representados en el presente caso por las decisiones de su Consejo de Administración; que así lo entien de la generalidad de los autores representantes de la doctrina más solvente; que de los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, invocados por el recurrente, resulta que en los casos de manifiesta contradicción e intereses y falta de colaboración entre los accionistas, como ocurre en el presente caso, puede cualquiera de ellos acudir al Juez para que se convoque la Junta designando la persona que deba presidirla; que la doctrina sentada por la resolución de 24 de junio de 1968, que admite la convocatoria hecha por administradores con mandato caducado, para evitar la paralización de la vida social, no autoriza a deducir la legalidad de la convocatoria realizada por persona que no siendo administrador se atribuye facultades decisorias propias del Consejo de Administración; que en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 se declara sin distingos que sin la asistencia de un número plural de socios no es admisible que uno solo, aunque sea mayoritario, se erija en definidor de una declaración vinculante, lo que, además, pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante; que los artículos 66 y 68 de la Ley de Sociedades Anónimas se refieren a derechos que la Ley concede al accionista respecto a los acuerdos tomados en Juntas convocadas con los requisitos legales y en

las que hayan intervenido pluralidad de socios, elemento indispensable para deliberar, supuestos ambos que no se dan en el caso contemplado; que el funcionario calificador no puede pronunciarse sobre la situación procesal de uno de los socios, por ser esta circunstancia elemento extraño a la calificación, y que el artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil obliga al Registrador a examinar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo en relación con los títulos presentados, añadiendo el 44 que en caso de contener el título alguna falta insubsanable se denegará la inscripción sin que pueda tomarse anotación preventiva.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil se solicitó por este Centro Directivo, en diligencia para mejor proveer, del Registro Mercantil de Barcelona certificación acreditativa del último Consejo de Administración de la Sociedad «Fortuny, S. A.», que fue remitida a esta Dirección, y de la que resulta que según la última inscripción estaba formado: presidente, don Pedro Fortuny Gasset; vicepresidente, don José Fortuny Tarrés; vocal, don Oscar Fortuny Cosp; que este nombramiento tuvo lugar en sesión de 13 de junio de 1953, según escritura de 7 de diciembre del mismo año, y que el artículo 21 de los Estatutos por los que se regía la Sociedad establecía un plazo de cinco años para la duración del cargo, y la Dirección General confirma la nota del Registrador en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*—Vistos los artículos 49, 51, 55, 56, 57 y 61 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 y las resoluciones de este Centro de 20 de julio de 1957, 20 de junio de 1963 y 24 de junio de 1968.

Considerando que el recurso que se va a examinar plantea, en primer lugar, la cuestión de si ha sido ajustada a Derecho la convocatoria de Junta general realizada solamente por uno de los administradores de la Sociedad o si requiere previo acuerdo del Consejo de Administración, conforme al artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas, según expone el funcionario calificador.

Considerando que salvo en el caso de Junta general universal, a que se refiere el artículo 55 de la Ley, y en la que por estar presente todo el capital social no es necesario ninguna formalidad de convocatoria, los preceptos legales exigen que para que pueda celebrarse tanto la Junta ordinaria como la extraordinaria se requiere que sea convocada por los administradores de la Sociedad—artículo 49—, es decir, por el administrador único, en el caso de que sólo uno se hubiese designado, o por el Consejo de Administración, si los nombrados fuesen varios.

Considerando que si bien normalmente la convocatoria de la Junta de accionistas debe ser acordada por el Consejo de Administración, cuando éste exista, no por ello hay que considerar nula y que carezca de efectos legales toda convocatoria en que esto no haya ocurrido, pues, por el contrario, hay casos en que en la misma Ley se preocupa de que tenga lugar a toda costa, como sucede en el supuesto previsto en el artículo 56 y párrafo segundo del artículo 57, en donde se admite la convocatoria de la Junta general extraordinaria realizada por el Juez de Primera Instancia del domicilio social cuando lo solicitare el número de socios a que se refiere el primero de dichos preceptos y los administradores requeridos notarialmente para convocarla no lo hubiesen hecho, o también en el supuesto del artículo 57, párrafo primero, respecto de la Junta general ordinaria, en donde la convocatoria corresponde igualmente al Juez de Primera Instancia del domicilio social.

Considerando que sin entrar en el examen de una serie de hechos que son extraños al recurso gubernativo y que han de tener su resolución en

la vía adecuada, son circunstancias a tener en cuenta: a) que el artículo 21 de los Estatutos de la Sociedad establece un plazo de duración de las funciones de administrador de cinco años; b) que según los libros del Registro Mercantil aparecen inscritos los nombramientos de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad «Fortuny, S. A.», en escritura de 7 de diciembre de 1953, sin que después se haya practicado inscripción alguna de su renovación o de la designación de nuevo administrador; c) que el que aparece como vicepresidente, con cargo caducado, ha convocado unilateralmente las Juntas generales ordinaria y extraordinaria, en donde se han adoptado los acuerdos discutidos con la sola presencia del convocante, que es a la vez accionista.

Considerando que ciertamente este Centro Directivo, en resolución de 24 de junio de 1968, declaró ser válida la convocatoria de Junta general hecha por los administradores tácitamente reelegidos y que venían actuando como tales, aunque su mandato resultase caducado, según el Registro, por haber transcurrido el plazo para el que fueron elegidos, fundándose, entre otras razones, que la mencionada resolución indica, en la paralización que se produciría de la vida social, sin solución posible y que constituirá un resultado contrario a los principios que inspiran la Ley de 17 de julio de 1951; pero en el caso concreto de este expediente, como ya se ha expuesto, no concurren las mismas circunstancias, pues no es el propio Consejo quien ha convocado la Junta, sino uno sólo de sus miembros sin encontrarse legitimado para ello, ya que no se han seguido respecto de la Junta extraordinaria los trámites prevenidos en los artículos 56 y 57, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en cuanto a la ordinaria, lo dispuesto en el artículo 57, párrafo primero.

Considerando que el segundo de los defectos señalados en la nota plantea la cuestión de si puede estimarse que hay voluntad social o acuerdo de la Junta cuando a la misma concurre solamente un socio, titular de acciones, que representan la mitad del capital desembolsado.

Considerando que conforme a la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960, citada en la nota por el funcionario calificador, aunque el artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas declara que la Junta general queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurren a ella la mayoría de los socios o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan, por lo menos, la mitad del capital desembolsado, de ello no debe deducirse que pueda celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista cuyas acciones representan dicha mitad, ya que ello «pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante..., porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 51, no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante, que no es precisamente un acuerdo por una interpretación que pugna con las palabras de la misma y, sobre todo, con un recto sentido».

Considerando que la anterior interpretación del artículo 51 de la Ley de Sociedades Anónimas es indudablemente la que más se ajusta al espíritu y a la letra de la Ley, como lo demuestra el que incluso cuando se admite alternativamente para el cómputo del *quorum* de presencia en primera convocatoria la concurrencia de la mayoría de los socios o de la mitad del capital desembolsado se habla en este segundo caso también en plural utilizando la expresión «concurrentes», siendo ésta, asimismo, la interpretación que en un supuesto análogo, aunque se tratara de una Sociedad de responsabilidad limitada, mantuvo este Centro Directivo en resolución de 20 de julio de 1957, al negar que por el juego del principio mayoritario se pudiera llegar al establecimiento del gobierno de la Sociedad ejercido

exclusivamente por un socio, doctrina reiterada en resolución de 20 de junio de 1963.

COMENTARIO.—Los artículos 86 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exigen con carácter obligatorio la inscripción del nombramiento y cese de administradores y liquidadores, y a tal efecto impone la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios a los gestores de la Sociedad, que no se cuidaron de la inscripción de dichos nombramientos dentro de los plazos previstos. Por ello, teniendo en cuenta que no caben las situaciones de hecho para la determinación de los componentes del Consejo de Administración, es necesario atender al contenido de la certificación pedida por la Dirección General, de la que resulta: el Consejo de la Sociedad recurrente se compone de tres miembros y que sus nombramientos están caducados por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto por el artículo 21 de los Estatutos sociales. Partiendo de esta base se plantea la cuestión de si es ajustada a Derecho la convocatoria de la Junta general realizada solamente por uno de los administradores de la Sociedad, y ligada con ella, la de si pueden realizar válidamente la convocatoria de la Junta los administradores que tuvieren caducado su mandato.

El artículo 49 de la Ley de Sociedades Anónimas exige que las Juntas generales ordinarias o extraordinarias habrán de ser convocadas por los administradores de la Sociedad, con lo que plantea la duda de si cualquiera de los administradores está facultado para poner en marcha la Junta o esta facultad incumbe exclusivamente al administrador colegiado—Consejo de Administración—, órgano único de gestión de la Sociedad. Para GARRIGUES y URÍA (1), cuando la Administración se confíe conjuntamente a varias personas, habiendo éstas de constituirse en Consejo de Administración por mandato imperativo del artículo 73, corresponderá a éste y no a los administradores separadamente la facultad de convocar, ya que esta convocatoria exige un acuerdo regular del Consejo. Según la certificación de la Dirección General antes reseñada los nombramientos de miembros del Consejo de Administración de la Sociedad han caducado por haber transcurrido con exceso el plazo de cinco años fijado en los Estatutos; es decir, que realmente no hay administradores, sino gestores de negocios ajenos sin mandato—administradores de hecho—, que, según reconoce la resolución de 24 de junio de 1968, podrán continuar su actuación hasta la celebración de la Junta para evitar que la vida de la Sociedad quede paralizada. Pero en tal supuesto de gestores sin mandato se presenta la duda de quién habrá de convocar la Junta, sobre todo en función a la urgencia y necesidad de la convocatoria para la designación de miembros componentes del Consejo; la solución en estos casos anómalos puede ser la fijada por el artículo 57 de la Ley, es decir, a través del Juez de Primera Instancia, siempre que los gestores de hecho componentes del Consejo caducado no adopten el acuerdo de convocar la Junta o no se celebre la prevista por el artículo 55—Junta universal.

Respecto de la segunda cuestión, de si puede celebrarse la Junta con la concurrencia de un solo accionista cuyas acciones representan la mitad del capital desembolsado, la propia Ley mantiene la solución negativa, ya que claramente contempla en su artículo 48 el supuesto normal de pluralidad de accionistas, que habrán de decidir por mayoría en asuntos propios de la competencia de la Junta. Es decir, como señalan GARRIGUES y URÍA en su obra (2), la Junta es, ante todo, reunión de accionistas, y para que pueda hablarse de Junta es indispensable la simultánea presencia física de los socios, puesto que tal reunión tiene por finalidad deliberar y decidir. Además, para la válida constitución de la Junta en primera

(1) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 510, tomo I

(2) *Ob. cit.*, pág. 515

convocatoria, el artículo 51 de la Ley nos habla de la mayoría de los socios o, cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representasen la mitad del capital desembolsado, o sea, que exige con toda claridad o la mayoría o la concurrencia de socios, en ambos casos más de un socio. En segunda convocatoria dicho artículo 51 se refiere a la válida constitución de la Junta, cualquiera que sea el número de socios concurrentes a la misma. Aquí hay que hacer también la salvedad del plural utilizado por la Ley de socios concurrentes, pero queda la ligera duda de que dentro de la frase «cualquiera que sea el número» entra el uno. Pero tal solución, como indican GARRIGUES y URÍA (3), sería inadmisibles no sólo por ser conceptualmente incompatible con la idea de Junta o Asamblea, que es, por definición, reunión de varias personas, sino porque el artículo 71 exige que la Junta tenga, cuando menos, un presidente y un secretario, y si bien en el supuesto que nos ocupa existió secretario, éste no estaba dotado de la cualidad de accionista, infringiendo así el artículo 48, antes citado, que nos habla de la pluralidad de accionistas, que deciden por mayoría.

Según se desprende de las manifestaciones del secretario del Consejo de Administración de la Sociedad, únicamente son socios don José, que recurre contra la nota de calificación, y su hermano, don Ignacio, y que, además, ambos socios ostentan análoga participación en el capital social. De tal situación se derivan las siguientes consecuencias: 1.ª Prescindiendo del vicio de convocatoria antes examinado, para la adopción de acuerdos en Junta general será necesaria la presencia de ambos socios, que forzosamente habrán de adoptarlos por unanimidad, ya que si uno de ellos disiente o no concurre a la Junta, no hay posibilidad de acuerdo. 2.ª La situación social, por tanto, es anómala, dado que por ser dos el número de socios, los acuerdos no pueden tomarse por mayoría, como queda dicho, siendo de este modo inaplicables las normas contenidas en los artículos 51 y concordantes de la Ley. 3.ª A semejanza de lo que ocurre en las Sociedades Anónimas en las que todas las acciones se reúnan en manos de un solo socio, a las que alude la Exposición de Motivos de la Ley (4), será necesario regularizar la situación anómala de la Sociedad, pues mientras aquella perdure, la vida social quedará paralizada. Pese a que el grave problema planteado por las Sociedades compuestas por uno o dos socios tiene una solución aparentemente fácil—ya que no hay que olvidar las consecuencias de la declaración de simulación por los Tribunales—mediante la transmisión de acciones a testafierros, lo cual permitiría la celebración de la Junta y la adopción por mayoría de los acuerdos, resalta la insuficiencia de la Ley para la solución del problema, y ello por no haberse atrevido o no haber querido sus autores enfrentarse con la cuestión de fondo de determinar el plazo máximo en que la Sociedad anómala debe adaptarse a la normalidad, entendiendo por ésta la prevista por el artículo 10 de la Ley, que exige el mínimo legal de tres socios fundadores. La solución al problema expuesto no la ofrece, por tanto, ni la Ley de Sociedades Anónimas ni la jurisprudencia, que se refiere a límites tan vagos como el abuso del derecho y la buena

(3) *Ob cit.*, pág. 520.

(4) La concentración de todas las acciones en una sola mano no es causa de disolución de la sociedad, pues el artículo 150 de la Ley no la incluye. La Exposición de Motivos rindiendo tributo a las realidades que no pueden desconocerse, no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano. La omisión, que a muchos parecerá inexplicable, de aquella causa de disolución que a primera vista viene impuesta por la naturaleza de la sociedad como resultante de acuerdo de varias voluntades y aun por la misma estructura de un organismo que supone pluralidad de actividades no es otra cosa sino un homenaje a la sinceridad de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el Derecho legislado, y la realidad es que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, que con harta facilidad puede eludirse mediante la interposición de verdaderos testafierros, no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios.

fe. Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley habla de que la reunión de todas las acciones en una sola mano no debe producir la inmediata disolución de la Sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de socios o, lo que es igual, parece diferenciar las situaciones definitivas que provocan la disolución de la Sociedad de las transitorias que son anormales, no regulares, es decir, irregulares. Precisamente a través de esta figura de la Sociedad irregular, entendida en un sentido más amplio que el que usualmente se le concede, no de irregularidad originaria, sino de irregularidad sobrevenida—quedar reducido el número de socios a dos o a uno—, permitiría por la vía de sanción corregir numerosas situaciones anómalas al imponer al único socio o a ambos socios, respectivamente, la responsabilidad personal e ilimitada propia del empresario individual, o la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria propia de la Sociedad regular colectiva, que, a juicio de URÍA (5), es aquella en la que debe subsumirse la Sociedad irregular, por ser el tipo más próximo al de una Sociedad mercantil general.

E. F. C.

(5) Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil, 1971 *Las Sociedades y el Registro Mercantil*, pág. 189.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHEN BENÍTEZ,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE FINCA DELIMITADA, QUE ES PARTE DE OTRA MAYOR INSCRITA TODAVIA EN PROINDIVISION

(SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—En el Registro de la Propiedad consta inscrita una finca urbana a nombre de dos antiguos titulares en proindivisión y por iguales partes, don Leandro y doña Celestina, ya fallecidos. El demandante de este pleito alega ser dueño de una parte concreta y delimitada de dicha finca por traer causa de don Leandro y de otros titulares intermedios, pues aquel titular registral la vendió como mitad material no indivisa en documento privado y luego, a través de otros documentos intermedios, pasó como tal mitad material e independiente al actor, que construyó sobre la misma un edificio, cediendo el piso alto en precario a su hermano, que es uno de los demandados. Como éste se opone al desalojo, aquél le demanda solicitando se declare su derecho de propiedad sobre la planta alta y se cancele la inscripción existente en el Registro de la Propiedad en relación con la finca matriz a nombre de don Leandro.

Los demandados se oponen utilizando como principal argumento que si don Leandro era titular registral de una mitad indivisa no pudo vender una parte material sin haberse verificado la previa división y extinción de comunidad, lo que no se ha probado.

El Juzgado de Primera Instancia de Navalcarnero desestima la demanda, pero esta sentencia es revocada en parte por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que declara probada la adquisición por prescripción a favor del actor de dicha planta alta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso

interpuesto por la parte demandada, destacando que está probada la adquisición por el actor, en virtud de la prescripción, de dicha parte material de finca, y añade que «aunque se quisiera otorgar a ese documento particional de 1892, que invocan los recurrentes, la eficacia que ellos pretenden y se pudiera entender que lo que por él se adjudicó a cada uno de los dos herederos fue el derecho de propiedad ideal sobre la mitad de cada una de las moléculas que integraban aquella casa, y no una porción concreta de dicha casa, sin embargo, esa afirmación ni la contradice la sentencia recurrida ni pudo impedir que los copropietarios, por convenio expreso celebrado posteriormente, hayan puesto fin a la proindivisión adjudicándose cada uno una mitad concreta de la casa; como tampoco pudo impedirles que partiendo de la creencia de que lo adjudicado en la partición era una mitad concreta y determinada de la casa, entrasen a poseerla en concepto de propietarios exclusivos, cada uno de su mitad, y como tales hubieran dispuesto de ella; posesión y creencia que, respetadas por los interesados durante tanto tiempo, originaron situaciones jurídicas estables, que la sentencia recurrida admite y que ahora no pueden ser desconocidas unilateralmente por ninguno de dichos interesados».

COMENTARIO.—Aunque los «considerandos» de esta sentencia no contienen ninguna alusión directa al Registro de la Propiedad, a diferencia de las sentencias de instancia y apelación, que estudian el alcance de la inscripción registral, incluimos la sentencia en esta sección porque en vista de los argumentos de la parte recurrente (que se apoya en la inscripción de una escritura de adjudicación de finca por mitades indivisas) está latente en el fallo la idea del carácter declarativo de la inscripción, que domina en nuestra legislación, y es una de las razones que justifica esta sentencia, en vista de las pruebas existentes.

Por lo demás, hay que decir que ninguna particularidad ofrece la misma. No deja de ser curioso el examen imaginativo de diferentes situaciones que hace el Tribunal Supremo, con lo que trata de demostrar que fue posible la conversión de lo que antes era una parte indivisa de finca en otra material individualizada, sin que, por otro lado, tenga demasiada trascendencia, pues se señalan a modo de refuerzo de argumentación frente a un recurrente que veía imposible que de una mitad inscrita como indivisa haya podido pasarse, sin prueba documental, a una mitad ya concretada. Da la sensación como si el recurrente hubiera planteado la cuestión desde el punto de vista del principio hipotecario de tracto sucesivo, en que no es posible pretender este salto sin el documento público correspondiente. Pero ese principio hipotecario no juega, en principio, en la jurisdicción contenciosa (a no ser que se plantee el problema de la nulidad de una inscripción por falta de tracto), como viene a demostrar el Supremo en ese «considerando» de imaginación de posibilidades, sino que sólo entra en acción en el ámbito de la jurisdicción voluntaria y, concretamente, cuando se plantee la cuestión ante el Registrador de la Propiedad. Precisamente por esto es probable que el demandante, a pesar de haber obtenido sentencia favorable, no obtenga una calificación registral favorable, pues falta la intervención de los demás titulares de la finca, que registralmente figura en proindivisión y que no han intervenido en el pleito. En cambio, en la jurisdicción contenciosa, como se trata de obtener una eficacia *inter partes*, no es necesario justificar documentalmente el enlace de transmisiones.

También queremos comentar uno de los pedimentos de la demanda, no estimado por los juzgadores de instancia y apelación acertadamente. Se trata de la pretensión de obtener la cancelación de la inscripción de la mitad indivisa de don Leandro, de quien el demandante dice traer causa remota. Nosotros entendemos que no procede cancelar dicha ins-

cripción en este pleito. Cabe pensar que el demandante entendía aplicable el artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo, creyendo que ejercitaba una acción contradictoria del dominio inscrito, pues es la única forma de justificar tal solicitud. Pero aun así consideramos acertado que los juzgadores de instancia y apelación hayan pasado en silencio esa cuestión, con lo que se produce la desestimación del pedimento, pues el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sólo hay que entenderlo aplicable cuando el fallo que se pretenda obtener sea incompatible con el contenido registral, de modo que sea necesario ordenar la cancelación del asiento. Pero en el presente caso no ocurre así: es perfectamente compatible que con eficacia *erga omnes* conste inscrita en el Registro en fecha muy antigua una mitad indivisa y que la sentencia declare la propiedad de una parte material de la misma en fecha actual frente a un titular que no es el registral. Dicha sentencia no tiene por qué dar lugar a una cancelación, sino que, a lo sumo, puede dar lugar a una nueva inscripción a favor del demandante. Creo que hay que distinguir, poniendo frente a frente la titularidad registral y la que pretende el demandante, dos supuestos: en primer lugar, titularidades contradictorias por incompatibilidad simultánea, en cuyo caso se aplica el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario instar la cancelación, y titularidades compatibles, por partirse de que son sucesivas en el tiempo, en cuyo caso, como aquí ocurre, no se aplica el citado artículo (1).

DOBLE INMATRICULACION DERECHO REAL DE PASTOREO, CULTIVO, ETC. INVIABILIDAD EN CASACION CIVIL DE LA INFRACCIÓN DE DISPOSICIONES Y REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS
(SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Don Joaquín S. S. inscribió a su nombre el pleno dominio de una finca que se formó por agrupación de otras dos, con la superficie total de 1.032 metros cuadrados, cuyos linderos por la derecha, izquierda y fondo daban con propiedad comunal del Ayuntamiento de C. Sobre esta propiedad comunal constaba inscrito en el Registro un derecho real de labrar, pastorear, hacer leña, esparto, cal y arena a favor de los vecinos de tres pueblos. Ante la pasividad o conformidad del Ayuntamiento de C., propietario de ese terreno comunal, algunos de los titulares del citado derecho real interponen demanda contra don Joaquín S. S. y dicho Ayuntamiento, entendiendo que la finca agrupada es parte, en cuanto a la superficie de 632 metros cuadrados, de la finca colindante inscrita a favor del Ayuntamiento demandado, y por ello debe soportar también el derecho real que ostentan los vecinos, solicitando los demandantes se ordene inscribir su derecho sobre la finca de don Joaquín S. S.

El Juzgado de Primera Instancia de Tudela desestima la demanda, sin entrar en el fondo del asunto, por falta de legitimación activa de los acto-

(1) Esta distinción la hacemos únicamente a efectos de la aplicación del párrafo 2º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. A otros efectos, como, por ejemplo, a propósito del expediente de dominio de readjudación de tracto, la Ley utiliza otro criterio, pues considera titularidades contradictorias las que constan inscritas en fecha anterior (art. 702 de la Ley Hipotecaria), disponiendo su cancelación (art. 286 del Reglamento Hipotecario), lo cual parece justificado si se tiene en cuenta el último párrafo del artículo 285 del Reglamento Hipotecario, pues el expediente de dominio no tiene por objeto acreditar que la adquisición del que lo promueve proviene del titular registral. Y como el Juez del expediente y el Registrador se centran en el principio de tracto sucesivo (a diferencia del Juez de la jurisdicción contenciosa, que se centra en el principio de legitimación) para evitar dar un salto en el vacío, se entiende que es contradictoria la titularidad anterior y se dispone la cancelación de la inscripción. (Creo que debería limitarse a cancelarla parcialmente en cuanto a la titularidad.) No obstante, Roca Sastre alude a la "falsa teoría de las cancelaciones" (tomo III, pág. 371). CAMY también critica la cancelación (tomo VI, pág. 737).

res; pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona revoca este fallo, estimando la demanda y ordenando la inscripción solicitada.

Don Joaquín S. S. interpone recurso de casación por error de hecho y por violación del artículo 371 de la Ley de Régimen Local, en relación con el artículo 69 y otros del Reglamento de Administración Municipal de Navarra de 3 de febrero de 1928.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso, reiterando la doctrina jurisprudencial consistente en «que los preceptos de carácter administrativo, como son los que se mencionan, no son invocables para fundar en ellos la casación civil, pues el recurso debe referirse a su materia propia, que son las normas de Derecho privado, y no a preceptos de carácter administrativo municipal, en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina, como tampoco tienen viabilidad para la casación civil los preceptos reglamentarios de aquella índole, y así vienen a propugnarlo, entre otras que pudieran citarse, las sentencias de 25 de marzo de 1940, 7 de mayo de 1955 y 9 de diciembre de 1939».

COMENTARIO.—Dejando aparte la doctrina de la sentencia, que no entra en el fondo del asunto, hemos incluido esta sentencia en la Sección de Registro de la Propiedad por las peculiaridades del caso debatido. Los titulares de un derecho real inscrito sobre una finca propiedad comunal de un Ayuntamiento pretenden que se inscriba también ese derecho sobre otra finca posteriormente inscrita, que se identifica, en parte, con la citada propiedad comunal. Original y práctica esta manera de defenderse los titulares de un derecho real ante una doble inmatriculación ya consumada. A los perjuicios que esta situación puede acarrear a los propietarios respectivos hay que añadir, por tanto, los que puede ocasionar a los titulares de derechos reales, por la pasividad y conformidad de los propietarios. En casos como éste o se pretende la cancelación de la inscripción de la finca erróneamente inmatriculada, cuya legitimación corresponde a los propietarios de las fincas en cuestión, o partiendo del hecho consumado de la doble inmatriculación, y ante la impotencia para destruirla, se pretende seguir el juego de la misma, trasladando las titularidades de derechos reales inscritos sobre una de las fincas al folio de la otra. Esta última es la pretensión de los actores, que tienen legitimación para ello, a diferencia de la primera posibilidad mencionada. Con ello, los titulares del derecho real obtendrán un «parche» en ese lunar que para el Registro supone la doble inmatriculación. Pero por lo demás, ahí quedará esa anómala y «volcánica» situación, con posibilidad de encender nuevos pleitos en el futuro, y todo por no haberse podido identificar las fincas a la hora de inscribirlas, aunque ello es explicable dada la penuria de elementos de calificación (1).

Hay que destacar también que en trámite de ejecución de esta sentencia es muy probable que se dé también alguna peculiaridad en relación con el Registro de la Propiedad, pues aunque la demanda y la sentencia de la Audiencia no acaban de ser muy precisas respecto a la inscripción que se ordena, parece que sólo ha de afectar a 632 metros cuadrados de la finca, no a la totalidad, pues así se desprende del contenido del fallo. Y si ello es así, se precisará realizar una previa segregación no prevista en la sentencia con el único fin de poder inscribir el derecho real en cuestión, pues no cabe la inscripción de derechos sobre parte de una finca sin que se concrete e individualice esa parte mediante

(1) He insistido en esto alguna vez (R C D J, núm. 493, pág. 1361). Ahora quiero añadir que la importante Resolución de la D. G. R. N. de 23 de mayo de 1944 admite como elemento de calificación el plano del Catastro parcelario, lo cual refuerza la opinión que mantuvimos al comentar el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1972 (ver lugar citado). Con tal elemento, puede disminuir la frecuencia de la doble inmatriculación.

la segregación correspondiente, según exige el principio hipotecario de especialidad. Aunque no se recoge en la demanda ni en la sentencia esta operación registral, creo que cabe decidirla en trámites de ejecución de sentencia, pues es requisito indispensable para la realización del fallo y para la inscripción ordenada. Pero esto se presta a discusión y hubiera sido más acertado haberlo previsto en la sentencia expresamente.

ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD DE FINCA. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—El Ayuntamiento de V. de G. ejercita la acción reivindicatoria contra varios demandados que habían inmatriculado, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una serie de fincas y excesos de cabida de otras, que en realidad eran parte de una finca inscrita a nombre del Ayuntamiento.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza estimó la demanda sólo en cuanto a una de las fincas, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revoca esta sentencia estimando la demanda en cuanto a las nueve fincas objeto de discusión.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, que se centran en no haberse probado el requisito de identidad de las fincas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, pues no se combate el hecho afirmado por el Tribunal sentenciador referente a la identificación de las fincas litigiosas por la vía adecuada del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, porque ni el edicto del Registrador de la Propiedad ni la certificación de amillaramiento demuestran de modo patente, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas, cual exige la doctrina de esta Sala, el hecho contrario al afirmado por el juzgador, y porque no puede considerarse infringida la doctrina legal de los actos propios, como pretende el recurrente, calificando como tal la certificación expedida por el secretario del Ayuntamiento respecto al amillaramiento, ya que es patente que ese documento no puede conceptuarse como acto propio de la entidad demandante y, en todo caso, la sentencia recurrida afirma, como hecho imbatido, que nada demuestra que la referida certificación de amillaramiento se refiera a las fincas objeto del litigio, siendo por todo ello inaplicable la doctrina de los actos propios en que el recurrente se funda.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA. PRESCRIPCION ADQUISITIVA. INFORMACION POSESORIA. MONTE CATALOGADO. INSCRIPCION CONFORME A LOS ARTICULOS 205 Y 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. IDENTIFICACION DE FINCA: EL ELEMENTO CABIDA NO ES ESENCIAL. LOS LINDEROS SON ESENCIALMENTE MUTABLES. EL DE-RECHO LLAMADO DE «QUINTOS» ES PERSONAL (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Doña María B. O. demandó en juicio de mayor cuantía al Ayuntamiento de la villa de Garafía y al Estado. Alegó que era dueña en pleno dominio de una finca rústica, trozo de tierra de secano de pan

sembrar, árboles, viñas y pastos, en el término municipal de Garafía, isla de San Miguel de la Palma, provincia de Santa Cruz de Tenerife, en la lomada de las Tricias y punto «Revolcadero», que mide 7 hectáreas o 13 fanegas, 2 celemines y 3 brazas, según antigua medición, y conforme a otras practicadas recientemente, 18 hectáreas, 97 áreas y 80 centiáreas, y linda... Contiene una bodega, pajeros y aljibe. Que la adquirió mediante adjudicación a su favor en las operaciones particionales de bienes al fallecimiento de su madre, doña Antonia Ortega Ramos, protocolizadas por escritura otorgada en Santa Cruz de la Palma el 28 de enero de 1961.

Su causante adquirió la referida finca por herencia de sus padres, don José Domingo Ortega Rodríguez y doña Concepción Ramos Díaz, fallecidos hace más de cincuenta años, y, a su vez, el señor Ortega Rodríguez la adquirió por título de compraventa a don Jerónimo Rodríguez y otros y por el de permuta desde hace más de noventa años. Que la titularidad del dominio por parte de don José Domingo Ortega Rodríguez respecto del inmueble de referencia y la pública, quieta, pacífica e ininterrumpida posesión del mismo por dicho señor en concepto de dueño fueron justificadas en expediente posesorio instruido a su instancia por el Juez de la villa de Garafía, en cuyo expediente recayó auto aprobatorio con fecha 27 de mayo de 1882. Que merecen especial atención de las actuaciones obrantes en el citado expediente posesorio y a los fines de la presente reclamación, las siguientes: 1. Encabeza dicho expediente instancia suscrita por el solicitante, señor Ortega Rodríguez, y dirigida al «señor Alcalde constitucional» interesando del mismo la expedición, a continuación de tal solicitud, de la certificación ordenada por la Ley de 17 de julio de 1887, a lo cual se accede por la referida autoridad municipal, en los términos que por su excepcional trascendencia e interés transcribo literalmente: «Dése la certificación que se solicita, de conformidad con lo que dispone el artículo 6.º de la Ley de 17 de julio de 1887. Garafía, a 20 de mayo de 1882. El Alcalde.» Hay un sello en tinta de la Alcaldía constitucional de Garafía (La Palma). «Don Domingo García Medina, Alcalde constitucional del pueblo de Garafía, en La Palma, certifico: Que examinadas las cédulas, declaraciones de riqueza presentadas para la rectificación general de amillaramiento y rectificaciones anuales respectivas al mismo, resulta que las fincas anteriormente deslindadas figuran a nombre de don José Domingo Ortega Rodríguez, quien ha satisfecho hasta el presente, a título de dueño, las contribuciones que le han correspondido por el consabido concepto. Y para que conste, y refiriéndose a los documentos expresados, extiendo la presente, que no firmo por no saber, haciéndolo, sí, con la señal de la cruz en unión de los señores síndicos y secretario de este Ayuntamiento, en el pueblo de Garafía, a 27 de mayo de 1882. Que acordada la notificación de la incoación del expediente al Alcalde y regidor síndico para que manifieste lo que al derecho del Ayuntamiento conduzca», tal diligencia se practica a tenor literal siguiente: «Otra. Acto continuo hice la misma notificación, también por lectura y copia de la providencia anterior, a los señores Alcalde presidente, don Domingo García Medina, y regidor síndico, don Antonio Rodríguez Rodríguez, y enterado por mí el secretario de lo que a ellos incumbe saber en orden a los particulares que contiene el escrito anterior, dijeron que en nombre y representación de la Corporación Municipal de este pueblo nada tienen que oponer a la solicitud del interesado, don José Domingo Ortega, pues en ella se dice la verdad, en nada perjudica a los intereses de este municipio y la información en el Registro solicitada es muy ajustada. No firma el señor Alcalde, por expresar no saber, haciéndolo, sí, el señor regidor síndico. Que la adquisición por orden de don José Domingo Ortega Rodríguez de la finca en cuestión se llevó a efecto, en-

contrándose la misma sujeta a la carga de pagar la quinta parte de sus frutos al Ayuntamiento de esta villa de Garafía, según expresó dicho señor en el particular tercero de su escrito, promoviendo el expediente posesorio de que se ha hecho méritos; mas por virtud de escritura pública autorizada en Santa Cruz de Tenerife, con fecha 5 de octubre de 1893, por el Notario que fue de dicha capital don Rafael Calzadilla, bajo el número 349 de protocolo, 'el señor don Domingo Martínez Navarro, en concepto de Juez de Primera Instancia en esta ciudad y su Partido, usando de las facultades de que se halla investido, otorga que da por redimido el censo de 37,50 pesetas, importe de la quinta parte de las rentas de la finca deslindada a favor de don José Domingo Ortega y Rodríguez y quien del mismo haya legítima causa de suceder la expresada finca, quedando, por consiguiente, libre de la expresada carga y canceladas y sin valor ni efecto las escrituras de imposición y reconocimiento de este contrato en sus respectivos casos'. Por su parte, don José Domingo Ortega y Rodríguez, dueño de la finca librada del censo, acepta la redención de los términos que le ha sido concedida.» Que previamente a la celebración de la escritura pública de redención, anteriormente aludida, fue instruido el oportuno expediente gubernativo por la Delegación Provincial de Hacienda, en el que el señor Ortega Rodríguez verificó el pago correspondiente a dicha redención, según resulta de las cartas de pago que figuran testimoniadas literalmente en el particular segundo de la repetida escritura pública, como antecedente de su otorgamiento, y aparece también consignado al folio 109 y vuelta del Libro de Registro de Entrada de Caudales, que se custodia en el archivo de la Delegación de Hacienda de Santa Cruz de Tenerife con el número 1.741. Que presentado el expediente posesorio a que se refiere el extremo de este escrito para la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma, el funcionario titular del mismo, con fecha 6 de julio de 1882, practicó, asimismo, al tomo 142 del archivo, libro III del Ayuntamiento de Garafía, folio 232, anotación letra A de la finca número 91, del que resulta literalmente, con respecto al inmueble a que se contrae la presente demanda, lo siguiente: «En su virtud, no habiendo podido examinar la antigua Contaduría de Hipoteca, por no estar terminados los índices, para consignar las cargas reales que puedan gravar dicha finca y ver si entre sus asientos obra alguno que esté en contradicción con lo relacionado, aunque del moderno Registro no resultan tales cargas ni asiento contradictorio, suspendo la inscripción y tomo esta anotación preventiva a favor del repetido don José Domingo Ortega y Rodríguez, sin perjuicio de tercero que pueda tener mejor derecho a su propiedad.» Que en 29 de noviembre de 1883, y como consecuencia de la presentación de primera copia de la escritura de redención de censo, a que se ha aludido más arriba, el propio Registrador de la Propiedad, al folio 233 del mismo tomo y libro expresados, practicó asiento, del que aparece lo siguiente: «Don José Domingo Ortega y Rodríguez desea inscribir su título de redención del censo, pero no pudiendo consignar todas las obligaciones que resultan de este número por no estimar terminados los índices y no aparecer inscrito el título del significado censo en favor del Estado, suspendo la inscripción, y de la suspensión tomo esta anotación preventiva, que cancelaré de oficio si dentro del término de sesenta días no se subsana dicho defecto de falta de inscripción.» Que una y otra anotación, referidas a la finca tantas veces mencionada, fueron canceladas totalmente por caducidad el 17 de julio de 1962.

Que al propio tiempo, en la misma fecha, se practica la inscripción primera de la repetida finca objeto de la presente reclamación a favor de doña María Bravo Ortega, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la que tiene nota de publicación del edicto correspondiente. Que

la pública, quieta, pacífica e ininterrumpida posesión, en concepto de dueño, en que se encontraba don José Domingo Ortega y Rodríguez respecto de la finca de referencia fue continuada por su causahabiente y causante también, doña María Bravo Ortega, habiéndole sido reconocido públicamente el dominio de tal inmueble, sucesivamente, a todos ellos. Que, por otra parte, en el mismo Registro de la Propiedad de La Palma, libro 13 del Ayuntamiento de Garafia, tomo 454 del archivo, folio 159, se halla la inscripción primera de la finca número 603, cuyo asiento es como sigue: «Finca rústica denominada Pinar, situada en el término municipal de Garafia, está poblada de pinos, mide 3.000 hectáreas y linda ...» De la certificación expedida por el ingeniero jefe de segunda clase del Cuerpo Nacional de Montes y jefe del Distrito Forestal de Canarias, resulta que el Catálogo de los Montes y demás terrenos forestales exceptuados de la demostración por razones de utilidad pública, formado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 27 de febrero de 1897, está comprendido el de los propios de la villa de Garafia, que es la finca de este número. En su virtud, habiendo examinado el Registro y no hallándose en él asiento alguno que esté en contradicción con lo relacionado inscribo dicha finca a favor de los referidos propios de la villa de Garafia, sin perjuicio de tercero que pueda tener mejor derecho de su propiedad. Que, a su vez, la finca deslindada en el apartado precedente figura incluida bajo el número 1 de orden del epígrafe Propiedades y Derechos: I) Inmueble. En el activo del libro de inventarios del Ayuntamiento de la villa de Garafia y bajo el número 26 de Santa Cruz de Tenerife. Con ocasión de instar doña María Bravo Ortega la inscripción a su favor de la finca descrita en el hecho primero de esta demanda y precisamente como consecuencia de la publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de la villa de Garafia del edicto preceptivo, con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por dicha Corporación Municipal, representada por su Alcalde presidente, se formuló demanda de conciliación en Santa Cruz de la Palma el 9 de julio de 1962, y dirigida contra aquélla, de sus hermanas doña Juana y doña Concepción Bravo Ortega, interesando de las mismas se aviniesen a reconocer que la finca de referencia «pertenece a los propios del Ilustrísimo Ayuntamiento que represente en pleno dominio». Se celebró el acto de conciliación interesado el día 16 inmediatamente seguido, sin que, naturalmente, se produjese avenencia. Que el hecho a que se refiere el extremo que antecede y otros posteriores, tales como la intromisión de operarios a las órdenes del Ayuntamiento de Garafia para la construcción de una finca forestal dentro de los límites de la finca aludida, dio lugar a que la demandante requiriese por vía notarial, con fecha 20 de marzo de 1963, a la expresada Corporación Municipal, en orden a que por la misma se reconociese su referida titularidad dominical, libre de toda carga, gravamen, limitación de servidumbre, y se abstuviese de la ocupación que venía efectuando en la ejecución material de los trabajos para la construcción de la citada finca, requerimiento que fue contestado al siguiente día en el sentido de que la finca cuyo dominio se atribuía se encuentra enclavada dentro de la zona de «quintos», teniendo únicamente la demandante en concepto de poseedora de tales terrenos en la forma indicada en el hecho anterior del presente escrito.

Después de otras reclamaciones se interpuso demanda, en la que se pidió se declarase: A) Que la demandante, doña María Bravo Ortega, es la única legítima propietaria y poseedora registral y real de la finca denominada «El Revolcadero», descrita en el extremo primero de la demanda. B) Que dicha finca se encuentra absolutamente libre de toda carga, gravamen, servidumbre o limitación en favor del Ayuntamiento de la villa de Garafia, el cual carece, por consiguiente, de derecho alguno

al aprovechamiento total ni parcial de los frutos producidos en la misma. C) Que, por tanto, la referida finca denominada «El Revolcadero» no pertenece ni se halla comprendida dentro de los límites del monte público «El Pinar» de los propios del Ayuntamiento de la villa de Garafia. D) En consecuencia de las anteriores declaraciones se ordena la inclusión de la referida finca del Catálogo de Montes de Utilidad Pública de esta provincia, en el cual figura incluida como formando parte del citado monte público «El Pinar», perteneciente al Ayuntamiento de la villa de Garafia, apareciendo catalogado bajo el número 26; también la exclusión de la misma del inventario de bienes de la mencionada Corporación Municipal, donde aparece inventariada como formando parte del propio monte público «El Pinar» con el número 1 de orden en el epígrafe «Propiedad y Derechos»: 1) Inmuebles; la cancelación parcial de la inscripción registral de la finca «El Pinar», a que se alude en el extremo o hecho séptimo de esta demanda, por reducción de dicho inmueble al excluirse la finca «El Revolcadero», a cuya inscripción hace referencia el extremo quinto, y se condene a la Administración del Estado y al Ayuntamiento de Garafia a abstenerse de adoptar toda clase de acuerdos y de ejecutar actos de toda índole por los que de cualquier modo se desconozcan o perturben los legítimos derechos de dominio, que con carácter exclusivo corresponden a la demandante, doña María Bravo Ortega, sobre la expresada finca «El Revolcadero»; todo ello con expresa imposición de las costas procesales a las entidades. La oposición a la demanda se basó principalmente en que al practicarse la división administrativa de la isla de San Miguel de la Palma, mediante Decreto de 28 de marzo de 1846, se adjudicó al recién creado Ayuntamiento de la villa de Garafia el monte público denominado «El Pinar». Dicho bien fue inscrito en el Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma, donde figura, el día 20 de abril de 1911, como finca número 603, al folio 159, libro 13 del Ayuntamiento de Garafia, tomo 454. Igualmente, el referido monte está incluido con el número 26 en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de esta provincia, siempre a nombre del Ayuntamiento de Garafia. Que por Orden Ministerial se deslindó el referido monte público, reconociéndose la propiedad del mismo en favor del Ayuntamiento de Garafia, excepto lo referente a una propiedad de don José María Pérez. Aunque el padre de la actora, don Francisco Bravo Carpintero, había presentado escrito de reclamación contra el deslinde alegando la propiedad de la finca «El Revolcadero», fue desestimada su reclamación en la citada Orden Ministerial de 28 de febrero de 1935; la cual Orden Ministerial le fue notificada sin que reclamase nada contra la misma. Durante los años 1947 a 1955 (entre otros) algunos empleados de doña María Bravo Ortega (o sus causantes) cometieron diversas infracciones de la Ley de Montes dentro de la finca llamada «El Revolcadero», en el monte del Ayuntamiento de Garafia «El Pinar», imponiéndoseles por el Distrito Forestal de aquella provincia las correspondientes sanciones, que fueron hechas efectivas, y de las que se dedujo la parte que reglamentariamente corresponde al propietario, percibiéndola el Ayuntamiento de Garafia, sin que doña María Bravo se opusiese a ello ni reclamase, antes, por el contrario, consintiendo las sanciones y el pago de la indemnización, en cuanto a propietario, al Ayuntamiento de Garafia. Habiéndose solicitado por doña María Bravo Ortega el aprovechamiento forestal de la finca «El Revolcadero», en el monte «El Pinar», el señor ingeniero jefe del Distrito Forestal declaró la improcedencia de la referida solicitud, por estar dicha finca en la zona de «quintos» del monte público número 26 del Catálogo de los de esta provincia perteneciente a los propios de Garafia; resolución que fue notificada a la actora, quien la consintió dejándola firme. El propio municipio desde 1961 ha subastado el aprovechamiento forestal de la parte

del monte donde están los posesos de doña María Bravo Ortega, sin que la misma se haya opuesto a la adjudicación provisional ni a la definitiva. Mediante la certificación número 10, segunda parte, se prueba que el municipio hasta 1961 subastó la cobranza de la parte de doña María Bravo Ortega, sin que la misma formulase reclamación ni los adjudicatarios de la recaudación protestaron que la misma se había negado a pagar; establecido recientemente el sistema de cobranza directamente aparece doña María Bravo Ortega en descubierto, habiéndosele formulado la oportuna reclamación o intimación de pago el Ayuntamiento, mediante acto de conciliación celebrado el 16 de julio de 1962, ante el Juzgado Comarcal de Santa Cruz de la Palma; en el mismo acto de conciliación requirió el municipio a la actora para que cancelase la inscripción registral a favor de doña María Bravo Ortega de la finca «El Revolcadero». Niega que la actora haya identificado la finca, cuya declaración de dominio insta, que en los documentos aportados figura unas veces con unos linderos, con distintos otros, la cabida se aumenta arbitrariamente y no se ha deslindado previamente. De todo lo expuesto por la actora exclusivamente queda constancia de estar enclavada la finca dentro del monte de utilidad pública «El Pinar», catalogado con el número 26 de esta provincia, inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del Ayuntamiento de Garafia.

El Ayuntamiento formuló reconvencción alegando prescripción a su favor y solicitando la cancelación de los asientos extendidos a favor de la actora.

La sentencia de Primera Instancia resolvió: Que doña María Bravo Ortega es la única legítima propietaria de la finca denominada «El Revolcadero», constitutiva de la parcela catastral número 384, del polígono número 1, del término municipal de Garafia; que dicha finca se encuentra absolutamente libre de toda carga, gravamen, servidumbre o limitación en favor del Ilustrísimo Ayuntamiento de Garafia, el cual carece, por consiguiente, de derecho alguno al aprovechamiento total ni parcial de los frutos producidos en la misma; que, por tanto, la referida finca denominada «El Revolcadero» no pertenece ni se hallaba comprendida dentro de los límites del monte público «El Pinar», de los propios del Ayuntamiento de Garafia. En su consecuencia, ordenó lo siguiente: 1.º La exclusión de la repetida finca del Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Santa Cruz de Tenerife. 2.º La exclusión de la misma finca del inventario de bienes de la mencionada Corporación Municipal. 3.º La cancelación parcial de la inscripción registral de la finca «El Pinar», por reducción de dicho inmueble al excluirse la finca «El Revolcadero». Condenó a la Administración del Estado y al Ayuntamiento demandado a abstenerse de adoptar toda clase de acuerdos y ejecutar actos de toda índole por los que de cualquier modo se desconozcan o perturben los legítimos derechos de dominio y posesión que con carácter exclusivo corresponden a doña María Bravo Ortega sobre la finca «El Revolcadero», y desestimando la reconvencción ejercitada por el Ayuntamiento de Garafia absuelve de la misma a la actora, sin expresa condena de costas en cuanto a la demanda y reconvencción.

Esta sentencia fue confirmada en apelación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Se basó en la siguiente *doctrina*:

Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida, señalando como documentos que lo acreditan determinadas certificaciones que cita expedidas por el secretario del Ayuntamiento de Garafia, por el Registrador de la Propiedad y por las Jefaturas de Montes y del Distrito Forestal, y cómo tales documentos, por su carácter administra-

tivo, carecen de la cualidad de auténticos y vinculantes para las partes a efectos de casación, conforme a la constante y reiterada doctrina jurisprudencial; no puede prosperar el motivo, máxime que fueron ya examinados y valorados por las resoluciones de Instancia.

Considerando que el segundo de los motivos, encauzado procesalmente por el número 1.º de dicho artículo 1.692, denuncia la no aplicación en la resolución combatida de la regla 4.ª del artículo 398 de la Ley Hipotecaria de 1881, con la modificación verificada por el artículo 6.º de la Ley de 17 de julio de 1887, y la regla 3.ª del artículo 393 de la Ley Hipotecaria de 1909, para impugnar la información posesoria que sobre la finca debatida logró en 1882 el causante de la demanda, don Domingo Ortega, fundado en la rapidez con que se tramitó y por defectos de falta de la firma del Alcalde de la localidad, que lo hizo con una cruz en vez de firmar uno de los ediles, y otros defectos de forma; motivo que tampoco puede prosperar en tanto en cuanto no se solicita expresamente que se declare la nulidad de tal expediente, que mientras no se logre debe subsistir, como lo demuestra su acceso al Registro por medio de anotación, aunque no lograra la inscripción por no estar terminados en el distrito los índices de los antiguos Registros de Hipotecas, porque en tal expediente fue oído el propio Ayuntamiento recurrente, quien certificó que nada tenía que objetar y estaba conforme con su aprobación y, sobre todo, porque la sentencia recurrida se basa en la prescripción adquisitiva de la finca a favor de la actora, cuya posesión hace arrancar de tal información posesoria, cuya realidad se deduce de su contenido, cualquiera que sean los defectos de su tramitación.

Considerando que, por las propias razones del anterior, parece el tercero de los motivos articulados con la misma sustentación procesal y en que se alega la aplicación indebida del artículo 1.605, siguientes y concordantes del Código Civil, para impugnar la escritura pública de 5 de octubre de 1883, otorgada por el Juez de Primera Instancia, sobre redención del censo que gravaba la finca en cuestión, ya que no se pide expresamente tal nulidad, y aun cuando la sentencia recurrida, demostrando así su independencia y objetividad, reconozca que no se conoce el origen legal ni consuetudinario del censo, que se redimió y presentó al Registro de la Propiedad, logrando anotación que persistió hasta el año 1962, en que se canceló a instancia del recurrente, que inscribió al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; es lo cierto que fuera un censo o institución similar o aunque tuviera su origen en la llamada de «quintos», desde el año 1882 viene poseyéndola quieta, pacíficamente y en concepto de dueño la actora y sus causantes, con el consenso y expresada conformidad del municipio recurrente, y tenía lograda la usucapión en el año 1962, en que inscribió su dominio el Ayuntamiento, que por actos propios reconoció tal posesión en el expediente de información posesoria.

Considerando que el cuarto motivo del recurso, por el número 3.º del artículo 1.692, con alegada violación del artículo 359 de la misma Ley de Ritos, denuncia la incongruencia de la sentencia por no resolver la excepción de falta de reclamación previa en la vía administrativa alegada oportunamente, si bien se trata de ella en los fundamentos de la de primer grado, pero que no aparecen aceptados por la Audiencia, y como quiera que ambas resoluciones entran a conocer y resolver sobre el fondo del asunto, es visto que implícitamente rechazan la excepción y no puede prosperar el motivo.

Considerando que el motivo quinto, por el número 1.º del artículo 1.692, tantas veces citado, alega la interpretación errónea del artículo 376 de la Ley de Régimen Local, número segundo del artículo 55 del Reglamento de la Ley de Montes y la inaplicación del número 1.º del artículo 4, párrafo 2.º del artículo 11 de la Ley de Montes de 8 de julio de 1957 y artícu-

los 57, 58, 59 y siguientes y concordantes de su Reglamento de 22 de febrero de 1962, por entender que por tratarse de un monte catalogado a favor de Entidades Locales se precisan dos reclamaciones previas en vía administrativa; motivo que decae con sólo tener en cuenta que la Ley de Régimen Local es de carácter general y las otras son especiales para los casos que regulan y deben excluir a los principios generales, máxime si se tiene en cuenta, aparte de que las disposiciones aducidas tienen carácter administrativo no adecuado para casación en el fondo; que al presente proceso precedió una reclamación previa en la vía gubernativa, un acto de conciliación y otro juicio de mayor cuantía, en que se aceptó la excepción de incompetencia por razón del territorio sin entrar en el fondo del asunto, lo que demuestra palmariamente el conocimiento por ambas partes de las pretensiones de cada una de ellas, objeto esencial tanto de la previa reclamación en la vía administrativa como del acto conciliatorio, que ha quedado sobradamente cumplido.

Considerando que otra de las excepciones alegadas era la de falta de legitimación activa de la demandante, por no acreditar por medio de la oportuna partición y adjudicación de bienes hereditarios la propiedad por sucesión de la finca debatida, implícitamente desestimada en la sentencia impugnada, que se combate en el sexto motivo del recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1.692, alegando la interpretación errónea del artículo 1.068 del Código Civil, y como quiera que conforme a su artículo 1.058 pueden los herederos distribuir la herencia y consta que los coherederos en escritura de mandato reconocieron la propiedad de la finca a favor de la actora—folio 22 y siguientes—, y en otra de aprobación y protocolización de las operaciones particionales fechada el 28 de enero de 1961, ante el Notario de Santa Cruz de la Palma, que obra al folio 32 y siguientes de los autos, se acredita la partición de la herencia y se adjudica a la demandante la finca de autos; aparece indudable que no se ha cometido la infracción alegada y perece así bien este motivo.

Considerando que el motivo séptimo, por igual cauce que el anterior, alega la inaplicación en la sentencia del párrafo 1.º del artículo 17, párrafo 1.º del artículo 20 y del 33 de la Ley Hipotecaria y de los 21, 22 y 23 de su Reglamento, del artículo 15 de la Ley de Montes y 127, 128, 129, 130 y 132 de su Reglamento, basándose para ello en que se anuló la anotación preventiva a favor de la actora hecha en 1883, al inscribir su dominio por el cauce poco convincente de los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria en el año 1962, y como quiera que ya entonces la demandante había conseguido el dominio por usucapión, su acción no daña la posesión que la Ley reconoce al titular inscrito, que no ha logrado la prescripción adquisitiva a su favor y el motivo carece de viabilidad.

Considerando que el octavo motivo, por la vía del número 7.º del artículo 1.692, denuncia el error de hecho en la apreciación de las pruebas para impugnar la identificación de la finca en cuanto a su cabida y linderos con la reclamada en la demanda, señalando como documentos que lo acreditan el expediente posesorio, la escritura de redención del censo, la certificación del secretario general del Consejo Superior de Montes y la escritura de protocolización de operaciones particionales ya citados y estudiados anteriormente, y como constante a la constante jurisprudencia de esta Sala, la determinación del requisito de identificación de la finca corresponde a la Sala de Instancia y de los documentos aducidos no se desprende que tal determinación sea absurda o desorbitada, pues los elementos de cabida no son esenciales, y los de linderos, son esencialmente mutables; debe prevalecer el criterio de la Audiencia y no puede prosperar el motivo; decaimiento que presupuesta, además, los razonamientos, que desestiman los motivos segundo y tercero, acarrear la improsperabilidad del motivo noveno, que por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 denuncia la interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 348

del Código Civil, siguientes y concordantes, y doctrina de las sentencias de este Tribunal que cita, al faltarle la sustentación fáctica en que se apoya.

Considerando que el motivo décimo, por el mismo cauce que el anterior, denuncia la aplicación indebida en la sentencia de los artículos 1.941, 1.959, siguientes y concordantes del Código Civil, por entender el recurrente que la prescripción convalida derechos reales, y como en el llamado de «quintos» es derecho personal y los beneficiarios disfrutan de las fincas como aparceros o arrendatarios, no se da la posesión a título de dueño, quieta y pacífica, y dado que, como queda demostrado anteriormente, lo que se ejercita es una acción real reivindicatoria y aparece probado que la actora y sus causantes poseyeron a título de dueños, sin pagar renta ni merced alguna al recurrente por mucho más de treinta años; tampoco puede prosperar este motivo.

Considerando que, por último, se formaliza el motivo undécimo, con base en el número 4.º del artículo 1.692, por entender que el fallo impugnado contiene disposiciones contradictorias; motivo que decae con sólo tener en cuenta que no se alega la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ni siquiera es citado, requisito imprescindible conforme a la constante doctrina jurisprudencial basada en el carácter eminentemente formal de recurso, que perece en su totalidad.

Considerando que constituido *ad cautelam* depósito de 3.000 pesetas por el Avuntamiento recurrente, procede acordar su devolución, de conformidad a lo dispuesto en el número 4.º del artículo 671 de la Ley de Régimen Local de 24 de julio de 1955 y sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 1963, accediendo a lo solicitado en el otrosí del escrito de formalización del recurso.

B. M. B.

III. CONTRATOS

RECLAMACION DE CANTIDAD EN ACCIDENTE CAUSADO POR UN ANIMAL PROPIEDAD DEL DEMANDADO. RESPONSABILIDAD DEL POSEEDOR DEL ANIMAL QUE CAUSE EL DAÑO. CARACTER OBJETIVO DE ESTA RESPONSABILIDAD, QUE SE EXTIENDE A LOS PERJUICIOS QUE CAUSARE EL ANIMAL. PRUEBA DEL NEXO CAUSAL CORRESPONDIENTE Y EXCEPCIONES A TAL RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1972).

Considerando que el primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1.905 del Código Civil, por errónea interpretación, así como de la doctrina legal que lo aplica, contenida en las sentencias de 19 de octubre de 1909, 22 de diciembre de 1952 y 3 de mayo de 1957. Que dicho artículo prescribe taxativamente que «el poseedor de un animal o el que se sirva de él es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiere sufrido»; del transcrito precepto se infiere: 1.º, que el sujeto de la responsabilidad civil que en él se establece es el poseedor de un animal o el que se sirva de él; la Ley no se refiere al «dueño», pero habrá que entender que el mismo es responsable, salvo que exista algún estado de posesión o servicio del animal. pendiente o no de aquella voluntad, en cuyo caso cesará su responsabilidad para pasar a quien de hecho sea el encargado de la custodia del animal; 2.º, la Ley no exige en el dueño, poseedor o usuario

del animal ninguna culpa o falta de diligencia ..., puesto que dice claramente «aunque se le escape o extravíe», es un caso de responsabilidad totalmente objetiva; 3.º, igualmente, la Ley sólo se refiere a «los perjuicios que causare», sin precisar la índole de los mismos ni exigir que sean una consecuencia del estado de peligrosidad del semoviente, productor del daño, y 4.º, que el reclamante del daño debe probar éste, el nexo causal y que el animal lo posee el demandado; a éste le incumbirá la prueba de las correspondientes excepciones, esto es, de la fuerza mayor o de la culpa del que lo hubiere sufrido.

Considerando que tal es el sentido de la jurisprudencia al declarar que el artículo 1.905 no consiente otra interpretación que la clara y evidente que se deriva de sus términos, bastando, según el mismo, que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad del dueño, poseedor o usuario, aun no imputándose a éste ninguna clase de culpa o negligencia, habida cuenta, sin duda, por el legislador de que tales conceptos son suficientes para que arrastre las consecuencias, favorables o adversas, de esta clase de propiedad o posesión, salvo las dos únicas excepciones contenidas en dicho artículo: que haya existido en el hecho fuerza mayor o culpa del que hubiere sufrido el daño, circunstancias ambas que deberán ser probadas por quien las alegue en su descargo.

Considerando que no incluido en el texto de la Ley el requisito que las partidas consignaban, o sea, que el daño lo hicieran los animales «por su maldad o por costumbre mala que hayan», es indudable que aun ocurriendo el daño en la forma que expresa la sentencia penal (o sea, que la vaca se situó en la carretera, chocando con ella la moto en que viajaban, de noche, el propietario del vehículo y el que resultó muerto del accidente, unido a él por especiales vínculos de afecto) es procedente la indemnización a aquél por la pérdida de éste, siendo igualmente dañoso que el animal procediera por instinto a arremeter contra el vehículo o que se estableciera en la carretera de noche y que la moto colisionara contra él; de todas maneras se produjo el fatal desenlace que la sentencia declara y la responsabilidad del dueño es evidente, ya que el animal no estaba en el rodeo, sino que ocupaba de noche un sitio tan peligroso a su albedrío.

DOCUMENTO EN QUE SE PACTA LA DIVISION, POR PARTES IGUALES, DE LOS BIENES HEREDADOS DE LOS PADRES. CARACTER TRANSACCIONAL DE DICHO DOCUMENTO. REQUISITO PARA QUE DESEMPEÑE LA PRESCRIPCION DE ACCIONES (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1972).

Considerando que del estudio del documento, por el que las hermanas G. acordaron dividirse, por partes iguales, los bienes que a ambas habían correspondido en las herencias de sus padres, se desprende de un modo claro y patente que constituye un contrato de transacción, por el que ambas, deseando poner término a sus diferencias, acuerdan repartirse por partes iguales los bienes heredados, pero sin que se llegara a la constitución de una comunidad de bienes y menos una comunidad hereditaria, porque, conforme al artículo 392 del Código Civil, es necesario, para la primera, que la propiedad pertenezca proindiviso a varias personas y, para la segunda, que todos sean herederos y en el caso presente hasta que tuviera efectividad lo convenido, cosa aún no lograda pese a los numerosos litigios instados, no se constituirá la copropiedad sino en caso de adjudicarse proindiviso algún bien determinado o derecho y, en su consecuencia, la acción que compete al actor es la personal para lograr el cumplimiento de lo convenido en el contrato transaccional.

Considerando que conforme a la constante y reiterada doctrina de esta Sala—sentencias de 13 de abril de 1956 y 25 de enero de 1962, entre otras muchas—para que la prescripción de las acciones opere es preciso que se demuestre con evidencia la presunción de su abandono por el titular, siguiendo con ello el espíritu espiritualista de nuestro Código, y como quiera que del estudio de lo actuado se desprende una constante y permanente voluntad de llevar a efecto lo convenido en el contrato, a través de los varios litigios al efecto seguidos con tal fin, es evidente que no cabe presumir el abandono de la acción por su titular y que en todo caso el plazo que señala el artículo 1.964 del Código ha sido interrumpido, conforme al 1.973 del mismo cuerpo legal.

NULIDAD DE ESCRITURA Y OTROS EXTREMOS. NO SE REQUIERE LA CITACION DEL CONYUGE EN LOS PLEITOS SOBRE GANANCIALES, POR TENER EL MARIDO LAS MAS AMPLIAS FACULTADES EN LA MATERIA. SE RECONOCE ACCION PARA IR CONTRA EL ACTO SIMULADO NO SOLO A LOS HEREDEROS, SINO A LOS EXTRAÑOS, POR EL CARACTER GENERAL DE TAL ACCION. DIFERENCIA ENTRE LOS ARTICULOS 1.249 Y 1.253 DEL CODIGO CIVIL A EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1972).

Considerando que basta considerar los artículos señalados como infringidos y especialmente el 60 y el 1.413 del Código Civil, al prescribir el primero de ellos que «el marido es representante de su mujer», y el segundo, en que se le concede a la mujer en la sociedad de gananciales una intervención directa para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.; que por ello la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la materia en el sentido de no exigir la citación del cónyuge, pues, como expresa la sentencia de 8 de enero de 1968, «siendo el marido el administrador de la sociedad de gananciales, con las más amplias facultades que le están reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos en que se suscitan, en relación con los bienes gananciales, puesto que al no tener la mujer dominio ni acto ni derecho que ejercitar sobre tales bienes, no tiene que ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderlos éste defiende, a la vez, a aquélla.

Considerando que la jurisprudencia reconoce acción para ir contra el acto simulado no sólo a los herederos, sino a personas extrañas al mismo, por el carácter general de la acción; entre sus resoluciones baste citar la sentencia de 3 de abril de 1962, en que se dice que el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante; al reducirse el negocio afecto a ese vicio a una mera apariencia, le priva de todos sus efectos y obsta a la posibilidad de su confirmación, pues si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada a la sucesión, al expreso llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria resulta evidente que pueden ejercitar las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende al conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius*, que no se extinguen con su muerte, según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, como lo expresa el artículo 661 del propio Código Civil.

Considerando que es doctrina reiteradísima de esta Sala la que puntualiza que el artículo 1.249 del Código Civil sólo se refiere al hecho o hechos base de la presunción y requiere que su infracción se denuncie por el número 7.º del artículo 1.692, al paso que el artículo 1.253, por

referirse al enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho demostrado... y aquel que se trata de deducir, requiere la cita expresa de tal artículo, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley rrituaria, no pudiendo incluirse los dos artículos bajo el mismo número.

Considerando que la «causa» del contrato consta expresamente en la escritura, como precio recibido ya y confesada su recepción en la misma; es cierto que así figura en la escritura, pero ello no impide, conforme al artículo 1.218 del Código Civil, que tal extremo pueda discutirse dentro del pleito, ya que la escritura pública sólo protege la manifestación notarial del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

EL TEMA DE TODO EL PLEITO, ASI COMO DEL RECURSO, ES EL DE DETERMINAR SI LOS CONTRATOS SUSCRITOS ENTRE LAS PARTES RESPONDEN A LA CAUSA EN ELLOS EXPRESADA, O SI DISIMULANDO LA CAUSA VERDADERA RESPONDEN, EN SU CONJUNTO, A LA REALIDAD DE UN PRESTAMO Y DE SUS GARANTIAS, ENCUBIERTO BAJO LAS APARIENCIAS DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA, OTRO DE OPCION DE COMPRA Y OTRO DE ARRENDAMIENTO DE CONFECCION SIMULTANEA (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1972).

Considerando que en el primer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imputa a la sentencia recurrida la violación por no aplicación del artículo 1.276 del Código Civil, alusivo a la causa de los contratos y la interpretación errónea del artículo 1.445 del mismo cuerpo legal, definidor del contrato de compraventa; aludiéndose a que, en el caso presente, la intención de los contratantes no fue la de la entrega de la cosa por el vendedor mediante la entrega del precio por el comprador, sino que la intención de los contratantes, deducida conforme a la técnica prescrita en el artículo 1.282 del Código Civil, de sus actos coetáneos y posteriores, fue la de concertar un préstamo asegurándose el acreedor de la devolución del principal y de los intereses mediante un aparente contrato de compraventa, que sería efectivo sólo en el caso de no devolución de la cantidad total pre-pactada, y es procedente acogerlo, pues siguiendo la técnica aludida se logra el convencimiento sobre la simulación a través de las siguientes consideraciones: 1.º, no se llega realmente, ni por un momento, a la transmisión de la posesión, aunque simbólicamente se entregue por el otorgamiento de la escritura, pues simultáneamente con la supuesta venta se concerta el arrendamiento de los inmuebles con todos sus accesorios, también supuestamente vendidos al propio vendedor; 2.º, porque el mismo día que se otorga el contrato de supuesta compraventa se firma otro contrato de opción de compra al propio vendedor por un precio mucho mayor, con lo que se pone de relieve, dada la simultaneidad de ambos actos, que no precedió al acto formal de la documentada venta el ánimo de desprenderse de la cosa, por una parte, y de adquirirla, por la otra, esencia del contrato de compraventa, sino la necesidad inminente de adquirir numerario el supuesto vendedor, entregando en garantía cuanto tenía por exigencia de quien se lo facilitaba, para recuperarlo cuando devolviera más del doble de lo recibido, en el plazo de cinco años; 3.º, porque, como cláusula adicional del contrato de opción, cuando ya había sido firmado el de venta, se pacta que una hipoteca que grava a una de las fincas, supuestamente vendida, sea cancelada por el vendedor, a cuyo objeto se le descuenta del precio escriturado la correspondiente cantidad,

con lo que se pone de relieve, de una parte, la mayor onerosidad del anticipo y, de la otra, la realidad disimulada de lo pactado, pues el supuesto precio fue convenido en firme y, por tanto, de haber sido venta, la hipoteca debía seguir gravando al inmueble o liberarla el comprador, y 4.ª, porque en el contrato se detallan plazos y formas de llevar a efecto la opción, se pacta que si el optante no ha pagado en el plazo estipulado la totalidad de las letras que representan el precio del recobro, el supuesto comprador podrá vender a un tercero las fincas y la industria, en cuyo caso del precio obtenido podrá retener lo que falta para completar el total importe de las cambiales, quedando obligado a entregar al supuesto vendedor el resto de lo obtenido, autolimitación incomprensible si de un verdadero contrato de compraventa se tratara, pues incumplida la opción, con devolver lo recibido pudo hacer suyo el comprador todo el exceso de precio logrado sobre el que fue fijado para dicha opción.

Considerando que después de llegar a la conclusión, a través de los razonamientos que anteceden, de que nos encontramos ante un verdadero contrato de préstamo, es procedente entrar en el análisis del cuarto motivo del recurso, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 1, 3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, e interpretación errónea del artículo 330 del Código de Comercio se plantea a la casación el problema de declarar «usurario» al mencionado préstamo... y es procedente acoger el motivo por las siguientes razones: 1.ª, la naturaleza meramente civil del contrato calificado, concurriendo la circunstancia de la situación angustiosa del prestatario, en suspensión de pagos, y 2.ª, que partiendo de la cantidad realmente entregada como préstamo resulta una diferencia entre lo recibido y lo que ha de devolver, que supone un interés de más del 30 por 100 anual, que es desproporcionado...

E. I. M.

VALIDEZ Y EFICACIA DE VENTA (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—El demandante compró un solar, alegando el vendedor en el documento privado de compraventa que actuaba por sí y contando con el consentimiento de los demás titulares del inmueble. Fallecido posteriormente el citado vendedor, el actor pide en su demanda que se declare válida y eficaz la venta otorgada. La demanda no prosperó.

Considerando que el tercer motivo denuncia la no aplicación por la sentencia recurrida de los artículos 1.445, 1.450 y 1.451 en relación a los 659 y 661, todos del Código Civil, por entender el recurrente que siendo tercero no puede afectarle que la finca, por corresponder a una herencia indivisa, carecía de titular individualizado, y hasta que se verificara la partición y adjudicación a alguno de los herederos, ninguno podría disponer personalmente de ella, lo que afecta a la esfera interna de los coherederos y nunca a él, ajeno a tal relación, sobre todo, como en el presente caso, si el vendedor manifestaba que actuaba en nombre de todos ellos, y como quiera que queda demostrado anteriormente que el vendedor no tenía dicha autorización y es correcta la fundamentación de la sentencia de que sólo la adjudicación en operaciones particionales de una herencia concede la propiedad de bienes determinados y cada uno de los herederos no tiene capacidad para disponer de los bienes indivisos sin la autorización de sus coherederos; es visto que no puede prosperar el motivo estudiado, máxime que la sentencia se basa también en la falta de capacidad mental del vendedor para enajenar derivada de su enfermedad, esclerosis cerebral, que al poco tiempo le ocasionó la muerte.

RESOLUCION DE CONTRATO: SEÑALANDOSE UN PLAZO FIJO PARA LA DURACION DE UN DERECHO SE ESTA EN PRESENCIA DE UN PLAZO DE CADUCIDAD Y NO DE PRESCRIPCION, AL QUE NO ES DE APLICAR EL ARTICULO 1.973 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—En el contrato de arrendamiento que se celebró entre las partes de este pleito se concedió por el arrendador, ahora demandado, el derecho de que en el plazo de un año el arrendatario renunciara al arrendamiento. Antes de cumplirse el año se verificó el acto de conciliación, pero se dejaron transcurrir más de dos meses desde la fecha de ésta hasta la interposición de la demanda. Declarado resuelto el contrato en la instancia, el recurso del arrendador no se estimó.

Considerando que según constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando por disposición legal o convenio concertado por los particulares se señala un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido el mismo no puede ser ejercitado, se está en presencia de un plazo de caducidad y no de prescripción (sentencias de 5 de junio de 1957 y 11 de mayo de 1966), al que no es de aplicar lo establecido en el artículo 1.973 del Código Civil respecto a la interrupción de la última ., y mucho menos lo que se previene en el artículo 479 de la Ley Procesal, que, en parte, complementa lo dispuesto en aquel precepto, porque su efecto extintivo es radical y automático.

Considerando que al haberse concedido al actor, por carta de 18 de febrero de 1969, el plazo de un año para poder dejar sin efecto el contrato de arrendamiento concertado con la otra parte litigante..., y el hacer dicho señor uso del mencionado derecho de opción, por medio del acto de conciliación de 3 de febrero de 1970, es indudable que utilizó las facultades que convencionalmente le habían sido concedidas dentro del término establecido, sin que a ello obste la circunstancia de que por no avenirse su adversario al cumplimiento de las obligaciones que de tal pacto emanaban, se viera precisado a interponerla judicialmente en 17 de junio de 1970, por ser completamente distintos y someterse a diferentes normas jurídicas los plazos preclusivos fijados por los interesados para la utilización de sus derechos potestativos y los que legalmente se establezcan para ejercitar ante los Tribunales las acciones que de aquellos derivan.

RESPONSABILIDAD CIVIL: TRATANDOSE DE RESPONSABILIDAD PROVENIENTE DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL, CORRESPONDE AL TRIBUNAL DE INSTANCIA FIJAR LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS NO PATRIMONIALES, COMO LA PERDIDA DE LA VIDA (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—La viuda de un obrero muerto en accidente de trabajo demanda a la constructora que lo empleaba. La Audiencia reduce a la mitad la indemnización pedida por la demandante, cuyo recurso no es estimado por el Supremo.

Considerando que en el primer motivo del recurso, amparado en el apartado 7.º del artículo 1.692, el recurrente acusa indiscriminadamente el error de hecho y de derecho, citando para acreditar el primero documentos que la Sala ha tenido en cuenta al dictar su resolución, que, por tanto, carecen de aptitud para justificar el error de hecho, pues sólo interpretados con el particular criterio de la parte conducen a conclusión distinta a la que llega la sentencia, y respecto al error de derecho, no lo cita con la separación debida del de hecho ni consigna los preceptos de

valoración de prueba que reputa infringidos ., pues sólo hace un examen... para llegar a la conclusión de que el tanto de la indemnización debió ser mayor que el fijado por la sentencia, por lo que el motivo no puede ser estimado teniendo en cuenta, además, que, según reiterada doctrina de esta Sala, siendo la valoración de la indemnización una cuestión de hecho, es de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de Instancia, pues cuando se trata de responsabilidades provenientes de culpa extracontractual, la valoración de los daños no patrimoniales, como la pérdida de la vida , tiene resuelto esta Sala que corresponde fijar su cuantía prudencialmente al Tribunal de Instancia, según las circunstancias de cada caso y conforme a las exigencias de equidad.

COSA JUZGADA: ES NECESARIO QUE EXISTA IDENTIDAD EN LA «CAUSA PETENDI» (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Las mercancías que transportaba un camión se desplomaron del mismo y ocasionaron la muerte a una persona, cuyos herederos obtuvieron sentencia firme, por la que se condenaba a la empresa transportista y, subsidiariamente, a la compañía de seguros «Plus Ultra» al pago de la indemnización de un millón de pesetas, pago que fue hecho efectivo por los citados transportistas, que se dirigen ahora contra «Seguros Plus Ultra». Absueltos éstos en ambas instancias, el Tribunal Supremo no estima el recurso.

Considerando que el primer motivo que, articulado con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia ser el fallo de la sentencia recurrida contrario a la cosa juzgada, ha de decaer forzosamente, y no sólo porque al no citar precepto infringido ni concepto de infracción incurre en causa de inadmisión, que en el presente estado procesal se convierte en causa de desestimación, sino porque basta un somero examen del pleito anterior para comparando la acción allí ejercitada, en la que se instaba una condena de daños y perjuicios derivada de culpa extracontractual con la que se hace del presente, que solicita una condena derivada del contrato de seguro, concluir que no se da la identidad de *causa petendi* exigida por el artículo 1.252 del Código Civil.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS CASOS EN QUE RESULTE EVIDENTE UN HECHO QUE POR SI SOLO DETERMINE PROBABILIDAD DE CULPA PUEDE PRESUMIRSE ESTA (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—Al ser descargado un transformador eléctrico con una grúa se desplomó aquél causándose daños cuya reparación sobrepasó el millón de pesetas de coste. Demandados la sociedad explotadora de la grúa y la compañía de seguros en que estaba aquélla asegurada, alegan los demandados que el suceso se produjo por caso fortuito y sin culpa de nadie. No obstante, fueron condenados y su recurso ante el Supremo no prospera.

Considerando que aunque nuestro Código Civil se inspire en el principio de la responsabilidad basada en la culpa, por excepción no dejan de hallarse dentro de él casos en que el mero riesgo o peligro creado acarrea responsabilidad, habiéndose hecho eco nuestra doctrina científica de la importancia adquirida por la teoría objetiva, que reconoce la responsabilidad fundada en la creación de peligros para la comunidad, prescindiendo de la culpa del responsable y manifestando la jurisprudencia de esta Sala su criterio ecléctico, pues sin abandonar el estricto

principio de la responsabilidad por culpa, admite alguna limitación al mismo basado en criterio de responsabilidad objetiva, dirección iniciada en la sentencia de 10 de julio de 1943, que admitió la presunción de culpa en accidente sobrevenido en el tráfico para cargar al autor de los daños producidos la obligación de desvirtuar la presunción, pero sin excluir que no habrá responsabilidad por falta de antijuridicidad y de culpa cuando se demuestre que el agente había procedido con la diligencia y cuidado debido según las circunstancias, y continuada en las sentencias de 14 de febrero de 1944, 23 de febrero de 1950, 23 de diciembre de 1952 y 24 de marzo de 1953, para llegar a concretar la de 25 de marzo de 1954 que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir y que no se hallaba completa la diligencia, consecuencia todo ello de la explicación a la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, de la teoría de la culpa contractual prevista en el artículo 1.104 del mismo cuerpo legal, en que no sólo se exige la diligencia simple, sino la que derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como claramente determinan las sentencias de 14 de diciembre de 1894, 2 de marzo de 1904 y 24 de febrero de 1928, entre otras muchas, criterio ratificado por las sentencias de 30 de junio de 1959; 7 de enero de 1960; 14 de octubre de 1961; 5 y 9 de abril, 14 de mayo y 30 de octubre de 1963, y 29 de noviembre de 1967, proclamando la de 23 de marzo de 1968 que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determina probabilidad de culpa, puede presumirse ésta y atribuir al autor del daño la carga procesal de desvirtuar la presunción de hecho, bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa si, en principio, existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había cumplido con el deber de diligencia y cuidado, atendidas las circunstancias del caso concreto y la situación personal del agente, demostración que en el caso de autos no llevaron a cabo los recurrentes, doctrina que acarrea inexorablemente la desestimación de los motivos primero, segundo y tercero del presente recurso, que incurre en una petición de principio dado, por supuesto, lo que necesariamente habían de demostrar contra lo declarado por la sentencia recurrida, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

LITIS CONSORCIO PASIVO: LA EFICACIA QUE DEBEN TENER LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXIGE QUE SE ENCUENTREN CONVOCADOS TODOS LOS AFECTADOS POR DICHAS RESOLUCIONES (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—Demandado un intermediario en la concesión de un préstamo, no se demandó también al prestatario. El Supremo estima el recurso, en que se alegaba la excepción de litis consorcio pasivo.

Considerando que, según jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión que en el proceso se ventila afecta directa y necesariamente a quienes a él no han sido llamados, hasta el punto que la declaración que se pretende obtener ha de decidir sobre presuntos derechos o situaciones jurídicas de éstos, la relación jurídico-procesal ha de estimarse defectuosamente constituida y por ello impeditiva de un pronunciamiento decisivo de lo solicitado, ya que la veracidad y eficacia que deben tener las resoluciones judiciales exige el velar por que al procedimiento hayan sido convocados y procesalmente en él estén cuantos se encuentren afectados por la resolución que haya de dictarse.

RETROVENTA: EN LA VENTA EN ESCRITURA PUBLICA, AUNQUE SEA CON PACTO DE RETRO, EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA EQUIVALE A LA ENTREGA DE LA COSA (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1972).

Considerando que en el primer motivo del recurso... se alega que se ha violado, por la no aplicación, el artículo 1.941 del Código Civil, es obligado llegar a la conclusión de que en la venta hecha en escritura pública, sea pura y simple o con pacto de retro, y aun cuando éste envuelve una garantía de pago, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega de la cosa (art. 1.462 del Código Civil); lo que ocurre es que dicho contrato, que es perfecto como traslativo del dominio, queda afectado por plazo determinado de una condición resolutoria, cual es la posibilidad de rescate a voluntad del vendedor (art. 1.508 del Código Civil), para él o para otro comprador, lo que daría lugar a una nueva tradición inversa si el vendedor hiciera uso de él; pero cuando el vendedor renuncia a ejercitar dicho derecho o se cumple el plazo sin ejercitarlo, la compraventa efectuada, liberada de tal condición, se hace irrevocable, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

PRESCRIPCION DE LOS HONORARIOS DE UN ARQUITECTO: NO EMPIEZA A CONTARSE EL PLAZO HASTA QUE EL COLEGIO APRUEBE EL PROYECTO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Considerando que en el primer motivo del recurso se plantea un problema no debatido en el pleito, en que sólo se alegó prescripción y el fondo del asunto, procedencia o improcedencia del cobro, por lo que ha de apreciarse que el Colegio de Arquitectos está legitimado para pedir sin discutir tal problema, y por ello no puede estimarse que el trabajo se terminó en 7 de marzo de 1968, pues si era el Colegio el que había de cobrar, lo había de hacer con sus trámites reglamentarios de aprobación del proyecto y minuta de honorarios, y como esto no consta que se hiciera antes del 26 de marzo, y el emplazamiento de los demandados se hizo antes de transcurridos los tres años, la prescripción no pudo producirse, pues lo que el recurrente llama el visado del proyecto sólo es la diligencia de presentación al Colegio, y la aprobación requiere trámites posteriores, como dice la certificación presentada, por lo que se hace desestimable el motivo, pues la deuda no producía la acción sin esos trámites reglamentarios que constituían la terminación del servicio.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: MOMENTO EN QUE HAN DE CONSIGNARSE LAS RENTAS PENDIENTES PARA EJERCITAR EL ACCESO A LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1971).

Hechos.—El arrendatario notificó al arrendador en octubre de 1967, notarialmente, su propósito de acceder a la propiedad haciendo la consignación judicial de la renta pendiente en junio de 1968. El arrendador se opuso a este propósito, por lo que el arrendatario le citó a conciliación en septiembre de 1968. Celebrado el acto sin avenencia, el arrendatario

demandó al arrendador para que consintiese el acceso a la propiedad, previo pago de la cantidad en que se tasase la finca o que se fijase en la ejecución de sentencia, otorgándose la escritura correspondiente a favor del demandante. El demandado contestó alegando, entre otros argumentos, que había caducado el derecho de acceso a la propiedad cuando se consignaron las rentas pendientes, además de que el arrendatario no era cultivador directo debido a su edad. El Juzgado de Peñaranda de Bracamonte desestimó la demanda condenando en costas al actor. La Audiencia de Valladolid confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El demandante interpuso recurso de revisión amparándose en la violación de la circunstancia cuarta del párrafo 5.º del artículo 96 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, y en la aplicación indebida del párrafo 3.º del artículo 98 del mismo cuerpo legal, así como en la causa cuarta del número 4 del artículo 52, por manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Doctrina.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, siendo ponente don Rafael Gimeno, por lo siguiente:

En cuanto al primer motivo, el requisito de hallarse al corriente en el pago de las rentas se ha de cumplir en el momento de la notificación notarial y no en el de la interposición de la demanda, ya que aquél es el que determina la preferencia entre el derecho de acceso y el del propósito de recabar el arrendador la entrega de la finca para su cultivo directo y personal. Por ello, hecha la notificación el 26 de octubre de 1967, y la consignación de rentas, el 9 de junio de 1968, no se había cumplido tal requisito en el momento de intentar el acceso a la propiedad.

Igualmente decae el segundo motivo, puesto que el arrendatario ha de satisfacer el precio del acceso en el plazo de tres meses, o si hubiere desavenencia, consignarlo en el Juzgado, cuyo plazo empezará transcurrido el de un mes establecido en el artículo 101, que se cuenta desde la notificación de su propósito de acceder a la propiedad. Hecha la consignación del precio en 30 de junio de 1969, se había extinguido el plazo con exceso y, consiguientemente, el derecho de acceso, en virtud del número 3.º del repetido artículo 98.

Por último, el motivo tercero ha de decaer también por partir el recurrente de la misma argumentación de que bastaba la consignación en el momento de interponer la demanda, lo que no es cierto, como hemos visto.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: CADUCIDAD DEL PLAZO PARA EJERCER LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—El propietario de la finca arrendada falleció y sus herederos vendieron ésta a una sociedad, sin que la arrendataria se enterase, según ella, de la transmisión, por hacer el pago de la renta a un administrador, hasta que fue citada de conciliación para la revisión de la renta. Interpuesta demanda de retracto ante el Juzgado de Primera Instancia de Valls, la sociedad demandada alegó que no procedía el retracto por tratarse de cesión de derechos hereditarios y no de transmisión de fincas concretas de la herencia; además, el plazo para retraer había caducado según la legislación arrendaticia, que, por otra parte, no debía aplicarse al contrato en cuestión, por tratarse de fincas próximas a la población y excluidas, por tanto, de tal legislación especial.

El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia de Primera Instancia.

La demandante interpuso recurso de revisión con base en el artículo 16

del Reglamento de Arrendamientos Rústicos por error de derecho en la apreciación de las pruebas y por injusticia notoria en la aplicación del referido precepto, así como de la jurisprudencia que lo interpreta.

Doctrina.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en sentencia en la que es ponente don Eugenio Mora Regil.

En cuanto al primer motivo no procede, porque para que exista error de derecho se necesita indicar el precepto valorativo de la prueba, que ha sido infringido por el Tribunal de Instancia, y el artículo 16, número 4, del Reglamento de Arrendamientos no valora la prueba, por lo que no se puede combatir la apreciación que el Tribunal ha realizado respecto a la caducidad del plazo de tres meses que la Ley señala al arrendatario para que ejerza el retracto.

Tampoco puede prevalecer el segundo, que se funda en la injusticia notoria, alegando el recurrente que el acto de conciliación no dio al mismo conocimiento completo de quiénes eran los propietarios, pues la realidad es que la exigencia de conocimiento completo hecha por esta Sala para poder decidir si se ejerce el retracto no puede ir más allá de lo que requieren las peculiaridades del caso concreto y nos hallamos con que no sólo en el acto de conciliación, sino que al recibir la cédula de citación para ese acto, en la que figuraban como propietarios los demandados, ya tuvo conocimiento de que lo eran, pudiendo ampliarlo en el mismo acto en el que compareció la recurrente, y pudo hacer las preguntas pertinentes para aclarar ese punto, y si no lo hizo sólo a ella es imputable tal negligencia. Asimismo, pudo cerciorarse en el Registro de la Propiedad de Valls, en cuya ciudad habitaba, de quiénes eran los dueños, que igualmente figuraban como tales en el recibo que el perceptor de la renta extendió en 1 de noviembre de 1968 a la recurrente, como arrendataria verbal de los recurridos. Todos estos datos hacen considerar que el plazo ha caducado con exceso desde que la arrendataria conoció que se habían transmitido las fincas arrendadas.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: DESAHUCIO DEL ARRENDATARIO POR FALTA DE NOTIFICACION AL ARRENDADOR DE SU PROPOSITO DE PRORROGAR EL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—El demandante, en nombre propio y en el de sus hermanos, concertó el arrendamiento de una finca rústica en 29 de septiembre de 1963, cuya renta era superior a 5.000 pesetas anuales. Transcurridos seis años requirió a los demandados para que entregasen la finca, y no habiéndolo hecho voluntariamente, entabló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ecija. Los demandados alegaron que el arrendamiento procedía del año 1933, siendo objeto de prórrogas sucesivas y pagando puntualmente la renta pactada. En julio de 1969, el actor escribió a uno de los demandados indicando su intención de vender la finca arrendada y su deseo de no perjudicarles, por lo que ellos continuaron tranquilos en su situación arrendaticia, ya que una de las cláusulas del contrato de arrendamiento imponía al nuevo arrendatario o al propietario, según los casos, la obligación de indemnizar el valor del barbecho que deje el anterior arrendatario, valorándolo peritos, lo que no se hizo antes de la fecha de la demanda, indicios todos que hicieron confiar a los arrendatarios en la continuación de su arrendamiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia Territorial de Sevilla.

Los demandados entablaron recurso de revisión alegando injusticia

notoria por error de derecho en la apreciación de la prueba documental y aplicación indebida de la causa primera del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

Doctrina.—El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso, siendo ponente el Magistrado don Pedro Bellón Uriarte, por la siguiente doctrina:

. En lo tocante al primer motivo, al no haber precepto que fije el valor probatorio de la prueba documental privada, falta la base legal para admitirla, tanto más que la carta referida no alude para nada a la concesión por los arrendadores de la prórroga del arrendamiento, sino solamente el haber recibido proposiciones de venta, lo que comunicaban al arrendatario.

En cuanto al segundo motivo, tampoco puede prevalecer, ya que los arrendatarios no han modificado a los arrendadores en tiempo y forma, como establecen los números 4 y 5 del artículo 10 del Reglamento, su voluntad de prorrogar el arrendamiento, que ligaba a las partes contendientes.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: LA APARCERIA CATALANA O MASOVERIA SE RIGE POR LOS PACTOS DE LAS PARTES CON PREFERENCIA A LA COSTUMBRE LEGAL, SEGUN SE DEDUCE DEL ARTICULO 44 DEL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—Concertado un contrato de aparcería o masovería entre ambas partes en junio de 1962, sin plazo de duración, pero estableciéndose que «terminará a voluntad de las partes contratantes avisando a la otra con catorce meses y medio de anticipación, esto es, antes del 15 de agosto para cesar en 1 de noviembre del año próximo», fue requerido notarialmente el arrendatario en 18 de junio de 1968, pero siguió ocupando la finca en 1 de noviembre de 1969, conservando ganado en ella y cultivándola. El propietario interpuso demanda de desahucio, a la que se opuso el aparcero, que alegó que la costumbre del país es que en las masoverías el aparcero entrante se introduce en ciertas huertas y parte de edificios antes del 1 de noviembre y en esta fecha pasa a ocupar los edificios y a labrar la mitad de las tierras, quedando la otra mitad reservada al masovero cesante para la siembra de cereales. Los usos y costumbres locales rigen en defecto de pacto expreso o insuficiente y el contrato en cuestión nada opone a la referida costumbre. Practicada la prueba, la Hermandad de Labradores certificó de la existencia de tal costumbre, en el sentido de que el masovero saliente siembra los cereales, volviendo el entrante a su antigua finca en el caso de que proceda de otra masovería.

El Juzgado de Vich dictó sentencia estimando la demanda, que fue confirmada por la de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El demandado interpuso recurso de revisión alegando injusticia notoria por infracción del artículo 44 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en cuanto que la sentencia recurrida estima insuficiente el pacto para no aplicar la costumbre local, que se venía cumpliendo en todos los contratos, aunque no se estipule expresamente, dada la dificultad de preparar la tierra para el cultivo el aparcero entrante después del 1 de noviembre, fecha en que ya debe estar preparada. Además, también por injusticia notoria, por error de derecho en la apreciación de la prueba, consistente en la certificación de la Hermandad de Labradores y Ganaderos.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Victoria-Barquero Barquero, rechaza el recurso en base a la siguiente

Doctrina.—Que admitida por ambas partes la naturaleza jurídica del contrato celebrado como de masovería, no cabe apreciar el motivo primero, puesto que el artículo 44 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos establece en su primer número la prevalencia de los pactos y condiciones que estipulen las partes en las aparcerías, siempre que no se opongan a las normas de dicho cuerpo legal, y sólo a falta de pacto o si fuere insuficiente es cuando la aparcería se regirá por los usos y costumbres locales, según el número 2 del mismo artículo, con lo que estos usos son norma de segundo grado o supletoria de la anterior, lo que apreció certeramente la sentencia impugnada. Por otra parte, el extenso plazo fijado en el contrato para el preaviso viene a recoger esta costumbre, ya que hay tiempo sobrado para que el aparcero obre, en consecuencia, en relación con el cultivo de la finca.

El segundo motivo decae por las mismas razones que el anterior, puesto que la Sala apreció la existencia de la costumbre, pero no su aplicación a este caso, como se ha dicho antes.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: EXTINCION DE LA APARCERIA POR VOLUNTAD DEL PROPIETARIO HABIENDO TRANSCURRIDO CON EXCESO EL MINIMO LEGAL DE DURACION DE ESTOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—La finca de que era propietaria la demandante estaba dada en aparcería desde hace más de veinte años a la madre del demandado, continuando éste el cultivo al fallecimiento de aquélla, en igual forma y sin nuevo contrato. En mayo de 1969 se requirió notarialmente al aparcero para que dejase la finca recogida la cosecha pendiente. En octubre del mismo año se celebró acto de conciliación con la misma finalidad. No habiendo surtido efecto ninguno de ellos, la propietaria interpuso demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia de Baza. En la contestación, el aparcero alegó que carecía la actora de la licencia marital necesaria para litigar, por tratarse de un bien parafernial, y, además, que la finca no pertenecía a la demandante por haberla vendido, a pesar de que en el Registro de la Propiedad aún estaba inscrita a su nombre, por lo que ni al hacer el requerimiento notarial ni al citar de conciliación al aparcero era dueña de la finca, habiéndose pagado su participación en los frutos al nuevo propietario.

El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia de Granada confirmó la sentencia. El demandado interpuso recurso de revisión alegando injusticia notoria por inaplicación de los artículos 60 y 1.387 del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; error de hecho en la apreciación de las pruebas, ya que en otro requerimiento hecho por el demandado a la actora, ésta se negó a contestar en relación con la venta de la finca, debiendo interpretarse tal silencio como reconocimiento tácito de la tal venta; también por inaplicación del artículo 4 del Código Civil en relación con los artículos 16 y concordantes del Reglamento, reguladores del retracto arrendaticio.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don José María Pérez Sánchez, declara no haber lugar al recurso, decayendo todos los motivos, por las siguientes razones:

Porque la licencia marital constaba en el poder dado por ambos cónyuges a su hijo para que compareciese en este litigio.

Por no acreditarse probado el contrato de compraventa hecho por la demandante, sin que proceda pronunciarse sobre él por estar ausente del juicio la persona que se supone adquirente de la finca y que quedaría

afectada por ese pronunciamiento, sin que la omisión de la notificación de la pretendida transmisión perjudique al colono, según resulta del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos.

Tampoco se puede admitir el fraude de Ley, ya que la demandante, al recaer la posesión de la finca transcurrido un dilatado período de tiempo, superior al mínimo legal de duración de las aparcerías, no hace sino ejercitar sus facultades dominicales.

C. R. R.

DERECHO DE RETORNO: LA SUSCRIPCION DEL DOCUMENTO PREVENIDO EN EL ARTICULO 81 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS ES CONSTITUTIVA DEL DERECHO DE RETORNO. EL NO HABERSE EXTENDIDO POR CAUSA DEL ARRENDATARIO DA LUGAR A LA PERDIDA DEL DERECHO DE ESTE; NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR DOCUMENTO ADMINISTRATIVO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El arrendatario deseaba el derecho de retorno, pero aunque mediaron actos de conciliación, escritos y croquis dirigidos al Gobierno Civil, no se extendió el documento, que detalla el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Negado el retorno por el arrendador, el Juzgado de Primera Instancia resolvió de acuerdo con lo suplicado por el demandante, es decir, en favor del retorno, con imposición de costas al demandado. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia revocó la sentencia apelada, absolvió al demandado, es decir, no accedió al retorno, e impuso las costas de Primera Instancia al demandante sin hacer expresa condena de las de la alzada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de injusticia notoria.

Doctrina.—Considerando que una de las causas que originan la pérdida por el arrendatario de su derecho a instalarse en la finca reedificada es la de ser a él imputable el incumplimiento de la obligación o carga, establecida en el artículo 81, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de suscribir con el arrendador, antes de desalojar el local que vaya a derruirse, un documento que detalle la extensión superficial del mismo, su renta, el número de viviendas y locales de negocio que existen en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que le haga el arrendador.

Considerando que no habiéndose suscrito en el caso de autos el documento aludido, el motivo primero acusa la interpretación errónea del citado artículo 81, 1, en relación con la doctrina jurisprudencial y con los preceptos legales a que se refiere, por entender que la Sala sentenciadora ha apreciado equivocadamente que el cumplimiento de tal requisito no puede considerarse sustituido por los datos que obran en el expediente administrativo instruido en el Gobierno Civil, en los actos de conciliación celebrados entre las partes y determinada acta notarial; motivo que no puede prosperar, porque el juzgador de Segunda Instancia ha interpretado rectamente dicho precepto al estimar, conforme la doctrina de esta Sala, que la suscripción de aquel documento tiene un carácter de un hecho constitutivo del llamado «derecho de retorno», no susceptible, por lo general, de ser sustituido por otros realizados unilateralmente, como en el presente caso ocurre con la determinación de la renta, del número de viviendas y locales de negocio y de la extensión superficial del que ocupaba el actor, datos obrantes en el expediente administrativo aludido por manifestaciones unilaterales del demandado o por lo que resulta de los croquis aportados al mismo, por cierto, no coincidentes entre sí respecto a la superficie del local, croquis aportado por el

demandante ni que, así como a su escrito de 24 de septiembre de 1968, se refirió repetidamente a los actos de conciliación celebrados, siendo de notar, por último, respecto al señalamiento de un domicilio para oír las notificaciones que pudiera hacerle el arrendador, que es acertada la interpretación, según la cual este requisito no queda cumplido con la simple constancia del domicilio del requirente en la comparecencia del acta notarial relativa a la entrega de las llaves del local, sino que la notificación tiene que ser respecto de un domicilio con aquel especial carácter.

Considerando que los motivos segundo y tercero, que denuncian, respectivamente, la errónea interpretación del artículo 1.218 del Código Civil (en relación con el 1.281 del propio cuerpo legal), el artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina legal establecida en las sentencias que se invocan y el manifiesto error en la apreciación de la prueba documental también deben ser desestimados; en primer lugar, porque no están obligados los Tribunales a reproducir textualmente en los considerandos todos los hechos alegados por las partes, siendo solamente para consignar aquellos que sirven al fallo, como son, en este caso, el requerimiento al arrendatario para que se aviniese a suscribir con el requirente el documento a que se refiere el artículo 81, 1, de la citada Ley especial y la falta de avenencia del requerido sobre dicho punto, así como una síntesis de las razones que expuso sobre el particular; en segundo término, porque la Sala sentenciadora no se detuvo en la exégesis de las normas y doctrina antes referidas, por lo que mal puede incurrir en la errónea interpretación de las mismas, y, en último lugar, porque los documentos aducidos para acreditar el error en la apreciación de las pruebas no muestran del modo manifiesto que la Ley exige un hecho que esté en patente oposición con los fijados formalmente en la sentencia recurrida o que siendo complementario de los mismos enerve la valoración obtenida por el Tribunal *a quo*.

Considerando que tampoco puede ser acogido el motivo cuarto y último, que acusa la aplicación indebida del artículo 81, 2, de la repetida Ley especial, en relación con los preceptos y doctrina legal, que dice invoca en su desarrollo, puesto que una vez desestimados los tres primeros motivos y, por tanto, subsistentes los hechos y la interpretación dada en la resolución combatida al citado artículo 81, 1, ha de quedar incólume la conclusión sentada por el Tribunal de Instancia en orden a ser imputable al recurrente el incumplimiento de la obligación de suscribir al documento mencionado y a la pérdida por el arrendatario de su derecho a instalarse en la finca reedificada (art. 81, 2) habida cuenta de sus insistentes faltas de conformidad y acuerdo para formalizar el expresado documento, no obstante haber sido requerido al efecto en acto de conciliación por el arrendador, por todo lo cual se impone declarar no haber lugar al recurso, sin hacer especial pronunciamiento en costas, en armonía con lo previsto en el artículo 149, 2, inciso 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

B. M. B.

IV. FAMILIA

DISPOSICION DE GANANCIALES. EL ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA, REFERIDO AL NUMERO 7 DEL ARTICULO 1692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SOLO SE COMETE EN EL CASO DE INFRINGIRSE UNA NORMA LEGAL QUE RECONOCE A DETERMINADA PRUEBA LA EFICACIA QUE EL TRIBUNAL «A QUO» NO OTORGA EN SU FALLO. CONSENTIMIENTO «UXORIS»: LA MODIFICACION DEL ARTICULO 1413 DEL CODIGO CIVIL POR LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958 NO HA INTRODUCIDO UN REGIMEN DE CODISPOSICION; EL CONSENTIMIENTO «UXORIS» ES UN NEGOCIO DE ASENTIMIENTO Y TIENE UN ESTRECHO PARENTESCO Y PARALELISMO CON LA LICENCIA MARITAL. ESTA DOCTRINA NO AUTORIZA LA LIMITACION ESTABLECIDA POR LA RESOLUCION DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS DE 15 DE MARZO DE 1972 (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Don José demandó a su hijo, don Manuel, sobre resolución de contrato privado de compraventa y reclamación de cantidad. Alcégo, en resumen, que don Manuel le vendió por documento privado de 15 de mayo de 1968 tres locales y una planta completa de sótanos, por el precio de 10.675.125 pesetas, del que el vendedor—don Manuel—otorgó al comprador—don José—eficaz carta de pago.

El demandante se enteró pocos meses después de que el demandado, su hijo don Manuel, había vendido a doña Felisa G., mediante escritura pública, que se inscribió en el Registro, cuanto había vendido a él con excepción de dos locales (que don José había transmitido ya en 1.389.000 pesetas), por lo que había quedado defraudado en la diferencia: 9.280.525 pesetas. El actor entendía que doña Felisa obró de buena fe y consideraba inútil intentar una acción para anular la venta de don Manuel a dicha señora, a la que consideraba amparada por los preceptos de la Ley Hipotecaria, es decir, como tercero de buena fe, protegida por el Registro.

Terminó su demanda suplicando se dictase sentencia por la que se declarase resuelto el contrato de compraventa privado de 15 de mayo de 1968, referente a las fincas aludidas, y se condenase al demandado a devolver la cantidad de 9.280.525 pesetas y a resarcir al actor de los daños y perjuicios que serán fijados en ejecución de sentencia, así como al pago de las costas.

El demandado contestó y reconvinó suplicando se declarase nulo el contrato privado de compraventa referido, por entender que se trataba de un documento relativo a liquidación y reparto de beneficios, y para el supuesto de estimarse venta, recaer sobre bienes gananciales y carecer del consentimiento de la esposa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y reconvención y absolvió a las partes de las pretensiones deducidas.

La Audiencia, en apelación, falló que declarando haber lugar al recurso interpuesto por don José y desestimando la adhesión al recurso promovida por el demandado, revocaba la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaró resuelto el contrato de compraventa otorgado por las partes en 15 de mayo de 1968 sobre las fincas que se relacionaban en el hecho primero de la demanda, condenando, en consecuencia, a dicho demandado a devolver al actor la cantidad de 9.280.525 pesetas, incrementada esta suma con el interés legal correspondiente desde la fecha de la interposición judicial hasta el momento del pago, y cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, y desestimando íntegramente la reconvención promovida, absolvía de la misma al actor,

y todo ello sin pronunciamiento especial sobre imposición de costas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes.

El recurso de casación no prosperó. La sentencia de la Audiencia quedó firme. Fue ponente don Francisco Bonet Ramón.

Es doctrina del Tribunal Supremo:

Considerando que esta Sala, en reiterada jurisprudencia, viene instuyendo que el error de Derecho denunciado en el motivo primero del recurso sobre apreciación de la prueba, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se comete en el caso de infringirse una norma legal que reconoce a determinada prueba la eficacia que el Tribunal *a quo* no otorga en su fallo, y que apreciada en conjunto la prueba practicada, como se ha hecho en el presente caso, es inoperante alegar el error de Derecho en la valoración de alguna de ellas, que por sí sola bastaría para fundar una resolución en sentido contrario, doctrina que hace decaer el motivo a examinar.

Considerando que el motivo segundo es desestimable por hacer supuesto de la cuestión contra las terminantes declaraciones de la Sala sentenciadora, que estima la existencia de un contrato de compraventa autónomo perfecto y consumado, fundado en la transmisión por el demandado, hoy recurrente, al actor, hoy recurrido, de los inmuebles que se indican en la cláusula primera del convenio por el precio conjunto de 10.675.125 pesetas, que el comprador demandante entregó al vendedor demandado en el acto mismo de suscribir el documento, al que se reconoce por las partes el carácter de eficaz carta de pago, afirmaciones fácticas que al no haber sido impugnadas eficazmente por la vía adecuada hacen inexpugnable la calificación jurídica del contrato de autos, con los efectos legales de una venta perfecta y consumada.

Considerando que aun cuando bastaría para rechazar el motivo tercero, que denuncia la violación de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.413 del Código Civil, tener en cuenta que ha sido el propio marido el que alega la falta de consentimiento *uxoris* y no la mujer, como posible perjudicada, hay que poner de relieve que según unánime doctrina legal sentada por esta Sala, entre otras, en las sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 3 de marzo y 6 de mayo de 1969 y 26 de diciembre de 1970, acogida por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9, 13 y 14 de diciembre de 1969 y 9 y 15 de marzo de 1972, la modificación del artículo 1.413 del Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa de realizar dichos actos, en que la mujer no es parte, aunque los consiente, y por ello este novísimo consentimiento *uxoris*, limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que resulta viable la aplicación, por analogía, de las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, para llenar aquellas lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina.

Considerando que esta doctrina no autoriza la limitación establecida para la resolución de 15 de marzo de 1972, a efectos registrales prohibitiva de la inscripción del Registro de la Propiedad de los actos realizados en controversia del artículo 1.413 del Código Civil, fundada en que el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción

de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital, y nada dijo en cuanto a los realizados por el marido sin consentimiento *uxoris*, haciendo, al parecer, uso del aforismo jurídico *inclusio unius exclusus alterius*, que en este supuesto es inaplicable; porque no puede olvidarse que el repetido artículo 1.413 establece, en primer término, la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad de gananciales, los cuales puede enajenar y obligar, y, en segundo lugar, una limitación de tales facultades, a la que no puede darse mayor alcance del querido por el legislador en su moderada reforma, la cual, respetuosamente con el sistema general del Código, por estimarlo acomodado a la realidad social española, ha de ser interpretada con la misma deseada ponderación, por lo que es viable aplicar, por analogía al consentimiento *uxoris*, las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital, mientras no exista un precepto expreso que establezca otra cosa, siendo insuficiente la existencia de una simple laguna legal.

COMENTARIO.—Desde el año 1958, en el que se modificó el artículo 1.413 del Código Civil, ha transcurrido tiempo suficiente para que la doctrina y la jurisprudencia hayan tomado posiciones en cuanto a la interpretación y aplicación de la reforma.

Las nuevas normas eran, diríamos, polémicas. Incidían sobre actos y situaciones frecuentes. Han originado muchos comentarios, varias resoluciones de la Dirección de los Registros y sentencias del Tribunal Supremo.

La sentencia que estudiamos recoge y resume la interpretación jurisprudencial, con cita de sentencias y resoluciones. No hay codisposición. Estamos ante un negocio de asentimiento; el consentimiento *uxoris* tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital.

Pero tiene este fallo una especial importancia por su último considerando. En éste se examina concretamente la resolución de la Dirección de los Registros de 15 de marzo de 1972 para llegar a diferente conclusión, para sostener que deben aplicarse al consentimiento de la esposa las soluciones elaboradas para la licencia marital.

Recordemos que la resolución citada de la Dirección, «en coincidencia con la unánime doctrina sentada por el Tribunal Supremo», mantiene que no hay codisposición, que se trata de «asentimiento»; pero llegado el momento de aplicar las soluciones y efectos, en cuanto a posibilidades de inscripción, de la licencia marital al consentimiento *uxoris*, la Dirección sostiene la negativa: sin consentimiento de la esposa no hay inscripción. «Cualesquiera que sean las analogías—dice la resolución de 15 de marzo de 1972—que puedan establecerse entre el acto dispositivo realizado por una mujer casada sin licencia marital sobre bienes parafernales, y el que efectúa el marido sin consentimiento de su mujer sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que, en el primer supuesto, los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquella que figura como titular registral única de los mismos, en tanto que en el segundo caso, los bienes son comunes de ambos cónyuges y, por tanto, su titularidad, tanto civil como registral, es compartida, por lo que, al menos, a efectos registrales, el acto dispositivo resultará incompleto al no constar el consentimiento de uno de sus titulares, razón por la cual, sin duda, el Decreto de 17 de marzo de 1959, que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital y nada

dijo en cuanto a la inscripción de los realizados en contravención del artículo 1.413 del Código Civil, a pesar de ser el referido Decreto aplicación y desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó parcialmente el Código Civil.»

Algún comentarista abundó en estos razonamientos de la resolución con mucha anterioridad, tal vez cargando un tanto la negrura de la tinta. Recordemos lo que escribió DE LA RICA («Meditaciones hipotecarias: la mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales», en esta misma Revista, núms. 442-443, págs. 245 y sigs.): «Tenemos la experiencia de lo ocurrido con la inscripción de las disposiciones inmobiliarias por la mujer sin licencia del marido. Se ha inscrito la propiedad de muchas fincas sujetas a posible revocación y, lo que es peor, se ha dificultado enormemente la cancelación o 'purga' de esas causas resolutorias, hasta el extremo de que la última reforma reglamentaria tuvo que añadir un nuevo párrafo al artículo 94, arbitrando un medio *sui generis* de constatar por nota marginal el transcurso de cuatro años desde la disolución del matrimonio, aunque sin atreverse a dar eficacia liberatoria a esa constatación. Pues piénsese—añade—en lo que ocurriría si la facilitona doctrina de AZPIAZU (inscripción, aunque no haya licencia *uxoris*, pero advirtiéndolo) prevaleciera. En un par de generaciones sería difícil encontrar fincas que no estuvieran afectas a esa posible causa de revocación. ; con esa doctrina, las fincas dejarían de ser aptas para el crédito hipotecario e incluso el comercio inmobiliario se paralizaría o, por lo menos, se depreciaría.»

Comentando la sentencia de 13 de marzo de 1964, donde ya nuestro más alto Tribunal afirmaba lo que ha seguido sosteniendo en fallos posteriores, en nota al trabajo citado, decía DE LA RICA: «La similitud entre el consentimiento *uxoris* y la licencia marital dista mucho de ser exacta. Esta última es un complemento de la capacidad de la mujer casada para la realización de ciertos actos jurídicos no sólo dispositivos, sino también de orden muy distinto, como comparecer en juicio, por ejemplo. Tal licencia es un requisito habilitante—procedente de la incapacidad de la mujer en el Derecho romano, primero por estar sometida a tutela y luego por entrar bajo la *manu* del marido—, que en la técnica actual se sustituye, cuando el marido no puede o abusivamente se niega a darla, por la habilitación judicial. El consentimiento de la mujer, en cambio, no afecta para nada a la capacidad del marido—lo que no se compaginaría con el ejercicio por éste de la jefatura familiar—, sino que representa una declaración de voluntad coincidente con la del marido y expresiva de una confirmación, ratificación o adhesión a la disposición, consentida también por éste. Con la interpretación que el Tribunal Supremo da al nuevo artículo 1.413—sigue comentando DE LA RICA—, éste resulta francamente inoperante, y para llegar a tan nulo resultado no se habría efectuado esa reforma legal. En efecto, si pudiese prescindirse del consentimiento de la mujer—lo mismo que se puede prescindir de la licencia marital—, dejando a salvo el derecho de la mujer o de los herederos a impugnar los actos dispositivos realizados sin aquél, la reforma sería innecesaria, ya que el primitivo artículo 1.413 disponía que toda enajenación o convenio que sobre los bienes de la sociedad de gananciales hiciese el marido, en contravención de este Código o en fraude de la mujer, no perjudicará a ésta ni a sus herederos.»

Ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo insiste en su doctrina y en la aplicación de las soluciones elaboradas para la licencia marital al consentimiento de la esposa, y hace como una advertencia a la doctrina de la Dirección.

Nosotros, como final a estas líneas, dejamos una pregunta para que sea meditada y contestada por plumas de más enjundia. Limitándonos a los argumentos de índole práctica, más cercanos a la seguridad jurídica de los contratantes, ¿qué es preferible: que las ventas sin consentimiento *uxoris* vivan su vida civil, sin poder asomar por el Registro, o que tengan entrada en él, aun expuestas a una posible resolución que el mismo asiento proclame, y aunque la claridad, la sencillez, diríamos mejor, de los asientos padezca?

Codisposición, ya se ve que no hay, y nulidad radical parece que tampoco, según la doctrina jurisprudencial, que es, en definitiva, la que va a regir.

B. M. B.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y
BARTOLOMÉ MENCHEN BENÍTEZ

EL ESPECIAL RECURSO DE CASACION QUE SE CONFIGURA EN EL ARTICULO 1.695 DE LA LEY PROCESAL TIENDE A MANTENER LA INTEGRIDAD DE LOS FALLOS FIRMES. PARA INTERPRETAR UNA SENTENCIA HAY QUE ACUDIR A LAS CONSIDERACIONES QUE SIRVIERON DE BASE Y FUNDAMENTO JURIDICO A LA MISMA (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1972).

Considerando que el especial recurso de casación que configura nuestro ordenamiento jurídico procesal en el artículo 1.695 no tiene por finalidad la defensa de la Ley y la uniformidad de la jurisprudencia—que son las misiones que corresponden al Tribunal de Casación, según la opinión científica más generalizada—, sino que tiende a mantener la integridad de los fallos firmes, evitando que éstos resulten vulnerados por las actuaciones ejecutivas realizadas para su cumplimiento, por lo que cuando de este especial recurso se trata no son la sentencia y la Ley lo que se ha de compulsar, sino la sentencia y las diligencias practicadas en ejecución de ella.

Considerando que, como acertadamente proclama la resolución recurriendo la doctrina jurisprudencial, reiterada por esta Sala, «no puede sostenerse que sea incongruente el fallo, que resuelve, en esencia, las pretensiones deducidas en el pleito, aunque no se ajuste literalmente a ellas», y, análogamente, «cuando se trata de averiguar el sentido de una sentencia, no será lícito atenerse únicamente a los términos literales de su parte dispositiva, sino que cuando éstos no ofrezcan la suficiente claridad habrá que acudir a su interpretación valiéndose de sus elementos más auténticos, como son las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico a la misma, toda vez que la razón de derecho o *ratio decidendi* que dio lugar al fallo será lo que proporcionará el camino más seguro para llegar a un verdadero conocimiento de lo juzgado y, por consecuencia, de lo que puede y debe ejecutar», según ha declarado con reiteración la doctrina legal del Tribunal Supremo en sus sentencias de 6 de octubre de 1933, 12 de marzo de 1959, 18 de marzo de 1960 y 21 de octubre de 1967.

Considerando que el especial recurso de casación regulado en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene muy limitadas aperturas, pues únicamente permite combatir la resolución impugnada cuando ésta resuelva puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la ejecutoria o cuando provea en contradicción con lo ejecutoriado, no autorizando, en cambio, la censura de la apreciación probatoria que haya hecho el juzgador de instancia, la cual tiene que quedar incólume y debe ser respetada en su integridad.

ENTRE LOS PROCESOS EXCEPCIONALES IMPUGNATIVOS DE NUESTRO DERECHO POSITIVO FIGURAN LA AUDIENCIA CONTRA SENTENCIA OBTENIDA EN REBELDIA DEL DEMANDADO, LA TERCERIA Y EL RECURSO DE REVISION. NATURALEZA JURIDICA Y MOTIVACIONES DEL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1972).

Considerando que los ordenamientos procesales positivos, aunque fundados en la santidad de la cosa juzgada y en la consiguiente invulnerabilidad de las sentencias firmes, admiten, sin embargo, ciertos supuestos en que tales sentencias se pueden impugnar, arbitrando a tal efecto unos procesos excepcionales para evitar que las sentencias firmes que se han obtenido por ciertos medios que envuelven posibilidad de fraude o de abuso de Derecho permanezcan inalterables, perpetuando una verdadera injusticia, y entre estos procesos excepcionales impugnativos de nuestro Derecho positivo figura, además de la audiencia contra sentencia obtenida en rebeldía del demandado y de la tercera, el llamado recurso de revisión, que, según la doctrina, es el proceso especial que tiene por objeto impugnar una sentencia firme, ante el grado supremo de la jerarquía jurisdiccional, en virtud de motivaciones que no pertenecen al proceso mismo en que la resolución impugnada se dicta, sino que son extrínsecas a dicho proceso y determinan, por tanto, la existencia de vicios trascendentes a él, con lo cual se diferencia del recurso de casación, en el que los errores que lo motivan son inmanentes al proceso.

Considerando que dada la finalidad del llamado recurso de revisión, que al fin y al cabo ataca la seguridad jurídica que la sentencia firme implica, se comprende que para la interposición y para su admisión o incluso, en su día, para la estimación deban exigirse rigurosos requisitos de cumplimiento inexcusable, ocupando en lugar preferente, entre los relativos a la actividad, el que hace referencia al tiempo en el cual ha de interponerse, el que se configura con una faceta doble, señalándose dos plazos: uno, que condiciona la admisibilidad del recurso de un modo absoluto, que es el de cinco años, que señala el artículo 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y otro, que condiciona su admisión de un modo relativo, pues sólo actúa en atención al momento en que se produzcan las circunstancias que motivan el recurso, y que es de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento y declaración de la falsedad, como determina el artículo 1.798 de dicha Ley, y, consiguientemente, a estas diferencias de plazos, la concurrencia del primero puede advertirse ya en la fase de admisión del recurso, mientras que el segundo no puede determinarse siempre en el momento de la interposición.

Considerando que los tres meses exigidos por el citado artículo 1.798 de la Ley Procesal Civil no se interrumpen por los intentados recursos de súplica y queja, por tratarse de un plazo de caducidad y no de prescripción, según reiterada jurisprudencia...

EL AUTO QUE SE REDUCE A CONFIRMAR QUE NO HA LUGAR A LA RECUSACION DE UN JUEZ NO TERMINA HACIENDO EL JUICIO IMPOSIBLE, ANTES BIEN, LA FACILITA, SIENDO, POR TANTO, EVIDENTE QUE NO PROCÉDE LA ADMISION DEL RECURSO DIRIGIDO CONTRA EL MISMO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1972).

Considerando que para resolver lo procedente en este caso se ha de tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.689, en relación con el 1.690, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo

son admisibles en casación «tanto el de infracción de Ley, como el de quebrantamiento de forma», que es el interpuesto en el presente caso contra las sentencias definitivas, dentro de las que deberán incluirse aquellas resoluciones que recaigan sobre un incidente o artículo que ponga término al pleito haciendo imposible su continuación, requisito éste de inexcusable observancia, que no concurre en el auto que aquí es objeto de impugnación, recaído en un incidente de recusación de un Juez de Primera Instancia, y que fue suscitado en un recurso de apelación, en la pieza correspondiente ante la Audiencia, porque la doctrina de este Tribunal, no sólo la antigua, contenida especialmente en la sentencia de 19 de octubre de 1889 y auto de 19 de enero de 1885, sino también en la más moderna contenida en las sentencias de 2 de julio de 1912, 25 de septiembre de 1947 y 10 de mayo de 1968, establecen que el auto que se reduce a confirmar que no ha lugar a la recusación de un Juez no termina el juicio haciendo imposible su continuación, antes bien, la facilita, siendo, por tanto, evidente que no procede la admisión del recurso dirigido contra el mismo, y ello porque al no tener el carácter de definitivo, a los efectos del artículo 1.690 de aquella Ley citada, ya que sólo crea una situación provisional, que hasta tanto no se cite la definitiva de la cuestión principal, de la que la recusación constituye una incidencia, no podrá ser objeto del recurso por quebrantamiento de la forma, artículo 1.693, 7.º, y siempre, claro está, que aquí sea por su propia naturaleza susceptible del indicado recurso, todo lo cual hace incurrir al interpuesto en causa de inadmisión, que en el actual trámite procesal lo es de desestimación, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

E. I. M.

REPRESENTACION DE ARQUITECTO POR SU COLEGIO PARA COBRO DE HONORARIOS. APLICACION DE LA DOCTRINA DE SUSTITUCION PROCESAL. HONORARIOS DEBIDOS POR SERVICIOS PRESTADOS (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El Procurador don R. B., en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de la zona de V., delegación de A., dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Alicante auto de juicio ordinario de menor cuantía contra don J. J. M. A., sobre reclamación de cantidad, exponiendo, en síntesis: Que el demandado encargó al Arquitecto don J. G., perteneciente al Colegio Oficial de Arquitectos de la zona de V., la confección de un proyecto para la construcción de un edificio para apartamentos en la playa de San Juan, así como la dirección técnica de dicha obra hasta su total realización. Que los trabajos realizados por el Arquitecto citado comprendían también los planos y presupuestos; que una vez confeccionados los proyectos y antecedentes necesarios, el edificio quedó terminado. Que los honorarios devengados por el señor J. G., por los servicios prestados, consistentes en la confección de la memoria, proyectos y presupuestos de edificación, fueron en su día satisfechos por el demandado, lo que implicaba su plena conformidad con tal proyecto, pero no los honorarios devengados por cálculo de estructura y detalles de obras realizadas a que se ajustó la dirección técnica facultativa de la construcción, que ascendían a la cantidad de 453.684 pesetas, reclamadas según minuta de honorarios, que debidamente firmada por el interesado acompañaba. Suplicó se condenara al demandado a pagar la cantidad de 453.684 pesetas más los intereses legales de dicha suma al 5 por 100 devengados desde el día 29 de julio de 1970 hasta el de su pago, y también al pago de las costas.

El demandado se opuso alegando, en resumen: Que el poder de representación procesal que acompañaba a su demanda el Procurador estaba otorgado por don J. I., don G. P. y don M. del A., interviniendo como presidente, tesorero y secretario, respectivamente, de la Junta de Gobierno de la delegación de Alicante del Colegio Oficial de Arquitectos de la zona de Valencia, haciéndolo en nombre del Organismo que representaban, pero en dicho poder no se había transcrito el testimonio notarial en los necesarios de los Estatutos y Reglamento Orgánico del Colegio, por los que debiera aparecer la facultad de dichos señores para otorgar los indicados poderes; «por esta omisión, con arreglo a los preceptos de nuestra Ley Hipotecaria, hay que estimar y afirmar que dichos poderes son insuficientes». La demanda estaba instada por el Colegio Oficial de Arquitectos de la zona de Valencia, delegación de Alicante, en su propio nombre y derecho, según se desprendía del contenido de su lectura y en el ejercicio de la acción que se ejercita, al manifestar que don J. J. M. A. le debe al indicado Organismo la cantidad de 453.684 pesetas; esta manifestación estaba corroborada en los términos que el Procurador comparecía exclusivamente por este Organismo y por deuda referida concretamente a éste; igualmente, manifestaba dicho Procurador en el suplico de su escrito, en el que solicitaba se le tuviera por parte en la representación del Colegio Oficial de la zona de Valencia, delegación de Alicante..., y que se condenara al demandado a pagar a su mandante la cantidad de 453.684 pesetas; a esta petición tenían que oponer que el indicado Organismo carecía de la acción directa contra el demandado, ya que cualquier acción judicial ejercitada por el Colegio la debía hacer en nombre del Arquitecto colegiado, para con ello quedar perfectamente determinado el vínculo jurídico necesario para que ésta prosperara. Que los planos y proyectos para la ejecución del edificio fueron confeccionados por el Arquitecto don J. G. G., y por cuyo trabajo ya decía la contraparte que cobró la cantidad de 453.684 pesetas, importe que resultaba del 2,25 por 100 del valor del inmueble a proyectar, en un total de 20.173.636 pesetas; lo que ya era menos cierto es que don J. G., que se había obligado a la dirección facultativa de la obra, realizase ésta; que esta dirección facultativa no había tenido lugar y, además, había causado grandes perjuicios a la promotora del edificio. Que dichas obras se habían terminado con unas características de detalle muy distintas a las proyectadas y sin intervención del señor G. G. También tenía que invocar como excepción de mayor peso que el Arquitecto tenía cobrado el importe de sus honorarios, no solamente los que correspondían al proyecto, sino también a los no realizados por su dirección técnica, haciendo constar que todo ello lo fue con fechas anteriores a la terminación del edificio.

La sentencia de Primera Instancia desestimó las excepciones alegadas por el demandado, estimó totalmente la demanda y, en su consecuencia, condenó al demandado al pago de las siguientes cantidades: Primero, 453.684 pesetas, correspondientes a los honorarios devengados por el Arquitecto don J. G. G. en la dirección facultativa del edificio, según tarifa primera, grupo quinto, de las Tarifas de Honorarios, aprobadas en 1 de diciembre de 1922. Segundo, los intereses al 5 por 100 de dicha suma de 453.684 pesetas desde el día 29 de julio de 1970 hasta la fecha del pago de la cantidad principal. Tercero, el pago de las costas causadas en este procedimiento de Instancia.

Esta sentencia fue confirmada en apelación, con imposición a la parte apelante de las costas de la alzada.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación basándose en la siguiente doctrina:

Considerando que la demanda que origina el presente recurso aparece formulada por Procurador causídico, en nombre del Colegio Oficial

de Arquitectos de la zona de Valencia, delegación de Alicante, cuya representación le fue conferida en virtud de poder otorgado a dicho Procurador por el presidente, tesorero y secretario de la Junta de Gobierno de la aludida delegación, que figura bastantado en forma, y en cuya demanda aquel organismo reclama a don J. J. M. A. la cantidad de 453.684 pesetas, importe insatisfecho de trabajos de dirección llevados a cabo por el Arquitecto don J. G. G. en obras de aquél, que oportunamente había suscrito la tarjeta encargo de «proyecto y dirección de un edificio singular para apartamentos» en la playa de San Juan, acompañándose a la mencionada demanda, entre otros documentos: *a)* el impreso del Colegio en que mecanografiadamente se hace constar el nombre del obligado al pago, el del Arquitecto que había devengado los honorarios y la cantidad a pagar, suscrito por el tesorero y con el visto bueno del presidente, impreso que había de entregar al deudor contra el pago de su montante, convirtiéndose entonces en verdadero recibo, y *b)* un poder especial otorgado por el propio Arquitecto, señor G., a favor del expresado Colegio, para el cobro de tales honorarios.

Considerando que frente a tal demanda, el demandado opuso: *a)* que el poder utilizado era insuficiente, porque no transcribía los particulares de los Estatutos y Reglamentos Orgánicos del Colegio que le facultaban para comparecer en juicio por los colegiados; *b)* que la demanda estaba instada por el Colegio, por deuda referida concretamente a éste, a pesar de carecer de acción dicho Colegio, para reclamársele al demandado, que nada contrató con ese Organismo; *c)* que el Arquitecto no realizó los trabajos de dirección de toda la obra, pues los de pilotaje los llevó a cabo otra empresa y él, además, no vigiló debidamente la obra, y *d)* que, por último, ya había cobrado dicho señor cuanto se le debía, como justificaba con las letras que acompañaba a su escrito de contestación, en el cual terminaba suplicando se le absolviese de la demanda.

Considerando que la sentencia del Juzgado—confirmada íntegramente por la Audiencia, que también impuso al demandado las costas de la alzada—estimó totalmente la demanda, condenando a dicho demandado al pago de lo reclamado y a las costas de la Instancia, fundándose para ello: *a)* en que no era precisa la transcripción en el poder de los particulares de los Estatutos, pues éstos tienen rango de Ley; *b)* que en la demanda figuraba el sello de bastanteo del poder con que actuaba el Colegio; *c)* que dicho Colegio tiene acción para reclamar el pago de los honorarios devengados por los colegiados, conforme a los Estatutos y Reglamentos de Régimen Interno, e incluso tiene participación en tales honorarios, y *d)* que como el demandado ha firmado la ficha contrato en que se encomendaba al Arquitecto el proyecto y dirección de la obra, y ésta está terminada sin que haya intervenido ningún otro Arquitecto en ella, hay que estimar que aquél llevó la dirección hasta su fin, y que tal dirección no ha sido pagada, como justificaba la minuta que el Colegio reclama.

Considerando que contra esta sentencia alza el recurrente su primer motivo, en el que, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputa a la sentencia recurrida «error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documentos auténticos», invocando para demostrar ese error la tarifa primera del grupo quinto de las Tarifas Oficiales de Honorarios, aprobadas el 1 de diciembre de 1922, con arreglo a las cuales—dice el recurrente—debe «excluirse del importe proporcional... el de las obras de pilotaje de la cimentación, realizadas por PILOTESA, según ha quedado probado en autos», ya que su importe debió ser satisfecho por el demandado y responde a un error de cálculo de la cimentación cometido por el Arquitecto director de la obra.

Considerando que la desestimación de este motivo se impone por va-

rias razones: en primer lugar, porque no es exacta la afirmación de que está probado en autos que el señor G. no ha dirigido la realización de tales obras, ya que la sentencia no sólo no lo afirma, sino que proclama todo lo contrario, pues estima que llevó la dirección hasta la total terminación de las mismas sin excluir ninguna; en segundo lugar, porque las Tarifas Oficiales invocadas no son documentos probatorios que puedan esgrimirse para evidenciar un error de hecho en la apreciación de la prueba, pues constituyen una norma legal, cuya transgresión, de haberse cometido, tendría que haber sido combatida como infracción de norma y no como error de hecho, y en tercer lugar, porque el recurrente, si quería invocar esas Tarifas como base demostrativa de que no venía obligado a pagar la dirección facultativa de esas obras de pilotaje, tendría que haber comenzado por probar que no las había dirigido el señor G., evidenciando, por adecuado cauce, que era errónea la apreciación que había hecho la sentencia recurrida de que el señor G. fuera director de las obras en su totalidad.

Considerando que en el motivo segundo el recurrente, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputa a la sentencia recurrida «infracción de Ley por violación del artículo 1.257, en relación con el 1.091 del Código Civil», y a fin de justificar la procedencia de tal motivo alega que se comete esa infracción «al otorgar al Colegio de Arquitectos de Valencia acción contra el demandado, a pesar de que en la demanda inicial dice obrar por sí y no en favor del Arquitecto señor G. G.», y a pesar de que dicho demandado no tuvo relación contractual alguna con aquella Entidad, la cual únicamente podría comparecer—dice el recurrente—«a virtud de los poderes otorgados por el señor G. G., pero obrando en nombre del citado señor, y jamás postular para sí mismo una pretensión de la que no tiene relación con el demandado».

Considerando que, en realidad, en este motivo vuelve el recurrente a promover la misma cuestión que ya planteó en la Instancia y que no guarda relación con la falta de personalidad en la parte actora, ya que ésta no se arroga la representación del señor G., y los que en nombre de la Entidad dan poder a Procuradores están facultados para ello por los correspondientes Estatutos legales, y el Colegio, al actuar los derechos de los colegiados, obra en uso de las atribuciones que las Leyes le otorgan; olvida el recurrente que en numerosas ocasiones el ordenamiento jurídico legitima como partes procesales a sujetos o entidades que sin ser titulares de la relación jurídica discutida no actúan tampoco en nombre del verdadero titular, sino en el suyo propio, aunque haciendo valer o sopor-tando obligaciones indiscutiblemente ajenas; son éstos los supuestos que la técnica denomina de sustitución procesal, por virtud de cuyo instituto se consideran legitimadas para actuar en el proceso a personas que sin ser titulares de la relación jurídica litigiosa pueden, no obstante, en nombre propio—y no en el ajeno, como el representante—realizar válidamente actos procesales de parte, reputándose como tal parte el sustituto que defiende intereses de quien no puede o no quiere hacerlos valer.

Considerando que ya esta Sala tuvo que pronunciarse sobre este problema, primero, con carácter general, en la sentencia de 6 de noviembre de 1941, y más tarde, en la de 21 de noviembre de 1958, en un caso concreto de reclamación de honorarios de Arquitecto, deducida por el Colegio, proclamando en tal sentencia que hay que mantener esta doctrina de la sustitución procesal «en todos los casos en que se ofrezca un ligamen o vínculo legal de interés, entre sustituto y sustituido, cual en el caso de autos acontece, toda vez que el Real Decreto Ley de 27 de diciembre de 1929, que creó los Colegios de Arquitectos; el Decreto de 13 de junio de 1931, que aprobó sus Estatutos y, a su vez, fue aprobado y rati-

ficado por Ley de 4 de noviembre del mismo año, y el Reglamento de Régimen Interno. ., establecen normas legales denotadoras de la facultad que asiste a tales Colegios para actuar en nombre de quienes a ellos están adscritos como colegiados, entre las que resaltan las contenidas en los artículos 3.º y 6.º del citado Real Decreto Ley, que les atribuye personalidad jurídica plena y la facultad de defender los derechos e intereses de la clase, facultad ésta que reitera el artículo tercero, letra e), de los Estatutos, ampliada a. ., y el apartado letra g), que hace referencia a la organización de los servicios para el cobro de los honorarios profesionales en los trabajos particulares, siendo de singular relieve los artículos 3.º y 8.º, expresivo el primero de que el cobro de los honorarios «se efectuará por intermedio del Colegio...», descontándose el 2 por 100 de su importe», y el segundo, que dice «que en el caso de que hubiere que recurrir a procedimiento judicial para el cobro de honorarios profesionales y el colegiado así lo desee, el Colegio llevará su *tramitación*...», cuya palabra no puede tener otro alcance o significación que la de que si el colegiado lo pretende del Colegio, sea éste el llamado a postular en su nombre el procedimiento judicial pertinente, y por medio de su representación legítima, el percibo de los honorarios que se estimen adeudados».

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo vuelve a considerar y reconocer la llamada doctrina de la «sustitución procesal» siguiendo criterios ya sentados en anteriores sentencias: las citadas en el último considerando.

Los procesalistas se ocupan de ella al estudiar la legitimación. Así, GUASP (tomo I, pág. 125, de *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*) dice que la estudió principalmente la doctrina italiana y que, en virtud de este mecanismo jurídico, el sustituto (parte indirecta) obra por sí y no como el representante, que actúa en nombre de otra persona. DE LA PLAZA (*Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, pág. 315) afirma que reviste interés el caso del que comparece en juicio «en nombre propio», pero no como titular de la relación o situación jurídico-material. Esta situación o «modo de estar» se denomina la técnica «sustitución procesal», concepto ya recogido—añade—por el Tribunal de Casación italiano. Refiriéndose a la sentencia de nuestro más alto Tribunal, de 6 de noviembre de 1941, en la que por vez primera se recogió esta situación referida a la postulación en juicio, añade dicho tratadista que en ella se precisan, con afán constructivo, las características esenciales de la misma, que son: actuación en nombre propio, a diferencia de la representación que supone actuación en nombre ajeno, y que sustituto y sustituido deben estar ligados por el vínculo de un interés, distinto del interés en obrar, que es uno de los presupuestos de la acción.

PRIETO CASTRO (*Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 314) estudia esta cuestión dentro de los casos especiales de desplazamiento de la legitimación. Son casos en los que se ofrece una especie de parte mediata (el titular de la relación jurídica) y otra inmediata (la que posee la legitimación y actúa en el proceso como parte formal), casos denominados por CHIOVENDA de *sostituzione processuale*. Cita a BECEÑA, que se refería a los supuestos de facultad de disposición procesal concedida a quien no es titular de la relación jurídica, por razón de su titularidad de otra resolución jurídica conexa o dependiente de aquélla.

B. M. B.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA INDEMNIZACION DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE EDIFICAR EN LOS TERRENOS COLINDANTES A LAS AUTOPISTAS
(SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1972).

I. ANTECEDENTES

1. El Decreto Ley de 22 de julio de 1966 (5/1966) sobre autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró (aplicable a la autopista Bilbao-Behovia por Decreto Ley de 8 de junio de 1967), en su artículo 5.º estableció la limitación a los terrenos colindantes a la autopista, consistente en «la prohibición de construir a distancia inferior de 40 metros medidos horizontalmente desde el eje de la calzada y a lo largo del trazado de la autopista y de sus accesos».

2. En los expedientes de expropiación forzosa de las parcelas colindantes a la autopista Bilbao-Behovia, el Jurado provincial de expropiación ha venido reconociendo a los propietarios indemnización variable en su cuantía por aquella limitación. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Vizcaya, al decidir los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los acuerdos del Jurado, ha venido ratificando o rectificando las indemnizaciones establecidas por éste.

En sentencia de 15 de diciembre de 1971 se fijó la indemnización en un 50 por 100 del valor total del precio.

3. Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la sentencia de la Sala de Vizcaya, la Sala Quinta del Tribunal Supremo dicta sentencia el 29 de noviembre de 1972.

II. SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1972

Esta sentencia, de que fue ponente Pedro Martín de Hijas, en su tercer considerando sentó la siguiente doctrina: «Que en el octavo considerando de la sentencia recurrida, que se tiene por reproducido, se justifica la procedencia de indemnizar al expropiado por la prohibición que se le impone de construir en su parcela en distancia inferior a 40 metros desde el eje de la calzada, frente a cuyos argumentos resultan inoperantes las dos alegaciones del Abogado del Estado apelante, pues constituye una afirmación infundada la de que las fincas colindantes con una carretera de peaje obtienen con su construcción un beneficio que compensa aquella prohibición, y obvio es que las Salas de lo Contencioso, si bien, como en reiteradas sentencias se ha dicho, no deben sustituir el criterio del Jurado por el suyo propio, están no sólo facultadas, sino obligadas a subsanar los errores acreditados en que el Jurado incurra y suplir sus omisiones cuando no se han pronunciado, como en el presente supuesto ocurrió, sobre una petición indemnizatoria, y a mayor abundamiento de lo razonado en la sentencia procede señalar que en supuestos análogos, como son los de limitaciones impuestas como consecuencia del tendido de líneas férreas o instalaciones aéreas, no ha sido considerada su creación como una limitación general del dominio no indemnizable, sino como una limitación singular, aunque afecte a una pluralidad de propietarios, y ha

dado lugar a indemnización, como se comprueba, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 3 de julio de 1956, 12 de mayo de 1958, 4 de enero de 1972 y 15 de abril de 1972; únicamente sería no indemnizable esa limitación si se acreditase que el propietario afectado por ella e imposibilitado de construir en esa zona de 40 metros podía concentrar la edificabilidad permitida en el terreno colindante de su propiedad, pues en tal supuesto—que es contemplado por el apartado c) del artículo 20 de la vigente Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972, sólo invocable como norma interpretativa por no tener carácter retroactivo—no existiría perjuicio alguno; pero la demostración de tal hecho como compensatorio no se ha intentado siquiera en el presente caso, procediendo, en consecuencia, la confirmación de la indemnización en la cuantía señalada en la sentencia, pues ninguno de los litigantes ha probado su contradictoria petición de ser elevada o reducida, desvirtuando lo razonado para señalar tal cuantía en el noveno considerando de la sentencia.»

III. CRITICA

1. *Principio general*

«La expropiación forzosa contempla el supuesto en que, decidida la colisión entre el interés público y el privado, en consideración a la lógica prevalencia del primero, resulta obligado arbitrar el procedimiento legal adecuado para promover jurídicamente la transmisión imperativa del derecho expropiado y para hacer, consecuentemente, efectiva en favor del particular la justa indemnización correspondiente.» En estas palabras del preámbulo de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 se centra perfectamente la esencia y finalidad de la institución expropiatoria. Lo que la misma persigue es hacer realidad el principio de igualdad ante las cargas públicas, arbitrando el procedimiento para que cualquier administrado que sufra una merma en su patrimonio perciba una indemnización que suponga la efectiva reparación del daño sufrido.

La sentencia de la Audiencia, que confirma la del Tribunal Supremo que comentamos, aplicando aquel principio, sienta la siguiente doctrina: «Si dentro del instituto de la expropiación tiene cabida 'cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente', enumeración que, como concreta el artículo 1.º del Reglamento de 1957, tiene mero carácter comunicativo, es de ver cómo 'la prohibición de construir a distancia inferior de 40 metros medidos horizontalmente desde el eje de la calzada y a lo largo del trazado de las autopistas y de sus accesos', establecida en el artículo 5.º del Decreto Ley de 1966, supone, en definitiva y para lo sucesivo, un permanente menos cabo de derecho de propiedad, que demanda imperiosamente su compensación a medio de la indemnización pertinente, para que el expropiado, dentro de los postulados esenciales que rigen la institución, no sufra merma en su patrimonio y obtenga equivalente económico adecuado a la concreta limitación que se le impone.»

El punto de partida de la sentencia no es otro, por tanto, que considerar que estamos ante un supuesto de privación singular de la propiedad privada.

2. *La expropiación forzosa como «privación singular de la propiedad privada»*

La Ley de Expropiación Forzosa, en su artículo 1.º, delimita el ámbito de la intervención expropiatoria con la máxima amplitud. Es expropia-

ción—con la consiguiente secuela de la indemnización—«cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio» (párrafo 1 del art. 1.º).

Ahora bien, si es expropiación—indemnizable—cualquier «forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales», en aplicación de este mismo principio no lo será lo que en vez de ser una privación singular, no es sino una reglamentación de los límites y deberes que integran el contenido normal del dominio.

Porque el dominio—incluso en la concepción ultraliberal del artículo 348 del Código Civil—es el derecho de gozar y disponer una cosa «sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes».

Por lo que cuando una Ley limita las facultades dominicales no está privando al propietario de su derecho, sino regulando la forma en que debe ejercitarlo.

Cada propiedad, según la naturaleza del objeto sobre que recae y emplazamiento, tiene un régimen determinado, un estatuto. Cuando recae sobre el suelo dependerá de la clasificación de éste. Según su destino, según su situación, el propietario tendrá más o menos limitadas sus facultades dominicales.

La promulgación de una norma jurídica estableciendo las limitaciones o la realización de obras que den lugar a la sujeción a determinado régimen legal de limitaciones no supone el reconocimiento del derecho a una indemnización.

En aplicación de estos principios generales parece discutible que las limitaciones impuestas por el artículo 5.º del Decreto Ley de 22 de junio de 1966 al terreno situado en las proximidades de una autopista dé lugar a indemnización alguna a favor de los propietarios, en cuanto que:

a) El Decreto Ley reitera unas limitaciones generales que ya estaban establecidas en la legislación anterior. Ya las establecía en forma análoga la Ley de 7 de abril de 1952, sin que se haya planteado siquiera el problema de la indemnización.

b) Como tales limitaciones generales no suponen una privación singular de los derechos del propietario, que seguirá siendo titular del derecho de propiedad sobre el terreno situado en aquella zona, que podrá seguir utilizando, si bien con aquellas limitaciones.

c) Es cierto que las limitaciones impuestas son rígidas—prohibición de edificar—; pero limitaciones análogas existen en otras ordenaciones—como se ha señalado—sin que hayan determinado el derecho de indemnización. Y no lo ha determinado porque, en definitiva, no se llega a ocasionar daño, ya que:

- El volumen edificable en esas zonas siempre se respeta, pudiendo concentrarse en la parte de terreno que queda fuera de la zona sujeta a limitación. Si las facultades dominicales en orden a edificación se traducen siempre en un volumen en función de los metros cuadrados de superficie, si ese volumen se respeta, no existe merma de las facultades dominicales.
- El propietario de terreno en aquella zona sujeta al límite puede aprovechar perfectamente éste: si está en zona de viviendas, como parte ajardinada aneja a las edificaciones; si en zona industrial, como terreno de expansión de la industria, que puede estar destinado a almacén, aparcamiento y otros usos no menos imprescindibles.

d) Para que una limitación general de la propiedad sea indemnizable es absolutamente necesario que así se disponga expresamente o, al menos, pueda considerarse un supuesto de «privación singular», a tenor del artículo 1.º Y es evidente que cuando por la vía de una disposición general se ordena en determinado sentido la propiedad de ciertas zonas o sectores, se trata de una ordenación general que reglamenta el destino y uso de la propiedad (verbigracia: cuando se imponen limitaciones en zona de protección de determinadas obras, como aeropuertos, pantanos, etcétera).

e) Precisamente en materia de ordenación urbana es consustancial a la institución, que, como consecuencia de los planes, se imponga una determinada ordenación del uso de los terrenos, sin que dé lugar a indemnización. Es frecuente que, como consecuencia de un plan de urbanismo, unos terrenos resulten calificados de zonas verdes, otros de calles o plazas, otros de parques, otros rústico-forestales, otros edificables con diferentes volúmenes, sin que esta distinta ordenación determine el derecho a indemnización. Por el contrario, cada propietario debe soportar la correspondiente ordenación, con el único procedimiento de redistribución de las cargas y beneficios del planeamiento, que es el de la reparcelación. El artículo 70, párrafos 1 y 3 de la Ley del Suelo, así lo prevé expresamente. Es cierto que el párrafo 2 de este mismo artículo dispone: «Las ordenaciones que redujeran el volumen mínimo edificable determinado por la limitación segunda del artículo anterior conferirán derecho a indemnización mediante expropiación o imposición de servidumbre.»

Ahora bien, este precepto, lejos de suponer un reconocimiento del derecho a indemnización de los propietarios, conduce justamente a lo contrario, en cuanto que presupone una ordenación anterior, que se modifica por otra posterior, de tal modo que se reduce el volumen edificable hasta el límite que señala. Y en el caso que contempla la sentencia apelada no se da esta circunstancia, ya que:

- No estamos en presencia de una nueva ordenación urbana, sino de una limitación general.
- No se ha reducido el volumen edificable. Por el contrario, el hecho de que en una franja de terreno se permita edificar, no quiere decir que se reduzca el volumen edificable. Este volumen, como antes se dijo, puede concentrarse en las partes que quedan fuera de la limitación, por lo que no existe pérdida de valor.
- La limitación en el derecho de edificar de los terrenos próximos a las carreteras se encontraba ya en disposiciones anteriores y en la propia Ley del Suelo (verbigracia, art. 59), sin que en ellas se hubiese previsto derecho de indemnización.

3. *La aplicación como norma interpretativa de la Ley de 10 de mayo de 1972.*

La sentencia comentada, con buen criterio, aplica con carácter interpretativo el artículo 20 de la Ley de 10 de mayo de 1972 (1).

Dicho artículo 20, en su párrafo 3, apartado c), dispone: «No determinará derecho a indemnización... c) La prohibición de construir, si los propietarios afectados por la línea de edificación pudieren concentrar en terrenos de su propiedad colindantes con éstos, y al otro lado de dicha

(1) GÓMEZ FERRER, *En torno a la Ley de autopistas de peaje*, "Revista de Administración Pública", núm. 68, págs. 344-351

línea, el volumen de edificación autorizado por la norma 2.^a del artículo 69 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, siempre que queden a salvo las prescripciones de este artículo, lo que se acreditará en cada caso mediante el informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo.»

La redacción no es muy afortunada, en cuanto que:

a) Es obvio que la limitación consistente en la prohibición de construir únicamente supone un perjuicio real si el volumen edificable no puede aprovecharse por el propietario o por un tercero al que se transmite, ya que parece evidente que el volumen edificable es un bien objeto del tráfico jurídico (2). Pues el terreno, al seguir siendo propiedad del particular, puede ser destinado a los fines propios del mismo: cultivo, parques, jardines, etc.

b) Que el volumen edificable pueda concentrarse en los terrenos colindantes del mismo propietario o de otro es incuestionable. Al menos, constituye la regla general. Por lo que la exigencia de informe de la Comisión Provincial de Urbanismo parece innecesaria.

El propietario de un terreno dispone de un determinado volumen de edificabilidad. Ahora bien, el hecho de que este volumen se fije en metros cúbicos por metro cuadrado, no quiere decir que cada metro cuadrado ha de soportar el porcentaje que le corresponda. Por el contrario, ese volumen se concentrará en una parte del terreno destinándose el resto a jardín, parque, espacio libre, cultivo agrícola, etc. Este es el uso normal del suelo. Así se ejercita y materializa el derecho de edificación. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (v. gr., Sent. de 3 de febrero de 1971).

Por tanto, todo propietario puede concentrar el volumen en una parte de su terreno. El hecho de que parte del mismo esté sujeto a la prohibición de no edificar, no quiere decir que el volumen de esa parte no pueda edificarse en el resto. No existe norma urbanística alguna que lo impida.

c) El único supuesto en que puede darse la imposibilidad de concentrar el volumen en el terreno restante, no afectado por la prohibición, se da cuando esta parte es tan pequeña que no permite soportar todo el volumen de la parte afectada. Ahora bien, según se ha señalado, esto no quiere decir que el propietario de los terrenos pierda aquel volumen, ya que puede disponer del mismo y enajenarle e incluso pedir la reparcelación con los terrenos colindantes para una justa distribución de las cargas derivadas de la prohibición.

De aquí que la norma contenida en el artículo 20, 3, c), del Decreto Ley, al negar el derecho a la indemnización cuando los propietarios pueden concentrar el volumen «en terrenos de su propiedad colindantes», no sea muy correcta. Pues para que no proceda la indemnización bastará que el volumen pueda concentrarse, que no se pierda. Lo que, como hemos dicho, constituye el supuesto general.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(2) MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, páginas 55 y ss.

LIBROS

ALVAREZ ROMERO, CARLOS: *Integración de lo postal en el universo jurídico*. Cuaderno dado a conocer en el Alcázar de los Reyes Cristianos, de Córdoba, en el acto de clausura del IV Seminario de la Unión Postal de las Américas y España, organizado por la Dirección General de Correos y Telecomunicación. Madrid, 1972.

He de confesar que esta conferencia, que el autor nos brinda en su separata, me ha sorprendido enormemente, pues de ella se deducen muchas consecuencias que entre líneas se dejan descubrir y afloran al comentarista infinidad de matices, que brindan al estudioso un amplio campo de actuación seminarial.

Para poder mantener la objetividad en la recensión y no perder la condición de amigo del autor—pues la de compañero activo sólo llegará con la jubilación o la desaparición, aunque también sabría la excedencia—es preciso acudir a LAÍN ENTRALGO. Hace poco, y esto es del dominio de todos, LAÍN ENTRALGO publica un sensacional ensayo sobre la amistad, y en una de sus conclusiones dice esta frase, que viene aquí como anillo al dedo: «Sólo realizándose socialmente—siendo, pues, 'para' y 'hacia' todos, no sólo 'para' y 'hacia' los amigos mismos—puede ser considerada real y verdaderamente valiosa una amistad.» Pues bien, esta recensión es para todos, aunque sólo la lean algunos; pero es una recensión de amistad, que obliga inevitablemente a una gran objetividad.

El problema eje con el que se enfrenta el conferenciante es el del encuadramiento—aunque él utiliza la terminología más en uso de «integración»—de lo postal en el universo jurídico. Intimamente ligado al problema está el de la relación jurídica postal, en la cual desempeña tanto papel preponderante el sentido de la intimidad.

En su exposición, el autor destaca cuatro partes, que nosotros aquí vamos a respetar para dar una versión lo más clara posible del contenido del trabajo.

a) *Localización de lo postal en el universo jurídico*.—Partiendo de RECASENS y lo que dicho autor denomina «la multiforme complejidad del universo», la primera labor que el jurista necesita realizar es situar la realidad jurídica dentro de esa complejidad. Aun reconociendo el autor que la denominación de Derecho postal puede ser excesiva, ya que no existen unos principios que justifiquen la creación de una disciplina autónoma, también podría admitirse con efectos limitados dicha denominación, al estilo de otra serie de parcelas que recientemente han cobrado brío y reclaman independencias.

Los dos grandes caracteres que se pueden predicar de lo postal son, de una parte, su universalidad (es decir, como forma de vida humana objetivada, en la que existe el hecho o relación social de comunicación y la norma que cristaliza u objetiva con determinados criterios esa forma de vida, transformando la simple relación de correspondencia en relación

jurídica postal) y la intimidad (frente a lo que en apariencia pudiera resultar, la relación postal no pertenece a las relaciones de distancia, sino a las de intimidad).

Rechaza el autor las construcciones que tratan de explicar la relación postal como una manifestación de la libertad de expresión (que pertenece a lo que él mismo denomina relaciones de distancia), en las que el término de la misma se caracteriza por su carácter amorfo o, al menos, fungible, y es considerado en atención a su situación social, cultural, política, económica o cualquier otra, pero no en función de circunstancias personales o específicas. Igualmente niega la posibilidad de una explicación a través de la teoría del derecho de propiedad sobre la carta, pues no hay que olvidar que en ella pueden distinguirse la materialidad de la misma o soporte material y la manifestación espiritual que aquélla incorpora y que constituye el único bien jurídicamente protegido en la relación postal. Por último, rechaza la tesis que trata de explicar la tutela de la relación postal sobre la base del derecho de autor, que al ser de exclusiva pertenencia del autor, cesionarios o causahabientes, elimina a uno de los términos de la relación.

Creo que en su construcción es donde el trabajo cobra relieve, pues aun reconociendo que los derechos derivados de la relación postal «son una proyección de la personalidad», avanza en su tesis para perfilar la naturaleza de la relación. La doctrina jurídica italiana, singularmente DE CUPIS, GALLI, MOSA, así como la francesa, representada por MAZEAUD y DECOCO, han afrontado el estudio de los derechos de la personalidad coincidiendo más o menos en señalar como características generales la de representar, de una parte, un nexo con la persona tan íntimo que pudiera llamarse orgánico y, de otra, una identificación con los más elevados de los bienes susceptibles de señorío jurídico. Por sus características especiales no pueden ser patrimoniales ni estimarse pecuniariamente, aun cuando cabe un resarcimiento de daños no patrimoniales, que no tiene carácter de restitución, sino de compensación de orden marcadamente legal. De ahí que los derechos a la vida, a la integridad corporal; el derecho a las partes destacadas del cuerpo humano; el derecho sobre el cadáver; el derecho a la libertad en sus manifestaciones, tanto internas como externas; el derecho al honor y a la discreción; el derecho a la imagen, al secreto (frente al derecho de crónica), suponen, junto con la relación postal, un mundo jurídico aglutinado por el derecho de la personalidad, pero cada uno con matices diferenciales, que permiten construcciones como la que el autor nos ofrece.

En esa gran esfera de la personalidad los dos adelantos que la ciencia ha tenido en diversos estadios de su evolución, el teléfono y la informática, han creado estudios que tratan de encuadrar ambos fenómenos. MOSA estudió el problema del número telefónico en relación con el derecho de la personalidad y el derecho al reposo, y no hace mucho, HERVÁS CUARTERO (*Documentación Administrativa*, enero-febrero 1972) decía que «respecto de las libertades del ciudadano quizá sea la intimidad personal el punto polémico por excelencia. Se ha expresado en muchos países el temor de una posible vigilancia generalizada de los ciudadanos y la opinión pública reclama una legislación nueva, que impida la utilización abusiva de la información almacenada en los bancos de datos.. », que la informática facilita, pues mientras en el Reino Unido la divulgación de datos sobre los impuestos pagados por un ciudadano puede parecer como una violación de la vida privada, en Suecia los informes fiscales son del dominio público.

DE CUPIS, al llegar a la precisión de estos derechos, no vacila en considerarlos accesorios del Derecho objetivo, pues piensa que si la persona tiene derecho a la vida, a la libertad, al honor, etc., depende, en todo caso, de la inclusión en el ordenamiento jurídico de reglas sobre

el respeto a la vida, a la libertad, al honor, etc. Puede suceder aquí con la relación postal lo mismo, ya que el autor nos dice que la norma jurídica postal es de garantía, de carácter tuitivo, de un valor metajurídico, que sólo es tomado en consideración por el Derecho para preservarle de los riesgos que constantemente le acechan. La norma y el ordenamiento jurídico imponen una actuación positiva para conseguir que la relación se establezca y una actuación negativa de respeto. El secreto de la correspondencia va más allá del profesional, constituyendo un auténtico sacerdocio.

b) *Breve apelación a la historia.*—Sin ánimo de hacer historia ni precisar etapa tras etapa de las evoluciones de la correspondencia, hace alusión a algunos hitos del correo entre América y España, la falta de regulación legal en Roma y la conclusión de que constituye una conquista o, si se quiere, una creación de la época moderna. Hasta la Revolución francesa, como muy acertadamente señala VITTORIO ITALIA, el secreto de la correspondencia no es considerado como un interés individual digno de ser protegido por los órganos del Estado.

c) *La correspondencia en las declaraciones y en los textos legales.*—Cita a este respecto las Declaraciones de 10 de diciembre de 1948, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y las del año 1950 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en las que se reafirma la tesis de la inviolabilidad de la correspondencia y se considera como un atributo indeclinable de la persona en su vida privada. También cita el Fuero de los Españoles, con su artículo 13, en el que se garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia, y como normativa específica postal añade la de la Ley de 22 de diciembre de 1953, la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960 y el Reglamento de Servicios de Correos de 14 de mayo de 1964.

d) *Precisiones sobre el alcance de la correspondencia y su garantía.*—Como problema inicial estudia el de si la garantía del secreto e inviolabilidad se predica de todas las especies comprendidas en los envíos postales o confiados al Correo o solamente de algunos. Defiende la posición integradora y considera que en ambos supuestos queda garantizada la inviolabilidad.

Para examinar la posición de la jurisprudencia distingue, de una parte, a los funcionarios postales y, de otra, a los funcionarios públicos. Para los primeros juegan dos delitos o dos manifestaciones de un mismo delito: la infidelidad en la custodia (art. 364 del Código Penal) y la infidelidad impropia o delito de apertura (art. 366 del Código Penal). Ambos delitos comprenden toda clase de envío postal.

Respecto de los segundos, el artículo 192 del Código Penal tipifica la conducta ilícita de funcionarios no postales que atente a la inviolabilidad de la correspondencia. La idea de correspondencia debe interpretarse en estos casos en forma restringida.

Al filo de la lectura de esta conferencia aparece en uno de los periódicos de la tarde una reseña sobre un juicio por violación de correspondencia. Si lo cito es porque en una última instancia interviene un funcionario público. El director de una empresa abre una carta dirigida a uno de sus empleados, que en el momento de ser recibida había sido despedido, y como en la misma se vertían manifestaciones antiespañolas, la carta es entregada a la policía. Habría que conocer a fondo todo el contenido de las alegaciones que fiscal y defensor hacen en el juicio para sacar conclusiones; pero si prevalece la tesis de la existencia de un delito de violación de correspondencia, ¿puede basarse sobre el mismo una denuncia a la Comisaría de Policía y ésta proceder sobre esa base? La referencia periodística, naturalmente, no aclara estos puntos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Catalogación de conceptos de Derecho privado*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1968, 402 págs.

Difícil es, a primera vista, acertar a entender cuál podría ser la utilidad de este enorme esfuerzo de catalogar 9.044 conceptos ordenados alfabéticamente—ni siquiera por materias—sin que se diga nada acerca del significado de cada uno. Parecería un curioso capricho de coleccionista. Pero esta primera idea es falsa. Es falsa, puesto que la utilidad que una obra de tal naturaleza está llamada a prestar es inmensa. El propio autor nos previene sobre ello ya en su prólogo (pág. 11): la investigación científica, la docencia universitaria, la formación de nuevos códigos o leyes, la formación de una completa enciclopedia jurídica, los estudios de Derecho comparado, la catalogación bibliotecológica, los estudios de filosofía, etc., son algunos de los fines a cuyo servicio puede colocarse. Y, en efecto, si reparamos en que la idea inspiradora del trabajo del profesor FUEYO consiste en situar frente a cada concepto del Derecho privado los otros conceptos a los cuales va ordinariamente unido aquél, por un lado; los tópicos sistemáticos que permiten su adecuado estudio y análisis, por otro, y, finalmente, los meros temas, ramas o divisiones del Derecho con los que se relaciona, se obtiene un completo cuadro de afinidades conceptuales, que aun cuando el lector no lo quiera o busque, lo obligará al esfuerzo mental de ir reparando y ligando todas las modalidades y conexiones del concepto original.

Parece necesario traer algunos ejemplos extraídos, naturalmente, de la misma obra. Así, concepto número 1.876 (pág. 95): «Contrato». Frente a él aparecen ligados otros 244 conceptos de diversa naturaleza. El autor nos remite—siempre a vía de ejemplo—a los contratos administrativos—concepto número 1.883—, y dentro de él, a los variados contratos de esta clase y a toda su sistemática expositiva. La lista de contratos inno- minados es completísima y, como era de esperar, aparecen todos conectados al concepto inicial. Pero conjuntamente con ello, el autor nos recuerda que en todo estudio acerca de los contratos es preciso tratar de la interpretación—concepto número 2.073—; la representación—concepto número 2.029—, que podría ser útil estudiarlos desde el punto de vista del *common law*—concepto número 1.902—, o de que es necesario clasificarlos—concepto número 1.897.

Dicho ejemplo nos muestra, en concreto ahora, la utilidad de esta catalogación. Ella se nos presenta como el punto inicial de todo estudio dogmático o sistemático acerca de cualquier tema del Derecho privado. El interesado podrá encontrar allí no sólo las materias que requiere tratar, sino, además, los temas que a propósito de tales materias es necesario abordar y la sede dentro del sistema general del Derecho privado a la que se encuentran conectadas. Volvemos con ello a la partida, pues aquel punto inicial se encuentra en el origen de la investigación, de la docencia, de la clasificación bibliográfica, de la formulación misma del Derecho.

La concepción de la obra excluye—como ya se acortó—la consignación de los significados de cada concepto. Y es que no se trata de una enciclopedia ni de un diccionario jurídicos. No obstante ello, la lógica interna del trabajo permite a menudo que en la referencia pueda el lector iniciado captar el significado de cada concepto mediante ella misma. Así, por ejemplo, concepto número 851, *astreinte*, la remisión es a «multa compulsiva», y este último deja en claro la esencia del concepto inicial de sanción no retributiva, sino destinada a impeler a alguien a la ejecución de un acto propio en beneficio de otro. Pero si no es la idea de *astreinte* que el estudioso busca, sino la de «multa compulsiva», en el concepto número 6.012, «multas compulsivas», se encontrará con que se le remite

a *astriente*, y entonces sabrá que a propósito de aquélla le será necesario tratar de este último concepto.

Tal es el juego conceptual que el autor nos propone. Y la expresión juego creo que es la más adecuada para calificar la obra del profesor FUEYO. Hay trabajos que sólo tienen una forma de uso, una mecánica preestablecida y consagrada. Lo sorprendente de la presente catalogación está en que su uso queda entregado al conocimiento, habilidad e incluso inventiva del propio lector interesado. Me atrevería a compararla con el juego de ajedrez. He aquí 9.044 piezas interconectadas y con movimientos —referencias— dados, pero el resultado dependerá de lo que el usuario busque o de cómo las utilice. Aquél no es el único, no se encuentra inserto en la obra misma, como en el tratado completo y exhaustivo que agota un tema, sino que es del todo imprevisible objetivamente hablando y habrá de estar determinado por el manejo que haga el interesado.

La obra, como su título lo indica, no consiste en una catalogación de conceptos de un determinado ordenamiento jurídico nacional o del código de un país concreto: lo es del Derecho privado. Así se explica entonces que se encuentren catalogados conceptos del—para nosotros—Derecho extranjero y, más aún, del Derecho histórico. Gráficamente podríamos decir, en elogio del libro del profesor FUEYO, que es el índice analítico de una obra grandiosa, inexistente en la realidad, que vendría a ser un gigantesco e ideal Tratado general del Derecho privado universal.

Con todo, valga la pena decir, sin que ello desmerezca en lo más mínimo la envergadura y el mérito de este trabajo, que se echa de menos algunos conceptos importantes: a título de ejemplo, notamos la ausencia de conceptos como *solvens*, *accipiens*, *a contrario sensu*, *a fortiori* y otros, que tanta importancia teórica como objeto de estudio, aun para su cuestionamiento los últimos, al igual que práctica, poseen en el ámbito del Derecho privado. No es ello, sin embargo, un baldón del presente trabajo, porque el propio autor ha considerado el error de formular siquiera la idea de intentar un catálogo completo (pág. 9). Como se trata del primer intento de catalogación de esta naturaleza, producto del propio esfuerzo del autor, que no ha contado con catalogaciones previas, cualquier crítica que se haga en este sentido ve disminuido su valor.

Estimamos, pues, fructífero aporte a las tareas científicas este que nos ofrece el profesor FUEYO, y no trepidamos en considerarlo como instrumento idóneo y eficaz para el manejo, tanto universitario como práctico.

Prof. RAÚL LE ROY, L. R.
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Madrid, 1971. Tomo I: *Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión*.

No resulta cómodo ni fácil hacer una reseña de un libro sobre filosofía del Derecho y direcciones metodológicas, pues ello supone una gran dosificación de conceptos, que el recensionista no tiene y, de otra, una imposibilidad de ofrecer al lector una materia complicada en forma sencilla y apretada por la reseña misma.

Aparte de ello, cuando el autor de una obra de tanta trascendencia jurídica es «personaje» en el mundo del Derecho, jurista en el sentido de conocedor del mismo y pensador frente a la esencia que el mismo lleva consigo, la dificultad sube de punto. Es inútil tratar de presentar al

autor de la obra. Aquí sucede como en aquellas presentaciones sociales en que una persona trata de sorprender a un tercero ofreciéndole la de un amigo del que se siente orgulloso y cuando llega el momento del lucimiento personal, presentado y persona a quien se ofrece la presentación se dan un gran abrazo, profiriendo esa frase tan poco alentadora para el presentante: ¡Hacia tanto tiempo que no nos veíamos! HERNÁNDEZ GIL es autor que se abraza espiritualmente con todos los posibles lectores de esta recensión.

HERNÁNDEZ GIL en mis meditaciones hipotecarias ha sido pesadilla, aunque momentánea. Todos sabéis que en ciertas épocas de su actividad universitaria su tema preferido era la posesión. Yo no fui alumno suyo, pero los que lo fueron y vinieron a mí en fase de preparación especial notarial y registral traían conceptos difíciles de superar para mejorar aquella famosa frase de NÚÑEZ LAGOS de la «política del gruñido y del zarpazo» llevada a cabo entre el Registro y la posesión. La recensión que publiqué sobre su obra *La función social de la posesión* reflejaba, en cierto modo, esta inquietud, que aún no he sabido superar claramente.

Simultáneamente a esta obra que ahora recensiono, he leído del mismo autor una separata de una conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Universitarios de Madrid, el día 10 de marzo de 1972, y que lleva por título *La sentencia*. En el prefacio a la obra sobre la metodología, HERNÁNDEZ GIL dice que «la metodología—como disciplina del método a seguir en el operar con una materia científica, bien sólo con fines de investigación, bien, además, con fines de aplicación—entraña un autoconocimiento. Autoconocimiento de la ciencia de que se trate y autoconocimiento de su cultivador. En la investigación metodológica, la ciencia misma se torna objeto de nuestra reflexión. No se inquiere el *qué* de los contenidos concretos de la disciplina en cuestión, sino el *cómo*; es decir, que se inquiere el propio proceso seguido en la obtención y elaboración de los conocimientos científicos. La metodología, inicial y elementalmente, es una parte de la lógica, y los dos métodos fundamentales, el deductivo y el inductivo». Pues bien, en la conferencia citada, al tratar de las funciones que la cibernética puede representar en el campo del Derecho, ofrece al asombrado lector dos ideas. Una, la de que «mientras, por un lado, se está divulgando como el último grito de la actualidad que la sentencia no es concebible como obra del cerebro humano, sino del total y concreto hombre de carne y hueso—con cierta postergación de su entidad razonadora—, por otro lado, en cambio, se está trabajando de manera muy seria con vistas a la cooperación del automatismo electrónico en la operatividad jurídica ». Y otra, que «la iuscibernética puede actuar en niveles más elevados, como son: la determinación de las normas, la fijación de sus significados, las relaciones de afinidad, de antecedentes y consecuencia y oposición, etc. No faltan intentos de solución de casos jurídicos... el tratamiento electrónico del Derecho requiere una base científica. Y esta base la ha de suministrar la moderna lógica deontica simbólica . Tenemos, pues, que cuando muchos están celebrando las exequias de la lógica, ésta retorna renacida y renace también para el Derecho. La cibernética nos remite de nuevo a la lógica». La conclusión no puede ser más sorprendente: cuando la cibernética está llamando a nuestras puertas portando la lógica, se hace difícil regresar históricamente al Derecho natural y a las distintas direcciones metodológicas o teorías del método.

Así, pues, el libro de HERNÁNDEZ GIL es una aportación impresionante a un tema abandonado por la ciencia jurídica española. La edición que comentamos es reciente, pero no es más que una fiel reproducción de la que el autor lanzó hace veinticinco años y de la cual se siente seguro

al afirmar que se inclina más a la confirmación que a la discrepancia. Por tanto, se hace preciso ceñirse al texto y exponer en forma sintética su contenido.

La obra va dividida en once capítulos, a los que siguen unas conclusiones y precedidos de un índice sistemático y dos prólogos, que enlazan la primera y esta segunda edición. Creemos, y para ello nos apoyamos en las directrices del autor, que estos once capítulos pueden ser agrupados en los siguientes apartados: la doctrina del Derecho natural, la escuela de la exégesis, la escuela histórica, el positivismo, la revisión de los métodos tradicionales y los intentos de superación. Naturalmente que en cada apartado trataremos de comprender todos y cada uno de los capítulos que la obra contiene.

a) *Valor metodológico del Derecho natural.*—El arranque de la obra de HERNÁNDEZ GIL se realiza a través del estudio del Derecho natural, ya que ninguna consideración del Derecho es tan plena y trascendente como la emanada de la doctrina iusnaturalista. La razón estriba en que se desenvuelve en el marco de la filosofía, en el de la antropología y, en importantes sectores, en el de la teología. Si a esto se agrega que la más elevada y genuina filosofía española del Derecho es sólo Derecho natural, se comprenderá la apertura de la obra con esta materia. El Derecho natural no sólo constituye la más antigua concepción del Derecho, sino, sobre todo, es la base en la que se apoya el autor para fijar una posición con relación al mismo y adoptar una actitud crítica con respecto a cada una de las direcciones metodológicas. Naturalmente que el autor va recorriendo el camino de las concepciones a través de la filosofía griega, la concepción romana y las aportaciones de Cicerón, para luego pasar a la obra de la escolástica, Santo Tomás, Francisco Suárez, Domingo de Soto y llegar a la concepción racionalista del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII.

Sus conclusiones, partiendo de la concepción iusnaturalista al estilo de la escolástica tradicional, son que el iusnaturalismo no es una dirección metodológica, sino una concepción y fundamentación filosófica del Derecho; un freno contra las libertades amorfas del sociologismo; permite diferenciar Ley y Derecho; explica la conexión entre Derecho y justicia; otorga al Derecho la dignidad de lo racional; reclama la ordenación jurídica de la realidad social; actúa como vehículo y guía del progreso jurídico; armoniza, en orden al conocimiento, el apriorismo con el empirismo, confiere una formación jurídica completa y cumple, en fin, el alto cometido de mantener una unidad esencial en la filosofía y en la ciencia del Derecho.

b) *La escuela de la exégesis.*—Frente al iusnaturalismo surge el positivismo y las direcciones metodológicas que en él se asientan. El método exegetico, en su manifestación más pura, que es la escuela francesa de la exégesis, puede ser su más brillante manifestación. Así como el iusnaturalismo no es un método jurídico, aunque produzca consecuencias de este orden, sino una concepción filosófica del Derecho, el denominado método exegetico es, sí, sólo método, e incluso, en algún aspecto, meramente plan; pero responde también a una concepción filosófico-política y jurídica más amplia. En tanto allí se considera que hay un Derecho superior al Estado, aquí se exalta, sobre todo, el valor del Derecho positivo y, más concretamente, de la Ley escrita.

Previamente al desarrollo de la teoría el autor va haciendo una referencia a los glosadores (en su actitud puramente teórica, que degenera en desmedidos excesos dialécticos), los comentaristas (que abandonan el método literal para aspirar a una teoría general), para llegar a la escuela de la exégesis, que surge en Francia a partir de la publicación del *Code*

y se mantiene durante el siglo XIX, hasta que en su cima es contenida y eliminada por la escuela científica y, en particular, gracias a la obra provocadora y fecunda de GENY. Sus bases residen en los siguientes puntos: a) El Derecho positivo lo es todo, y todo el Derecho positivo está constituido por la Ley. b) La interpretación está dirigida al logro de descubrir la intención del legislador, dando a la norma la extensión de que sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo y sin más punto de apoyo que el raciocinio y la habilidad dialéctica. c) Se niega valor a la costumbre, supliéndose las deficiencias legales por la analogía. d) Se tiene en cuenta los argumentos de autoridad, con el consiguiente respeto a las obras de los antecesores. e) Se atribuye al Derecho un carácter eminentemente formal.

c) *La escuela histórica.*—Magistralmente el autor sitúa a la escuela histórica en el tiempo y en su esencia. El siglo XIX se abre en Alemania, en orden a la ciencia del Derecho, con la escuela histórica. Así como el racionalismo es el fondo sobre el cual se recorta la figura de la escuela francesa de la exégesis, su antítesis, el romanticismo irracionalista, es la concepción filosófica y cultural, que tiene como soporte y da impulso a la escuela histórica alemana. Una y otra se pronuncian en contra del Derecho natural, mas la primera sólo realiza una positivación del Derecho exaltando el escrito; la segunda rompe por entero con aquél y con cuanto signifique poner una traba al constante fluir del Derecho, cuya fuente inagotada e inagotable es la vida misma.

Si los tres grandes puntales de la escuela histórica son HUGO, SAVIGNY y PUCHTA, su actitud metodológica se cifra en poner de relieve como aspecto, si no único, esencial del Derecho y de la ciencia, el histórico; sin embargo, la aportación de la escuela histórica no consiste en haber cultivado la historia del Derecho, sino en haberla considerado formando parte integrante y esencial del Derecho. Son sus postulados generales: 1) Empirismo: el Derecho es algo externo cuyo conocimiento se deriva de la experiencia. 2) Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa. 3) Irracionalismo y relativismo: el Derecho es un cuerpo orgánico, sometido a mutaciones, que nada respetan. Como necesaria consecuencia de tales ideas se presentan dos postulados importantes de la escuela histórica: el uno, de rango filosófico, representado por su oposición al Derecho natural; el otro, de índole más bien práctica: la repulsa hacia la codificación. El Derecho es uno de los aspectos de la vida del pueblo y, por consecuencia, la costumbre queda revalorizada. La Ley está al servicio del Derecho, es su eventual exteriorización y garantía. El legislador recoge lo que fluye de la conciencia nacional.

Junto al Derecho popular, que es el Derecho por antonomasia, en dependencia de él, la escuela histórica reconoce la existencia de un Derecho científico. El historicismo propio de la escuela de SAVIGNY, si bien entraña una negación del aspecto filosófico (metafísico) de la ciencia jurídica, no niega, en cambio, sino que valora el aspecto lógico y, más concretamente, el dogmático y el sistemático. Debe destacarse, igualmente, la postura crítica de la escuela histórica, pues si se hereda la verdad y el error hay que saber desentrañar una y otro. En cuanto a la interpretación no pasa de ser una operación intelectual, que tiene por objeto el reconocimiento de la Ley en su verdad.

La escuela histórica sienta las bases de la ciencia jurídica moderna, pero en su contra cabe señalársele la falta de profesión de fe filosófica. Con rara unanimidad comparten los autores la idea de que la filosofía del Derecho para nada cuenta en los estudios jurídicos. Lo que para ellos cuenta es su fe en el hecho. Por tal camino, la escuela histórica rompe con la ecuación establecida por la doctrina tradicional entre Derecho y moral. Se niega la vinculación de aquél a ésta. En la escuela histórica

hace crisis la metafísica jurídica y resurge la lógica jurídica. El fin propuesto no es ni más ni menos que la verdad, o mejor, las verdades históricas conseguidas por el camino del más correcto raciocinio. La escuela histórica, que parecía abocada a un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y un dogmatismo.

d) *El positivismo*.—El positivismo jurídico parte de la idea de que no hay más Derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone como tal. Misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por aquél y elaborarlos, formando una unidad sistemática, mediante procedimientos lógicos. Estas ideas van a producir direcciones metodológicas de carácter dogmático y constructivo que arrancando de la escuela histórica imperan durante el siglo XIX, principalmente en Alemania e Italia. El positivismo, de otra parte, conduce al formalismo.

Para explicarnos la esencia de los métodos dogmático y constructivo el autor precisa su forma de proceder. Si el positivismo expresa que el ámbito de lo jurídico se reduce al Derecho positivo, el dogmatismo significa la vinculación inquebrantable del jurista a aquél. Lo en él establecido tiene que aceptarlo en calidad de dogma; se le impone sin más. Pero la dogmática jurídica hace referencia, asimismo, al modo como es tratado científicamente el Derecho positivo cuyo conocimiento se pretende. En tal sentido, dogmática jurídica tanto quiere decir como lógica jurídica. La ciencia jurídica concebida exclusiva y agotadoramente como lógica: esto es, la dogmática. La dogmática tiene por objeto integrar el material positivo sobre que opera en conceptos jurídicos para fijar después los principios generales—es decir, los «dogmas»—que señalan las líneas del conjunto, primero inductivamente (partiendo de las disposiciones particulares) y luego deductivamente (se extraen las consecuencias). De tal forma que un Derecho positivo dogmáticamente tratado es un Derecho reducido todo él a categorías intelectuales.

Con esto llegamos al método de la construcción jurídica, construcción dogmática, jurisprudencia de conceptos, y estamos dando la mano a las tesis de juristas tan impresionantes como IHERING, WINDSCHEID y GIERKE, a los que pueden añadirse los nombres de Kelsen, Laband y Messineo. Es auténticamente tentador para el recensionista ir exprimiendo en esta parte la ordenada y clara exposición de las teorías y posturas de los diferentes autores que militan y especulan sobre el método dogmático y la construcción jurídica, pero la brevedad exige una simple cita para que el lector que pretenda acercarse sepa la genial exposición de la materia que le espera.

e) *La revisión de los métodos tradicionales*.—Frente a las direcciones metodológicas anteriormente señaladas surgen los criterios revisionistas dando entrada en la elaboración científica del Derecho, con más o menos radicalismos, a factores sociológicos, teleológicos y políticos. Las notas que pueden apuntarse, aunque no signifiquen una unidad de criterio, son la ponderación del elemento fin, acentuación de la misión práctica del Derecho, conexión con la realidad social, relación de la ciencia jurídica con la filosofía, todo lo cual significa, en el fondo, una tendencia a superar el estricto positivismo jurídico.

La gran sorpresa del gran jurista IHERING es su evolución, que se encuentra en una aguda crítica y superación de su actitud metodológica. La necesidad de revisar el método en que él mismo había incidido caracteriza toda una segunda fase de su actividad. En tres obras sensacionales, como son *El fin del Derecho*, *La voluntad en la posesión* y *la Jurisprudencia en broma y en serio*, ofrece su nueva postura. Ya había dicho en el *Espíritu del Derecho romano* que el culto a la lógica que pretende hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, es un error que

descansa en el desconocimiento de la naturaleza del Derecho. En las tres obras señaladas apunta la idea del fin del Derecho o investigación del fin, basándose en las condiciones reales de la vida de la sociedad y el gran humor que significa la idea «del cielo de los conceptos».

Siguen a esta postura el criterio revisionista francés, representado por GENY (la ciencia jurídica, lejos de resolverse en un puro juego de silogismos, es una ciencia social, de aplicación a las realidades vitales), al que contribuyen ESMEIN y SALEILLES. Cabe también apuntar el método del Derecho comparado, que propugna una ampliación del círculo de lo dado para la elaboración y formulación de los conceptos jurídicos mediante el análisis de otros Derechos (históricos y vigentes), en el que militan SUMNER MAINE y BACHOFEN. A ellos se suma el método naturalístico de BONFANTE, el sistema filosófico de STAMMLER, la denominada escuela científica francesa representada por GENY, PLANIOL y THALLER y las cuatro posturas metódicas siguientes: a) Los métodos sociológicos, cuyos principales representantes son DUGUIT, HAURIU, KANTOROWICZ y EHRLICH. b) Los métodos teleológicos y la jurisprudencia de intereses. c) El realismo jurídico representado, de una parte, por la concepción jurídica inglesa, que huye de las construcciones teóricas de carácter general de los conceptos y de los principios abstractos; la orientación fenomenológica, en la que frente a la teoría pura que otorga al método una facultad creadora de los conceptos, la fenomenología entiende que no los produce, sino que se los encuentra; la escuela de Upsala, cuya idea principal es la de que sólo aquello que se manifiesta en el tiempo y en el espacio es susceptible de observación científica; el anticonceptualismo y antiformalismo representado por los juristas italianos DE FRANCISCI y ANTOLISEI, a los que se une la jurisprudencia de los sentimientos de DAHM. d) El politicismo jurídico, cuyo punto vital reside en la trabazón entre ordenamiento político y jurídico, de modo que el segundo se considera como proyección del primero y viene determinado por él no sólo en el momento de creación del Derecho, sino en todo el proceso de su vida y en toda clase y fase de actividad jurídica, bien sea legislativa, judicial o científica.

f) *Intentos de superación.*—Para cerrar este primer volumen de la obra sobre la metodología, el autor perfila la situación reaccionaria frente a las últimas manifestaciones antes apuntadas diciéndonos que contra el estado de cosas creado por los movimientos revisores de la construcción jurídica, que suponen manifestaciones extremas de un positivismo sociológico, grandes concesiones al irracionalismo, crítica de los conceptos, antinormativismo, etc., se produce otro movimiento revisor, generalmente con propósitos integradores y conciliadores, que constituye si no la última etapa cronológica, sí el último giro sistemático en la evolución de la metodología jurídica.

Entre las direcciones más salientes nos ofrece la del neohegelianismo, que propugna que la filosofía del Derecho constituye el fundamento de la ciencia jurídica práctica y, por tanto, de toda la teoría del método jurídico. Los conceptos filosófico-jurídicos son estimados como decisivos para inquirir las normas. Por tanto, en cierto grado de aproximación, podría hablarse de método filosófico-jurídico. Sus representantes más genuinos son BINDER y LARENZ. También expone el ideal-realismo metódico de GURVITCH, que concibe la realidad jurídica como «hecho normativo»; la «ideología orgánica» de SAUER o filosofía de los valores y de la cultura, incrustando el Derecho en la sociología, y terminando con la tesis de CARNELUTTI, que sugestivamente nos ofrece en breves apartados. La metodología es para CARNELUTTI una especie de ciencia de la ciencia, un estudio de las reglas del obrar jurídico. Una vez determinado cuál es el campo en el que el jurista despliega su actividad, se precisan los tres

principios a que se debe ajustar el proceso de observación: el de la realidad, el de la institucionalidad del Derecho y el de la unidad del mismo. Una vez obtenida la imagen de los fenómenos jurídicos se procede a su ordenación, y para llevar a cabo ésta ha de acudir, en primer término, a la comparación, y a ella ha de seguir la clasificación. A esta última, que es descomposición, ha de seguir la recomposición, mediante la cual, por abstracción de las especies, se obtienen los géneros. Mientras la especie es un fenómeno, el género ya es un concepto. Una vez formado el concepto quedan dos fases: la definición y la denominación.

Quedan sin rematar otros puntos de la tesis de CARNELUTTI, pero al lector le debe bastar este esquema primitivo que ofrezco para darse cuenta de la transcendencia e importancia de la publicación que comentamos. Por ella atraviesan las cabezas visibles de la ciencia jurídica y el autor sabe destacar la profundidad de sus teorías tomando posiciones frente a ellas. Culmina su trabajo con unas conclusiones en orden a la evolución metodológica, como en los puntos esenciales que sostiene como aspectos críticos. Solamente a estos últimos nos vamos a referir, pues son la gran aportación personal que el autor ofrece ante una obra de tanta transcendencia jurídica:

- La teoría del método implica una actitud previa ante el problema de la esencia, el origen y el fin del Derecho.
- Se cuenta con una filosofía del Derecho iusnaturalista; ha de tenderse hacia una ciencia del Derecho.
- Se requiere un conocimiento personal y directo de la actividad jurídica y una autorreflexión sobre la misma.
- El método no puede contenerse en el texto de una Ley ni constituir una teoría cerrada.
- La naturaleza del método ha de venir determinada por la del objeto a considerar.
- La realidad jurídica, por más que dotada de propia sustantividad, no es rigurosamente homogénea en su composición, ya que no se integra plenamente en la esfera de lo real ni en la de lo ideal.
- La realidad jurídica, asimismo, no es meramente formal, o mejor, no debe ser sólo formalmente considerada por el jurista.

A estas siete conclusiones añade otras ocho, en las que refleja la necesidad de un pluralismo metodológico; la de atender al primer plano que suministra el material normativo, que no agota la realidad jurídica, en la que hay que tener en cuenta un orden moral, social e histórico; utilización de cuantos medios de conocimientos sean aptos para inquirir el objeto a que se dedica: observación, interpretación, análisis y síntesis conceptuales. Por último, como la ciencia jurídica no es meramente descriptiva, sino también explicativa y valorativa, es preciso acudir a estos dos medios, aunque ello suponga a veces crítica, pues también podría contribuir a determinar el contenido y alcance de la realidad jurídica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MARTÍNEZ PEREDA, JOSÉ MANUEL: *Sanciones y responsabilidad en materia de caza*. Editorial Tecnos. Madrid, 1972.

Nos encontramos con una obra de 206 páginas, encabezadas por un índice y un prólogo, con un total de diez capítulos, concernientes a muy diversos puntos relacionados con la reciente Ley y Reglamento de Caza.

En el prólogo se nos indica que para comprender bien las cuestiones con las que hemos de encontrarnos a través de la lectura de la obra debemos considerar la caza como una zona polémica en la que actúan contrapuestos intereses, el titular del acotado y el cazador, por una parte, y de otra, el dueño del terreno de caza y el agricultor, que ve dañadas sus cosechas.

Siendo el aspecto penal el punto de mayor interés en la nueva Ley, es al que más actividad dedica en el libro, y por ello considera preciso traer a colación otros temas más o menos colindantes, tales como lo referente a la responsabilidad civil, las infracciones administrativas, enmarcándolo todo en un estudio general sobre la Ley y el Reglamento.

El capítulo I está consagrado a la nueva Ley y su Reglamento. La Ley de Caza de 1902 ha sido sustituida por la de 4 de abril de 1970. Refiérese el autor a las vicisitudes previas y a los problemas con los que el legislador se encontraba para la nueva regulación de la materia, constituida hoy por la citada Ley de 1970 y su Reglamento, aprobado por Decreto de 25 de marzo de 1971.

La nueva Ley pretende una simplificación legislativa, pero dados los términos en que aparece redactada la cláusula derogatoria se han suscitado no pocas dificultades. En efecto, además de las disposiciones que el nuevo texto deroga de forma expresa, total o parcialmente, existen otras muchas que regulan más o menos directamente la actividad cinegética. Esto obligará en muchos casos, a una verdadera labor de búsqueda de lo realmente vigente, resultando, por tanto, que la pretendida simplificación legislativa es sólo aparente.

La Ley tiene sus defectos y sus virtudes. El principal defecto lo ve el autor en la distinción que establece entre delito y falta, por una parte, e infracciones administrativas, por otra, introduciendo un organismo administrativo, extraño a la función de juzgar, como sancionador de muchas conductas, rompiendo una clara tradición judicialista exclusiva.

Como mejoras en relación al texto anterior cita la preocupación de la Ley por la seguridad de las personas, la desaparición de las responsabilidades subsidiarias de tipo penal, la mejora en la regulación del comiso y retirada de armas.

El Reglamento sigue en su estructura las directrices de la Ley. Muchos de sus preceptos son meras repeticiones de la misma, siendo, en realidad, poco lo desarrollado efectivamente por el Reglamento. A juicio de MARTÍNEZ PEREDA, adolece de precipitación y reiteraciones innecesarias, dejando, por tanto, sin llenar muchos huecos del texto legal y siendo criticable dentro de la técnica legislativa. Por todo ello—dice—va a ser preciso dictar un montón de disposiciones que desarrollen diversos extremos, y esto unido a otras muchas que quedan subsistentes por no alcanzarles la cláusula derogatoria de la Ley, va a suponer en poco tiempo un excesivo número de disposiciones de diverso rango, con lo cual la pretendida simplificación legislativa va a resultar ilusoria.

Concluyendo, pone de manifiesto que tanto la Ley como el Reglamento entraron ya incompletos en su vigencia; prueba de ello es la multitud de disposiciones que se han dictado con posterioridad en materia cinegética.

El capítulo II está dedicado a las infracciones. En él, después de poner de relieve las numerosas infracciones que se cometen en materia de caza, algunas de las cuales quedan impunes, se refiere a las clases de infracciones. Frente al criterio de la Ley antigua, que no conocía más que dos clases de infracciones: delitos y faltas, la nueva adopta un sistema tripartido recogido en su artículo 41, al indicar que el incumplimiento de las prescripciones de la Ley podrá ser constitutivo de delito, falta o infracción administrativa cuando así estuviere calificado en la misma.

El capítulo III recoge las disposiciones generales sobre delitos y faltas en materia de caza, separando las normas de carácter procesal de las penales.

En las de carácter procesal se refiere a la competencia sobre delitos y faltas en materia de caza, determinando primero la jurisdicción y la competencia objetiva, para después decir que la funcional y territorial siguen las reglas generales.

En cuanto al procedimiento cree que debe distinguirse entre el de faltas y el de delitos.

Pasando a las normas generales de carácter penal se destaca, en primer término, el carácter supletorio del Código Penal, establecido por la nueva Ley en su artículo 44, que viene también a regir en cuanto a circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal—atenuantes y agravantes.

En capítulo aparte se habla de los delitos, en particular, partiendo de una previa introducción, para después hacer un examen del artículo 507 del Código Penal, respecto al cual examina su evolución con objeto de comprender mejor su contenido.

El capítulo V es una mera continuación del anterior en cuanto sigue hablando de los delitos, en particular, haciendo una exposición detallada de los mismos y recogiendo los diversos siguientes supuestos:

1.º Uso de cebos envenenados sin autorización, delito del nuevo texto legal recogido en el apartado *a)* del artículo 42, aunque entiende que el empleo de cebos envenenados sin autorización para constituir delito precisa que lo sea con fin de caza.

2.º Colocación, supresión o alteración de carteles indicadores de la condición cinegética del terreno. Este es el segundo delito que contempla la nueva Ley en su artículo 42, apartado *b)*.

3.º Cazar de noche con luz artificial y armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido. Totalmente nuevo en su redacción es este delito, sancionado en el apartado *c)* del tan citado artículo 42.

4.º Uso indebido de armas rayadas en zonas de seguridad. Este delito, recogido en el apartado *d)* del artículo 42 de la Ley especial, no exige para su perfección un peligro concreto y, por consiguiente, sólo comprende peligro abstracto.

5.º Entrada con medios prohibidos en terrenos de régimen cinegético especial. Señala MARTÍNEZ PEREDA que aunque los antecedentes de este delito son muy remotos y pueden vislumbrarse perfectamente en la Ley de 1902, su formulación actual es totalmente reciente. En torno a esta figura delictiva debe señalarse que comparando el antiguo texto con el actual resulta: *a)* el nuevo sólo alude a entrar, mientras el derogado hacía referencia a ser cogido o encontrado; *b)* el viejo texto, en referencia al lugar de comisión, aludía a «propiedad ajena», y el nuevo lo hace a «terrenos sometidos a régimen cinegético especial».

6.º Cazar sin permiso en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuyo antecedente puede encontrarse en el párrafo 3.º del ar-

título 50 de la Ley de 1902. Comparando el texto derogado con el vigente, aparte de otros distingos por el lugar y medios comisivos, resulta que en la Ley anterior la diferencia entre delito y falta corresponde a la distinción entre caza mayor y menor, al paso que en la nueva Ley se fija un límite cuantitativo de 2.500 pesetas, que es precisamente el límite entre delito y falta en las infracciones patrimoniales.

7.º Cazar teniendo retirada la licencia o encontrándose privado de obtenerla. Su antecedente hay que encontrarlo en la Ley de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor. El delito, en este caso, se comete teniendo retirada la licencia o estando privado de obtenerla, por lo que quedan fuera de dicho alcance otras actividades ilícitas contra lo dispuesto en la Ley especial, que no suponen actividad de caza.

8.º Transformación delictiva por reincidencia. El último delito que contempla la nueva Ley—como dice el autor—es el que aparece en el apartado h) del artículo 42, bajo la siguiente redacción: «El que cometa alguna de las infracciones comprendidas en el artículo siguiente habiendo sido ejecutoriamente condenado con anterioridad dos veces por delito o tres por faltas de las previstas en la presente Ley.»

El capítulo VI está dedicado a las faltas de caza. En introducción previa se pone de manifiesto que las catorce figuras que forman las faltas de caza, agrupadas bajo doce apartados del artículo 43, carecen de la necesaria homogeneidad punible. Muchas de ellas—continúa diciendo MARTÍNEZ PEREDA—son infracciones de nuevo cuño y otras no se explica cómo no han sido catalogadas como delito, pues presentan mayor entidad que muchas de este carácter.

Después de poner de relieve que intentar una clasificación resulta difícil por la ausencia de una sistemática interna en la creación de las figuras punibles, cree que para la clasificación pueden utilizarse diversos criterios, optando por separar en el examen de estas infracciones aquellas faltas que suponen actividad cinegética de las que son ajenas a esta actividad. A su vez, dentro de las primeras, las hay de dos clases o grupos: el primero de ellos exige un resultado y los demás, que no requieren resultado, constituyen infracciones formales o de pura actividad.

Para la mejor comprensión adjunta un cuadro sinóptico, que representa el orden a seguir en la clasificación.

Como se ha anticipado, son numerosas las faltas de caza que el autor contempla y expone a lo largo de diversos apartados de este capítulo VI. Considera las siguientes:

1.ª Cazar sin permiso en terreno sometido a régimen cinegético especial, siempre que el valor cinegético de lo cazado no exceda de 2.500 pesetas.

2.ª Falta de peligro concreto, o sea, cazar cuando la lluvia, nieve, niebla, falta de luz u otras causas similares reduzcan la visibilidad de forma tal que pueda producirse peligro para las personas o los bienes.

3.ª Uso indebido de escopetas de caza en zonas de seguridad.

4.ª Cazar en las proximidades de lugares concurridos o donde se estén celebrando actos públicos. En torno a esto dice MARTÍNEZ PEREDA que debe exigirse al autor de la falta el conocimiento de que caza en proximidades de lugar concurrido o en el que se celebra un acto público, pues de no ser así convertiríamos la actividad lícita de cazar en sancionable por la concurrencia de personas, hecho no abarcado por el dolo, creando así una condición objetiva de punibilidad, lo que no parece justo.

5.^a Cazar con armas que disparen ráfagas o provistas de silenciador. Aquí no importa para nada el lugar de comisión, pues su nota específica radica en el empleo de ciertos medios, y en caso de realizarse en lugar prohibido, se produciría un concurso de infracciones. La *ratio legis* de la falta consistente en cazar con armas que disparen ráfagas es tanto la seguridad de las personas como la protección de la riqueza cinegética, mientras que la de cazar con armas provistas de silenciador es sólo la seguridad de las personas.

6.^a Utilizar explosivos con fines de caza cuando formen parte de municiones o artificios no autorizados.

7.^a Cazar con municiones no autorizadas. Considera el autor que este precepto constituye una Ley penal en blanco y el Reglamento debiera haber llenado esta laguna indicando qué municiones no son autorizadas, pero directamente nada ha realizado al respecto.

8.^a Cazar en línea de retranca utilizando arma larga rayada. Debe advertirse que la Ley sigue conservando, entre las prohibiciones del artículo 31, como constitutiva de infracción administrativa, la de «cazar en línea de retranca, tanto si se trata de caza mayor como menor, fuera de los terrenos de régimen cinegético especial en los que tenga lugar un ojeo o batida». Resulta claro, afirma el autor, la existencia de una evidente diferencia en el alcance entre ambas infracciones. La infracción administrativa atiende sólo a evitar a los ajenos a la cacería el aprovechamiento y estorbo de aquélla y también impedir esquilmar la caza, mientras que la falta, como la mayoría de las de carácter cinegético, atiende al peligro que puede representar para los cazadores una línea de retranca con arma rayada larga, que debido a su alcance puede producir lesiones y muertes.

9.^a Cazar desde aeronave, automóvil o cualquier otro medio de locomoción.

10.^a Transportar en vehículos armas desenfundadas y listas para su uso, aun cuando no estuviesen cargadas. Esta falta ocupa un lugar intermedio entre las que suponen actividad cinegética y las que son carentes de dicha actividad, representando, en cierto modo, una actividad preparatoria de caza. La finalidad perseguida con esta falta es la seguridad de las personas, pero no está ajena tampoco la protección de las especies, para evitar así—dice el autor—la tentación, tal vez demasiado fuerte, de que teniendo la escopeta lista se aproveche para disparar desde el vehículo.

11.^a Comerciar con especies protegidas o piezas no permitidas. La actividad de esta falta está constituida por «comerciar». Por tal debe entenderse, a juicio de MARTÍNEZ PEREDA, la venta, la negociación y la transformación para la venta, señalando incluso que lo que prohíbe el precepto es comerciar, pero no la compra para el consumo propio o familiar.

12.^a Aprovechamiento de la caza ajena mediante artificios, o sea, abrir portillos en cercas o vallados o construir trampas, barreras o cualquier otro dispositivo que sirva o pueda servir para beneficiarse de la caza ajena. Esta infracción no constituye caza, ya que en el supuesto de que fuera con finalidad de caza y se emplearen tales medios se incurriría en el delito del apartado c) del artículo 42, en caso de terrenos sometidos a régimen cinegético especial, o la infracción administrativa número 18 del artículo 31 de la Ley.

13.^a Destruir o dañar instalaciones destinadas a la protección o fomento de la caza, así como los signos o letreros que señalicen el régimen cinegético de los terrenos.

En el capítulo VII se habla de las penas en materia de caza. Comenzando con unas normas generales, en las que se destacan las penas que sancionaba la antigua Ley de Caza y las establecidas por la nueva, y después de poner de manifiesto que la nueva Ley, al ofrecer al juzgador, tanto en delitos como en faltas, dos penas alternativas: una, privativa de libertad y, otra, pecuniaria, permite una mayor individualización y mejor adaptabilidad a las condiciones del hecho y del culpable; hace referencia a otra pena establecida por la vigente Ley con carácter general para los delitos. Se refiere a la retirada de la licencia o privación de obtenerla.

Otra pena que también estudia y que aparece establecida en la Ley especial, pero sólo para el delito previsto en el apartado c) del artículo 42, esto es, para los que cazaren de noche con armas de fuego o accionadas por gas o aire comprimido, auxiliándose con los focos de un vehículo o motor o con cualquier otro dispositivo que emita luz artificial, como facultad de los Tribunales, es la privación del permiso de conducir vehículos de motor. El precepto que establece esta pena es duramente criticado por el autor, que lo califica de desdichado, puesto que privar del permiso de conducir por supuestos ajenos a la conducción resulta—dice—hipótesis desorbitada.

En este mismo capítulo se estudian también otras consecuencias penales que pueden acarrear los delitos, faltas e infracciones administrativas en materia de caza. Se trata simplemente del comiso y de la retirada de armas.

El capítulo VIII está dedicado a las responsabilidades civiles. El autor pone de relieve cómo dentro de un amplio concepto de responsabilidad civil con relación a la Ley especial pueden contemplarse distintos supuestos. En primer lugar, una responsabilidad civil derivada del delito o falta en aquellos casos en que el hecho, además de constituir un ilícito penal, entre dentro del más amplio concepto del ilícito civil.

Ajeno a toda actividad ilícita penal o administrativa—continúa afirmando—existe una responsabilidad civil con base en la culpa extracontractual o aquiliana, que tiene su apoyo en el artículo 1.906 del Código Civil y se refiere a la obligación de responder que tiene el dueño de una heredad cuya caza cause daños en las fincas vecinas.

Finalmente, y en base también a la culpa extracontractual, existe una responsabilidad, nacida incluso del lícito y legítimo ejercicio de la actividad cinegética, cuando con motivo de dicha actuación se ocasionan muertes o lesiones a las personas y daños en las cosas.

Sólo en el primero de estos supuestos, dice MARTÍNEZ PEREDA, constituye una responsabilidad civil satélite o secuela de la penal, pues en los otros se trata de un principio de estricta justicia, consistente en reparar los daños causados con nuestra conducta o por las cosas de que debemos responder, porque las disfrutamos o nos aprovechamos de ellas con su utilización.

De esta forma trata, en primer lugar, de la responsabilidad civil derivada de infracciones a la Ley de Caza, después de la de los daños causados por los animales objeto de caza; en capítulo aparte, y como continuación de las responsabilidades civiles, de la procedente del ejercicio cinegético cuando con dicha conducta se causa muerte o lesiones a las personas o daños a las cosas.

Los principios generales de la responsabilidad del cazador han venido a completarse con las disposiciones del seguro obligatorio, que han tomado por modelo las establecidas para los vehículos de motor. Con ellas se pretende resolver la insolvencia real o presunta del autor del

daño. Por ello, la creación del seguro obligatorio, de que trata el autor, no puede merecer más que elogios, pues en otro caso la insolvencia real o presunta de los responsables haría ilusoria la obligación de reparar el daño causado, que el artículo 1.902 del Código Civil establece en toda amplitud y el párrafo 5.º del artículo 33 de la vigente Ley de Caza reitera y fortalece.

A juicio de MARTÍNEZ PEREDA, esta materia del seguro es lo mejor de la Ley de tantas innovaciones, llena una laguna dejada sentir, resolverá muchos problemas y evitará numerosos desastres familiares y, por ello, continúa diciendo, no debe merecer más que elogios en su conjunto.

El capítulo último de la obra está dedicado a las infracciones administrativas, que tanto en la Ley como en el Reglamento se definen con un doble criterio: positivo, acciones u omisiones voluntarias que vulneran la Ley o el Reglamento, y negativo, que no constituyan delito o falta de caza; son excesivas en número, demasiadas, muchas de ellas—afirma—carecen de la necesaria tipicidad, alguna tiene contenido delictivo y su colocación atendiendo a la gravedad no convence en todos los casos.

A continuación nos ofrece una detallada clasificación de las infracciones administrativas, que, por cierto, el apartado 3.º del artículo 48 de la Ley las clasifica en graves, menos graves y leves, pero el apartado I de dicho precepto abandona al Reglamento su clasificación.

Comienza a estos efectos haciendo una enumeración de las infracciones graves recogidas en el apartado I del artículo 48 del Reglamento y sancionadas con multa de 3.500 hasta 5.000 pesetas. Las menos graves se enumeran en el mismo precepto, apartado 2.º, y se castigan con multa de 2.000 hasta 3.500 pesetas. Finalmente, las infracciones leves aparecen definidas en el tan repetido artículo 48, apartado 3.º, sancionándose con multa de 250 hasta 2.000 pesetas.

Después de hacer una amplia y exhaustiva enumeración de las infracciones administrativas indica que la colocación de una infracción con uno u otro carácter tiene por consecuencia no sólo la cuantía de la multa, mas elevada según la gravedad, sino otras consecuencias, pues la reincidencia en infracciones graves o menos graves lleva consigo la retirada de la licencia de caza o la privación de obtenerla por un tiempo comprendido entre dos meses y un año.

MARTÍNEZ PEREDA termina su estudio con las disposiciones comunes y el procedimiento. A estos últimos efectos pone de relieve que la competencia corresponde al Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales. El expediente puede iniciarse de oficio o por denuncia y la tramitación se rige por lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

A lo largo de la obra, debido a tratarse en muchos puntos de disposiciones totalmente nuevas y no poder encontrar antecedentes en textos derogados, el autor ha creído preciso utilizar el Anteproyecto, el Proyecto y sus enmiendas e incluso textos legales ajenos a la materia cinegética.

MARTÍNEZ PEREDA nos ofrece una obra muy completa sobre la nueva Ley y el Reglamento de Caza, amena en su lectura, sustanciosa en contenido, útil para los profesionales del Derecho y para todos cuantos se sienten interesados por estos temas. En suma, los aficionados a esta extendida actividad deportiva están de enhorabuena al encontrar en la obra de MARTÍNEZ PEREDA un magnífico manual de consulta para solucionar muchas dudas que en materia de caza puedan suscitárseles.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*. Universidad de Camerino. Escuela de Perfeccionamiento en Derecho Civil. Ed Jovene, 1971, págs. III-203.

Si alguna crítica hubiera de hacerse al libro de PERLINGIERI no podría nunca ser mejor ni más auténtica de la que el propio autor formula en unas frases iniciales, que podríamos llamar explicativas, de su obra: «En estas páginas han sido recogidas un cierto número de lecciones del curso de 'Derecho Civil' para el año académico 1969-1970. Se trata de consideraciones parciales y plagadas de lagunas, que en la forma conservan un tono de diálogo, con la finalidad de favorecer a los estudiantes, a quienes exclusivamente van destinadas.»

Estudiante, que es participio presente, me predico; como estudioso se me plantea el problema del crédito que haya de otorgarse a opiniones que versando sobre problemas jurídicos fundamentales no vienen contrastadas, al menos en el texto, con los estudios y los criterios del resto de la doctrina. Atención si ha de prestarse por dos razones: en primer lugar, para que estas notas sean constructivas; en segundo, porque nos consta que cuando PERLINGIERI lo pretende sabe hacer un trabajo riguroso, agotando las citas doctrinales, favorezcan o no a su tesis.

Estando a la temática desarrollada, la importancia del trabajo es evidente: situaciones jurídicas reales y situaciones jurídicas personales; crítica de los tradicionales criterios diferenciadores (pág. 3); teoría de las fuentes (pág. 9); conexión entre la teoría de la propiedad y la teoría de la iniciativa económica (pág. 51); potestad, derecho subjetivo, función social e interés legítimo (pág. 79); norma definitiva y norma vinculante (página 81); noción de *status* (pág. 90); relación jurídica (pág. 94); *appartenenza* y *spettanza* (pág. 106); sucesión de los sujetos en la titularidad de las situaciones jurídicas subjetivas (pág. 119); crisis de la teoría de los bienes y de la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo (pág. 140); negocios unilaterales y negocios bilaterales: insuficiencia de la distinción (pág. 154); crisis de la dicotomía Derecho público-Derecho privado (pág. 158); concepto de goce (pág. 165); poder de disposición (pág. 168); crisis del concepto de sociedad (pág. 181); servidumbre: incorrección de la definición tradicional (pág. 192); actos de emulación (página 196).

El libro es, pues, como dirían los italianos, *impegnativo*, o lo que podría ser lo mismo, con la incorrección del traducir las palabras, de por sí incorrectas, un libro en el que el autor se empeña comprometiéndose. Siguiendo en esta misma línea, vamos a intentar descubrir, exponiéndolas con claridad, las ideas fundamentales, motrices, del mismo, en lo que gan de manifiesto los errores nuestros.

Las lecciones pueden dividirse en tres partes, conectadas entre sí. En la primera se considera el método a seguir y los aspectos a tener en cuenta para un estudio completo en tema de propiedad, prestando atención especial a las normas constitucionales sobre la institución; en la segunda se trata de precisar la definición de la misma; por último, se estudia en la tercera la teoría de los límites.

Hasta ahora—dice PERLINGIERI—la problemática de la propiedad había sido estudiada prevalentemente con relación a las normas del Código Civil. Tal perspectiva es unilateral. Para individualizar la noción (o las nociones) de «propiedad» es necesaria una atenta investigación del Derecho positivo, es útil el examen histórico del instituto, pero no basta, como no basta el examen de la sociedad en la que se hace presente el

instituto. Es necesario, además, recurrir al estudio analítico del entero ordenamiento jurídico vigente. Son las fuentes normativas las que dan juridicidad y consistencia al derecho de propiedad. Juridicidad, en cuanto es ciertamente configurable un ordenamiento jurídico que no contemple ciertas formas de propiedad. Consistencia, en cuanto el diverso sistema de las fuentes, la diferente jerarquía normativa que cada ordenamiento establece, tiene directa repercusión en tema de propiedad. Para el ordenamiento jurídico italiano, la Constitución es la norma primaria que, en su conjunto, debe encontrar inmediata vigencia. Vienen después las leyes ordinarias, nacionales, regionales, provinciales, los reglamentos, los usos.

En la Constitución, la propiedad viene regulada en el título III, que lleva el título de «Relaciones económicas». Las reflexiones más importantes apuntadas por PERLINGIERI, a la luz de las normas de la Constitución, son las siguientes: se aprecia en la Constitución una visión solidaria que no se identifica con el logro de una mayor productividad, sino que, por el contrario, se inspira en la realización de la persona humana, en el respeto de la dignidad del hombre. La Constitución garantiza, en consecuencia, la propiedad personal y la propiedad colectiva. La propiedad ha de ser estudiada en su aspecto dinámico, en relación con la empresa. El empresario no ha de ser necesariamente propietario.

El estudio de los preceptos constitucionales hace que PERLINGIERI ponga en tela de juicio o niegue la corrección de algunas afirmaciones comunes en tema de propiedad, tales como su carácter «real», «inmediato», «absoluto», «individual», «exclusivo» e «ilimitado», concluyendo con la afirmación de una crisis de la noción unitaria de la «propiedad». Se puede, en efecto, hablar de propiedad de un bien de producción, de una empresa de carácter o interés nacional, de una propiedad personal, comunitaria, colectiva, cooperativa, etc. El mínimo común denominador entre estas diversas figuras de propiedad es tan tenue, que al intérprete interesa subrayar las diferencias en vez de aquello que tengan en común.

Por lo que se refiere al concepto de propiedad, afirma el autor la necesidad de profundizar en el mismo sin contentarse con la definición recogida en el Código Civil. Según PERLINGIERI, la propiedad es **SITUACION JURIDICA SUBJETIVA**, si estudiada con referencia a la situación «propiedad», que, a su vez, hace referencia al sujeto titular; contemporánea y necesariamente, es **RELACION JURIDICA**, si estudiada en relación a las demás situaciones jurídicas subjetivas que no se refieran al titular de la propiedad. Es, además, **INSTITUTO JURIDICO**, porque la propiedad constituye un conjunto de normas que se refieren a un hecho o situación socialmente relevante.

La propiedad es una situación jurídica subjetiva, pero no se puede reducir a un derecho subjetivo, en cuanto, además de situaciones activas o de ventaja, contiene también situaciones pasivas o de desventaja, concretizadas en límites, obligaciones, cargas, de distinta naturaleza. Es, pues, una situación jurídica subjetiva típica compleja—se dice que la historia de la propiedad es la del paso del derecho subjetivo a la potestad.

La propiedad es relación jurídica que, bajo el perfil estructural, es relación objetiva que se establece entre dos situaciones subjetivas, constituyentes cada una de ellas un centro de intereses, y bajo el perfil funcional, es la regulación que se establece del conflicto de estos intereses. Estas situaciones jurídicas se encuentran en una relación de cooperación, de colaboración, de interdependencia. Las expresiones «situación activa» y «situación pasiva» son sólo cuantitativas, no cualitativas ni caracterizantes de la institución. La noción de sujeto, por otra parte, no hace referencia a la existencia de la situación jurídica activa o pasiva, sino que se refiere solamente a la titularidad de la misma y a su ejercicio.

La propiedad, entendida como instituto jurídico, es la resultante de

un conjunto de normas. Ahora bien, ¿instituto unitario o pluralidad de institutos? PERLINGIERI afirma que existe un instituto madre unitario: la propiedad genérica, y, además, particulares formas de propiedad con autonomía, sea bajo el perfil de la tipicidad normativa, sea bajo el perfil de la tipicidad meramente social.

Las formas de propiedad, en realidad, tienen en común sola o prevalentemente el perfil estructural, en modo tal que se puede afirmar respecto de todas ellas que los terceros, o sea, todos los que no son titulares de aquella situación jurídica, están obligados a no interferir en el goce o la utilización del bien. Pero esto es sólo el aspecto negativo de la propiedad. No puede ser, por consiguiente, este solo aspecto estructural el que caracterice el derecho de propiedad. Aquello que caracteriza el derecho de propiedad es el interés que justifica la no injerencia, el aspecto funcional. Ahora bien, si el interés sirve de principio de individualización del instituto y la disciplina positiva muestra una multiplicidad de intereses, esta multiplicidad comporta una pluralidad de formas de propiedad.

Por lo que se refiere a la teoría de los límites, es éste un tema que, siguiendo a PERLINGIERI, sólo puede ser afrontado conscientemente después de haber realizado una investigación, de carácter más práctico que dogmático, con referencia a los conceptos de «goce», de «disfrute», de «límites».

La noción de «goce», en sentido estricto, implica la existencia de una relación de inmediatividad entre el bien y aquel que realiza el acto de disposición negocial o material. Por «disposición» se puede entender no sólo un acto negocial o voluntario—sea por lo que se refiere a la disposición que crea situaciones jurídicas favorables a terceros, sea por lo que hace referencia a las posibilidades de elección del destino económico que se ha de dar a un bien—, sino también un «acto de disposición material» preparatorio sin más de una disposición jurídica. Con referencia a cada una de las acepciones señaladas a estos conceptos se puede construir una teoría de los límites.

Ahora bien, ¿qué se entiende por límites a la propiedad? PERLINGIERI señala como tales los siguientes: el límite en sentido técnico, que es el instrumento mediante el cual el interés público o el privado circunscriben el derecho del titular, sacrificando su extensión y deteriorándolo; la servidumbre, entendida como la relación que encierra una utilidad para una situación jurídica subjetiva y un peso o desventaja para otra situación jurídica subjetiva—situación jurídica subjetiva dominante y situación jurídica subjetiva sirviente—; vínculos con contenido positivo que hacen referencia al objeto de la prestación—tributos, por ejemplo—; servidumbres legales; expropiación, requisición, confiscación, *ammassi*, prohibición hecha al propietario de oponerse a algunas actividades de los terceros que no tenga interés especial en excluir.

Hasta aquí las que hemos creído líneas fundamentales de la obra. Se puede o no estar de acuerdo con las posiciones mantenidas por PERLINGIERI. En todo caso, la lectura, reflexionada y crítica, de su libro, aparece provechosa.

CARLOS ROGEL VIDE

RANIERI, FILIPPO: *Rinuncia tacita e verwirkung*. Publicaciones del Instituto de Derecho Privado y Comparado de la Universidad de Milán. Padua, Cedam., 1971.

El libro consta de ocho capítulos. Capítulo I: PRINCIPIO DE BUENA FE Y FICCIÓN DE UNA VOLUNTAD TÁCITA. Se propone, como objeto

de la investigación, el estudio de un principio equitativo, en base al cual, si alguno espera un tiempo tal para hacer valer su propio derecho que, a causa de su comportamiento anterior, se origina en el sujeto obligado la legítima confianza de que el derecho no será ya ejercitado, aquél puede verse privado de la posibilidad de ejercitar el derecho mismo. En el Derecho alemán y en el suizo tal orientación se concreta en la doctrina de la *Verwirkung* (1), y encuentra su justificación y encuadramiento sistemático en la doctrina del abuso del derecho (*Rechtsmissbrauch*).

RANIERI se propone demostrar cómo en los ordenamientos latinos esta solución se esconde, por regla general, en el recurso a la ficción de un tácito acto del titular del derecho, renunciando a éste o prestando su aquiescencia a la violación.

El método oportuno para lograr este propósito no sería el de considerar, trasladándolas, las meras fórmulas doctrinales, sino el de estudiar comparativamente la praxis de los Tribunales.

Capítulo II: LA INSTITUCION GERMANICA DE LA VERWIRKUNG COMO HIPOTESIS DE ABUSO DEL DERECHO. Prescindiendo de antecedentes más o menos claros, es en relación con los llamados derechos a la revalorización monetaria, después de la primera guerra mundial, cuando se constata claramente en la jurisprudencia alemana la aplicación de la doctrina de la *Verwirkung*, que posteriormente se extiende al entero campo del Derecho privado. (La Ley permitió a los acreedores deeterminadas acciones dirigidas a revalorizar sus créditos (*Aufwertungs-ausprüche*). La jurisprudencia entendió entonces que no cabía admitir que el deudor, sobre todo cuando ya había pagado la deuda, tuviera que estar mucho tiempo esperando a saber si el acreedor pediría o no la revalorización, y que el derecho a solicitarla no podía ser ejercitado cuando el acreedor, con su inactividad, había permitido que el deudor creyera que la pretensión de revalorización no había de ser ya ejercitada.)

Para justificar teóricamente ésta se habla sucesivamente de la prohibición de causar un daño contrario a las buenas costumbres, de una interpretación según buena fe de las cláusulas contractuales, de renuncia tácita. Más tarde, abandonando todo esquema negocial, se hace referencia a una violación objetiva de la buena fe, a una prohibición del *venire contra factum proprium*: hoy es considerada como la hipótesis más importante del abuso del derecho por la doctrina alemana, que tiende a delimitarla sistemáticamente de la renuncia tácita, de la prescripción y de la caducidad.

Capítulo III: LAS APLICACIONES DE LA DOCTRINA DE LA VERWIRKUNG EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA. Hipótesis típicas de aplicación son delimitadas por los Tribunales en materia de derecho industrial, derecho del trabajo, casos de aquiescencia del acreedor a la prestación inexacta, arrendamientos y derecho al resarcimiento de los daños.

Capítulo IV: DOCTRINA DE LA VERWIRKUNG Y RENUNCIA TÁCITA. Según RANIERI, el rigor con que la noción de *Verwirkung* viene reconocida al principio de prohibición del abuso del derecho es más

(1) "El término es de traducción muy difícil. En un sentido muy amplio y vulgar puede equivaler a "caducidad", pero, en rigor, la palabra caducidad expresa entre nosotros una figura jurídica muy concreta y precisa. Podría acaso traducirse por "preclusión", sin expresar tampoco demasiado exactamente esta idea. Una traducción literal nos llevaría seguramente a hablar de una "deseñicacia" ("Wirkung" es efecto, eficacia, el prefijo "ver" que en alemán se utiliza con frecuencia como refuerzo de la raíz, posee aquí un sentido de privación.) Ello obligaría a crear un neologismo de muy difícil admisión. Se conserva por ello la palabra en su idioma originaria" Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona 1963 pág. 94, nota 30.

aparente que real. No sólo en el plano terminológico, sino también en el dogmático, la noción de abuso se entrecruza con la de renuncia tácita. En efecto, la jurisprudencia no admite jamás la aplicación de la *Verwirkung* cuando falten los requisitos necesarios para configurar una renuncia tácita; teóricamente, en cambio, debería operar en los casos de sujeto incapaz o derecho indisponible. La teoría de la renuncia tácita planteaba dos problemas: la renuncia unilateral no es apta para extinguir un derecho de crédito (§ 397 BGB); el error sobre la declaración legitima siempre la anulación del negocio (§ 119 BGB). En el afán de superar estos inconvenientes se produce la superación del esquema negocial. No obstante, la idea originaria de la renuncia tácita, como se ha dicho, sigue latente.

Concluye RANIERI este capítulo señalando que con el instrumento de la *Verwirkung* se ha venido tipificando toda una serie de hipótesis preterlegales de pérdida de derecho, que se superponen a la reglamentación legal de la prescripción y la caducidad, lo cual puede minar en la base la seguridad de todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo V: FICCION DE UNA RENUNCIA TACITA Y CADUCIDAD DE UN DERECHO EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOS. Dejando a un lado el problema del desarrollo en los ordenamientos latinos del principio general de buena fe y de la doctrina de la *Verwirkung*, propone el autor estudiar cuáles problemas sustanciales práctico-jurídicos sean resueltos mediante la doctrina de la *Verwirkung* y cómo los mismos conflictos de intereses hayan sido resueltos en los ordenamientos latinos. En una serie de sentencias, tanto los jueces franceses como los italianos, si bien manteniéndose en abstracto, fieles al principio en virtud del cual la renuncia ha de ser siempre un acto voluntario, aplican la institución de la renuncia tácita con gran amplitud, incluso en los casos en que la voluntad de hacer dejación del derecho, si bien afirmada en las sentencias, aparece dudosa. La individuación de un acto de renuncia en el comportamiento del titular del derecho responde, sin que los jueces se den cuenta, a la exigencia de tutelar aquella expectativa, aquella confianza suscitada en la otra parte respecto al abandono del derecho. En sustancia, y para RANIERI, no se trata del mismo principio en que concretamente se inspira la jurisprudencia alemana al aplicar la doctrina de la *Verwirkung*.

Capítulo VI: RENUNCIA Y AQUIESCENCIA TACITA EN LA PRAXIS DE LOS DERECHOS LATINOS. En las hipótesis típicas en que los Tribunales alemanes recurren a la doctrina de la *Verwirkung*: derecho del trabajo, aquiescencia a una prestación inexacta, aquiescencia a la violación de ciertos derechos, etc., la praxis francesa e italiana recurre a la noción de renuncia tácita, que se resuelve muchas veces en una ficción a la que se recurre para tutelar una situación de confianza en el abandono del derecho que su titular ha suscitado con la propia actitud. No obstante, y no puesto formalmente en duda el que un abandono del derecho no pueda producirse sino en fuerza de un acto de voluntad, se pueden constatar incoherencias y discontinuidad de la praxis.

Capítulo VII: AQUIESCENCIA Y DECADENCIA EN MATERIA DE DERECHOS SOBRE SIGNOS DISTINTIVOS. El ejemplo más significativo, del cual se puede constatar cómo a los juristas italianos y franceses sea en ocasiones absolutamente extraña la idea de la necesidad de tutelar el estado de confianza suscitado por quien, de manera ambigua, no ejerce el propio derecho, viene representado por la insensibilidad que muestran a la necesidad de tutelar la confianza surgida en el usuario de una marca, después de que el titular del signo no haya reaccionado durante largo tiempo frente al uso contrario a su derecho. No obstante,

RANIERI opina que el artículo 48 de la Ley sobre marcas italiana (*la validità del brevetto, quando il marchio sia stato pubblicamente usato in buona fede per cinque anni senza contestazione... non può essere impugnata per il motivo che la parola, figura o segno che lo costituisce può confondersi con una parola, figura o segno altrui, già conosciuto alla data della domanda, come distintivo di prodotti o merci dello stesso genere*) codifica la solución lograda en Alemania a través de la *Verwirkung*, eliminando muchos de sus inconvenientes.

Capítulo VIII: CONCLUSIONES. Tanto en el Derecho privado alemán como en el francés y el italiano, es un hecho constatable el abandono del dogma, según el cual un sujeto puede perder su derecho sólo como consecuencia de un propio y libre acto de voluntad (o de una precisa disposición legal). Este sacrificio del dogma de la voluntad, en favor de la tutela de la confianza suscitada, es realizado en los tres ordenamientos con instrumentos jurídicos distintos. En el Derecho alemán, el principio se ha concretado en la doctrina de la *Verwirkung*, encuadrada teóricamente en el abuso derecho; limitada, en la práctica, a las hipótesis en que sea posible, en vía de principio, un acto de renuncia del titular del derecho. En el Derecho francés y el italiano se ha constatado cómo recurriendo a la renuncia tácita, que se resuelve a veces en ficción, se llega a las mismas soluciones logradas con la *Verwirkung*. Los jueces alemanes se inclinan por una jurisprudencia de equidad, con los consiguientes riesgos de una confusión en el individuar los criterios de decisión y de una peligrosa desvalorización de la certeza del derecho. En el Derecho italiano y el francés, anclados los jueces al principio tradicional voluntarístico, se constata un fenómeno completamente opuesto. Es de este pre-concepto, a decir de RANIERI, del que se ha de prescindir; no se predica con esto la bondad de una «prescripción de hecho»; la inercia es ya objeto de una precisa valoración legal: la Ley determina cuál sea el tiempo necesario para que ésta comporte la pérdida del derecho. Problema distinto y autónomo se da cuando el titular de un derecho suscita con su propia actitud una justificada confianza, surgida en la otra parte. En este caso, como consecuencia del principio de la autorresponsabilidad, se justifica que se puedan poner a su cargo los efectos de un abandono del derecho, aunque no lo haya querido; naturalmente, la existencia de esta confianza ha de constatarse de modo riguroso.

NOTA CRÍTICA. Rigor en la investigación; método que se podría suscribir; resultados que, siendo encomiables, podrían ser más precisos. Esta es, en resumen, la opinión que nos merece la obra de RANIERI.

Correcto es, en efecto, el estudiar, a la luz de las decisiones jurisprudenciales, una institución que tiene un origen jurisprudencial. Lo mismo se debe hacer, y lo ha hecho el autor, para constatar o no la existencia de soluciones semejantes para idénticos problemas en los ordenamientos latinos.

Ahora bien, RANIERI, y lo dice al comienzo de su obra, se propone el estudio de una institución que, si operante, ha de tener un contenido, unas notas que es necesario conocer para identificarla.

Quizá esto no se haya hecho, limitándose a enumerar las decisiones de la jurisprudencia sin abstraer la esencia última de la institución. De la consideración atenta de la casuística recogida no parece fácil este propósito. Se dice, en efecto, que no es importante el transcurso del tiempo, sino la confianza suscitada (pág. 35); que se abandona todo esquema negocial (pág. 26) prescindiendo de la consideración de la voluntad del titular del derecho. Pero se dice también que es relevante no sólo la negligencia del acreedor, sino también el comportamiento de la otra parte, que ha de actuar de buena fe (pág. 28); que aun cuando la *Verwirkung* sea considerada hoy la hipótesis más importante del abuso

del derecho, su inclusión en esta teoría es más aparente que real (página 43), pues en la praxis, la jurisprudencia no ha admitido nunca un caso de *Verwirkung* cuando faltasen los requisitos necesarios para configurar una renuncia tácita (pág. 46). Afirmaciones, en fin, no demasiado claras, en algún modo contrapuestas, que no permiten por sí solas el formarse una idea clara de la institución, al referirse unas veces a criterios objetivos de apreciación; en otras, haciendo referencia a la consideración de la intención, negligencia, voluntad de tácita renuncia del titular del derecho. Poco claro resulta también el encuadramiento teórico de la *Verwirkung* en la doctrina del abuso del derecho, al afirmar el carácter meramente teórico de la misma. Así, pues, incertidumbre no superada.

Dudoso es, por otra parte, cómo de la constatación de una serie de sentencias en que los jueces franceses e italianos interpretaron de un modo no restrictivo la existencia de una tácita voluntad de renuncia, se pueda deducir que la solución a que se llega en Alemania mediante la *Verwirkung* se logra en los ordenamientos latinos recurriendo a un tácito acto del titular del derecho renunciando a ése o permitiendo su violación (pág. 2), sobre todo cuando se dice que la praxis judicial en estos países es incierta y discontinua en una serie de supuestos encuadrados en la *Verwirkung* (pág. 106), mientras que en otros no se admite esta solución (pág. 108).

A la *Verwirkung* se llega, y son palabras de RANIERI, mediante un artificio, en cuanto que originariamente el principio de buena fe del parágrafo 242 del BGB había sido formulado no para corregir o eliminar las normas del Código, sino simplemente para hacer más segura la interpretación y coordinación (pág. 62).

Mediante una jurisprudencia de equidad, con los peligros que lleva aparejados de genericidad y confusión en la individuación de los criterios de decisión, de peligrosa desvalorización de la certeza del derecho, a través de la figura que venimos considerando, se han tipificado toda una serie de hipótesis preterlegales de pérdida del derecho que se superponen a la regulación legal de la prescripción y la caducidad. En la medida en que esto suceda termina por ser comprometida e infringida, en daño del titular del derecho y de los terceros, la certeza de las relaciones jurídicas; viene así, en último análisis, a ser ignorada precisamente la finalidad en virtud de la cual la doctrina de la preclusión de la acción había sido elaborada (pág. 64). A esto quizá pudiera añadirse el origen histórico de la institución (pág. 14), que obedece a razones excepcionales que se han querido generalizar.

Decisiva, se dice (pág. 53), es la exigencia de tutelar, prescindiendo del interés del titular del derecho, el interés social de la certeza del derecho y, más específicamente, la confianza de los terceros, que el ambiguo comportamiento (positivo o negativo) del titular del derecho podría perjudicar. Se podría objetar que en ocasiones es la certeza en las relaciones jurídicas la que se ve perjudicada; respecto a la confianza surgida en los terceros cabe preguntarse, estando dentro de los plazos de ejercicio del derecho, en base a qué razones habría de surgir ésta, lo que equivale a proponer una interpretación restrictiva de los supuestos en que la confianza en no verse obligados a cumplir una obligación a la que estamos sometidos, confianza que surge con gran facilidad, ha de ser jurídicamente protegible. Más rigurosos aún se ha de ser para reconocer que esta confianza ha de privar sobre la posición del titular del derecho subjetivo, que no tiene simplemente confianza, sino, en principio, seguridad en que será áprotegido por la Ley para ejercitar las acciones derivadas del mismo dentro de los plazos legalmente establecidos.

Por el contrario, la jurisprudencia alemana y suiza, en la aplicación de la doctrina de la *Verwirkung*, frecuentemente ha mostrado una con-

descendencia excesiva con referencia al sujeto cuya confianza ha sido suscitada (pág. 119), a partir del párrafo 242 del BGB, entendido como expresión de un principio general del Derecho privado dotado de una eficacia normativa inmediata, en virtud del cual el juez puede obrar como legislador con la posibilidad de crear normas allí donde falten o de modificar efectos considerados inicuos de normas existentes (página 63).

En definitiva, y para concluir, lo que claramente parece constatarse con la doctrina de la *Verwirkung*, «especie de prescripción de hecho» (página 3), es la necesidad de agilizar, reduciéndolos, los plazos de prescripción, «sociológicamente superados». Tal solución parece apuntar el artículo 48 de la Ley sobre marcas italiana, que, a decir de RANIERI (página Institutos de Crédito a Medio y Largo Plazo y de las Cajas de Ahorro (la con la exigencia de la certeza del derecho, eliminando las dificultades de prueba y valoración a las que se ven abocadas las aplicaciones jurisprudenciales de la doctrina de la *Verwirkung*. Ahora bien, ésta no es misión del juez. Es tarea del legislador.

CARLOS ROGEL VIDE

SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Organización y control del sector empresarial público en España*. Instituto de Estudios Administrativos (Escuela Nacional de Administración Pública). Madrid, 1971, 278 págs.

El contenido de esta monografía constituye la tesis doctoral de su autor, leída en la Universidad de Valencia el 13 de enero de 1971, que obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*, según se expresa al principio de la misma.

La aparente dicotomía que nos sugiere el título de la obra se resuelve conforme avanzamos en su lectura, que nos revela la unidad esencial de los términos empresa pública y control—según el pensamiento del autor—. En una primera parte se estudia el marco legislativo de la empresa pública en España; se manifiesta la dispersa normativa y la falta de un régimen unitario; se reflexiona sobre las irregularidades, desde el punto de vista estructural y orgánico, que afectan al sector, y se esbozan unas líneas generales cara a un futuro estatuto de la empresa pública en España. La segunda y tercera parte de la obra se destinan al control y, respectivamente, a la teoría general del control y al control en España; para SOSA WAGNER, el punto más interesante para un estudio o análisis de la empresa pública desde la perspectiva del Derecho público es el control, que es lo que define el grado o *status* de publicidad de una empresa. La obra concluye con un anexo, en que se recoge un detalle de la participación del INI en las empresas en que es accionista a 31 de diciembre de 1970.

Mas veamos con algún detalle las líneas estructurales del libro:

En la primera parte, y tras una introducción en que se pasa revista a las diversas funciones de la empresa pública en el marco de las relaciones económicas, en un capítulo o apartado 2 se hace un examen del marco legislativo de la empresa pública en España a la luz de los principios constitucionales y de la legislación ordinaria.

La búsqueda de los principios constitucionales lleva a detectar la posición del legislador español ante el fenómeno Estado-empresario; hecho un examen concreto del principio de subsidiariedad, según puede inferirse del Fuero del Trabajo y de la Ley aprobatoria del I Plan de Desarrollo, concluye el autor que no hay obstáculo legal alguno para que el Estado

adopte una actitud de protagonismo económico cuando «lo exijan los intereses supremos de la nación».

Respecto de la legislación ordinaria se estudian: 1) los entes públicos encuadradores de empresas públicas—Instituto Nacional de Industria e Institutos de rédito a Medio y Largo Plazo y de las Cajas de Ahorro (la publicación de la Ley de 19 de junio de 1971 sobre Crédito Oficial obliga a diversas notas a pie de página)—; 2) la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA); 3) la Ley del Patrimonio del Estado (LPE), en cuanto al capítulo V del título II y título III, y 4) la legislación del Plan de Desarrollo y su incidencia en las empresas públicas: articulación técnica del principio de subsidiariedad, despublicación de las empresas nacionales, modificación del sistema competencial (tutela técnica y tutela financiera), etc.

Visto el marco legislativo, en el apartado 3 el autor pretende dar un concepto de empresa pública que luego valga para el ordenamiento español y fijar cuáles son los estatutos o estatuto y tipos de estas empresas.

En este punto se hace referencia a los conceptos de GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO, VALERO AGÚNDEZ, GIANNINI, DECTON y PUTNER, mas para el autor tal concepto ha de sacarse de un análisis del sustantivo «empresa» y ver cómo opera sobre él el adjetivo «pública». Se recogen los criterios de BROSETA en la línea de la coincidencia del concepto jurídico y el económico de la empresa, y en cuanto a que sea la empresa pública, SOSA WAGNER nos dice que «la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público», idea de control que remite a la posibilidad de que el ente público pueda, a través de órganos adecuados, incidir decisivamente en la formación de la voluntad y en la gestión de la empresa y conocer, sancionándolos, en su caso, sus resultados, aunque entendiendo tal publicidad como pasiva, esto es, que «el ente es sólo público en cuanto a su sumisión al ente de cobertura (aspectos organizatorio y de sujeción), pero no en sus relaciones con terceros que fundamentalmente se rigen por el Derecho privado». El apartado concluye con un esquema de las formas que la empresa pública puede adoptar en el ordenamiento español y la normativa aplicable en cada caso.

El apartado 4, y último, de esta primera parte se destina a una recapitulación y a las proposiciones sobre la organización del sector empresarial público español, distinguiendo los problemas de la necesidad de un estatuto para la empresa pública, de la reestructuración del INI y de diversos sectores económicos y de las empresas controladas por el Movimiento y la Organización Sindical.

* * *

La metodología que el autor utiliza en la segunda parte (destinada, como se dijo antes, a la Teoría General del Control) es la siguiente: organización del control—los distintos centros de poder desde los cuales se realizan las operaciones fiscalizadoras—, técnicas de control—las armas jurídicas de que dispone la autoridad controlante—y criterios de control—los distintos índices que utiliza el controlador para manejar las técnicas de que dispone.

Se inicia esta parte de la obra con el examen del concepto y finalidad de la estructura del control y su conexión con los controles de la Administración en orden a la salvaguardia de la legalidad y a la necesidad de que el ordenamiento general sea respetado por la Administración.

En la organización del control se distingue por el autor entre el parlamentario, el del poder ejecutivo, el del poder judicial, el de los Tribunales de Cuentas (sistemas de órgano independiente, órgano creado *ad hoc*

y órganos vinculados estrechamente al legislativo) y el ejercido por el personal o los usuarios de las empresas públicas. El control contable se concibe como de carácter mixto, esto es, ubicado en el marco del poder judicial, realizado por la propia Administración, aunque con carácter independiente, o que sirve, en definitiva, al legislativo.

Aparte los problemas generales de cada uno de estos tipos, se examinan en detalle las soluciones en Derecho comparado y con referencia a los ordenamientos jurídicos de Francia, Inglaterra, Bélgica, Alemania Federal, Italia, Austria, Estados Unidos y Yugoslavia.

Pasa luego el autor a examinar las técnicas de control en sus variedades de control orgánico—relaciones entre el Estado y las empresas de él dependientes en cuanto a la integración de los órganos rectores colegiados de las últimas y articulación de la presencia del Estado en el seno de la empresa—y control funcional en sus formas de previo y posterior.

En cuanto a los criterios de control, se estudian los de «legalidad» y «racionalidad» o «economividad».

* * *

La tercera parte de la obra se destina al control en España.

En el apartado destinado al control de las Cortes Españolas y sus posibilidades se hace referencia, como instrumentos de control, a la aprobación del presupuesto, la del Plan de Desarrollo, la responsabilidad ministerial y el control de las empresas públicas y las comisiones parlamentarias.

En el apartado sobre el control del poder ejecutivo se examinan las situaciones respecto de los organismos autónomos empresariales sujetos a la LEEA y las especialidades de algunos de ellos, los organismos autónomos no regidos por la LEEA, las Cajas de Ahorro, las empresas nacionales y las empresas públicas de normativa especial, y en los extremos relativos a creación y extinción de las empresas, nombramiento de personal directivo, gestión (presupuestos, precios o tarifas, operaciones de crédito, inversiones, contratos—celebración, informes, autorización previa—, inspecciones, remisión de documentos contables), delegados del Gobierno, delegaciones especiales, suspensión de acuerdos de los órganos colegiados, directrices, etc. La falta de un estatuto unitario obliga en muchos casos a examinar entidad por entidad.

En el apartado destinado al control contable se distinguen las normas aplicables a los organismos autónomos empresariales sujetos a la LEEA, a los no sometidos a la LEEA, a las empresas públicas de normativa especial, y algunos aspectos generales, como son los medios de actuación del Tribunal de Cuentas y las recientes disposiciones sobre elaboración de cuentas económicas de las empresas públicas y sobre la Comisión de planificación contable.

En cuanto al control jurisdiccional, se examinan sus posibilidades respecto del control sobre la creación y disolución de las empresas, sobre los actos concretos de gestión, el control de las empresas públicas en los actos de la Administración tutelante y la exigencia de responsabilidad penal de los dirigentes empresariales.

Al tratar del control de los usuarios y trabajadores se nos dice que si en este punto el Derecho comparado se mueve todavía en el terreno de tanteos y experiencias incipientes, el Derecho español se encuentra todavía en una etapa anterior; en el apartado se examina someramente el sistema vigente y las perspectivas que abren la Ley del II Plan de Desarrollo y la Ley Sindical.

Concluye la tercera parte con un apartado destinado a las futuras formas de control en España. En él, tras unas consideraciones generales

sobre el Estado de Derecho, la idea de control en el Derecho administrativo y las dificultades y especialidades de las técnicas de fiscalización operantes en el seno de la Administración general frente al sector público industrial o comercial, se enlaza con los problemas del estatuto de la empresa pública, con que se finalizaba la primera parte de la obra, destinada a organización.

Y es que para el autor, como pasos previos a una mejora del control, aparecen la clarificación de las funciones de la empresa pública y la extensión del sector industrial público, y la clarificación del estatuto normativo de la empresa pública.

Como puntos en que deben polarizarse los mecanismos de control, se expresa por SOSA WAGNER, en primer lugar, que la aprobación del Plan general de desarrollo económico y, como concreción de él, los planes sectoriales constituyen el marco que va a dar pie para ejercer las funciones de un adecuado control; se sugiere luego la necesidad de evitar la multiplicación y proliferación de los llamados controles *a priori*, pareciendo más útil el mantenimiento de los poderes de nombramiento—y revocación, en su caso—de los dirigentes empresariales en manos de los ministros responsables de la tutela técnica; se resalta cómo debe garantizarse el examen de las cuentas de las empresas públicas a través de un órgano absolutamente independiente; se estima que el cierre del circuito fiscalizador es de la lógica competencia de las Cortes, y se hace referencia a cómo pueden incidir en la materia la participación de los trabajadores o personal y usuarios de la empresa y la inserción del Estado en áreas supranacionales.

Con lo anterior puede tenerse una visión panorámica del plan de la obra y de su contenido; añadamos que es particularmente destacable el buen uso de la bibliografía sobre el tema, tanto española como de los diversos sistemas jurídicos nacionales antes citados.

La monografía constituye una interesante aportación al estudio del Derecho de la empresa—y más en concreto, de la empresa pública—, imprescindible para quienes en lo sucesivo se ocupen del tema. Es de destacar el gran esfuerzo del autor para moldear jurídicamente las exigencias de la realidad, pasando de las necesidades sociales al plano de la construcción dogmática, en este difícil campo del Derecho administrativo económico, dejado en muchas ocasiones al casuismo y la improvisación.

Concluamos esta reseña señalando que la monografía tiene un gran nivel informativo y de profundización sobre el estado actual de la organización y el control de la empresa pública, con una serie de planteamientos sugerentes de las cuestiones tratadas, y que resulta atractiva no sólo para los estudiosos de estas materias o para los prácticos cuya actividad profesional hace necesaria la consulta de obras de esta naturaleza, sino también para cualquier jurista preocupado por los diversos matices de la intervención del Estado en la vida económica y sus perspectivas en la sociedad moderna.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO