

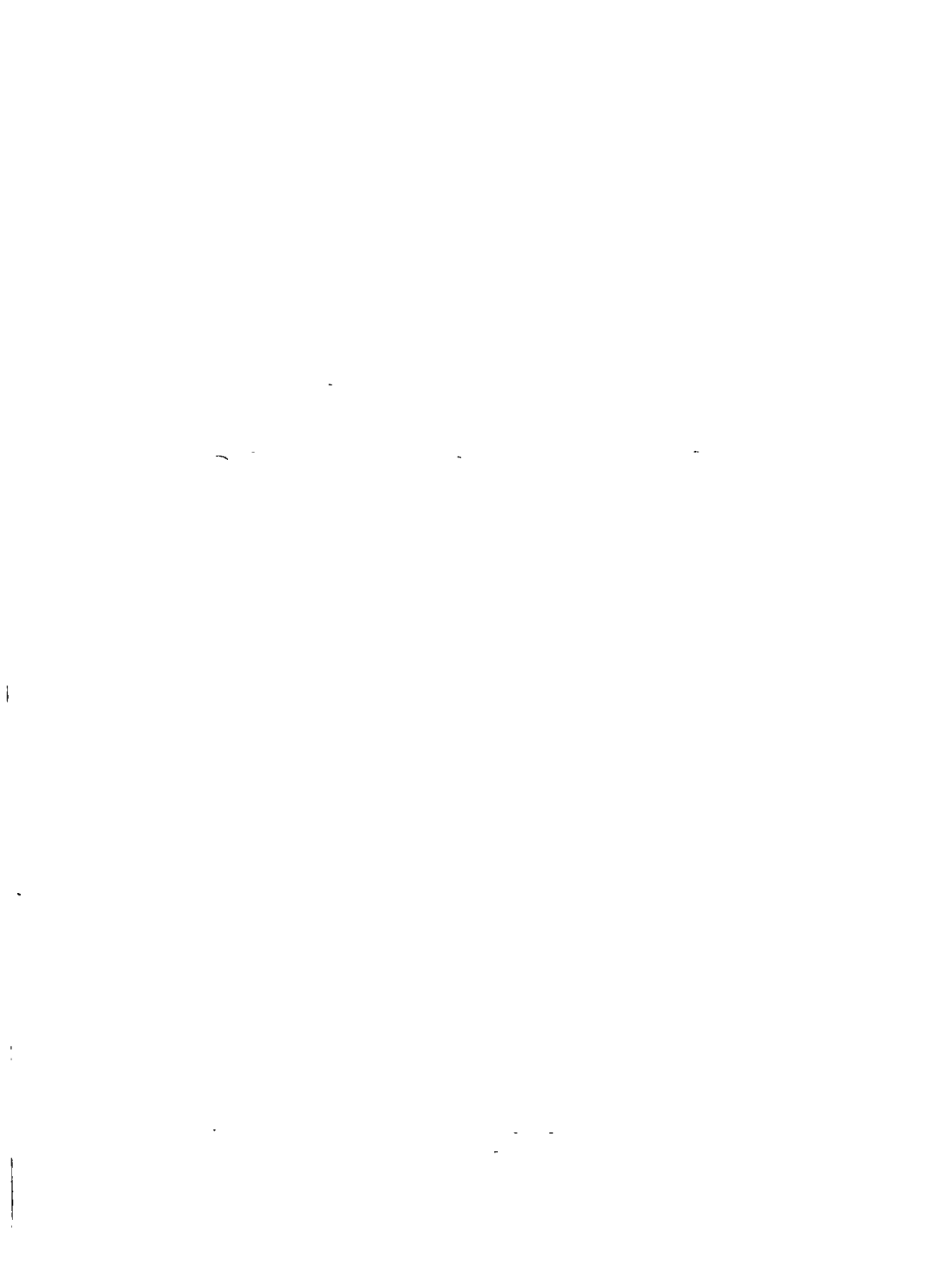
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVIII o Julio - Agosto 1972 o Núm. 491



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pio Cabanillas Gallas.

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

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

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

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

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

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

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

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

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

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“La accesión invertida”, por CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO	729
“El patrimonio de la Asociación y los derechos de los asociados”, por FRANCISCO CARPIO MATEOS	767
“La Integración como fenómeno social y jurídico”, por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	789
NOTAS:	
“Repercusión de los artículos 15 y 98 de la Ley Hipotecaria sobre los artículos 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 71, 87, 88 y 89 de la misma”. por MANUEL VILLARES PICÓ	815
VIDA JURIDICA:	
“Aproximación al pensamiento de Recasens Siches” (Comentarios a su obra reciente <i>Introducción al estudio del Derecho</i>), por JOSÉ CERDÁ GIMENO	825
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	865

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	905
2. Jurisprudencia procesal, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	935
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	939

LIBROS:

"La disminución de la garantía hipotecaria", de ANGEL CRISTÓBAL MONTES, por M. ^a LUISA MARÍN PADILLA	947
"Administración Pública y Libertad", de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por NARCISO DE FUENTES SANCHIZ	950
"Lecciones de Derecho sucesorio (Resumen de las explicaciones de cátedra)", de HERNÁNDEZ GIL, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	953
"Tres temas de política urbanística", de MANUEL PÉREZ OLEA, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	959
"El error de la doctrina del negocio jurídico", de VITTORINO PIETROBON, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	963
"Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración", de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	968

REVISTAS	977
----------	-----

ESTUDIOS

La Accesión invertida (*)

SUMARIO: *Planteamiento del tema.*—Casas de accesión invertida: 1. La derivada del artículo 361 del Código Civil. Declaración de obra nueva.—2. Accesión invertida derivada del mismo artículo 361 cuando el constructor es de buena fe y de mala el dueño del terreno.—3. La construcción extralimitada o excesiva.—4. Derecho de superficie.—5. Propiedad Horizontal.—6. El párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil: a) Consideraciones generales: 1) Naturaleza jurídica. 2) Carácter del precepto. 3) Examen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre este problema. b) Cuestiones referentes al terreno o solar. c) Cuestiones referentes a la edificación. d) Procedencia del dinero, coste de la construcción. e) Traspaso de la titularidad a favor de la sociedad de gananciales y su reflejo registral.—*Conclusión.*

PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Dejando aparte si la accesión es un modo de adquirir el dominio, o una simple facultad del mismo, así como las discusiones en orden a la conveniencia e incluso a la posibilidad de construir una teoría unitaria de la accesión, para enmarcar el tema, recordemos que ésta tiene dos manifestaciones fundamentales: una, la del derecho del propietario de una cosa para hacer suyos los frutos que ella produzca (accesión discreta) y, otra, la del derecho del propietario de una cosa para adquirir lo que a la misma se una o incorpore, natural o artificialmente, de manera que lleguen a formar ambas un todo inseparable (accesión continua).

Las dos especies están contempladas por el artículo 353 del Código Civil, al expresar que «la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente».

Prescindiendo de la referente a la adquisición de los frutos, dentro

(*) Ponencia del Seminario de Derecho Hipotecario Valladolid-Salamanca, desarrollada en Valladolid, el día 14 de marzo de 1972, en el Colegio Notarial.

de la accesión continua, el tema que nos ocupa hace referencia a la artificial de inmuebles y, más concretamente, al supuesto de edificación.

Ya en él digamos, siguiendo a DÍEZ PICAZO (1), que algunos autores formularon el principio o regla de que «la superficie cede al suelo» o, lo que es lo mismo, que lo construido sobre el suelo es absorbido por él y pertenece a su propietario, apoyándose en un texto de las XII Tablas, que, acaso codificando una norma anterior de derecho consuetudinario, establecía que el propietario de una viga que se introducía en un edificio ajeno, o el de unas estacas clavadas en viña ajena, no podían retirarlas.

Ciertamente que dicho principio no fue formulado por el Derecho Romano, pues es sabido que los jurisconsultos de Roma tenían una mentalidad orientada a lo práctico, a la resolución del caso concreto, conectado con la vida, sin importarles mucho las reglas de tipo generalizador, sino que contemplando una serie de fenómenos típicos les asignaban una regulación autónoma, resolviendo para cada caso lo que hacía falta.

En el Derecho Germánico se adoptó una posición distinta, porque en él prevalecía el principio de la adquisición por el trabajo, siendo propietario de lo construido el que había edificado, llegando, en algunos casos, a pasar el suelo a la propiedad del edificante, y ello, posiblemente, porque para estos pueblos, menos sedentarios que el romano, la propiedad recaía fundamentalmente sobre lo transportable (ganados, pieles, maderas, etc.), surgiendo así una propiedad, de las edificaciones, separada de la del suelo, al margen o contra el principio de que la superficie cede al suelo, constituyendo objeto de tráfico independiente, debido también a la provisionalidad de tales edificaciones y a su posible desmantelamiento y traslado, todo lo cual hizo que más tarde, cuando ya se empleó la piedra, dando lugar a edificaciones más estables, con la consiguiente dificultad o imposibilidad de desmontarlas o deshacerlas, se siguiera aplicando al constructor el derecho de trasladar la casa, si era posible, o el de exigir una indemnización al dueño del terreno o incluso una autorización para derribarla dejando los umbrales como parte integrante de la finca (2).

De los dos sistemas expresados hemos visto que nuestro Derecho positivo sigue el criterio, más que romano, romanista, de conceder la

(1) LUIS DÍEZ PICAZO: "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 455, páginas 829 y sigs.

(2) CARLOS VILLENA GARCÍA: "El derecho de superficie", *Revista Propiedad y Construcción*, núms. 29 y 30, citado por GARRIDO PALMA, *Revista Derecho Notarial*, núm. 63, págs. 94 y sigs.

propiedad del vuelo al que lo sea del suelo, principio que está plasmado, entre otros, en el artículo 358 del Código Civil, según el cual «lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos...», completado por el 359 del mismo cuerpo legal, que establece que «todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario», y también por el artículo 361 del mismo, al decir que «el dueño del terreno en que se edificare... de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra..., previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno...».

Este principio tiene su fundamento, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952, en la intención de conferir a un solo titular el dominio de la finca, evitando situaciones anormales de condominio, sin cuotas homogéneas, o la coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el vuelo, o la creación de derechos de superficie que, como excepcionales, deben establecerse o pactarse expresamente.

Es decir, que, según resulta de lo anterior, de los varios modos de solucionar el problema planteado por la edificación en suelo ajeno, el Código Civil adoptó el principio de que el vuelo cede al suelo. El dueño del terreno lo es también de lo que se construya sobre él. Esta solución constituye, pues, en nuestro Derecho, lo que pudiéramos llamar «accesión normal», y, por contraste, se llama «accesión invertida» (con terminología que según MANUEL DE LA PLAZA (3) es familiar a autores franceses como DEMOLOMBE y AUBRY Y RAU) o «accesión anormal», o al revés, a la que se produce en los supuestos en los que el titular de la edificación se haga dueño del terreno que le sirve de soporte.

CASOS DE ACCESION INVERTIDA

Se suele presentar como supuesto más caracterizado y, a veces, único de accesión invertida el contemplado por el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, insistiendo la doctrina en el sentido de resaltar que en dicho precepto se produce una total inversión del principio de accesión contenido en el artículo 361 del mismo Código. No estoy de acuerdo con tal apreciación, pues, a mi entender, aquella norma resuelve el supuesto de construcción de edificio en suelo ajeno en forma acomodada al 361 expresado; pero no adelantemos aconte-

(3) MANUEL DE LA PLAZA: "Edificaciones en suelo ajeno", *Revista Derecho Privado*, 1947, págs. 439 y sigs.

cimientos, pues antes de examinarlo nos parece obligado contemplar o hacer referencia a otros casos de accesión inversa que se dan en nuestro Derecho.

Primer caso: La accesión invertida derivada del mismo artículo 361 del Código Civil.—En el propio artículo 361—que regula la accesión normal al construirse de buena fe en suelo ajeno—ve un sector de la doctrina, un supuesto de accesión invertida, al establecer dicho precepto que el dueño del terreno puede obligar al que edificó a pagarle el precio del suelo ocupado por el edificio; pero propiamente no es tal, puesto que se trata de una adquisición del terreno por el dueño de la edificación, que se produce no automáticamente, *ipso iure* o por ministerio de la Ley, sino solamente en el caso de que el dueño del terreno (que, en consecuencia, continúa siendo lo principal, y el precepto, en cierto modo, ratifica la accesión normal) opte por venderlo al titular de la edificación.

No se da, pues, como resalta DÍEZ PICAZO (4), una verdadera accesión en cuanto que la adquisición del suelo procede de un acto del propietario del mismo, a quien la Ley le faculta para imponer esa adquisición del terreno invadido, dando lugar a una compraventa unilateralmente forzosa. El dueño del terreno viene a ser titular de un derecho potestativo de configuración jurídica, esto es, de un poder de decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica general del fundo.

Cuando se ejercite, es decir, cuando el dueño del terreno opte, nos llegará al Registro, bien como una venta del suelo al edificante o bien como una adquisición del edificio por el dueño del terreno, y ello formalizado en escritura pública otorgada por los interesados o en la resolución judicial firme que haya delimitado el derecho. Aparentemente, pues, el caso contemplado no tiene gran importancia para el Registro de la Propiedad, pero es preciso tener en cuenta:

a) Que según las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1928, 18 de marzo de 1948, 17 de diciembre de 1957 y 2 de diciembre de 1960, entre otras, mientras la indemnización no tenga lugar, el dueño del terreno no ostenta el dominio de lo edificado y únicamente está en el caso de optar por adquirir mediante el pago de la indemnización o por obligar al que construyó, o al que de él traiga causa, a pagarle el precio del terreno.

b) Que el dueño de la construcción no es propietario del terreno sobre el que la misma se asienta, sin poder ejercitar la acción reivindi-

(4) LUIS DÍEZ PICAZO: *Loc. cit.*, pág. 850.

catoria contra el dueño del suelo (sentencias de 23 de marzo de 1943 y 2 de diciembre de 1960), ya que esta acción no es la indicada para reivindicar el suelo al que se ha incorporado lo construido (sentencia de 31 de mayo de 1949), si bien, como dijo la sentencia de 17 de diciembre de 1957, si el propietario del suelo no indemniza y realiza la corta de lo plantado (lo mismo sería, creemos, si destruye lo edificado) se coloca en situación de hacer procedente la acción reivindicatoria.

c) Que la referencia que hace el artículo 361 del Código Civil a los 453 y 454 del mismo hace que se reconozca al constructor el derecho de retener la obra hasta que se le abone el valor de la misma.

Se deduce de lo anterior que, mientras el propietario del terreno no opte, existen dos propietarios en la realidad, el del suelo y el del edificio, y tal situación tiene o puede tener repercusiones registrales.

Siempre que en tal situación de interinidad aparezca de los asientos registrales o de los títulos que lleguen al Registro esa dualidad de propietarios, habrá que suspender todos los actos y contratos de enajenación o gravamen que afectando al dueño del suelo pretendieran abarcar o extenderse a la edificación, en tanto no conste en el Registro que se ha adquirido la obra realizada con abono de su importe, y habrá que denegar cualquier acto o contrato de enajenación o de gravamen sobre la edificación en tanto en cuanto su titular no haya adquirido el terreno, ya que hasta entonces no tiene más que un derecho a que se le abone el importe de la obra realizada o a que se le transfiera el dominio del terreno, pero, uno u otro, a elección del titular del suelo.

Ahora bien, ¿qué posibilidades hay, desde el punto de vista registral, de que esos derechos—el del dueño del terreno y el de la edificación—tengan acceso al Registro? ¿Puede el propietario de la obra o el del suelo hacer constar e inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad?

Naturalmente, no me refiero al caso de que el dueño del suelo opte por vender éste al constructor o por comprar el edificio, puesto que en este caso, como ya hemos dicho, llegará al Registro documentado por mutuo consentimiento o por resolución judicial y los problemas de capacidad, titulación, etc., serán los normales o generales, sino que planteo el acceso registral de esos derechos en estado de pendencia, sin haber optado el propietario del terreno.

En tal caso, el dueño de la edificación, por sí solo, no puede inscribir a su favor la obra nueva, la edificación, ya que si está inscrito el terreno a favor de persona determinada—ajena al edificante—, bien claro resulta que tendría que ser denegado el acceso o entrada al Registro de cualquier título que pretendiera hacer constar la construcción

sobre dicho terreno y, todavía más, si se trataba de un acto de dominio sobre esa obra, que se diría ubicada sobre suelo registralmente ajeno; caso de que el terreno no estuviera inmatriculado tampoco sería posible inscribir la obra nueva al decirse que se había realizado sobre terreno ajeno, ya que lo edificado, con abstracción del suelo, no podría abrir folio u hoja registral.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 24 de abril de 1913, confirmó la denegación de inscripción de una hipoteca sobre unas minas, fábrica y vías de ferrocarril, que se decían sitas—según el título—en la Dehesa de los Machos, por no estar aquéllas inscritas a favor del hipotecante y decirse que se encontraban en finca ajena, inscrita a favor de persona distinta, sin que constara la cesión o permiso del dueño de la finca para la construcción, y sin que aparecieran, tampoco, previamente inscritos el derecho o inmueble hipotecado.

La legislación hipotecaria anterior a la vigente consideraba, en el número 1 del artículo 107 de la Ley, hipotecable con restricciones el edificio construido en suelo ajeno, sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose limitada la hipoteca al derecho que el mismo que edificó tuviera sobre lo construido.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 decía, en relación con el precepto expresado, que «el principio de que el edificio, como accesorio, cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo atendida la buena o mala fe del edificante o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas a una Ley Especial de Hipotecas no podría la Comisión entrar en tales apreciaciones, pero no debía dejar de consignar el principio de que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitada siempre, por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario, al derecho que aquél tiene, como lo exige la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos a los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante a que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es quien tiene la presunción de serlo también del edificio».

ROCA SASTRE (5) llega a la conclusión de que el precepto indicado se refería precisamente al supuesto contemplado por el artículo 361 del Código Civil, concluyendo el mismo tratadista que ha hecho bien

(5) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomo IV, volumen 1.º, págs. 433 y sigs.

la Ley Hipotecaria vigente al suprimir ese precepto, porque si se conviene que el dueño del edificio adquiera el terreno, tendrá entonces un derecho pleno sobre la finca resultante, lo mismo que el del suelo si se acuerda adquirir lo edificado, y si se conviene que el edificio pertenezca al que lo construyó nacerá un derecho de superficie, y que a falta de convenio únicamente tendría el edificante derecho a una indemnización, no a un derecho real, sino un derecho personal contra el propietario del terreno.

No estoy plenamente de acuerdo con el ilustre tratadista, quien, por otra parte, dice (6), «que aunque no fuera así, lo difícil es inscribir en esta situación el derecho sobre el edificio a favor del que lo construyó, porque para ello se requiere la presentación de un título derivado del dueño del terreno o una resolución judicial y, en ambos casos, al producirse estos títulos quedaría despejada aquella situación». Y no estoy de acuerdo, fundamentalmente, porque, modestamente, opino que resulta demasiado simplista el decir que el dueño de la edificación no tiene más que un derecho personal a ser indemnizado, y, también, que si se conviene que el dueño del terreno lo siga siendo de éste, y el del edificio, de la construcción, se haya constituido, sin más, un derecho de superficie y no otro derecho, aun cuando no es momento de que explyemos estas afirmaciones.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿sería inscribible una escritura pública en la que el propietario del suelo y el del edificio se limitaran conjuntamente a declarar la obra nueva, reconociendo la buena fe del edificante y o bien el dominio separado de suelo y vuelo (sin constituir derecho de superficie) o bien solamente la situación de interinidad y, consiguientemente, la posibilidad de opción recogida en el artículo 361?

Personalmente pienso que tal escritura sería inscribible, tanto en uno como en el otro de los dos supuestos contemplados, al amparo de las disposiciones hipotecarias vigentes, aun admitiendo que ello es opinable y puede ser muy discutible, pues si es verdad que, como decía la sentencia de 23 de marzo de 1943, la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu del ordenamiento legal, se niega a reconocer, justificadamente, la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejercitarse separadamente por el dueño del suelo y el de lo edificado y aún rehúye la hipótesis de un condominio entre ambos, también lo es que en estos casos de dominio dividido, o mejor, compar-tido, el edificio viene a ser una parte integrante de la finca, sin que,

(6) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Obra citada*, pág. 436 del mismo tomo y volumen.

como dice CASTÁN (7), exista en nuestro Derecho una norma correlativa a la del Código Alemán, que impida, en absoluto, la existencia de derechos independientes sobre las partes integrantes esenciales o inseparables.

Además no creo se agote, o pueda agotarse, la posibilidad de constituirse un derecho—en estos supuestos de dominio dividido o compartido—con los específicos de superficie, elevación de edificios o «levante» y el de vuelo, regulados por los artículos 16 y 30 del vigente Reglamento Hipotecario, sino que, por el contrario, considero que cabe la posibilidad de constituir otros derechos dada la redacción del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción de los títulos de dominio (traslativos y declarativos) de los inmuebles y, asimismo, todos los que constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos de... «y otros cualesquiera reales», así como la del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a «cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», preceptos expresivos, entre otros, de que en nuestro ordenamiento legal se sigue, aun cuando mitigado, el sistema del *numerus apertus*.

Supongamos ahora que el dueño del terreno en el que se ha edificado de buena fe, pendiente de ejercitar su derecho de opción sobre la compra de lo construido o la venta del solar, transmite el dominio del suelo—que es lo único que tiene—a otra persona y que en el título de transmisión (y sería igual si fuera gravamen) manifieste que sobre el suelo que le pertenece, X ha construido un edificio y lo describa, reconociendo que la construcción se ha efectuado de buena fe, y, asimismo, exprese que aún no ha ejercitado el derecho de opción que le confiere el artículo 361 citado, y nos preguntamos: ¿en tal supuesto se podría o debería hacer constar en el Registro la existencia de la edificación?

Creo que en ese caso no sólo se podría, sino que debe hacerse constar en la inscripción la existencia de la edificación, como variaciones físicas de la finca, al tener que expresar, entre las circunstancias de la inscripción, por disposición de la regla cuarta del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, las diferencias resultantes, en la descripción de la finca, entre el Registro y el título; pero no podría inscribirse la obra nueva, ni a favor del dueño del terreno, al no ser dueño de la misma

(7) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, 9.^a edición, tomo 1.º, vol. II, pág. 448.

hasta que no opte por su adquisición y abone su importe, ni tampoco a favor del constructor, porque al no concurrir en el otorgamiento del título, en el que se hace constar la edificación, estaríamos en presencia de una mención cuya registración está vedada por el artículo 29 de la Ley Hipotecaria, aun cuando puede estimarse que tal referencia al edificante constituye una estipulación a favor de tercero (art. 1.257, 2.º, del Código Civil), que podría ser aceptada por el favorecido por ella, y en este supuesto estaríamos ya en el anteriormente contemplado y, por tanto, con posibilidad de hacer constar esos derechos en el Registro.

También puede ocurrir que el dueño del terreno se limite a declarar la obra, sin alegar para nada la existencia del edificante de buena fe, y entonces, por la presunción del artículo 359 del Código Civil, se presumiría suya e inscribible, quedando al constructor la posibilidad de ejercitar la oportuna acción ante los Tribunales, que no sería, a mi juicio, de mera petición de indemnización o de reclamación de cantidad, sino la declarativa de su condición de constructor de buena fe y del derecho de opción del dueño del terreno, con el consiguiente pago de la edificación, en el supuesto de que aquél optare por hacer suya la obra, demanda que, entiendo, sería claramente anotable en el Registro.

El artículo 361 del Código Civil plantea otros muchos problemas, pero únicamente, y por no alargar excesivamente este estudio, vamos a considerar los siguientes:

1) Cuando sobre el solar o terreno que sirve de soporte a la edificación realizada de buena fe exista una prohibición de disponer, en cuyo supuesto al dueño del suelo le queda como única facultad la de indemnizar al constructor con el importe de la obra y hacer suya ésta, sin poder hacer uso, precisamente por la existencia de esa prohibición de disponer, del otro término de la opción (vender el terreno), que le atribuía el artículo 361 del Código Civil, según ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de diciembre de 1945.

2) Otro es el caso de que el terreno pertenezca a una comunidad de propietarios, en el que se plantea el problema de si han de ser todos los comuneros los que ejerciten, de acuerdo, la opción del 361 o puede hacerlo cualquiera de ellos. Desde luego, la sentencia de 28 de abril de 1928 declaró que en tal supuesto el derecho de opción del artículo 361 podía ejercitarlo uno solo de los condueños, pero ¿sería inscribible la declaración de obra nueva otorgada exclusivamente por uno de los condueños, y a su favor, sin el consentimiento de los demás? Por supuesto que no sería inscribible, según tendremos ocasión de ver con mayor detalle más adelante.

Dentro del supuesto anteriormente contemplado también puede

darse el caso de que el constructor sea precisamente uno de los condueños del terreno, lo cual no modifica esencialmente la conclusión a la que anteriormente llegamos.

Los casos en los que tiene aplicación el artículo 361 del Código Civil, así como aquellos en los que puede aparecer inscrito, con dominio dividido o compartido, el suelo y la construcción, son más frecuentes y numerosos de lo que aparentemente pudiera parecer, y así:

a) Hemos visto con cierta frecuencia testamentos en los que el testador lega o dispone de la propiedad de una finca a favor de un legatario o heredero en atención a la circunstancia de que éste, con el consentimiento o la tolerancia del causante, había edificado en dicho terreno o finca.

b) Como se desprende de lo anterior, son muy frecuentes los casos en los que un hijo construye en terreno de los padres, con consentimiento o conocimiento de ellos, de buena fe, o aquellos en los que el hijo, que ocupa una casa o edificación de los padres, la reforma, la reconstruye o la edifica de nueva planta.

c) Del propio modo suele ser frecuente que en estado de indivisión de una herencia, de hecho, cada interesado esté en posesión de determinados bienes, y que en esa situación construyan o edifiquen sobre ese terreno, normalmente de buena fe, con el consentimiento o, al menos, el conocimiento y tolerancia de los demás interesados en la herencia o titularidad de esos bienes.

d) Lo mismo ocurre en casos de comunidad de bienes en los que uno de los condueños construye o edifica sobre el mismo terreno común.

e) Un caso en el que es posible, y en cierto modo frecuente, que aparezca en el Registro separada la titularidad del suelo y la de la edificación, sin constituir derecho de superficie, se produce en aquellos casos de hipoteca de una finca, sin pacto de extensión de la misma a las nuevas edificaciones y que posteriormente a la constitución de la hipoteca se efectúen construcciones y se inscriban en el Registro, pues aun cuando figuren a nombre del mismo titular del terreno, en el caso de que la hipoteca llegue a ejecutarse y se adjudique la finca—naturalmente se hará la adjudicación sin aquellas construcciones a las que la hipoteca no se extiende—, quedando así las edificaciones inscritas a favor de persona distinta que la titular del suelo. Este supuesto ha sido examinado por BONILLA ENCINA (8), que apunta diversas soluciones, de las que ahora no nos ocupamos, puesto que sólo nos interesa

(8) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: Conferencia en Seminario Derecho Hipotecario de Extremadura, que creemos inédita

resaltar esa posibilidad de inscripción del dominio dividido o compar-tido, y un supuesto práctico y real que conocemos lo expondremos en otra parte de este trabajo.

f) Otros casos en los que surge esta titularidad separada del suelo y de edificaciones se produce en aquellos supuestos de arrendamientos inscritos, en los que el arrendatario está facultado para realizar construcciones que al final del contrato pasarán a pertenecer al dueño de la finca, sin o previo abono de su importe al constructor de las mismas, quien hasta entonces podrá inscribirlas en el Registro, hipotecarlas, etc., con sujeción a lo pactado, pues otros casos, como el de las construcciones realizadas, cuando procedan, por el usufructuario, el enfiteuta o el titular de otro derecho real son cosa distinta, ya que, como dice ROCA SASTRE (9), se producen aquellos casi como propietarios.

Frecuentemente, a lo largo de este trabajo, hemos hecho referencia, y lo haremos muchas más veces, a la declaración de obra nueva, y al objeto de perfilar conceptos y de deducir consecuencias tenemos que examinar, siquiera sea brevemente, lo referente al título de declaración de obra nueva.

DECLARACION DE OBRA NUEVA

Comencemos por afirmar que considero a la declaración de obra nueva como un negocio jurídico de individualización y que no estoy conforme con la opinión de quienes sostienen que la inscripción de obra nueva hace referencia a una mera constancia de circunstancias físicas de la finca, o que la escritura de declaración de obra no es título inscribible y que al no alcanzar la fe pública a las circunstancias de hecho ninguna trascendencia tiene la misma y que, por consiguiente, cualquiera de los comuneros puede otorgar dicha escritura y conseguir su inscripción en el Registro. Únicamente quiero resaltar sobre esta cuestión:

a) Que, a mi juicio, no es cierto que el principio de legitimación registral no se refiera a las circunstancias de mero hecho, y ello no sólo porque todo derecho precisa y requiere un soporte físico de hecho, de modo tal que si el Registro proclama con presunción *iuris et de iure* la propiedad de una finca en cuanto a lo jurídico, lo hace partiendo, con presunción *iuris tantum*, de unas determinadas circunstancias de hecho de esa finca concreta, superficie, linderos, etc., sino, además, porque

(9) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Obra citada*, tomo IV, vol. I, pág. 434, nota

así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de marzo y 18 de julio de 1930, que admitieron la presunción de exactitud de las circunstancias de la finca como objeto de dominio, así como la sentencia de 21 de marzo de 1953, al declarar que en nuestro Derecho Hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama, pero no se extiende con igual intensidad la protección a las circunstancias o situaciones de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro; pero que no se puede afirmar, sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, que la inscripción nada vale ni nada protege en punto a la situación de hecho que el asiento pregona. Otras sentencias, como las de 10 de junio de 1955, también citadas por VILLARES PICO (10), sientan el mismo criterio, llegando a sostener este autor que si el artículo 110 de la Ley Hipotecaria excluye la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones de edificios es porque si tales edificios, existentes en la fecha de la escritura de hipoteca, no constan inscritos, a los efectos de tercero, deben considerarse como no existentes en beneficio del respectivo acreedor hipotecario (11).

b) Que creo no puede sostenerse que un título—el de obra nueva—, encaminado a hacer constar la existencia de la edificación en el Registro, sea de mero hecho sin trascendencia jurídica. Baste decir que tal circunstancia—inscripción de la edificación—tiene la virtualidad suficiente para, como veremos más adelante, cambiar la titularidad jurídica de la finca, convirtiendo un bien privativo en ganancial (artículo 1.404, 2.º); que en Viviendas de Protección Oficial, para la obtención de la calificación definitiva o para provocar ésta una declaración de terminación de obra, es indispensable tal declaración de obra, con repercusiones en cuanto al estatuto jurídico del edificio; que, asimismo, la declaración provoca o no la extensión de la hipoteca a las edificaciones (art. 110 de la Ley Hipotecaria); que resulta indispensable para servir de base a algunos derechos que la presuponen necesariamente, como la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, derecho de superficie, de elevar nuevas plantas, servidumbres, etc., o en relación con el artículo 27 del Reglamento de Edificación Forzosa, que declara que la resolución de incumplimiento de la obligación de edificar se hará constar en el Registro por nota y que el Registrador comunicará al Ayuntamiento las modificaciones objetivas

(10) MANUEL VILLARES PICO: "La legitimación registral se refiere a todos los elementos de la relación jurídica inscrita", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 477, págs. 389 y sigs

(11) Mismo autor: *Loc. cit.*

(y entre ellas, naturalmente, pensamos en la declaración de obra nueva) de las fincas.

Se me puede objetar que lo que provoca realmente alguna o muchas de esas consecuencias será la existencia o no de la edificación más que su constancia registral, pero siempre será cierto que en algunos de los casos que hemos expuesto es trascendente, fundamental o indispensable la constancia registral de la obra nueva.

c) Decía al principio de este apartado que considero la declaración de obra nueva como un negocio jurídico de individualización, y, precisando más, diré que estimo se trata de un título declarativo del dominio de la edificación y, como tal, inscribible, al amparo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, es decir, no como algo que hace mera referencia a la descripción de la finca—circunstancias físicas—, sino, como dice RAMOS FOLQUÉS (12), con ella lo que se inscribe es la adquisición de la obra y con ello se inmatricula el edificio o nueva obra, que va forzosamente acompañada de un derecho y que tiene acceso al Registro en cuanto es objeto de un derecho real, mostrando mi desacuerdo con quienes, como LACRUZ (13), sostienen que solamente se trata en la obra nueva de la constancia registral de datos de puro hecho, sin implicar cambio jurídico ni tener valor negocial.

d) En cuanto a si puede otorgarla un condueño, aun cuando la Resolución de la Dirección General de 19 de diciembre de 1917 parece admitirlo (si bien en ella se trataba de un caso que no era verdadero condominio, en cuanto que la finca pertenecía en porciones señaladas a distintos propietarios y estaba inscrita en esa forma anómala), es lo cierto que la de 21 de junio del mismo año había negado tal posibilidad, así como la más reciente de 21 de mayo de 1965, en la que, por cierto, se dice que la declaración de obra nueva no es una expresión de la existencia física del edificio, sino que es productora de efectos jurídicos de mayor trascendencia, denegando la inscripción del título porque dada la existencia de varios condueños en el solar y concurrir sólo dos de ellos, sin que se supiera si el tercero prestó su conformidad a la construcción del edificio y a la distribución de las participaciones, todo ello se oponía al artículo 397.

Sobre todo son fundamentales en esta materia las resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1969, en las que de manera clara y concluyente se exige la unanimidad para la inscripción de las declaraciones de

(12) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS: "La regulación jurídico-registral de la edificación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 318-319, págs. 837 y siguientes.

(13) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones Derecho Hipotecario*, pág. 94.

obra nueva, indicando al propio tiempo la evolución que ha tenido su inscripción.

Se dice en la citada resolución de 20 de febrero de 1969, que «en un principio a las declaraciones de obra nueva no se les concedió por la legislación hipotecaria la importancia que hoy deben merecer, por entender que se trataba de hacer constar en el Registro una circunstancia meramente descriptiva no protegida por la fe pública registral, lo que motivó que fueran vistas con disfavor por este Centro, que en varias de las resoluciones declaró la no necesidad de estas inscripciones, ya que al estar inscrito lo principal—el solar—, lo estaba también lo accesorio, o como en la de 20 de mayo de 1895, que aunque no hubiera razón que oponer al propietario que tuviera la voluntad o capricho de registrar a su nombre el edificio construido, sería acertado acabar con la práctica de inscribir las edificaciones desligadas de todo contrato o relación de derecho». Sigue diciendo la resolución citada que, no obstante lo expuesto, las declaraciones de obra nueva siguieron ingresando en el Registro al amparo de las disposiciones vigentes y en virtud de una práctica sancionada por la Dirección vinieron a desembocar en la actual legislación, contenida en los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, en donde no se contempla el caso de comunidad de propietarios sobre el solar, y que si, según el artículo 397 del Código Civil, ninguno de los condueños, sin el consentimiento de los demás, podrá hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudieran resultar ventajas para todos, parece que tampoco uno solo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones, realizadas bien por el mismo, bien por todos los comuneros o por alguno de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la nueva obra realizada.

Todo ello—como sigue diciendo la resolución—porque la construcción de un edificio puede acarrear alteraciones sustantivas en la titularidad dominical del solar sobre el que aquélla se asienta, según resulta, por ejemplo, de los supuestos de los artículos 361 y 1.404 del Código Civil, o incluso en el de que por no haber concurrido los comuneros a los gastos de la edificación en la misma proporción en que son dueños del solar hubiesen decidido alterar su participación en el edificio construido, posibilidades todas ellas que refuerzan el convencimiento de seguir la tesis que exige la unanimidad, a fin de que así resulten claramente determinados los derechos que a cada propietario correspondan y el Registro publicará para conocimiento de los interesados y terceros

Segundo caso: Accesión invertida derivada del mismo artículo 361, cuando el constructor actúa con buena fe y el dueño del terreno con mala fe.—El Código Civil contempla los supuestos de construcción en suelo ajeno concurriendo buena fe por parte del constructor y del dueño del terreno (art. 361), mala fe de ambos (364 del mismo, que equipara el supuesto al precedente de buena fe) y el de mala fe del edificante (artículos 362 y 363), pero omite o, al menos, no considera específicamente el caso de que el constructor haya obrado de buena y el dueño del terreno de mala fe. Pues bien, para este último caso, y teniendo en cuenta el principio general de que no es lícito que triunfe la mala fe y exista un enriquecimiento injusto del que así actúa en perjuicio del que lo hace con buena fe, algún autor, como GARRIDO PALMA (14), opina que en tal caso el dueño de la obra tendrá derecho a hacer suyo el suelo, sin abonar cantidad alguna, pudiendo incluso exigir indemnización de daños y perjuicios.

Me limito a exponer el caso, puesto que desde el punto de vista registral tendrá que llegar resuelto judicialmente, y si en una sentencia se declara el dominio a favor del edificante, con o sin indemnización al del suelo, procedería su inscripción.

Tercer caso: La llamada construcción extralimitada o excesiva.—Dice Díez PICAZO (15) que «el supuesto de la construcción extralimitada, es decir, de la construcción que se asienta, en parte, sobre terreno ajeno y, en parte, sobre terreno propio, constituye una laguna legal, que hace inaplicable el precepto general del artículo 361 del Código Civil, pensado para una construcción totalmente levantada en terreno ajeno». CASTÁN (16) se preguntaba si el artículo expresado se aplicaría a los casos de construcciones asentadas, en mayor o menor parte, sobre terreno propio que invadieran el contiguo.

La doctrina se ha orientado en el sentido de negar aplicación, por falta de analogía, al artículo 361 y considerar este caso como algo diferente, y PLAZA (17), excluyendo por antieconómicas todas las fórmulas que conduzcan a la división de lo edificado o a su demolición, propone como solución la de conceder a la autoridad judicial la facultad de conceder o atribuir la construcción extralimitada al que de buena

(14) VÍCTOR M. GARRIDO PALMA: "¿Superficie sólo cedit. El principio de accesión y el principio de superficie", *Revista Derecho Notarial*, núm. 63, páginas 89 y sigs.

(15) LUIS Díez PICAZO: *Estudios sobre Jurisprudencia civil*, tomo II, página 142.

(16) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Obra citada*, tomo II, pág. 243.

(17) MANUEL DE LA PLAZA: *Loc. cit.*

fe la ha hecho, indemnizando o compensando al propietario del suelo del valor de éste y de los daños que se le hayan ocasionado.

El Tribunal Supremo en varias sentencias se ha ocupado del caso y ya en la de 30 de junio de 1923 dejó apuntada una inclinación favorable a la posibilidad de reconocer al edificante de buena fe el derecho de hacer suyo el terreno invadido por lo edificado con extralimitación, y en las de 31 de mayo de 1949, 17 de junio de 1961, 29 de abril de 1970 y 26 de febrero de 1971 ha dado carta de naturaleza a la solución de que en los casos aludidos debe regir el principio de que lo accesorio sigue a lo principal (sustituyendo al de superficie cede al suelo) y considerando más importante la construcción que el terreno.

De esas sentencias resulta curioso que en la de 29 de abril de 1970 el constructor se extralimitó conscientemente, es decir, sabiendo que lo hacía sobre terreno ajeno, si bien creyendo que un pacto de servidumbre que existía le facultaba para aquella extralimitación, y en la de 26 de febrero de 1971, que de un edificio de 99 metros de superficie en planta se había extralimitado en 53 metros, y en ambos casos, teniendo en cuenta las circunstancias que concurrían, se consideró al edificante de buena fe y se le otorgó el derecho de adquirir el terreno en la parte invadida por la construcción, indemnizando al dueño del mismo con el valor correspondiente.

Personalmente pienso que en estos supuestos se aplica—aunque modalizado—el artículo 361 del Código Civil, ya que por razones de interés superior (conveniencia de la construcción, función social de la propiedad e incluso por aplicación de la teoría del abuso del derecho) se excluye, de los dos términos de la opción que el precepto otorga al dueño del suelo, uno de ellos, el de hacer suya la obra (dada la indivisibilidad de la misma) y siendo también imposible la demolición de la construcción (por las razones expuestas) tiene que llegarse a la solución indicada por la jurisprudencia, esto es, a limitar el derecho del propietario del terreno invadido en el sentido de que únicamente tenga posibilidad de ejercitar uno de los términos previstos en el indicado artículo, es decir, la venta del terreno al edificante.

Desde el punto de vista registral, como decía anteriormente, es una cuestión que debe llegar resuelta al Registro, bien por convenio de los interesados o por resolución judicial, y únicamente resaltar que habrá de efectuarse la segregación del terreno invadido para agruparlo o agregarlo al del constructor, como trámite previo a la declaración de obra nueva sobre la totalidad de la superficie construida.

Cuarto caso: Derecho de superficie.—Algunos autores, como VALE-

RIANO DE TENA Y MARTÍN (18), consideran a este derecho como un supuesto, el más caracterizado, de accesión inversa, aun cuando otros, como ROCA SASTRE (19), dicen que constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación más típica de la propiedad horizontal. Regulado este derecho en la Ley del Suelo y en el Reglamento Hipotecario (art. 16 del mismo), no vamos a detenernos en su estudio, por entender excede de la finalidad del que nos ocupa, sin que hagamos referencia tampoco a otros derechos, como el de «levantante» o mayor elevación de los edificios o al derecho de vuelo, que tienen con el expresado la similitud de tratarse de casos de dominio compartido, caracterizados, en definitiva, por la existencia de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca.

Quinto caso: Propiedad horizontal.—Se puede sostener que la llamada propiedad horizontal constituye, en cierta manera, un supuesto de accesión invertida, en el sentido de que en ella la propiedad del piso o local arrastra la del suelo (en su cuota proporcional como elemento común), de modo que el suelo (elemento originariamente el principal) se espiritualiza de tal manera que prácticamente ni figura en la transmisión de cada piso o local, pasando éstos a ser lo principal, lo fundamental, ya que su adquisición, por cualquier título, arrastra, como anejo inseparable, la del suelo: pero tampoco este supuesto lo examinamos, limitándome a su cita, como uno más dentro de los casos de accesión invertida que se contemplan en este trabajo.

Sexto caso: El del párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil.—Dispone el Código Civil, en su artículo 1.404, que: «Las expensas útiles, hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges mediante anticipación de la sociedad o por la industria del marido o de la mujer, son gananciales. Lo serán también los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.»

Dicho precepto contempla, en el primero de sus párrafos, las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de los cónyuges y, en el segundo, la construcción de edificios en el terreno de uno de los esposos.

No es objeto de nuestro estudio el párrafo primero, respecto del cual únicamente diremos que la generalidad de la doctrina y la juris-

(18) VALERIANO TENA Y MARTÍN: *El derecho de accesión y el Registro de Propiedad*. Curso de Conferencias sobre Derecho Inmobiliario del Centro de Estudios Hipotecarios, 1951-1952, págs. 105 y sigs.

(19) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Conmemoración Centenario Ley Hipotecaria, págs. 7 y sigs.

prudencia entienden que lo que realmente es ganancial no es la mejora en sí misma, sino el valor o coste de la mejora efectuada. Así, TORRALBA SORIANO (20) y las resoluciones y sentencias que el mismo cita, fundamentalmente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1908, que rechaza, en este supuesto, la idea de condominio, y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1941, 25 de mayo de 1950 y 30 de abril de 1958. MUCIUS SCAEVOLA (21) y, recientemente, HERNÁNDEZ GIL (22) sostienen que lo que verdaderamente es ganancial no es el gasto, sino la mejora misma, aun cuando incluso pudiera deducirse de su postura que cabe distinguir que no consideran ganancial tanto la mejora en sí misma ni el mero gasto de ella, sino lo que aquélla representa, es decir, el mayor valor, obtenido por el bien, como consecuencia de la mejora.

El supuesto contemplado en el párrafo segundo, que, ciertamente, es el que será objeto de nuestro estudio, ha merecido bastante atención de la doctrina.

Con objeto de sistematizar las cuestiones que su examen nos depara distinguiré los siguientes apartados: a) consideraciones generales; b) cuestiones referentes al solar; c) cuestiones referentes a la edificación; d) procedencia del dinero, coste de la edificación, y e) traspaso de la titularidad a favor de la sociedad de gananciales y su reflejo registral.

Dentro de cada uno de ellos intentaré tratar, ya que no exhaustivamente, los problemas más frecuentes e importantes que el precepto plantea.

a) CONSIDERACIONES GENERALES

1) *Naturaleza jurídica del caso planteado.*—La doctrina considera el supuesto como un caso, tal vez el único, de acción inversa y así, por vía de ejemplo, lo entienden SANZ (23), TENA MARTÍN (24), CASTÁN (25),

(20) ORENCIO TORRALBA SORIANO: "Las expensas útiles del apartado 1.º del artículo 1.404 del Código Civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 476, págs. 93 y sigs.

(21) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, edición 1905, tomo 22, pág. 218.

(22) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Dictámenes*, vol. II, págs. 50 y sigs.

(23) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: "Edificación sobre suelo ajeno. Sus problemas". Conferencia Ilustre Colegio Notarial de Valencia, año 1947.

(24) VALERIANO TENA MARTÍN: *Loc. cit.*

(25) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Obra citada*, 8.ª edición, tomo V, vol. I, página 276

PUIG BRUTAU (26), RAMOS FOLQUÉS (27), CAMY (28), CHICO y BONILLA (29), LACRUZ (30) y el mismo MUCIUS SCAEVOLA (31), si bien el último con la particularidad de entender que el precepto expresado acentúa lo dispuesto en el párrafo primero, haciendo la declaración terminante de que se refiere también a los edificios construidos, llevando hasta el final el establecimiento de la comunidad en las expensas útiles, borrando así la distinción entre viña y edificio (que se establecía en el derecho anterior), aun contradiciendo un tanto el artículo 361, y MANRESA (32), que trata de fundamentar el citado párrafo segundo del 1.404 recogiendo la opinión de GARCÍA GOYENA, pero añadiendo que aunque el edificio no puede subsistir sin el suelo, tiene mucho más valor e importancia que éste, por lo que si la doctrina del Código no se conforma a los principios satisface más a la razón.

GARCÍA GRANERO (33), que lo hemos dejado para el final para referirnos al mismo con más detalle, ya que su estudio lo estimamos de los más completos que conocemos sobre el asunto que venimos considerando, dice que «la figura jurídica producida o determinada por el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código es clara; es una inversión de la norma *accessorium sequitur principale*; es, en definitiva, una accesión al revés». El propio autor califica de «extraña institución jurídica» a la contemplada y añade: «En esta hipótesis es todo exactamente igual que en la accesión, sólo que al revés. El vuelo atrae al suelo; el terreno sigue al edificio; lo accesorio se transforma en preponderante y lo principal es subsidiario. El edificante se hace dueño no sólo de la obra (lo cual daría lugar simplemente a *ius superficies*), sino también del terreno sobre el que aquélla descansa (y esto es ya más fuerte y atrevido). Pues bien—sigue diciendo el autor citado—esto es, en definitiva, lo que dispone nuestro Código Civil en el apartado segundo del artículo 1.404. De modo que suavemente y como sin concederle importancia,

(26) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch, 1967. tomo IV, vol. I, pág. 667.

(27) RAFAEL RAMOS FOLQUÉS: *Loc. cit.*

(28) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: "El artículo 1.404 y las declaraciones de obra nueva", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 317, páginas 786 y sigs., y mismo autor: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, edición 1970, vol. II, págs. 596 y sigs.

(29) JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a edición, tomo II, pág. 111.

(30) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, pág. 495.

(31) MUCIUS SCAEVOLA: *Obra citada*.

(32) MANRESA: *Comentarios Código Civil*, edición 1908, tomo IX, pág. 607.

(33) JOSÉ GARCÍA GRANERO: "Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges", *Revista Derecho Privado*, 1950, págs. 193 y sigs.

el citado artículo trastoca toda la teoría clásica y general de la accesión y construye una teoría distinta y contraria, que pudiéramos llamar de la antiaccesión o accesión al revés. El Código no se queda a medias tintas, sino que se presenta como audaz e innovador», y termina el párrafo diciendo el citado GARCÍA GRANERO: «¡Y todavía hay quien dice que nuestro Código Civil es poco original y que copia a los extranjeros! ¡Ahí está ese artículo—el 1.404—, que demuestra todo lo contrario!»

También el citado autor, siguiendo a SANZ (34), concluye que dicho precepto no tiene, ni jurídicamente ni desde un punto de vista económico, fundamento.

Disiento de tan unánime doctrina y no estoy conforme con ella, tanto en lo referente a que el precepto suponga una innovación, un cambio absoluto, sobre la accesión normal, como en que sea un precepto extraño, desencajado del ordenamiento jurídico o que carezca de todo fundamento.

Ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952 atisbó la naturaleza y el fundamento de esta figura, al decir que la excepción está inspirada en las notas peculiares del Derecho de Familia y en especial del régimen económico-matrimonial, y la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1961, contemplando un supuesto de accesión inversa por construcción extralimitada, equipara ambos conceptos y expuso, de pasada, el siguiente razonamiento: «Sin que pueda calificarse técnicamente de accesión inversa cualquier otro supuesto y en especial el contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código Civil patrio, dado que al reputar bien o cosa ganancial el edificio construido durante el matrimonio en suelo privativo de uno de los cónyuges, abonando el valor del solar al cónyuge a quien pertenezca, parte, con evidencia, de otros factores y prevé, sobre todo, la labor común de los esposos en el aspecto económico y el interés de ambos.»

Por ese camino, apuntado por la resolución y sentencia expresadas, hay que buscar la naturaleza y el fundamento al precepto.

Es más, entiendo que el artículo 1.404, 2.º, no hace sino seguir el mismo criterio que en los casos de accesión normal, con las limitaciones que le impone la especial naturaleza de Derecho de Familia y de la sociedad conyugal en el régimen económico de la sociedad de gananciales.

Recordemos que el artículo 361 concede al dueño del suelo un derecho de opción—hacer suya la obra o vender el terreno—, y recor-

(34) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*

demostramos también, por lo antes expuesto, cómo tal derecho de opción quedaba sin efecto cuando por estar el solar afecto a una prohibición de disponer no era posible su transmisión, en cuyo supuesto al dueño del terreno le quedaba únicamente el derecho de hacer suya la obra y cómo, en otro sentido, en los casos de construcción extralimitada o excesiva, por imperativo de la indivisibilidad de la construcción, entre otras razones, también quebraba allí aquel principio de que la superficie cede al suelo, y la jurisprudencia, llenando una laguna legal, resolvía el conflicto de intereses no con el criterio opcional del artículo 361, sino atribuyendo la propiedad del suelo al dueño del edificio; es decir, que al concurrir circunstancias especiales o, si se prefiere, intereses en juego de diferente o superior rango que los que justifican la atribución al suelo de la condición de principal y atrayente, entonces—también en el campo de la accesión normal—se producían desviaciones y peculiaridades de sus criterios.

Pienso que algo parecido ocurre con el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código.

No descubro nada si digo la especial repulsa o, cuando menos, recelo de nuestro Código—en el régimen de sociedad de gananciales—a los contratos entre cónyuges; la desconfianza del legislador a las donaciones encubiertas; su temor de que la voluntad de cada uno de los esposos no sea auténticamente libre, que pueda estar coaccionada o influida, y por todo ello entiendo que limita esa voluntad lo más posible, que prescinde de la libertad de opción que pregonan el artículo 361 y de las dos posibilidades que el mismo admite—compra de edificación o venta de terreno—, el legislador optó por uno de ellos, por el de que el dueño del terreno tuviere que ceder éste a la sociedad de gananciales, ya veremos después cómo, previo o con abono del valor del suelo.

El legislador eligió, optó por la transmisión del terreno, no, como dice GARCÍA GOYENA, por razones de interés público para promover la edificación, sobre todo en las grandes capitales. Este comentarista fundamentaba el precepto diciendo que un marido se abstendría de edificar con dinero propio o común en un solar dotal (sino quizá en uno de los mejores parajes públicos) al saber que el edificio iría a poder de su mujer o de herederos extraños y que no se reputaría mejora sino lo rigurosamente gastado en edificar, y que este artículo—sigue diciendo GARCÍA GOYENA—le presenta un cebo o estímulo para que edifique, pues tiene los mismos derechos y esperanzas que la mujer para ser propietario del edificio y la seguridad de que en el caso contrario se considerará ganancia todo lo que de más valga el edificio, por cualquier género de gastos, aunque sean voluntarios o de mero recreo. Y tampoco optó el legislador por la adquisición del terreno por la sociedad

de gananciales porque la obra fuera de mayor valor—al decir de MANRESA, apostillando lo dicho por GARCÍA GOYENA—, sino fundamentalmente, a mi juicio, porque en el hecho de la edificación aparece más patente la labor común de los esposos, el aspecto económico conjunto y el interés de ambos, pues mientras la titularidad del terreno mira más a lo «mío» o a lo «tuyo», la obra mira o hace referencia a lo «nuestro».

Pienso, en consecuencia, que no se invierten los principios de accesión, sino que dada la situación familiar y el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, por lo que llevamos dicho y lo que más adelante expresaremos, el legislador no quiso dejar la opción del artículo 361 en el campo de la voluntariedad de los esposos y marcó, normativa u obligatoriamente, lo que había que elegir, eligiendo, optando el propio legislador por lo que estimó más acorde con la institución familiar, para evitar o soslayar esos contratos entre cónyuges, que había prohibido, y para evitar una declaración de voluntad del dueño del terreno, que para el legislador era posible o temidamente viciada.

LACRUZ (35), si bien dice que es exagerada la afirmación de RUGGIERO de que, en el Derecho de Familia, «la esfera de la libertad concedida al particular aquí es nula o mínima» y la de que «aquella autonomía de la voluntad, que en las demás ramas del Derecho Civil constituye motivo fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan graves limitaciones, que autorizan a afirmar su desconocimiento», reconoce, no obstante, como cierto que los efectos jurídicos de los negocios del Derecho de Familia se determinan muchas veces *ex lege* y no *ex voluntate*.

Enfocado el precepto desde esta perspectiva del Derecho de Familia, vemos que se ilumina y la institución deja de parecer extraña y como absurda y sin fundamento, para encajar en el esquema mental general del Código Civil y, en particular, del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y es que, como dice MÉNDEZ APENELA (36), «nuestro legislador, para deslindar los bienes gananciales y los privativos, se atiene a datos puramente objetivos y prescinde de la voluntad individual o conjunta de los cónyuges, sin dejar a través de sus normas ni el más leve resquicio para la entrada en juego de dicha voluntad. Y si se profundiza aún más, se puede ver que no sólo se prescinde totalmente de la voluntad de los cónyuges para determinar el carácter ganancial o privativo de las adquisiciones de los mismos, constante matrimonio, sino que va mucho más lejos, al conceder un valor muy relativo a la confesión de uno de los cónyuges cuando se

(35) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, ya citado, pág. 22.

(36) EDUARDO MÉNDEZ APENELA: "La compraventa con precio aplazado y la sociedad conyugal", *Revista Derecho Notarial*, núm. 71, pág. 107.

interfiere en la determinación del carácter de una determinada adquisición».

En toda esta materia, en fin de cuentas, hay que huir de enfocar sus normas con criterios de derecho privado puro, puesto que el Derecho Familiar imita, pero no reproduce exactamente los negocios correspondientes del derecho real o de crédito, puesto que en cuanto ciertos derechos vienen dados por el *status familiae*, la Ley los troquelela y los impone o concede rígidamente, sin modificación posible, al decir del mismo LACRUZ (37), o, como dice ROCA JUAN (38), «el régimen de gananciales constituye un sistema organizado para determinados bienes, que pueden entrar en la dominación del consorcio familiar bajo signos objetivos determinados».

2) *El precepto que estamos examinando es de interpretación estricta.*—Al ser un precepto excepcional—que no contradice, pero sí condiciona y limita el general de la accesión—ha de ser interpretado restrictivamente o, por mejor decir, estrictamente, aplicándolo sólo a aquellos casos claramente comprendidos en sus términos. La doctrina es unánime en ello y también la jurisprudencia, y así la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de marzo de 1954 lo declaró, diciendo que esta norma «debe ser objeto de una interpretación estricta y su aplicación, según señala la jurisprudencia, debe hacerse en función de las circunstancias de hecho», es decir, de aquellas circunstancias de hecho que condicionan su aplicación, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva y menos analógica.

De esta característica se deriva o debe derivarse que en todos los títulos en los que, de forma exclusiva o complementaria, se haga constar la existencia de edificaciones sobre bienes privativos de un cónyuge deberán expresarse, con el mayor detalle posible, todas aquellas circunstancias de hecho que provoquen o puedan provocar la aplicación o la exclusión de esta norma, tales como fecha de la edificación, descripción completa de la obra en relación con el todo de la finca, titularidad y situación del terreno (si existían antes otras edificaciones) y, en general, todas aquellas, como antes se dice, que sean relevantes para atraer o rechazar la aplicación de la norma en dicho precepto contenida, en forma que no se preste a confusión, y esta misma claridad y precisión deberá recogerse en la inscripción de aquel título, en evitación de situaciones confusas.

(37) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, citado, pág. 21

(38) J. ROCA JUAN: "Protección del interés de la mujer en el patrimonio ganancial", *Anuario Derecho Civil*, tomo XII, pág. 514.

3) *Examen general de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre este problema.*—Examinadas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la cuestión que nos ocupa, algunas serán objeto de una exposición o relación más detenida, pero ahora es conveniente resaltar, para el debido enfoque de las mismas, que, en general, se pronuncian sobre la posibilidad o no de que uno de los cónyuges—constante matrimonio o al concluir la sociedad de gananciales—otorgue actos de disposición sobre un bien que si originariamente era privativo suyo, del Registro, o del propio título, se deduce que se habían construido durante el matrimonio edificaciones sobre aquel bien privativo, concluyendo, normalmente, por exigir la concurrencia del otro cónyuge o de sus herederos, según los casos.

De todas las resoluciones estudiadas, la de 29 de marzo de 1954 es la más completa en orden a recoger las circunstancias de hecho que habrán de tenerse en cuenta para aplicar o no el precepto expresado.

b) CUESTIONES REFERENTES AL TERRENO O SOLAR

1) Se requiere que se trate de un terreno no edificado, sin que sea preciso que reúna la condición legal de «solar». Es imprescindible que se trate de terreno sin edificaciones o que las que existieran se hayan derruido para construir de nueva planta. Así se deduce no sólo de la expresión del precepto: «edificios construidos... EN SUELO» y de la interpretación estricta que siempre ha de darse a la norma, sino también recogen esta exigencia las Resoluciones de la Dirección, y entre ellas, la de 19 de octubre de 1900 (pues en ella, si bien se alegaba por el recurrente que la hipoteca constituida por el cónyuge viudo lo era sobre una casa que se decía reformada, resultaba que . construyendo incluso de nueva planta en el jardín), la de 21 de octubre de 1909 (por haberse construido sobre parte que antes era jardín), la de 21 de septiembre de 1911 (en la que se trataba de un edificio construido sobre dos casitas parafernales que fueron derruidas) y la de 29 de marzo de 1954, que entre las circunstancias a tener en cuenta habla de ser necesario—para aplicar el precepto—que se trate de edificaciones de nueva planta y que ocupen la totalidad del terreno.

2) Que el solar pertenezca en propiedad a uno solo de los cónyuges, con carácter de exclusivo, según se deduce del mismo precepto. que exige que el suelo sea PROPIO DE UNO DE LOS CONYUGES, y precisamente por el carácter excepcional de la norma y su interpreta-

ción estricta quedarán excluidos de su aplicación aquellos supuestos en los que el suelo sea de ámbos cónyuges, o sea ganancial, o pertenezca a uno de los esposos en proindivisión con otras personas. GARCÍA GRANERO (39) entiende que debe constar claramente esta condición de propiedad exclusiva de suelo y que no es de aplicación el precepto cuando el suelo pertenece a uno de ellos con una titularidad ambigua, es decir, sin estar totalmente acreditada esta propiedad, como sería el caso en que el terreno haya sido adquirido sin acreditarse la procedencia de dinero por el esposo propietario o con la confesión del otro de pertenecerle privativamente.

Por la misma exigencia de ser propio entiendo no es de aplicación la norma cuando el suelo no pertenezca en dominio pleno (sea propio) a uno de los esposos, y que sólo tenga un derecho sobre cosa ajena o incluso cuando al cónyuge únicamente pertenezca en nuda propiedad.

3) Es indiferente que el suelo sea privativo de la esposa o del marido. El cónyuge dueño del terreno tiene que prestar el consentimiento para la edificación, aun cuando este consentimiento solamente se «exteriorizará» y surtirá efecto al otorgar el título en el que conste la edificación, de modo tal que si se trata de un suelo privativo de la esposa deberá ésta disponer o consentir con el marido. En el caso de pertenecer el terreno privativamente al marido podrá otorgar el título de declaración de obra nueva solamente él, puesto que concurren en el mismo la titularidad del terreno y la administración de la sociedad de gananciales, e implicando la declaración de obra nueva una adquisición no precisa para ella el consentimiento de la esposa; pero, naturalmente, si la declaración se hiciera conjuntamente con un título o, mejor dicho, con un acto de disposición de la finca o de la edificación, precisaría el consentimiento de la mujer.

4) Se precisa también que el solar sea enajenable, puesto que si el terreno está afecto a una prohibición de disponer con trascendencia jurídico-real, no será posible la transmisión de aquél y, como veíamos al hablar de la accesión normal, entonces seguiría siendo privativo de su titular, quien adquiriría la edificación con obligación de indemnizar a la sociedad conyugal.

5) La circunstancia de que el suelo esté gravado, con carga que no excluya su transmisibilidad, no elimina la aplicación de la norma.

(39) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

c) CUESTIONES REFERENTES A LA EDIFICACIÓN

Sobre este particular dice el precepto que ha de tratarse de *edificios construidos durante el matrimonio* y de ello se deduce:

1) Que han de ser edificios propiamente dichos. MANRESA (40) decía que «la palabra edificio es nombre genérico de toda obra arquitectónica con techo construida para servir de morada al hombre o para oficinas, casinos, teatros, etc.», pudiendo añadirse que también lo serán aquellas construcciones como las fábricas, graneros, establos, almacenes y similares.

En cambio, no tienen la consideración de edificios y, en consecuencia, no provocan la aplicación de la norma los cercados, corrales de ganado, tenadas, cobertizos, hórreos, etc.

Dentro del concepto de edificio habrá de incluir todo aquello que lo integra, es decir, el conjunto que merece tal calificativo, aun cuando parte no esté techado, como los patios, corredores, pasadizos e inclusive, como luego veremos, pueden considerarse como edificio el jardín, piscinas, pistas de juego o recreo, etc., que formen un todo con aquél para su más adecuado uso.

2) El edificio que se construya ha de ocupar toda la extensión del terreno, requisito que se deduce del carácter estricto de la interpretación que el precepto merece y que indica la resolución de 29 de marzo de 1954. Claro que esta ocupación de todo el solar podrá serlo bien con edificación propiamente dicha o con los anejos que antes expresábamos. Ya SANZ (41), citado por GARCÍA GRANERO (42), lo resuelve en tal sentido diciendo: «Si la totalidad de la finca no es edificada, pero queda al servicio del edificio, por ejemplo, se construye un hotel y se destina parte de la finca a jardín, la aplicación del precepto es evidente. Mas si la parte ocupada se destina al edificio y es físicamente independiente de él, sólo será ganancial la parte edificada, pues de hecho habrá habido una parcelación de la finca, que en su día habrá de formalizar debidamente; ejemplo, se construye el edificio sobre la mitad del solar, quedando el resto apto para nueva edificación.»

El supuesto que venimos considerando nos lleva a examinar el siguiente: la construcción de edificaciones en una finca rústica de gran extensión. FLORES MICHEO (43) estudia el caso y niega que en el mismo

(40) MANRESA: *Obra citada*, loc. cit.

(41) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Loc. cit.*

(42) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

(43) RAFAEL FLORES MICHEO: "Aplicación indebida del artículo 1.404, párrafo 2.º del Código Civil". *Revista Jurídica de Cataluña*, noviembre-diciembre 1964.

tenga aplicación la norma. ALFONSO DE COSSÍO (44) también cita el caso de finca rústica en la que con objeto de facilitar su explotación se haya levantado un caserío o cualquiera otra edificación, concluyendo que la expropiación del suelo ocupado por ésta, de una parte, perjudicaría el valor total de la finca y, de otra, la utilidad del caserío aislado de ésta sería prácticamente nula, por lo cual considera el autor citado que en esos casos las edificaciones indicadas deberán ser consideradas como mejoras o expensas útiles de la finca rústica, que no dejará de tener ese carácter por el hecho de existir en la misma edificaciones.

En efecto, creo que cuando se trate de edificaciones realizadas en finca rústica que tengan por finalidad la mejor explotación o utilidad de ésta, aun cuando se trate de edificios destinados a morada de los dueños o del personal de la finca, no debe ser aplicable el precepto, ya que, en definitiva, estamos en presencia de unas mejoras de la finca, siendo los edificios algo accesorio de ella y, como dice Cossío, con una utilidad ligada a su unión con el terreno, prácticamente nula si se desconectan de la finca en la que se encuentran.

Ahora bien, en el caso de que el edificio sea algo totalmente ajeno a la explotación, independiente de ella, entonces no hay motivo para excluir la aplicación del precepto.

De todas formas entiendo que en los casos en los que el edificio no comprenda la totalidad del terreno, para hacer constar la obra nueva en el Registro es indispensable formar finca independiente con el terreno que comprenda u ocupe la edificación y ello en base del principio de especialidad o de determinación, puesto que no es posible que dentro de una finca registral existan dos titularidades distintas: una, la del edificio con el terreno ocupado por él, perteneciente a la sociedad de gananciales o, si se quiere mejor, que tiene carácter ganancial, y, otra, el resto no edificado, que será privativo del cónyuge, de cuya dualidad se deriva que podrán otorgarse actos de disposición o gravamen sobre una u otra parte, y así, podrán otorgarse y constituirse hipotecas y cualquier otro derecho real, o practicarse embargos, sobre la parte privativa y, lo mismo, independientemente, sobre la parte ganancial de la finca, lo cual es inadmisibles e improcedente. Y éste no es un supuesto teórico, sino posible y además real. Decía más atrás que existía y conocía un caso real en el que aparecía inscrita separadamente la titularidad del suelo y la del vuelo. En efecto, en el citado caso se constituyó hipoteca sobre una finca privativa de la esposa, rústica y de gran extensión, sin establecerse pacto de extensión del gravamen a las edi-

(44) ALFONSO DE COSSÍO: *La sociedad de gananciales. Tratado teórico-práctico de Derecho Civil*, tomo 50, págs. 74 y sigs.

ficaciones posteriores; se construyeron unos edificios constante el patrimonio. Impagado el crédito, ya en trámite de ejecución hipotecaria, se inscribieron las edificaciones como gananciales, en el mismo folio que la finca total, al amparo del artículo 1.404, párrafo segundo, y tales edificaciones fueron objeto de anotaciones de embargo por deudas de las que respondía la sociedad de gananciales. Así las cosas se adjudica la finca a un tercero rematante—como consecuencia de la ejecución hipotecaria—, ordenándose la cancelación de los asientos posteriores a la certificación de cargas y el Registrador—creo que correctamente—canceló todos los asientos excepto el de inmatriculación de la obra nueva y las anotaciones de embargo sobre la misma. El adquirente de la finca tiene ésta menos las edificaciones. Los edificios y la finca siguen su vida tabular independiente, y todo ello bajo el mismo folio, sin determinar realmente la parte correspondiente a unos u otros.

Considero, pues, que en el caso de que lo edificado no ocupe la totalidad del terreno se hace indispensable segregar esa parte, formar finca nueva e independiente con lo edificado, en cuanto que esta parte adquiere carácter ganancial, y ello, como hemos dicho, por aplicación del principio de especialidad, ya que, como dijo la resolución de 19 de julio de 1960, seguida por la de 21 del mismo mes, un fundamento básico de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende—entre otros aspectos—a evitar el confusiónismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número de Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales y que se traduce en la regla general, sancionada por el artículo 243 de la Ley Hipotecaria, de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial con objeto de que los terceros puedan conocer todo cuanto haga referencia al inmueble y a su situación jurídica.

Resulta incomprensible que siendo tan claro que se rechazaría la inscripción de todo acto o contrato relativo a una finca registral que no comprendiera la totalidad de la misma, sin individualizar la parte concreta a la que dicho acto o contrato se refiera, pueda o de hecho se haga constar una declaración de obra nueva que, sin comprender toda la finca, afecte a una parte de ella, y, sin individualizarla, queden en un mismo folio registral una parte privativa del cónyuge y otra perteneciente a la sociedad de gananciales, con una tan clara vulneración del principio de especialidad.

3) El edificio construido ha de ser de nueva planta, es decir, totalmente «construido», quedando así fuera de la norma examinada aquellas edificaciones que constituyan ampliaciones de un edificio exis-

tente o incluso las que se hayan realizado sobre las ya iniciadas, bien por el cónyuge propietario o por sus antecesores en la propiedad, puesto que en tal caso la edificación concluida no podrá adquirir ya la condición de ganancial. Entre estas ampliaciones es fácil declarar la no aplicación de la norma cuando se trata de edificación ampliada en altura, pero no lo es tanto cuando se trata de ampliación horizontal adosada a edificio ya existente, en cuyo caso habrá que atender a la circunstancia de si la «nueva» edificación, adosada a la precedente, sirve para ampliar aquélla o si se trata de algo independiente, nuevo y distinto de lo ya existente.

La condición de edificación de nueva planta se deduce de las resoluciones anteriormente citadas, como las de 19 de octubre de 1900, 30 de mayo de 1901 (ésta contemplando el mismo caso que la anterior, entre las mismas personas y sobre la misma finca), 21 de octubre de 1909, 21 de septiembre de 1911 y, finalmente, la de 29 de marzo de 1954, expresivas del carácter de ganancial del edificio construido de nueva planta en la parte que antes era jardín, sobre un edificio previamente derruido, sobre el solar ocupado por dos casitas antes destruidas con antelación a la nueva construcción o exigiendo expresamente que lo edificado sea de nueva planta, que ocupe la totalidad del suelo y que no se trate de una ampliación de un edificio ya existente.

4) Para que se produzca la aplicación del precepto, el edificio ha de estar «construido», es decir, «terminado», durante el matrimonio.

De tal exigencia se deduce que si ha sido comenzado durante el matrimonio o constante matrimonio y se termina después de disuelto el mismo o de concluida la sociedad de gananciales, no es de aplicación el precepto y tampoco, como antes veíamos, si el edificio fue comenzado antes del matrimonio, aun cuando se terminara durante el mismo.

En los casos de separación, si es de mero hecho o de derecho, no nos detenemos por entender que en el caso examinado no son distintos los presupuestos, las circunstancias y las conclusiones que en las demás adquisiciones de bienes gananciales o privativos en referida situación matrimonial, si bien insistimos en la exigencia de que el edificio debe ser comenzado y terminado constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales.

Ahora bien, ¿cuándo se entiende terminado el edificio? BONILLA (45) se pregunta si esto podrá considerarse al cubrir aguas, cuando los diferentes departamentos del edificio estén individualizados, cuando los mismos estén provistos de los servicios y pormenores necesarios para

(45) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: "Caso práctico", *Boletín Colegio Registradores*, núm. 54, pág. 18.

su utilización normal o, finalmente, cuando estén terminados de una manera absoluta, plena y definitiva. En materia de Viviendas de Protección Oficial hay una exigencia de la constancia de la terminación de la obra—artículo 97 y siguientes del Reglamento vigente—, pero en los demás supuestos, a falta de esta disposición reglamentaria, habrá de estarse al dato o datos que figuren en los documentos relativos a la edificación o a las circunstancias concretas del caso.

Lo cierto es que, a mi juicio, mientras el edificio no esté terminado no tiene lugar el cambio de titularidad del suelo—de privativo en ganancial—, lo cual trae como consecuencia que mientras ello no ocurra, los negocios jurídicos de disposición o de gravamen de aquél deberán ser otorgados con los requisitos y en la forma que para los bienes privativos procedan, y que cuando se produzca el cambio de titularidad, al terminarse el edificio habrá de estarse a su nueva condición de gananciales, lo cual tiene mucha importancia, sobre todo cuando se construye en bien privativo de la esposa, puesto que «pendiente la edificación» no serán anotables sobre la finca embargos por deudas del marido o de la sociedad de gananciales y, en cambio, lo serán cuando el edificio se haya terminado y se efectúe el cambio a ganancial del terreno y edificación.

El propio BONILLA (46) contempla el caso de construcción de Viviendas de Protección Oficial sobre solar propio de la esposa, planteándose el problema de que mientras para iniciarlo sería promotora la mujer, al terminar el edificio tendría carácter de ganancial, incliniéndose, como solución práctica, por la de que fuera el marido el promotor con el consentimiento de la mujer, que sería la que mejor encajaría con el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código.

Los problemas que la «terminación» del edificio provoca se agravan porque, salvo en el caso ya expresado de Viviendas de Protección Oficial y ahora en muchas construcciones, debido a la concesión de créditos y necesidad de declarar la obra nueva para constituir la propiedad horizontal y vender los pisos, la declaración de obra nueva no se hace coetánea a la edificación, sino que muchas veces se otorga con carácter autónomo, constituyendo por sí sola una declaración de voluntad encaminada a reflejar en el Registro dicha obra, mucho después de haber sido realizada la construcción, o, lo que es todavía más frecuente, aparece documentada sólo como un elemento más en un complejo negocio jurídico al tratar de rectificar la descripción del inmueble al que aquél se refiere, acomodándolo a la realidad, generalmente con motivo

(46) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, págs. 17-18.

de la enajenación de la finca, por actos *intervivos* o *mortis causa* o al gravarla.

Todo lo que llevamos dicho, y vista la trascendencia de la edificación, de sus características, de su terminación, de la época o tiempo en que se ha construido, etc., nos lleva a ver hasta qué punto es conveniente, y muchas veces necesario e imprescindible, cuidar al máximo la redacción de los títulos en los que se comprende la existencia de tal edificio, no sólo para que de momento ingrese en el Registro, sino en orden a que en el futuro, en particular cuando se vaya a enajenar o gravar esa finca, o, después, al liquidar la sociedad de gananciales, aparezca en forma totalmente clara la naturaleza jurídica de la finca. De aquí que, por igual motivo, insista en la necesidad de extremar el celo en la calificación sobre tales circunstancias, negando el acceso al Registro—mientras no aparezca claro—si la obra declarada es o no de nueva planta; si se trata de edificio independiente con virtualidad propia o simplemente de una ampliación de lo ya construido; si se ha comenzado y terminado durante el matrimonio; si ocupa la totalidad del terreno o, en otro caso, se ha efectuado la individualización de la parte ocupada por el edificio, y, en general, cuantas circunstancias han de tenerse en cuenta para calificar de privativa o de ganancial la finca con su edificación.

Naturalmente que, como se deduce de lo que llevamos dicho, en los supuestos en los que—cada día más frecuentes—se solicita la inscripción de la obra nueva comenzada o en proyecto, en el supuesto de que se trate de obra que está realizándose o va a realizarse sobre suelo privativo de uno de los cónyuges, habrá que efectuar la inscripción con tal carácter de privativo, ya que solamente cuando se termine tendrá carácter ganancial. En estos casos, si bien la terminación de obra—cuando haya sido inscrita comenzada o en proyecto—se hace constar por medio de nota marginal, teniendo en cuenta que implica un cambio de titularidad de la finca con todas las consecuencias, entiendo que debe ser objeto de una nueva inscripción.

d) PROCEDENCIA DEL DINERO. COSTE DE LA EDIFICACIÓN

El Código Civil no dice que la edificación se haya hecho a costa del caudal común o ganancial, pero la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo que para aplicar el precepto tiene que haber sido construido el edificio a cargo de la sociedad de gananciales, aun cuando no lo entendiera así GARCÍA GOYENA, que hablaba de «edificar el marido con dinero propio o común»: pero se deduce lo dicho sobre la nece-

sidad de ser ganancial el coste de la construcción de la sentencia de 24 de mayo de 1932, entre otras, y de la resolución de 29 de marzo de 1954, y ello no sólo por el contenido del párrafo primero del artículo 1.404, sino de otros preceptos del Código; así, del artículo 1.368, que contiene una disposición específica para el abono de las expensas y mejoras hechas por el marido en los bienes dotales inestimados, concediéndole la condición de poseedor de buena fe, disposición que es aplicable—por lo dicho en el artículo 1.391 del propio Código—a los bienes parafernales cuya administración hubiera sido entregada al marido.

No existe una disposición similar para los bienes privativos del marido (en realidad, huérfanos de regulación en nuestro Código) y tampoco respecto de los parafernales cuya administración no hubiera sido entregada al esposo, pero es lógico que siempre que se trate de aplicar el párrafo segundo del artículo 1.404 tenga que concurrir la circunstancia de que el coste de la edificación haya sido sufragado por la sociedad de gananciales.

Creemos que no basta con la construcción del edificio a costa del caudal común, sino que ha de tratarse de una inversión voluntaria de caudales comunes, y de aquí que considere indispensable el consentimiento de ambos cónyuges.

En los casos que el edificio se haya construido por persona distinta a los cónyuges, en virtud de acuerdo con el propietario del solar (casos de permuta del solar por edificio o parte de edificio futuro, aportación por el cónyuge propietario del solar a una comunidad de constructores o a una sociedad, etc.), no tiene tampoco aplicación este precepto y lo construido es privativo del cónyuge propietario del terreno.

Tampoco es ganancial el edificio si su coste no ha sido sufragado íntegramente por la sociedad de gananciales.

No nos detenemos en los casos de construcción de edificio con dinero privativo del cónyuge dueño del solar o del otro, a los cuales no se aplica la norma que venimos examinando, como tampoco podemos detenernos en la prueba del carácter privativo del dinero de la construcción, aseveración del otro consorte de tal condición de privativo del dinero, valor de su confesión, medios de probar la propiedad exclusiva del dinero empleado en la construcción, etc., por entender que son los mismos supuestos que se presentan en la adquisición a título oneroso, durante el matrimonio, de otros bienes, y que su inscripción se producirá tanto en esas adquisiciones como en el caso específico de la obra nueva, de conformidad con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Si la construcción se efectúa con dinero procedente de préstamo hecho al cónyuge propietario del terreno, bien de la propia sociedad de gananciales, del otro consorte o de un tercero, y bien con garantía personal del deudor, del otro cónyuge o con garantía real sobre la finca de que se trate, tampoco se aplica el párrafo segundo del artículo 1.404, pero no nos detenemos en su examen, ya que tales casos no son distintos que los que provocan cuando de adquirir bienes mediante compra con dinero procedente de esos préstamos se trata.

También aquí—como en las demás adquisiciones onerosas durante el matrimonio—se produce la *vis* atractiva de la sociedad de gananciales, al amparo del artículo 1.407 del Código Civil.

e) TRASPASO DE LA TITULARIDAD A FAVOR DE LA SOCIEDAD
DE GANANCIALES Y SU REFLEJO REGISTRAL

El Código Civil oculta pudorosamente—acaso pensando en la prohibición de venderse bienes entre los cónyuges que el mismo plasma en el artículo 1.458—el término venta o cesión, limitándose a decir «abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de mayo de 1905, declaró que, desde luego, durante el matrimonio tienen legalmente el carácter de gananciales los edificios construidos en suelo propio de uno de los cónyuges, pero que disuelta la unión ese edificio resultará o no ganancial, según el resultado que arroje la liquidación de la sociedad conyugal, pues en esa época sólo cabe hablar de gananciales cuando pagados los socios y los acreedores quede algún sobrante para repartir.

La Dirección General, en resolución de 21 de septiembre de 1911, dice que la edificación debe estimarse como ganancial, pero no así el solar mientras no conste abonado el importe a la primitiva dueña. Se trataba en tal resolución de una hipoteca constituida por marido y mujer sobre un terreno perteneciente privativamente a ella y a la edificación levantada sobre el mismo, y se denegó la inscripción en base a que no se distribuyó la responsabilidad hipotecaria entre el suelo y el vuelo.

De lo expuesto parecería deducirse que hasta que no tenga lugar la liquidación de la sociedad de gananciales y, consiguientemente, hasta que no sea abonado al cónyuge propietario el valor del suelo no se produce el cambio o traspaso de la titularidad, lo que también opina Roca Sastre, citado por García Granero (47).

Entiendo que la doctrina que se desprende de la jurisprudencia citada

(47) JOSÉ GARCÍA GRANERO: *Loc. cit.*

obedece a un confusionismo entre bienes gananciales y «ganancias o beneficios». Confusionismo que, según LACRUZ (48), ha llevado a autores como SÁNCHEZ ROMÁN y MANRESA a afirmar la existencia de un doble concepto de bienes gananciales: unos, constante matrimonio (los enumerados en los artículos 1.401 y siguientes del Código) y, otros, disuelto éste (en cuyo momento sólo lo serían el exceso sobre las aportaciones de los cónyuges).

Bienes gananciales existirán y serán todos los que tengan tal carácter durante el matrimonio y lo seguirán siendo aun cuando, al liquidarse la sociedad de gananciales, tengan que aplicarse a pagar las aportaciones de los cónyuges o las deudas de la sociedad, lo que tendrá lugar precisamente por su condición de bienes comunes o consorciales del matrimonio, aun cuando este destino o dedicación a abonar las cargas y obligaciones de la sociedad provoque el que no quede beneficio partible.

En este caso, por aplicación de lo dicho, entiendo que la terminación de la edificación hace que el inmueble (suelo y edificación) quede sujeto al régimen de los bienes gananciales, perdiendo la cualidad de privativo del cónyuge el terreno sobre el que se edificó. Basta la terminación de la obra para que, por ministerio de la Ley, se opere este cambio, como declararon las resoluciones de la Dirección de 15 de julio de 1918 y la de 19 de octubre de 1900, que dijo que «según esta doctrina, es evidente que dicha casa ha pasado a ser ganancial por ministerio de la Ley y como tal debe reputarse para todos los efectos del Registro, sin necesidad de que previamente se haga constar en el mismo esta cualidad, toda vez que constando en la referida inscripción que se ha construido de nueva planta y que dicho titular estaba casado resulta del propio Registro la cualidad de ganancial».

Las repercusiones registrales de esta adquisición del carácter de ganancial por ministerio de la Ley son las que se derivan de lo dicho: que basta que resulte del Registro y/o del título presentado que sobre un bien privativo de uno de los cónyuges se ha construido, a cargo de la sociedad de gananciales, un edificio de nueva planta para que la finca se considere ganancial y, en consecuencia, sea preciso el consentimiento del otro cónyuge, constante matrimonio o de sus herederos, caso de su fallecimiento, para poder inscribir cualquier acto o contrato referente a dicha finca.

Otra cosa distinta es la constancia registral de ese traspaso de titularidad.

(48) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Derecho de familia*, citado, pág. 477

SANZ (49) entiende que en el supuesto de edificación en suelo privativo a costa del caudal común no procede hacer una nueva inscripción a nombre de la sociedad de gananciales, ya que el carácter ganancial resultará o bien de una afirmación de que el dinero invertido en la construcción es ganancial o bien del silencio absoluto sobre este punto, supuesto este último que es el normal en la práctica. En idéntico sentido. BONILLA (50) dice que la inscripción de obra nueva, aunque se haga a favor de ambos cónyuges, no deberá alterar la titularidad del solar que aparece en la inscripción anterior ni constatar que por ministerio de la Ley se produce el cambio, y da como razones este autor últimamente citado que el Registrador, al extractar el título presentado, recoge solamente lo que él diga y, normalmente, los títulos declarativos de una obra nueva no suelen concretar que provocan una accesión invertida y que pues la Ley establece que en determinadas condiciones se ha producido el cambio de naturaleza de los bienes (de parafernales en gananciales), no se requieren mayores especificaciones.

No estoy de acuerdo. Si los títulos declarativos de obra nueva no especifican ni concretan el cambio de titularidad, debían hacerlo, y aun cuando la Ley exprese el cambio de naturaleza, ello no debe ser obstáculo para que sea necesario recoger en la inscripción esta mutación. Estimo que es práctica viciosa cuando se inscribe una obra nueva (en el supuesto del precepto examinado) limitarse a hacer constar en la inscripción la titularidad de «la obra nueva» a favor de ambos cónyuges para la sociedad conyugal, sin ninguna referencia al terreno sobre el que la misma se asienta, pues al hacerlo así resultará, ciertamente, que, desde el punto de vista hipotecario, el terreno seguirá inscrito a nombre del anterior titular, sin haberse operado el cambio registralmente, aun cuando exista una Ley que lo disponga, lo que dará lugar, de ser consecuentes, a dificultades a la hora de anotar o inscribir actos y contratos sobre el conjunto de la finca, suelo y edificio o a prescindir del normal juego de los principios hipotecarios.

Considero que en estos casos lo procedente hipotecariamente es inscribir a favor de los dos esposos para la sociedad conyugal y sin atribución de cuotas la finca como tal (suelo y vuelo), al haberse operado la transmisión en cuanto al suelo por ministerio de la Ley y, en cuanto al vuelo, por la construcción, pero a efectos de inscripción, en definitiva, por la edificación, a costa del caudal común, sobre el terreno de uno de los cónyuges.

(49) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Publicaciones Centenario Ley Notariado, vol. I, pág. 283.

(50) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, pág. 18.

El cónyuge dueño privativamente del suelo frente a tercero no tiene ningún derecho real, ni una reserva autenticada o cualquier forma de garantía real, del importe del terreno. CAMY (51) parece sostener lo contrario. El único derecho del propietario del solar es personal a que le sea abonado el valor del mismo al liquidarse la sociedad de gananciales—si no lo hubiera sido antes—, siendo intrascendente, a efectos hipotecarios, el momento en que se haga la valoración (al operarse el cambio o al liquidarse la sociedad de gananciales), personas que deben hacer la valoración o el momento de ser abonado. La mujer podría pedir o exigir la constitución de hipoteca legal sobre esa finca u otras para garantizar el importe del terreno o incluso exigir ésta como condición previa a prestar su consentimiento para el otorgamiento de la declaración de obra nueva y su consiguiente inscripción, según los artículos 168 y 183 de la Ley Hipotecaria.

Un argumento más de la necesidad de la constancia registral de este traspaso de titularidad del suelo—de privativo en ganancial—es que la sociedad de gananciales adquiere el terreno con todas las limitaciones, condiciones, cargas y gravámenes inscritos de naturaleza real que consten en los asientos registrales del mismo, que, naturalmente, pasarán a afectar a la finca en su nueva descripción o situación objetiva, de lo cual se deduce también la necesidad de que, como antes decía, se individualice la parte edificada en el supuesto de que no ocupe toda la superficie de la finca.

Finalmente, dentro de este último apartado del cambio de titularidad, hacemos una referencia al problema de si la destrucción del edificio—constante matrimonio—provocará que el suelo sobre el que el mismo se asentaba recobre la titularidad originaria de bien privativo de uno de los cónyuges.

GINÉS CÁNOVAS (52) dice que, en un coloquio del Centro de Estudios Hipotecarios, JUAN JOSÉ BENAYAS sostuvo la opinión afirmativa, es decir, que en caso de destrucción del edificio, desaparecida la razón del cambio, el suelo recobraba su condición de bien privativo. El supuesto, a mi entender, es dudoso, más que por razones jurídicas, por argumentos de equidad; pero, a pesar de todo, me inclino por la subsistencia del carácter ganancial del terreno, que, por lo que antes dije, figurará en el Registro inscrito así, sin que le afecte la destrucción o desaparición del edificio, de modo que aun cuando se haga constar

(51) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. II, pág. 609.

(52) GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO: "Relaciones económico-matrimoniales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 430-431, pág. 171.

en el Registro esa desaparición, el suelo continuará inscrito como ganancial. En el caso de seguir la opinión de SANZ (53) y de BONILLA (54), que anteriormente indico, al no haberse operado registralmente el cambio de titularidad del suelo, automáticamente que se hiciera constar en el Registro la desaparición del edificio quedaría inscrito el suelo a favor de su privativo dueño.

Termino este estudio, en el que he procurado examinar y resolver problemas que la accesión invertida plantea. He seguido o intentado seguir la moderna orientación de la jurisprudencia de problemas. Ha quedado superado, al parecer, el viejo dogmatismo de la jurisprudencia de conceptos y actualmente se rechaza cualquier tipo de solución general, puesto que las soluciones, en realidad, solamente son válidas para el caso concreto. La jurisprudencia de conceptos, que fue sustituida por la jurisprudencia de intereses, ha quedado superada por la jurisprudencia de problemas, de la que Díez PICAZO, entre los juristas actuales, es vivo representante. La jurisprudencia de problemas no abandona ni hace caso omiso de los intereses en juego y tampoco de los conceptos o principios dogmáticos de la institución o relación jurídica contemplada. Es verdad que el Derecho de esta manera se hace minucioso y casuístico, al contemplar cada supuesto aisladamente, pero este casuismo es lo que nos lleva a examinar la realidad jurídica en toda su rica complejidad. He presentado bastantes casos o problemas, pero tengo el convencimiento de que el supuesto concreto que se nos presente no habrá sido previsto ni estudiado y precisamente esta exigencia de tener que resolver siempre casos distintos constituye la servidumbre y, a la vez, la grandeza del jurista práctico.

Si, como dijo la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, «en materias tan difíciles y complicadas, en que vienen a jugar todas las instituciones sociales, nadie, por grandes que sean sus esfuerzos, puede confiar en su trabajo», añadiendo que «bastante gloria es la de emprenderlo y llevar una piedra a la grande obra de la regeneración del Derecho», yo, sin confiar en absoluto en mi trabajo, me conformo con aportar un grano de arena a un edificio construido en suelo ajeno.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO
Registrador de la Propiedad

(53) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *Los bienes gananciales*, cit., pág. 283.

(54) JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA: *Boletín* citado, pág. 18.

El patrimonio de la asociación y los derechos de los asociados

SUMARIO: En una primera parte introductoria se examina el concepto, los caracteres y el régimen legal vigente de asociaciones. La segunda parte comprende el patrimonio de las asociaciones, donde se estudian: I. *Formación o adquisición por los diversos títulos.*—II. *Disfrute.*—III. *Capacidad para obligarse.*—IV. *Disposición y liquidación.*—En la última o tercera se abordan los problemas patrimoniales de la cualidad de socio a través de: I. *Aportación.*—II. *Intransmisibilidad.*—III. *Exclusión y separación.*—IV. *Liquidación.*—V. *Responsabilidad.*

I

La asociación puede estudiarse desde muy distintos ángulos. Dejando a un lado los extrajurídicos (político-social, histórico, etc.) y aun aquellas facetas ajenas al puro Derecho Civil (Derecho Constitucional, Administrativo, Internacional) y centrando la materia en el Derecho Civil de las personas jurídicas, que es el enclave correcto, a poco que se medite comienzan a surgir aspectos poco estudiados de la institución, particularmente interesantes para el Notario: son los relacionados con la formación, disposición y destino del patrimonio social y con la posición de socio, en su vertiente un tanto inédita, pero perfectamente posible, de los intereses económicos derivados de la aportación o de especiales previsiones en relación al patrimonio final remanente de la liquidación.

Se trata de bucear en esa línea, escasamente entrevista por los autores y sólo negativamente definida en la Ley española, preocupada casi exclusivamente por el orden público y la policía de asociaciones y liberal prácticamente en los problemas de puro Derecho privado.

Que son, a no dudar, los que pueden, en algunos casos, ser de trascendencia práctica y objeto de estudio por el profesional del Derecho.

Adrede quedan fuera del estudio algunas hipótesis de extrema rareza: asociaciones mixtas o con fin lucrativo superpuesto, sociedad civil con fin propio de asociación o, al revés, fusión, absorción de asociaciones.

I. CONCEPTO

No hace falta recordar que aunque podría hablarse de asociación en el sentido de negocio jurídico dirigido a la creación o fundación de una persona jurídica del mismo nombre, aquí corresponde tratar exclusivamente de la asociación en su sentido más propio de ente o agrupación personificada.

LLUIS Y NAVAS la define como «la agrupación orgánica de varios hombres, de naturaleza infrasoberana y privada, dirigida al logro de algún fin extralucrativo». Concepto aceptable, con la única salvedad de que, en rigor, los componentes de la asociación no sólo pueden ser personas naturales—y esto será lo normal—, sino también otras personas jurídicas. Basta el ejemplo de las federaciones de asociaciones, previstas incluso en la vigente normativa patria.

II. PRECISION Y DISTINCION DE FIGURAS AFINES

Dejando a un lado el enfrentamiento con otros tipos de personas jurídicas que, como la fundación, presentan acusados rasgos y notas diferenciales o que, como las cooperativas y mutualidades, son menos interesantes a los fines de este estudio, hay que resaltar de modo especial la distinción entre asociación y sociedad. No en vano el artículo 2 de la Ley de 1964, al marcar su propio ámbito de aplicación, excluye del mismo a las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho Civil o Mercantil. Y ello con toda razón y tan clara, que por ser algo institucional ni siquiera demandaba su inserción expresa en el texto de la Ley.

Ahora bien: ¿Cuál es el verdadero sentido de esta distinción? ¿Se trata de dos tipos totalmente opuestos en base a ciertas notas exclusivas y excluyentes? ¿Son género y especie o especies de un género común?

A) La *distinción* entre asociación y sociedad se vino cifrando conforme a diversos criterios:

a) Criterio *subjetivista*, de la sustituibilidad de los miembros o de la apertura del ente: Sostenido por FERRARA, COVIELLO, DEGNI, entre otros, se funda en el carácter cerrado con contemplación del *intuitu personae* que priva en la sociedad, mientras que, por contra, la asociación sería abierta y admitiría los cambios de personas.

Pero aparte de que esta pretendida nota diferencial sería más efecto que causa de la calificación, cabe objetar con RUBINO que hay sociedades abiertas, con práctica fungibilidad de sus socios (la *anónima normal*), y asociaciones en verdad cerradas por una serie de limitaciones estatutarias fáciles de imaginar.

b) Criterio del *interés*.—Sostuvo ESPÓSITO que la sociedad es un contrato dirigido a unificar intereses contrapuestos, mientras que la asociación tiende a unificar intereses solidarios.

Ya advierte CRISAFULLI que, en puridad, la creación tanto de una sociedad como de una asociación derivan de un acto de la misma naturaleza, llámese contrato o acto asociativo. Pero es que el interés no puede servir para fundar la distinción. Recuérdense las dificultades de la teoría de la contraposición Derecho Público-Derecho Privado y causa-motivos. Intereses semejantes pueden aparecer tras muy distintas instituciones y no pueden servir de criterio para diferenciarlas. Caben sociedades surgidas del afán de aunar intereses concurrentes y pugnas de intereses entre los miembros de una asociación.

c) Criterio *teleológico o del fin lucrativo*.—Tiene su apoyo en conocidos textos legales de nuestro ordenamiento civil y mercantil (fondo común, dirigido a la obtención de un *lucro común partible* y con la cohesión de ese a veces discutido elemento de la *affectio societatis*).

Es el criterio más certero. SÁNCHEZ DE FRUTOS matiza esta nota del fin de lucro o ganancia, advirtiendo que tal ganancia o beneficio debe repartirse entre los socios sobre la base de recíprocas *proporciones preestablecidas*, o sea, fijadas antes que la ganancia haya tenido lugar.

Podría plantearse el caso límite de aquella sociedad civil que, conforme al artículo 1.678 del Código Civil, tuviera por objeto el mero uso de cosa o cosas determinadas exclusivamente, es decir, sin producir frutos o utilidades tangibles. Aun así y frente a una asociación que también tuviera el uso de cosas determinadas, la distinción seguiría

existiendo, porque mientras en la sociedad el uso compartido de esos bienes sería un fin económico—en sí mismo—, en la asociación nunca podría serlo, tendría un carácter instrumental ordenado a un fin forzosamente extralucrativo.

B) *La gradación de género a especie* existe evidentemente porque las dos figuras contrapuestas son manifestaciones de un común fenómeno societario. Contemplando las categorías legales actuales se observa cómo han ido desglosándose de un viejo tronco de persona o figura asociativa de Derecho Privado una serie de instituciones ante la necesidad de una normativa específica derivada de la especialidad del fin. Han ido apareciendo así las sociedades—civiles y mercantiles—, las cooperativas, mutualidades y las variadas asociaciones u organizaciones de origen y carácter público o utilidad pública. Cuestiones sumamente interesantes, pero que hay que limitarse a apuntar, serían las de las entidades mixtas y las discutibles formas asociacionales con fin civil o mercantil de lucro o, contrariamente, sociedades civiles o mercantiles con fin político, cultural, etc.

La asociación que tenemos en estudio vendría a ser caracterizable por vía negativa o residual, conservando las paredes maestras del edificio asociativo, pero excluyendo de su contorno las personas jurídicas en que se da el fin de lucro o una regulación legal específica.

La consecuencia más fecunda de esta afirmación de tronco idéntico se verá en tema de aplicación de las reglas del contrato de sociedad como fuente subsidiaria, para llenar las lagunas que el nuevo Derecho de Asociaciones puede ofrecer.

III. CARACTERES

La asociación viene caracterizada por las siguientes notas, que sucintamente enumeramos:

A) *La sedes materiae de la asociación es indudablemente el Derecho Privado o Civil.*—Así aparece regulada en sus líneas institucionales por los modernos Códigos Civiles. Ello independientemente de otras consideraciones del fenómeno asociativo desde los ángulos del Derecho Constitucional o del Administrativo (aspecto de policía de asociaciones, reconocimiento, registros, sanciones, etc.). Creemos preferible esta postura a la de LLUIS, para el cual se da una concurrencia de normas—civiles y administrativas—en la regulación de estas personas jurídicas. De todas formas, y al objeto de este tema, basta pensar que el dato

de la jurisdicción competente está a nuestro favor, pues según el artículo 11, 2, de la Ley de 1964, en todas las demás cuestiones—o sea, eliminada la vía administrativa—en las que no sea parte la Administración, «será competente la jurisdicción ordinaria».

B) La asociación *constituye un ejemplo de autonomía de los sujetos privados* no solamente en cuanto que el Derecho objetivo deja a su poder y a su elección la facultad de erigir y crear estas personas jurídicas, sino porque, además, les autoriza, todo ello dentro de ciertos límites, para configurar su propio régimen jurídico a través de los estatutos, verdadera *lex privata* de la asociación.

C) En todo caso, el ordenamiento patrio *somete al poder de la Administración*, en ejercicio de facultades regladas y revisables, *el reconocimiento de las asociaciones* en el singular aspecto de la determinación de los fines y de la licitud de esos fines, que han de ser indudables en su expresión fundacional. Esta claridad y licitud de fines condiciona la de las actividades que la asociación se propone desarrollar. *Vid.* artículos 1.º, 2, y 3.º, números 4 y 5, de la Ley.

D) *La forma*—con la posible excepción, que luego será estudiada, para caso de aportación inmobiliaria—para la constitución *es meramente privada*—«mediante acta», dice el texto legal—, aunque *a posteriori*, y como requisito de legalidad, se impone el deber de inscripción en el Registro Provincial y en el Nacional.

IV. CLASIFICACIONES

A) Ante todo, puede hablarse de asociaciones reconocidas por la autoridad y asociaciones no reconocidas. También cabe distinguir entre asociaciones con o sin personalidad jurídica y asociaciones registradas o no. Estas tres distinciones, teórica y legalmente, no se confunden, pero en la práctica dice LLUIS que se suelen identificar.

B) Atendiendo a sus fines sociales, hay asociaciones científicas, artísticas, benéficas, recreativas, deportivas, etc. Algunas de estas categorías han alcanzado independencia normativa y registral. Tales, las asociaciones de cabezas de familia, para la investigación, de estudiantes, etc.

C) Desde el punto de vista del Derecho positivo interesa destacar que hay asociaciones con exclusión no institucional, pero expresa, del régimen general, aunque sujetas en algún aspecto, como el de Registro,

al ámbito de la legislación de asociaciones. Son las canónicas; las de acción católica con fines de apostolado; las organizaciones creadas por el Estado; las de funcionarios; las sindicales; las sujetas al Movimiento, como las deportivas, y las regidas por Leyes especiales, tales como las de confesiones no católicas. Por tanto, la zona residual o general que queda para las asociaciones sujetas totalmente a la nueva legislación ha sido considerablemente mermada.

V. REGIMEN LEGAL VIGENTE

Siguen teniendo vigencia una serie de normas del Código Civil contenidas en su libro primero, *De las personas*, como son los artículos 35 —tan originador de conocidas polémicas interpretativas—, 36, 37, 38 y 39 y 41, así como el 28, sobre nacionalidad.

Y además de la Ley 191/64, de 24 de diciembre, se ha dictado el Decreto 1440/65, de 20 de mayo, que reglamenta multitud de aspectos de la asociación; la Orden de 10 de julio de 1965, sobre Registros, y el Decreto de 3 de febrero de 1966, sobre cancelación de asientos de los antiguos Registros.

Refiriéndonos siempre a las asociaciones de tipo normal o sujetas, sin ninguna especialidad, al ámbito de la Ley de 1964 y legislación complementaria.

Subsidiariamente hay que estimar aplicable el Código Civil en sus preceptos dedicados a la sociedad, excluidos aquellos en que la presencia del elemento o fin de lucro haga incompatible semejante integración. Puede apoyarse esta aplicación no sólo en el mandato de su artículo 16, sino en el principio de analogía dada la antes aludida igualdad de situaciones que pueden contemplarse en la figura estrictamente asociativa, como en la sociedad civil. La exigencia de un mínimo de dos miembros, necesaria para todo contrato, ha sido admitida por los autores que se ocuparon de la asociación (GARCÍA PESARREDONA, LLUIS, etc.). Lo mismo cabría decir de los requisitos del consentimiento.

II

EL PATRIMONIO DE LAS ASOCIACIONES

En la asociación, el patrimonio ejerce una función meramente instrumental y no necesaria, a diferencia de lo que sucede en la fundación. Esto tiene el significado de que conceptualmente se puede imaginar una asociación sin patrimonio, lo que nunca puede ocurrir en el ente

fundacional. Aun supuesta la presencia de unos elementos patrimoniales (bienes, relaciones obligatorias, débitos, ingresos, gastos, responsabilidad), el papel de estas relaciones tiene una significación muy distinta de la que alcanza en un sujeto económico.

Muy gráficamente puede observarse este distingo, notando que el balance y la cuenta de resultados son los documentos o representaciones típicas del *sujeto de la empresa*, sea social o individual, mientras que el presupuesto de ingresos y gastos y su liquidación son las previsiones típicas de la *corporación* (Ayuntamiento, Cámara, Colegio) y de la *asociación*.

Las exigencias del Derecho de asociaciones no desvirtúan tan acusada diferencia. La Ley exige en el momento de constituir la asociación, entre los extremos de los estatutos, la regulación del: «Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual» (art. 3.º, 2, 8.º), requisito que el Decreto reglamentario amplía, ya que, como circunstancia de la inscripción de constitución, prescribe la del presupuesto inicial. La Orden sobre Registros provincial y nacional, en sus modelos oficiales, reclama que se «cifre la cuantía» de estas menciones.

Pero, pese a ello, cabe una asociación prácticamente sin patrimonio, donde únicamente se ponga a contribución el esfuerzo personal de los asociados para el logro de sus fines.

Contrariamente, vamos a ver cómo ningún precepto veda la posibilidad de asociaciones con cuantiosos medios patrimoniales y complicadas relaciones y movimientos dinerarios (club de fútbol).

1. ADQUISICION

La formación del patrimonio de la asociación puede tener lugar, en principio, por cualquier título admisible en Derecho, si exceptuamos la sucesión intestada. El artículo 38 del Código Civil proclama que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones. La capacidad de obrar en el aspecto patrimonial es algo institucional no necesitado de declaración positiva. Con buena técnica dispone el nuevo Código Civil de Portugal que la capacidad de las p. j. abarca todos los derechos y obligaciones necesarios o convenientes para la consecución de sus fines. Exceptúanse los prohibidos por la Lev o inseparables de la persona individual.

A) Aportaciones:

a) Tenemos, en primer lugar, las aportaciones *iniciales*, que se hacen en el momento fundacional del ente. No obstante, y al ser abierta la asociación a futuros miembros, la contribución patrimonial de éstos puede advenir con posterioridad, dando lugar a los llamados «derechos de entrada» en la práctica asociativa.

Tales derechos son establecidos por algunas asociaciones de importancia para limitar, en cierto modo, el ingreso de nuevos socios, pero, en general, tienen el carácter de recurso principal para financiar los fines de estas personas jurídicas. Sus características suelen ser: cuantía notablemente superior a las cuotas periódicas, origen estatutario, carácter no reintegrable en caso de baja, separación o exclusión, reiteración caso de que el socio saliente vuelva a ingresar y dispensa a los miembros fundadores y honorarios, como uno de los derechos especiales que se les reconocen.

En la amplitud de la frase «patrimonio fundacional» cabe indiscutiblemente la aportación inmobiliaria, de derechos de autor u otros bienes inmateriales o cualesquiera otros bienes o derechos de lícito comercio.

Si se aportan inmuebles o derechos reales inmobiliarios es fundada la opinión que exige la escritura notarial, ya sea como forma del negocio jurídico asociativo total, ya, al menos, como exigencia documental limitada a sólo la aportación inmobiliaria:

1.º Porque, según el artículo 16 del Código Civil, en las materias que se rijan por leyes especiales la insuficiencia de éstas se suple por el Código Civil, y si consideramos la asociación comprendida en el número 2 del artículo 35, conforme al artículo 36, las asociaciones se rigen por el contrato de sociedad, según la naturaleza de éste, lo que nos lleva a la aplicación del artículo 1.667, que impone la escritura pública.

2.º Porque el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria ordena el requisito de título público para la inscripción.

3.º Porque la ponencia que dictaminó el Proyecto de Ley en las Cortes y la enmienda de LÓPEZ PALOP manifestó que la exigencia de escritura pública ya figura prevista en las leyes civiles en relación con los distintos supuestos en que se estima exigible.

4.º Por el principio general de Derecho *ubi eadem ratio est ibi eadem iuris dispositio esse debet*.

La cuantía en que se cifre el patrimonio inicial, que vendrá dada por el valor de las aportaciones, determina, en combinación con otros factores (ámbito territorial y límite del presupuesto), la autoridad com-

petente para resolver sobre la licitud y determinación de los fines de la asociación.

No rebasando el millón de pesetas es competente el gobernador civil. Y en otro caso, el ministro de la Gobernación o, a propuesta de éste, el Consejo de Ministros (arts. 3.º, 4.º y 5.º de la Ley). No obstante, el ministro resuelve en alzada, con ocasión de recurso contra la resolución de la autoridad provincial.

Los bienes pueden ser aportados en propiedad o a título de mero goce, y en este caso puede conferirse un derecho real de goce (usufructo o uso) o bien un derecho personal.

¿Puede aportarse la nuda propiedad, reservándose el aportante el usufructo, uso o habitación vitalicios? Aunque la hipótesis parece académica, no vemos ningún obstáculo a semejante aportación.

En caso de aportación a título de mero derecho personal, la relación jurídica surgida presenta gran analogía con la que se produce en el arrendamiento de cosas.

b) La aportación *normal, ordinaria o periódica* es la conocida por *cuota*: La regula el Código Civil suizo (art. 71), según el cual, las cotizaciones son fijadas por los estatutos, y en defecto de disposición estatutaria, los miembros de la asociación contribuyen en una medida igual a los gastos exigidos por el fin social y el pago de las deudas. En la práctica consisten en una suma de dinero, fraccionada por mensualidades, y su cálculo, al no existir reglas en nuestro Derecho, queda al buen arbitrio de los fundadores o directivos de la asociación.

c) En orden a las aportaciones *extraordinarias* algunos estatutos llegan a prever su número máximo al año, pero dejan a la soberanía de la Junta de Socios la determinación de las mismas. A juicio de GARCÍA PESARREDONA, no pueden ser impuestas más obligaciones que las previstas en los estatutos. Pero LLUIS Y NAVAS, con criterio más seguro—dada, sobre todo, la amplitud en este terreno de las disposiciones legales—entiende que ello puede estar autorizado, ya explícita, ya implícitamente, siempre que reúnan ciertos requisitos:

- Adecuarse al fin social (doctrina del respeto a las bases de la sociedad).
- No invadir la esfera personalísima del socio. Así no podrá obligar a un socio a que ceda su domicilio para fin social o local.
- Que se respete la regla de la buena fe.

B) *Donaciones*:

Las donaciones «a título gratuito»—según recalca la Ley—están sujetas al siguiente régimen:

a) Son de libre aceptación y exceptuadas de toda formalidad las hechas con cargo a subvenciones procedentes de Presupuestos Generales del Estado y Organismos autónomos, Corporaciones locales y del Movimiento, las otorgadas a favor de las asociaciones reconocidas de «utilidad pública». Y también las que no excedan de 50.000 pesetas al año.

b) Requieren expresa autorización del gobernador las que excedan de dicha cifra y no rebasen las 250.000 pesetas al año.

c) Demandan autorización expresa del Ministerio las que rebasen durante el año aquella última cifra.

Estamos, evidentemente, ante una medida de policía, pues las liberalidades a favor de las asociaciones son deseables en sí mismas, ya que contribuyen a fortalecer su patrimonio. Pero pueden responder también a móviles irregulares y de aquí esa supervisión.

En caso de infringir tal requisito gubernativo, que, según LLUÍS, puede estimarse de licitud, se producirá una donación y, por tanto, transmisión patrimonial válida, pero ilícita, y eficaz, aunque disconforme con el ordenamiento y provocadora de la oportuna sanción. Es dable también una aceptación, condicionada precisamente en su eficacia, al cumplimiento de aquella exigencia.

C) *Préstamos por emisión de obligaciones:*

Los regula la Ley 211/64, de 24 de diciembre, y como problemas más interesantes pueden plantearse:

a) ¿Es exigible el trámite de consulta al Instituto de Crédito Oficial (Ley 13/1971) cuando el nominal emitido exceda de los cinco millones? Aunque el Decreto de 6 de septiembre de 1961 aludía a las sociedades y las «demás empresas de carácter económico», no cabe duda que una asociación deportiva, poderoso club de primera división, por ejemplo, desarrolla una actividad económica en cuanto, quierase o no, ejerce con mentalidad y organización empresariales la industria de espectáculos públicos retribuidos. Por tanto, será aplicable dicho requisito en estos supuestos.

b) ¿Es admisible la emisión de obligaciones convertibles en acciones, o mejor dicho, en derechos patrimoniales de asociado? En aquellas asociaciones en que la posición o *status* de socio lleve consigo un contenido patrimonialmente estimable (retribución por aportaciones especiales, cuota de liquidación) parece que sería posible.

D) . Herencias y legados:

De acuerdo con el artículo 746 del Código Civil, las asociaciones autorizadas o reconocidas por la Ley pueden adquirir por testamento, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38.

Y según el artículo 993, los legítimos representantes de las asociaciones podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público. Habiendo declarado la resolución de 24 de mayo de 1950 que este requisito no es aplicable a la repudiación de un legado, porque este acto se ha desenvuelto sobre bases distintas a la repudiación de la herencia (además, no existe el peligro de la responsabilidad *ultra vires*).

¿Será de aplicación el requisito de autorización gubernativa en los casos que antes se estudiaron según la cuantía de la liberalidad? Por una parte, la Ley habla de donaciones a título gratuito; el Decreto de 1965, de donativos y donativos verificados a título gratuito. Pero el rótulo del artículo 9.º de la Ley se refiere a «Liberalidades a favor de las asociaciones», lo cual es indudablemente más amplio que donación y comprendería las herencias y legados.

Ante esta imperdonable falta de tecnicismo del legislador será preciso esperar la práctica de la Administración. En un caso, personalmente conocido, el gobernador aplicó el requisito de aprobación a un legado de una casa, pero fue quizá también porque los estatutos adaptados incluían de modo expreso las herencias y legados.

En materia de sustituciones fideicomisarias y figuras asimiladas puede plantearse la cuestión del alcance de la prohibición de disponer establecida por el artículo 785, 2.º, del Código. Excluidas totalmente las prohibiciones perpetuas, y ciñéndonos a las temporales, sabemos que éstas han de tener como límite el del artículo 781, o sea, no pasar de segundo grado (significando, según jurisprudencia, llamamiento) o hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Ahora bien: el fundamento de esta equiparación entre prohibición de disponer y sustitución estriba en que, según la doctrina, aquélla equivaldría a una sustitución a favor de los herederos intestados del sustituido o afectado por la prohibición. Pero siendo así:

¿Es viable esta semejanza cuando la prohibición se impone a una persona jurídica a quien no se puede suceder *mortis causa*?

¿Cómo se computarán esos llamamientos (dos) cuando lo establecido es una prohibición de disponer, mera traba negativa, pero que no favorece a nadie? E, igualmente, ¿cómo cabe hablar de que la prohi-

bición está hecha a favor de personas vivas al morir el testador? Tanto en uno u otro caso, ninguna conjetura ni disposición testamentaria permite suponer que desaparecido el efecto de la prohibición, el sujeto que estuvo afectado por ella no pueda disponer a favor de quien le plazca. ¿Qué sentido tienen entonces los límites del artículo 781 en estos casos?

Parece que cohonestando el sentido desvinculador de estas normas con la estructura de los entes sociales, las prohibiciones perpetuas serán siempre inadmisibles. En cambio, las temporales, al no haber términos hábiles para el juego del artículo 781, serían eficaces sin más. Pero ¿y si se imponen por cien o más años? En estos supuestos y, en general, cuando el plazo tuviera que proseguir allende la existencia de la asociación, o sea, tras de disuelta ésta, podría aplicarse el espíritu del artículo 781, haciendo equivalentes disolución a sucesión *mortis causa* y computando el primer grado en la persona del adjudicatario del bien social afecto a la prohibición.

II. DISFRUTE

Con arreglo al carácter vitalicio del Derecho de usufructo, todos los Códigos presuponen la extinción de éste con la vida de la persona social. Expresamente, el BGB dice que si el usufructo pertenece a una persona jurídica se extingue con ella. Y el Código Civil suizo aclara que se extingue por la disolución de la persona jurídica y en todo caso no dura más de cien años.

Nuestro artículo 515, más restrictivo, da por acabado el disfrute o a los treinta años o por disolución de la Corporación o Sociedad, terminología que, sin duda, abarca a las asociaciones y que, una vez más, viene a mostrar este tronco común de tipo societario general.

¿Puede ostentar la asociación derechos de uso o habitación, habida cuenta que no se pueden modular según necesidades de la familia? A pesar de alguna opinión aislada en contra—BATLLE—, la solución negativa se impone.

III. CAPACIDAD PARA OBLIGARSE

Viene dada por el artículo 38 del Código Civil. Frente a terceros debería existir en nuestro ordenamiento alguna norma protectora de su seguridad en el tráfico, cuando el representante u órgano de la asocia-

ción contrae alguna obligación. En este sentido, el Código Civil alemán determina que la extensión del poder de representación podrá ser limitada en los estatutos, aun respecto de los terceros.

IV. DISPOSICION

No existe ninguna especialidad ni traba en el orden civil para la libre disposición o gravamen de los bienes. La materia deberá ser objeto de regulación en los estatutos y a falta de previsión hay un *quorum* de votación especial, según el artículo 10, 3, del Decreto de 1965, formado por 2/3 de los asociados presentes o representados, y precisamente en asamblea general extraordinaria, para la disposición o enajenación de bienes.

Como no distingue la norma, van incluidos tanto los muebles como los inmuebles.

V. LIQUIDACION

Desde el punto de vista del patrimonio asociacional en sí mismo y prescindiendo ahora de los derechos de los socios, no ofrece particularidad. A la definición del activo seguirá la satisfacción del pasivo y el remanente neto será objeto de aplicación estatutaria o legal. Dígase únicamente que el Código Civil italiano ha previsto en su artículo 31, 3, la responsabilidad de los adjudicatarios de los bienes, en relación a los créditos que no se hicieron valer durante la fase de liquidación. Tales adjudicatarios pueden ser compelidos al pago durante el año siguiente a la terminación de la liquidación, en proporción y con limitación a aquello que hayan recibido.

III

EL STATUS DE ASOCIADO EN SU ASPECTO PATRIMONIAL

Hay que sentar previamente: 1.º) que la asociación es institucionalmente una sociedad abierta, no en el sentido de que cualquier persona pueda ser miembro de determinada asociación, pues el poder autonómico de ésta le permite disciplinar este punto por vía de requi-

sitos positivos o por vía de exclusión a ciertas categorías de personas «no gratas», sino en el sentido de que cualquiera que reúna aquellos requisitos y no incida en estas prohibiciones está en condiciones de pedir su admisión como miembro, admisión que suele ir precedida, según uso, por la presentación de dos o más asociados, y 2.^o) que, en principio, y si no hay regla estatutaria en contra, cada socio representa un interés idéntico al de los demás y, por tanto, se encuentra en igualdad de condiciones, en punto a beneficios o derechos y en orden a cargas.

Pero ¿puede tener un contenido económico o patrimonial la posición de miembro de una asociación?

En principio, la contestación negativa parece evidente. Si la asociación persigue un fin extralucrativo, el logro de este fin, ya en una dimensión social, ya particularizado, o sea, favoreciendo a determinados miembros, agota todo el interés de sus socios.

Sin embargo, no siempre sucede así; las diferencias de cuantía o valor entre aportaciones, surgidas bien *a priori* o con posterioridad, ante la entrada de nuevos asociados, pueden originar tensiones patrimoniales, que será preciso equilibrar; las plusvalías en los elementos patrimoniales, los supuestos de salida de socios y, por último, la liquidación social y el destino del patrimonio no dejan de plantear problemas jurídicos y, sobre todo, posibilidades de configuración un tanto apartadas del esquema usual y hasta rutinario que presenta la práctica. Es lo que se va a tratar de estudiar.

I. APORTACION Y DERECHOS DEL SOCIO

En la generalidad de los casos ocurrirá que, por un lado, todos los miembros de la asociación harán idéntica aportación con motivo de su ingreso (las aportaciones ordinarias o cuotas vienen a representar la contrapartida del disfrute y uso de los medios y bienes comunes) y, por otra parte, que ninguno de ellos tendrá derecho especial a percibir beneficios, dividendos, rentas o contraprestaciones por esta aportación.

Pero también puede ocurrir que, dejando aparte los supuestos de socios fundadores, honorarios, protectores, etc., el asociado X lleve a la entidad determinada finca o aporte ciertos bienes. En estos casos, su ingreso no habrá seguido el cauce masivo e indiferenciado de los demás socios (contratación por adhesión), sino que se le habrá buscado y él habrá impuesto sus condiciones. Ciertamente pudo acudir a otras soluciones: arrendamiento, venta de propiedad o de usufructo

temporal, etc. Pero nada impide que se produzca una verdadera aportación de un bien al patrimonio de la persona jurídica.

Tampoco hay ningún impedimento para reconocer entonces a este asociado, por su especial contribución al patrimonio, determinadas compensaciones no a título de beneficio, pero sí de equivalente de la privación que experimenta al no poderse servir de esos bienes, evitando de este modo el enriquecimiento injusto que en otro caso se produciría, a favor de los demás asociados, por la vía indirecta del patrimonio social.

Fuera de estos supuestos, que deben ser clara y específicamente regulados en los estatutos, en sus modificaciones o en el acto constitutivo, hay que sostener que la sociedad no puede repartir beneficios bajo ningún concepto. Si de todos modos se producen tales excesos o incrementos, se «patrimonializan» integrándose sin ninguna distinción en el acervo societario.

II. INTRANSMISIBILIDAD

Los autores en su mayoría, CLARET, PELLISE, ENNECERUS, consideran que la condición de socio no es transmisible ni por herencia ni por sucesión entre vivos o enajenación y que por ello tampoco se puede transmitir el ejercicio de los derechos de asociado. Con todo, PELLISE considera que los estatutos pueden autorizar la transmisión y en este sentido el artículo 24 del Código italiano dispone que la cualidad de asociado no es transmisible, salvo que la transmisión esté autorizada por el acto constitutivo o los estatutos. La misma solución se contenía ya en el BGB. Más riguroso es el Derecho suizo, conforme al cual la cualidad de socio no es alienable ni se transmite a los herederos sin que se prevea excepción.

Y el novísimo de Portugal matiza aún más. Permite la alteración de la regla según estatutos, admitiendo entonces la transmisión *intervivos* o *mortis causa*, pero, en cambio, prohíbe autorizar a tercero para ejercitar los derechos personales—es decir, personalísimos—de ese asociado (art. 180 del Código Civil).

Puede decirse con LLUIS que la condición de socio es natural, pero no esencialmente, personalísima. Según costumbre establecida, y de la peculiar relación de cooperación de esfuerzos que supone toda asociación, se deriva esa normal condición. Pero, sin duda, cabe prever excepciones. La legislación de asociaciones no proclama el carácter personalísimo. Por tanto, los estatutos pueden introducir variaciones a aquella costumbre o práctica.

Si ello es predicable, en general, de cualquier asociación, en los supuestos de aportación especial, que otorga—según tratábamos de justificar antes—ciertos derechos económicos compensatorios, no se ve inconveniente, sino todo lo contrario, es decir, será aconsejable facultar para esa transmisión a base de cualquiera de estos sistemas:

- Autorizando en bloque el traspaso por negocio jurídico *inter vivos* y por el título que sea (ello no importa a la asociación) de la conjunta posición de socio en todo su contenido patrimonial y extrapatrimonial.
- Vetando la transmisión de la cualidad de miembro en sí misma, pero siendo permisible la transferibilidad de los derechos, sean de crédito, sean de cuota futura en el haber líquido o de la naturaleza que sean a título de compensación económica por aquellas aportaciones.

III. EXCLUSION Y SEPARACION

El asociado puede causar baja en la asociación por una serie de factores determinantes, en un caso, del ejercicio de un poder autónomo sancionador, que decreta la expulsión del miembro infractor de las normas sociales, o, en otro caso, faculta libremente al socio para abandonar su pertenencia a la persona social.

Todo ello es materia habitualmente prevista en los estatutos. Pero lo que interesa aquí es determinar los efectos que sobre los derechos y obligaciones económicos o patrimoniales se producen en el supuesto de la salida del socio.

El Código Civil suizo prescribe radicalmente que los miembros salientes pierden todo derecho al haber social y deben su parte en las cotizaciones correspondientes al tiempo en que fueron socios. Incluso más acentuadamente, algún estatuto de asociación española proclama que «el que pierda su condición de socio pierde con ella todos sus derechos sociales, sin poder reclamar indemnización alguna ni ningún derecho en el patrimonio o haber social».

No obstante, hay que apurar el examen con aquellas hipótesis especiales en que existe un pacto especial o previsión estatutaria o fundacional sobre concretos derechos económicos, fundados en aportaciones también especiales o en la atribución—a la que nada obsta—de ciertos derechos sobre el patrimonio. En concreto, podrán existir derechos económicos:

- O a la percepción de ciertas rentas o intereses por la aportación de bienes, verificada por un asociado o grupo de ellos y no por los restantes.
- O a una cuota en el haber líquido resultante cuando se disuelva la asociación.

En dichos supuestos no sería justo ni equitativo que la salida del socio fuese perjudicial para él, con beneficio torticero e injustificado enriquecimiento de los que permanecen en la sociedad. Puede imaginarse el ejemplo de la sociedad que compra al contado un inmueble. La contraprestación salió de los fondos patrimoniales aportados por los socios que lo han sido hasta ese momento.

Si en dicha asociación existió el pacto estatutario de adjudicar el remanente de liquidación a los componentes de la misma es incuestionable que, en consideración a ello, la salida del socio ha de merecer el tratamiento de una disolución y liquidación parcales, o sea, limitadas a la porción de bienes que proporcionalmente a sus aportes pertenezca o se impute al socio que deja de serlo.

En defecto de disposiciones sobre este punto hay que acudir a las normas del Derecho Privado General contenidas en nuestros Códigos Civil y de Comercio.

En este terreno, sin embargo, los preceptos civiles presentan obstáculos invencibles. Los artículos 1.700-4.º, 1.705, 1.706 y 1.707, inspirados en la consideración de confianza o *intuitu personae*, lo que permiten es la destrucción del vínculo societario mediante una denuncia. La única preocupación del legislador es recortar esta facultad, previniendo abusos o injusticias. Pero, en definitiva, sobreponiéndola al principio de conservación del contrato. La llamada rescisión parcial no está ni siquiera planteada.

En cambio, el Derecho Mercantil, aun con sus conocidas imperfecciones técnicas, sí recoge la figura de la disolución parcial en los artículos 218, 219, 220 y 225 del Código de Comercio, amén de otras normas de las Leyes de anónimas y limitadas. Aquí prevalece la conservación de la empresa y la salida del socio da lugar a una liquidación (artículo 219).

Adaptando estos principios al régimen de las asociaciones, tenemos:

A) La salida de un asociado, sea por voluntad del mismo (derecho de separación), sea por voluntad corporativa (exclusión), en los casos en que la condición de socio incorporaba derechos de contenido económico, no puede desconocer esos derechos, so pena de originar un

enriquecimiento injusto, frente al cual podrá accionar el socio cesante.

B) Si la disolución parcial del vínculo asociativo no se originó por sanción ni se ejercita de mala fe ni con abuso de derecho, el asociado que deja de serlo tendrá derecho a una restitución que satisfaga los intereses o derechos patrimoniales lícitos que podría obtener de permanecer en la sociedad, fundamentalmente rentas o intereses debidos por aportaciones especiales o cuota de liquidación, según el estado patrimonial en ese momento.

C) Si la baja tuvo lugar como sanción o se ejercita unilateralmente, mediante mala fe o abuso de derecho, los anteriores derechos del ex asociado pueden verse compensados o anulados por la pretensión—y no se diga si hay previsión estatutaria—de la asociación, oponiéndose a su ejercicio o exigiendo, a su vez, la indemnización correspondiente.

IV. LIQUIDACION. DERECHO A CUOTA

Las asociaciones se disuelven por voluntad de los socios, por las causas determinadas en el artículo 39 del Código Civil y por sentencia judicial. Y en sus estatutos ha de quedar regulada la aplicación que haya de darse al patrimonio social caso de disolución. Estas son las únicas normas del Derecho de asociaciones sobre liquidación y disolución.

A) *Admisibilidad:*

Por consiguiente, hay un margen de libertad considerable para acordar la disolución y para prever en los estatutos sus efectos patrimoniales.

Estando en vigor la Ley de 1887, creía GARCÍA PESARREDONA que, en general, no se admitía el reparto entre los socios de los bienes de la entidad, aunque la Ley nada dijera al respecto, ya que el objeto de las asociaciones no puede ser nunca el de partir beneficios entre los socios.

Semejante opinión se apoya en un concepto hipertrofiado o erróneo acerca de lo que debe entenderse por «beneficio». Una cosa es el auténtico beneficio, igual a lucro emergente o ganancia excedente, y, otra, la mera restitución, atribución de lo aportado y sus incrementos normales patrimonializados con ello.

Podrá, ciertamente, adjudicarse al socio no ya el mismo bien que en unión de otros aportara (caso del edificio que sirvió de sede social y fue comprado previamente por los fundadores), sino incluso bienes que él nunca tuvo en su titularidad y que la asociación adquirió por otros conceptos (compra, permuta, legado, etc.).

En los primeros casos se ve clara la idea de subrogación real o de no beneficio, mera restitución *in natura* o en valor. El pacto estatutario será admisible sin dificultad, porque no hay ningún choque con las aristas de la institución asociativa, que por esencia rehúye toda idea de lucro.

En los otros supuestos, y en especial cuando una cosa donada o legada a la asociación, al disolverse ésta, pasa al dominio de un socio, la idea de devolución o restitución ciertamente se está esfumando y, a primera vista, existe un lucro por parte del beneficiado por las resultas de la liquidación.

Mas si bien se mira, ni aun en este caso límite se desnaturaliza el carácter del ente social. Presupuesta la existencia del pacto estatutario, que autoriza la distribución del remanente entre los socios, quien dona, instituye herencia o deja legado a una asociación, lo hace a conciencia de que en última instancia, o sea, en trance de disolución, podrá ser receptor final de aquellos bienes un individuo ajeno y por el mero hecho de ser asociado.

Por todo ello, y ante el silencio legal, suscribimos la opinión de CLARET y de LLUIS, favorable a la inserción de norma estatutaria concediendo derecho a la cuota de liquidación.

B) *Interesados:*

Normalmente serán los socios y nada más que ellos. No obstante, la jurisprudencia inglesa, y entre nosotros, CLARET, han considerado que el socio honorario no puede participar en el reparto. En algún caso es posible que así sea, por originar un enriquecimiento sin causa, pero la legislación no lo prohíbe y hasta podría estar justificado en atención a los méritos que a un socio le hayan podido valer la condición de honorario y a los servicios que pueda haber prestado a la asociación.

En el otro extremo, ¿podrían tal vez conferirse derechos a otras personas no socios, tales como trabajadores, obligacionistas, benefactores destacados, etc.? Tajantemente, no, so pena de desnaturalizar el fin social. Únicamente cabe favorecer—y este es el caso más generalizado y usual—a establecimientos benéficos o asistenciales del domicilio o comarca de la asociación extinguida, pero en este caso priva el fin

altruista y no existe la idea de retribución o contraprestación a terceros extraños, que debe discurrir por otros cauces.

Ciñéndonos a los socios—y siempre en defecto de previsión estatutaria—surge la duda de si los partícipes en el activo patrimonial remanente deben ser los que ostenten dicha condición en el momento de la disolución o, en general, los que lo hayan sido de la asociación a todo lo largo de la vida de ésta, aunque después salieran de la asociación. Si, según indicábamos *supra*, los socios con derechos patrimoniales pueden reclamar una liquidación parcial y en ella quedaron satisfechos sus intereses, la liquidación final afectará a los socios existentes cuando el ente comienza su fase liquidatoria y no a los anteriores.

Con todo, cabría diferir y referir al momento final la solución y pago de los derechos económicos de cuantos socios hayan sido por todo el tiempo que duró la persona jurídica.

C) *Criterios distributivos:*

Podrían seguirse el de distribución igualitaria por cabezas, sin duda ajustado a la configuración personalista o democrática de la asociación, o bien el de distribución real, atribuyendo los haberes y haciéndoles pago, atendida la contribución de cada asociado-partícipe, al fondo común.

Este último parece más certero, aunque la autonomía social podrá optar por el primero o por una combinación de ambos, y para su aplicación práctica habría que tomar como módulo la suma de todas las aportaciones por cuota, etc., que tuviere contabilizadas cada interesado.

V. RESPONSABILIDAD

A) La de asociación se regirá por el artículo 1.911 del Código Civil. La norma estatutaria de autolimitación de responsabilidad a determinados bienes o hasta cierta cuantía o, en general, cualquier cláusula de irresponsabilidad no parece válida. Sería negar una de las consecuencias de la personalidad. Cosa distinta es que en determinado contrato o relación jurídica, la asociación pacte y le sea aceptada una cierta exoneración no abusiva de responsabilidad, a modo de limitación.

B) La de los asociados se limita al importe de las cuotas a que vengan obligados y, en general, a las aportaciones debidas al común. Pero ¿hay responsabilidad subsidiaria de los asociados por las deudas sociales?

Podría cuestionarse, en base a la aplicación del artículo 1.698, ... del Código Civil, que determina: «Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad...», que, *a sensu contrario*, da a entender que la responsabilidad subsidiaria existe, aunque es mancomunada.

Sin embargo, y a diferencia de lo propugnado para el requisito de forma en tema de aportación inmobiliaria, entiendo que aquí la protección de los intereses en juego no sólo no exige semejante comunicación de responsabilidades, sino que, contrariamente, exige dejar a salvo el patrimonio del asociado. Al igual que en la sociedad anónima, nos encontramos con una sociedad abierta, de la que pueden llegar a formar parte miles de personas. En un orden normal de acontecimientos, ninguna de éstas se preocupa de investigar el celo y la diligencia de los directivos de la asociación como administradores de su patrimonio ni llega a imaginar siquiera que por una desafortunada gestión de aquéllos pueda verse comprometido su patrimonio, lo que, de admitirse, sería una solución sumamente perturbadora y capaz de ahogar el espíritu asociativo que debe campea en una nación cultural y espiritualmente bien desarrollada.

FRANCISCO CARPIO MATEOS

Notario

BIBLIOGRAFIA

GARCÍA PESARREDONA: *Régimen jurídico-administrativo de las asociaciones*, Barcelona, 1950.

SÁNCHEZ DE FRUTOS: "La asociación: su régimen jurídico. El Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965.

LLUIS Y NAVAS: *Derecho de asociaciones*, Barcelona, 1965.

LÓPEZ-NIETO, F.: "La competencia administrativa en materia de asociaciones", *Documentación Administrativa*, febrero 1965, págs. 41 y sigs.

Colección "Estudios" del Ministerio de la Gobernación. Número extraordinario: *La nueva Ley de asociaciones*.

BLANCO ORTIZ: "El Registro de asociaciones; concepto, principios dominantes y efectos", en *Boletín del Ministerio de la Gobernación*, núm. 46.

La "Integración" como fenómeno Social y Jurídico

SUMARIO: I. *Introducción. Problemática. Concepción.*—II. *Integración y responsabilidad.*—III. *Integración y especialización.*—IV. *Planificación e integración*
V. *El Homo juridicus. Homo technicus.*

I. INTRODUCCION

PROBLEMATICA. CONCEPCION

En la proyección social del mundo actual se nos habla de «integración» como manifestación sublimada de realidades a alcanzar, como medio para obtener y satisfacer aspiraciones, deseos y necesidades de la colectividad. Esto es, medio idóneo para alcanzar la satisfacción del bien común (1). Pero para plasmar el concepto susceptible de un triple sentido es preciso, necesario, discernir, aclarando cuáles son esas posibles tendencias o manifestaciones, para ulteriormente examinar sus posibilidades en el momento presente frente a otro concepto: especialización.

Integrar es, en definitiva, componer un todo. Ir hacia un total. Pero el total, como absoluto y entidad perfecta, es un algo utópico. Quien afirma estar en camino hacia el total, es decir, hacia la única y pura

(1) "... el bien común de orden temporal consiste en la paz y seguridad de que las familias y cada uno de los individuos puedan gozar en el ejercicio de sus derechos y, a la vez, en el mayor bienestar espiritual y material que sea posible en la vida presente, mediante la unión y coordinación de los esfuerzos de todos." Pfo XI: *Divini illius*, 23, "Diccionario de Textos Sociales Pontificios", Angel Torres Calvo, 2.^a edición, Madrid, 1962, pág. 280.

verdad, oculta su vista a la tarea impuesta al hombre de *estar* en ruta hacia lo total como meta ideal. De la misma manera, quienes aseveran que las indicaciones hacia lo total proceden únicamente de la imaginación desconocen los acontecimientos de la realidad misma y yerran. Por ello, ante la imposibilidad de alcanzar el total absoluto se admite una *integración de totalización relativa* y, además, una posibilidad de *integración de complementación* e incluso una *integración renovadora*. El primero, como proceso de *totalización*, y los otros, de *complementación* y *renovación*.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que el concepto «integración» no se limita al campo de la investigación filosófica, sino que es objeto de consideración y aplicación creciente, no sólo en el campo de la sociología—como, por ejemplo, en las uniones de grupos distintos dentro de estructuras unilaterales—y de la economía—mediante uniones de fases y campos de producción, que van más allá de lo puramente técnico—, sino en la política e incluso en el campo de las ciencias que se ocupan de lo normativo.

Ese exceso en la utilización del concepto «integración», derivado del latín *integrare*, puede conducirnos a la desarticulación, y de hecho está desarticulando, con un efecto demoledor, de aniquilamiento, la esencia de la integridad del hombre. Esto es, como *summa* de valores positivos, con efecto y consecuencia refleja en toda manifestación de su actividad: social, económica, religiosa, profesional y, lo que es más grave, de orden familiar.

Como efecto lógico y natural, que tiende a paliar esa consecuencia, es la existencia de fuerzas que se contrarrestan. Pues para mantener un orden equilibrado, si se intensifica una manifestación, en exceso, en un sentido, surge la reacción natural contraria. Es decir, cuando la intensidad de un haz de fuerza se acentúa, el par de fuerza contraria tiende al equilibrio, encontrando su energía en la misma reacción contraria. La distancia se acentúa con la distorsión. Así, frente al fenómeno de integración creciente, se opera una disminución del sentido de responsabilidad individual, que afecta a la concepción de integridad moral. JOHAN GOTTFRIED HEDER (3) ya expresó esta preocupación al decir: «Toda mutilación o amputación, todo hueco de mentira o falsedad, todo empleo perverso o erróneo de fuerza—y en el terreno de la fama, la más mínima calumnia—, se opone a la integridad. Cuando las fuerzas efec-

(2) Vid. RICHARD WISSER: "La integración como signo de nuestro tiempo", en *Revista Folia Humanística*, tomo V, núm. 50, febrero 1967, págs. 135 a 145.

(3) Autor citado: "Sobre la integridad de una escuela" (1794), *Obras de Herder*. Ed. por Heinrich Düntzer. Parte XVI, "Reglas de la Escuela", 146.

tivas se encuentran disgregadas y manchadas dejan de existir tanto las repúblicas como las comunidades sanas y florecientes.»

Por ello es preciso proceder tanto a su determinación conceptual como de sus acepciones.

La *integración* (4) constituye, en su triple manifestación, una actividad inicial pensante, que exige una perceptividad por el sujeto que examina, a través de un razonamiento y proceso intelectual. La capacidad comprensiva del proceso de totalización no puede ser alcanzada por el hombre en razón a la limitación misma de esa capacidad. Esa posibilidad está reservada única y exclusivamente al Ser Supremo: Dios. Cualquiera que sea la orientación doctrinal, religiosa, política, la historia nos demuestra y nuestro entendimiento asevera, que a nadie se le ha otorgado el conocimiento de lo total (5).

Que existen tendencias científicas y doctrinales que pretenden alcanzar ese objetivo, es indudable. Pero se olvidan qué es el total. En ellas se da una evidente contradicción interna. Se ignora qué es el total y, a pesar de ello, afirman hallarse en camino para su logro. Nada más lejos de la realidad. Cuando hacemos referencia a un concepto abstracto, por ejemplo, arte, olvidamos que no están perfectamente definidas sus fronteras, que no se ha logrado una definición satisfactoria.

Para la concepción de lo «total» estamos muy lejos y no es posible alcanzarlo jamás. Tenemos una serie de *conceptos-clave* y una serie de conocimientos que nos han permitido entrar en el umbral de la naturaleza, que, por la esencia misma de las cosas, sólo llegaremos a intuir en algunos casos y, en otros, los hemos de aceptar y aceptaremos como misterios establecidos por la misma voluntad de Dios. Por ello, la *integración de totalización* no puede ser absoluta, sino relativa.

Pero no debe incidirse en las dos corrientes contrapuestas: de negación de la historicidad total o del historicismo excesivo, que simulan *no saber* (6). La una, porque lo sobrepasa y, la segunda, porque se deja arrastrar por él. Unos, porque creen indicar qué es lo total, decidiendo lo que debe ser; los otros, porque se resignan a que resulte siempre que lo total escapa a cualquier intento de comprensión o acercamiento.

(4) Vid. ANDRÉ LALANDE: *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, París, 1956, 521.

(5) Vid. GEORGI SCHISCHKOFF: "Cibernética y análisis de la totalidad", en *Folia Humanistica*, tomo V, núm. 50, febrero 1967, págs. 107 a 133, concretamente epígrafe III, "Investigación de la totalidad por nuevos derroteros", páginas 122 a 133.

(6) ZUBIRI destaca—*Naturaleza. Historia. Dios*, Madrid, 1955, pág. 29—, refiriéndose al desviacionismo intelectual, que: "Positivismo, pragmatismo e historicismo son las tres grandes desviaciones a que en una o en otra forma se halla expuesta la verdad por su triple estructura intelectual."

Ello supone olvidar la fórmula con que puede definirse el relativismo histórico: *veritas et virtus filiae temporis* (7).

La ampliación y extensión del concepto *integración* a toda manifestación de la vida, es decir, no sólo a las ciencias descriptivas, sino también a las normativas, y la imposibilidad de alcanzar el total absoluto exige la delimitación conceptual que hemos expuesto. Así, cuando por el jurista, el economista, el politólogo, etc..., hablan de integración, hacen referencia a una lógica integral entendida especulativamente no como igualdad total, ni tampoco dialécticamente como igualación, sino como estructura, esto es, como complementación o renovación. En ese orden, vemos cómo el jurista, cuando emplea la palabra *integración*, lo hace en un sentido de renovación o complementación, en cuanto quiere expresar una idea de adaptación a las necesidades impuestas por la vida, como *prius*, en armonía con el mismo ordenamiento concebido como un todo, frente a una concepción aislada de esas mismas normas, de acuerdo con la realidad impuesta por el mismo Estado.

Por otro lado, vemos cómo el concepto *integración* tiene una proyección de futurible (8). Santo Tomás de Aquino decía: «La integridad es doble. Una radica en la realidad misma y, la otra, en la acción» (9). La primera, a nuestro juicio, en cuanto se coordina, en cierto modo, con la inspiración básica del historicismo (10) y, la segunda, en cuanto exige, en orden a su limitación, por razón de su relativismo, que se atempere a cada momento en su doble proyección espacio-temporal.

Así concebido el concepto de integración, como proceso de relativa totalización, con su faceta renovadora y de complementación, encaminada a la obtención de un resultado positivo de tendencia progresiva, es utilizado en la generalidad de supuestos de adaptación a las necesidades presentes. Se habla, por ejemplo, de integración de la Universidad, integración en los planes indicativos de desarrollo, etc....

De donde, y como consecuencia de la complejidad misma del concepto, no puede entenderse más que mediante una actividad—acción—coordinada de esfuerzos comunes. Esto es, y como que le caracteriza, la unidad dentro de la variedad, lo que permite alcanzar un resultado positivo en la meta hacia la efectividad. Supone suma de conocimien-

(7) ALFRED STERN: "El relativismo histórico y el problema ético", en *Folia Humanística*, tomo V, núm. 50, febrero 1967, pág. 97.

(8) El jesuita LUIS DE MOLINA, ya en el siglo XVI, empleó el término "futurible" como combinación de los conceptos *futuro* y *posible*.

(9) SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Sent.*, IV, 26, 2, 4c: "Duplex est integritas. Una quae consistit in ipso esse rei, alia... quae consistit in operatione."

(10) El "historicismo" considera la verdad, el derecho, las costumbres, la moral y, en general, todas las ideas y todos los valores como productos de un período histórico dado.

tos, de valoraciones, que han de ser objeto de ponderación para no quebrar individualidades (11).

Como medio para alcanzar ese objetivo y obtener la satisfacción de las comunes necesidades, afrontando los problemas derivados de la masificación, se piensa en la integración fraguada como forma eficaz de solución, pero con olvido y descuido de las fuerzas espirituales unitivas. Se trata de conseguir las máximas satisfacciones del hombre integrándole en la sociedad técnica, con la satisfacción de la cultura del ocio (12), atrayéndole a las formas comunes de distracción sin proporcionarle ni facilitarle el desarrollo individual del espíritu (13).

Se ha operado un cambio fundamental en la forma de desenvolvimiento de la humanidad, pues, a nuestro juicio, de la «sociedad de masas» se pasa a la «sociedad integrada» (14) con desaparición de los antiguos entronques que ligaron a las anteriores generaciones a estructuras fijas. El individuo no se siente ya ni vinculado dentro de un círculo acostumbrado de existencia ni en un ambiente fijo de vida exterior. Se operan una serie de estímulos disociativos y negativos con el único fin de escalar en la «sociedad integrada». Aspectos negativos de esa tendencia: la aparición de sentimientos explosivos-irracionales y la autoestimación valorativa sin recato, como forma de alcanzar el reconocimiento de una personalidad.

Como medio de conocimiento y corrección del fenómeno se han desarrollado una serie de ciencias relativas y derivadas de la integración, especialmente las estadísticas y las sociológicas, que tienden a superar los fenómenos negativos. Ese efecto corrector no puede alcanzarse sin una efectiva y real colaboración por parte del individuo. Esto es, de

(11) "A pesar de todas las mejoras—dice HANS ZBINDER, "Problemas sociales y psicológicos del cambiar moderno de la sociedad", en *Folia Humanistica*, tomo V, núm. 50, febrero 1967, pág. 148—que se han llevado a cabo en un gran número de personas, y tal vez precisamente por ello esta seguridad entre millones de individuos viene puesta en duda. Dentro de sus progresos técnicos y económicos, o de su comodidad, se siente—como jamás se ha sentido anteriormente—sin patria, solos y abandonados, en vez de sentirse anclados sobre fundamentos seguros; y dentro de toda su abundancia de bienes, se sienten pobres y perdidos."

(12) HANS ZBINDER: *Problemas sociales y psicológicos*, cit. Pero paradójicamente al lado de la "cultura del ocio" se ha producido un fenómeno dispar en algunos países, "el pluriempleo", como medio de satisfacer necesidades creadas por la técnica moderna.

(13) Como manifestación peculiar de reacción surgen los individuos que hacen exposición superlativa de sus propias facultades.

(14) HERBERT SPENCER vaticinó antes de morir: "El socialismo tiene que venir, y vendrá, pero ha de significar la mayor desdicha que para la Humanidad haya visto hasta el presente; no habrá ningún hombre que pueda hacer lo que quiera, sino que cada cual hará lo que se le diga."

su «autoconciencialización» (15), de acuerdo con los principios inmutables del Derecho natural, que, como verdades y patrones epistemológicos (16) y axiológicos (17) con contenido supra-histórico, constituyen las normas de evaluación fundamental, común a todos los hombres en todo momento.

Para poder entrar en las consecuencias y efectos de la integración y en las posibilidades correctoras preciso es proceder al examen de ciertos supuestos que deben ser contemplados.

II. INTEGRACION Y RESPONSABILIDAD

Desde que DANIEL HALERY formuló su tesis de la aceleración histórica (18) se ha evidenciado que la estructura de la sociedad ha experimentado y experimenta una progresiva e incontenible evolución (19), que, iniciada a principio de siglo, se ha ido desarrollando de forma creciente: violenta (20). No ponemos en duda que las causas de esta febril evolución se ha ido cimentando en épocas y por causas anteriores (21). Pero si a ello ha contribuido el enorme distanciamiento entre la realidad exterior social y el galopante progreso de las ciencias físicas, con retraimiento o puesta a punto de nuestras concepciones espirituales para su adaptación al progreso científico, nos ha llevado precipitadamente a acudir, en toda la gama y manifestación funcional de la vida, al fenómeno *integración*, como medio de encontrar un paliativo a esa situación. La discordancia entre la evolución técnica y el aumento creciente de la población ha provocado, de manera decisiva, una alteración tan profunda en la forma de vida, que eran totalmente ignoradas por las culturas anteriores. Ello ha originado una especie de *shock* brutal y extraordinario en la conciencia social de todos los países. No sólo de los más desarrollados, sino de aquellos que estaban más aferrados a una forma de vida tradicional y social milenaria. El desequilibrio

(15) Vid. mi trabajo "Tecnología. Valores humanos. Ansia de Poder", en *Revista del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 39, de 1 de octubre de 1970, págs. 39 a 58.

(16) De las palabras griegas *episteme*, ciencia, y *logos*, tratado, epistemología significa tratado de la ciencia.

(17) Doctrina o filosofía de los valores.

(18) DANIEL HALERY: *Essai sur l'acelation de l'Histoire*.

(19) HANS ZBINDEN: *Problemas sociales y psicológicos*., cit.

(20) La violencia es el signo característico de la época actual.

(21) Por ejemplo, la teoría de los "cuantitas" fue formulada por PLANK en 1900 y su desenvolvimiento teórico-práctico se está produciendo en la época actual. Vid. mi trabajo *Tecnología. Valores humanos. Ansia de Poder*, citado.

de esa forma de vida ha afectado a la sociedad misma en lo que es fundamental: la esencia formativa del espíritu.

Esa situación provoca una distorsión entre concepciones básicas cuando, como medida revolucionaria de solución, aplicamos la idea de integración. Y si tratamos de hacer frente a esas situaciones aplicando la idea de responsabilidad, como medio de adecuar nuestra conducta a unas reglas y principios hasta ahora válidos, con objeto de regular su actuar, es preciso que la configuremos en su triple proyección al objeto de obtener una adecuada medida. Pero la responsabilidad en su triple manifestación espacio-temporal es objeto asimismo de colisión (22) en perjuicio de la sociedad misma, pues al sentirse el hombre concebido como ente integrador de un todo, su individualidad se rebela y, no obstante los progresos técnicos y económicos, se siente aislado, conturbado extraordinariamente por su profunda e innata tendencia social (23), con repercusiones evidentes en su conducta, según su rai-gambre espiritual, produciendo una escarificación más o menos intensa en su sentido de responsabilidad. Esa situación afecta no sólo a los adultos, sino también a los niños, a la juventud. «Los adultos sufren—dice HANS ZBINDEN (24)—, pero también sobre los niños acarrea efectos perniciosos esta situación, que ha ido aumentando de generación en generación y todavía sigue incrementándose.»

La fuerza de los principios jerárquicos en cualquier manifestación de vida se han ido resquebrajando y, paralelamente, el sentimiento innato y connatural de la responsabilidad.

Si la *integración* tiene una proyección totalizadora, en el sentido que hemos expuesto, es incuestionable que el elemento corrector de «responsabilidad» debe tener manifestación en el orden tridimensional espacio-temporal, porque, en otro caso, la relación correctora no se produciría (25) con olvido del valor humano.

El hombre «integrado» ha de tener una efectiva conciencia de la responsabilidad. Y esta responsabilidad tiene que tener su genuina plasmación, tanto en el espacio como en el tiempo, porque ha de extenderse y abarcar todos los supuestos de la actividad humana. Porque entre la fuerza de los medios exteriores y los interiores debe existir el índice corrector de equilibrio, que potencializando las fuerzas interio-

(22) HANS ZBINDEN: *Problemas sociales y psicológicos*, cit

(23) El hombre es un "zoon politikon". SANTO TOMÁS—*Summa Theologica*, I, 94, 4; II, 2, 109, 3—los expresó diciendo: "Homo est naturaliter, id est, socialis." Donde esté lo político hace su presencia lo social.

(24) Autor y trabajo antes citados.

(25) Se atribuye a la cibernética el papel de una ciencia omnipotente. GEORGI SCHISCHKOFF: "Cibernética y análisis de la totalidad", en *Folia Humanística*, tomo V, núm. 50, febrero 1967, pág. 108.

res permita el dominio y dirección de los problemas sociales creados por la técnica (26).

Para la superación de la tendencia acongojada del hombre actual es preciso que adquiera una clara visión de su responsabilidad como medio de sanar su espíritu, superando la realidad diariamente vivida. Es preciso que se dé cuenta que la superación de los problemas presentes han de ser solucionados por sí mismo, sin olvidar que han de ser solucionados en el seno mismo de la comunidad a que pertenece.

El hombre ha de encontrar fuerzas en su propio contenido, en su propio estímulo. Es decir, en la busca interior (27), en la razón misma del saber y presentir la existencia de normas, principios, reglas inmutables de conducta, que van más allá de toda sabiduría o de cualquier razón y que le son señaladas por su propia naturaleza pensante. Pero el conocimiento íntimo de ellas exige, para una eficaz manifestación externa, la idea de una responsabilidad; idea de responsabilidad que, además, tiene que ser reflejada en la clase rectora, derivada de la adecuación de la conducta de la misma en los actos políticos y de gobierno. «Todo lo que ofrece de valioso el aumento económico y técnico de la vida—dice HANS ZBINDEN (28)—, todo lo que ofrece de necesario o fértil la educación del hombre en orden a su uso correcto, todas las explicaciones o ayudas (claras y buenas) que no ofrece una disciplinada dirección psicológica y psicoterapéutica, todos esos esfuerzos del hombre pierden su efectividad y carecen de sentido si no se deja conducir por la conciencia de la conexión total, de la unión entre el mundo y la eternidad: una conciencia que se intensifica mediante una fe de tipo

(26) "La técnica—dice F. PERROUX, "El fracaso de la economía moderna", *Folia Humanística*, tomo V, núm. 54, junio 1967, pág. 495—aprisiona el espíritu en los juegos de la aplicación y apaga así el fervor de la investigación. La economía embrutece a un pueblo en el confort o bien pone al alcance de sus intelectuales el cascabel y el collar. La política hace caminar millones de individuos como si fuesen un solo hombre, pero a paso de ganso." *Vid.* también HANS ZBINDEN: "El hombre ante los problemas del futuro técnico", *Folia Humanística*, tomo IX, núm. 97, enero 1971; R. STEINBUCH: *La sociedad y la técnica en el año 2000*, revista citada, tomo VI, núm. 66, junio 1968, págs. 481 a 503.

(27) *Vid.* mi trabajo *Tecnología. Valores humanos. Ansia de Poder*, citado, en donde me expreso—págs. 52 y 53—diciendo: "Los momentos depresivos del espíritu humano cafan, hasta ahora, no por pura casualidad. Normalmente han coincidido con el enfrentamiento violento de dos ideologías de dos mundos, en los que se operaba una profunda transformación tecnológica. Cuando la multitud, alienada de su sustancia espiritual, exacerbaba sus fines particulares. Cuando las formas de existencia, de convivencia política, social y religiosa no cubría el anhelo espiritual, la sed de interioridad. Por ello, no cejamos en afirmar la superación de la crisis actual con una total y profunda revitalización de la conciencia de la Humanidad."

(28) Autor citado: *Problemas sociales y...*, cit., págs. 156 y 157.

irracional y una adaptación cósmica, en cuya fuerza radica, finalmente, toda voluntad de ayudar y curar.»

Pero para tener una proyección completa de los problemas planteados es preciso que examinemos la idea de *responsabilidad*, que actúa como moderador de nuestra autodeterminación cuando se inhiben los valores decisorios de un correcto proceder. Constituye, en parte, la respuesta a las cuestiones que se plantea BLANDSHARD (29): «Cuando decidimos que una determinada acción es correcta o es nuestro deber, ¿qué lo viene a decir, nuestra razón, nuestro sentimiento o ambos?»

Para encauzar rectamente nuestras determinaciones es preciso muchas veces, como consecuencia de los estímulos inhibitorios derivados de la sociedad masificada y tecnificada, la concurrencia de «razones exitantes», partiendo de nuestra disposición inclinada o a favor de algo o en contra de algo, con objeto de que exista un actuar adecuado a las normas de la moral inmutables.

Esos estímulos se cristalizan en la «responsabilidad». Esta ha de tener una proyección no sólo respecto de lo ocurrido, sino de lo que ocurra e incluso de lo que ocurrirá. Es decir, la «responsabilidad» ha de tener una manifestación de pretérito, de presente y de futuro, como consecuencia de un actuar. La noción de responsabilidad se ha de aglutinar en la triple manifestación o dimensión del tiempo. Es la «responsabilidad espacial».

La determinación de lo «justo y adecuado a la moral», en su noción integral, esto es, como estímulo inhibitorio que sobresale por encima de todo compromiso, con posibilidad de exigencia a todos, tiene su *ratio* en muchas causas: la familia, la sociedad, el pueblo, la religión, etcétera... (30), que constituyen *instancias* que condicionan nuestro actuar.

Así, la conducta del hombre se condiciona por la *responsabilidad espacial* y por la *responsabilidad instancial*.

Pero si la existencia de esos estímulos condicionaban la *personalidad* (31), la gran tensión que caracteriza nuestro tiempo, afectado por los fenómenos de la masificación, de un lado, y, de otro, la conjunción de la técnica y la publicidad, que ha dado lugar a que una gran parte de público se obsesione con imitar el estilo de vida irresponsable y enervante de ciertas personas, ha hecho preciso la configuración de una

(29) Vid. BRAND BLANDSHARD: *Reason and Goodness*, Nueva York. 1961. página 70.

(30) Vid. RICHARD WISSER: «Las dimensiones de la responsabilidad», en *Revista Folia Humanística*, tomo VI, núm. 62, febrero 1968, págs. 119 a 131.

(31) Para ROMANO GUARDINI, la *personalidad* es un modelo del pasado que —teniendo en cuenta la estructura de las masas actuales— se ha hecho inservible, y en su lugar da paso a la oportunidad de una total mayoría de la persona. Algo que cada uno lleva consigo.

responsabilidad situacional, esto es, la que se deriva de respuestas responsables derivadas de la existencia de unos conocimientos y de una determinada actitud en la sociedad. No puede dejar de tenerse presente la especial situación que cada uno ocupa en la comunidad, como circunstancias operantes en la responsabilidad.

La responsabilidad no sólo tiene una efectividad tridimensional en relación con el tiempo y con el espacio—responsabilidad espacial e instancial—, sino que actúa individualizada, esto es, debe ser concebida respecto de cada individuo. No puede ser contemplada *in abstracto*, sino que debe ser analizada *in concreto*. Debe ser contemplada en directa conexión con la suma de conocimientos no sólo propios, sino de la sociedad a que pertenece, en razón al grado de cultura y a la posición que, en definitiva, ocupa (32). Responsabilidad que se califica propiamente de *situacional*.

Supone la capacidad existente en todo sujeto de conocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo inteligente y libre. Este conocimiento se extiende a la relación causal que le une al efecto. Implica una capacidad abstracta de responder que no exige para existir la concurrencia del hecho que motive su presencia, sino que basta que se derive del actuar. Ese actuar viene condicionado en cuanto es parte que se integra en un todo, si bien no podemos olvidar la relación de contigüidad derivada de su posición *situacional* como forma de actuar responsable.

Pero el hombre, en el momento actual, exige una manifestación, una exteriorización del actuar de la clase superior, adecuada a una espiritualización de la vida, en un sentido no materializado de la misma, como estímulo inmediato a que subordine su actuar. La sociedad presente está deseando que se produzca esa renovación de la vida, como estímulo para condicionar su responsabilidad, que le permita el reencuentro espiritual: el redescubrimiento de la fe (33).

III. INTEGRACION Y ESPECIALIZACION

Como medio de dar efectividad a la *integración* y ante la imposibilidad de alcanzar el total, se trata de profundizar en el conocimiento mediante la especialización, al objeto de que la suma de individuos

(32) Vid. en "Transformación conscientemente responsable. Obra y personalidad de K. F. v. Weizsäcker", en *Folia Humanistica*, tomo I, núms. 11-12, 1963, págs. 897 a 910 y 1007 a 1012, y tomo II, núm. 13, 1964, págs. 53 a 69.

(33) Vid. JOSEF GOLDBRUNNER: "Persona y fe", en *Folia Humanistica*, tomo VII, núm. 73, enero 1969, págs. 41 a 48. Vid. también mi trabajo *Tecnología, Valores humanos. Ansia de Poder*, cit.

especializados constituyan un todo lo más próximo a la integración; a la totalidad, como «suma de todas las partes» no en el sentido de mero acúmulo de magnitudes y cantidades, sino de aceptación de principios ordenativos encaminados a integrar la totalidad del conocimiento (34).

OTHMAR SPANN (35), para llegar a una idea de totalidad, introdujo el concepto de *desmembración*, que es el estar mutuamente ordenados y articulados las partes o miembros. Partió SPANN del conocido ejemplo de ARISTÓTELES en su *Política*, según el cual una mano cercenada no es ya ninguna mano, sino tan sólo un pedazo de carne y de huesos. El necesario mantenimiento íntegro de los miembros dentro del todo lo designa SPANN como *unión retroactiva* y por *transmembración* da a entender la desmembración dentro de los cambios determinados por el tiempo.

Esta idea nos permite concebir al especialista como un miembro del todo, permitiendo así la compatibilización con el concepto «integración». Pero el especialista está obligado a una constante y continua renovación, a un estar a punto con agudización de su sentido de responsabilidad para consigo mismo, al objeto de que pueda tener valor operativo dentro del todo, pues en otro caso se podría exponer a provocar su transmembración. Esto es, cuando sus conocimientos no se renueven o se modifiquen por falta de adaptación en el todo sistemáticamente desmembrado, bien por desacuerdo positivo o negativo. Cuando un miembro del todo provoca una modificación positiva se desencadena una reacción en el sentido de estimular la correspondencia, normalmente, de los demás miembros para alcanzar ese grado de positividad. Existe así una constante renovación, que conduce, en el estado actual de la sociedad tecnificada, a una evidente situación de angustia, puesto que exige una continua adaptación y ampliación de conocimientos para mantener el índice positivo que va alcanzándose, pues en otro caso el miembro que no siga esa tónica puede verse afectado por la reacción transmembradora, con la subsiguiente aceptación de nuevos miembros más capacitados, con la exclusión de los envejecidos. Esta es una de las causas de la aceleración tecnológica en los tiempos actuales también de la crisis de espíritu.

Por ello, como forma de adaptación y medio para alcanzar la per-

(34) "Este progreso—dice Pío XII, "Radiomensaje de 24 de diciembre de 1953", *Diccionario de Textos Sociales Pontificios*, cit., pág. 1559—, al principio soñado cual mito omnipotente y fuente de felicidad, más tarde promovido con gran ardor hasta las más osadas conquistas, se ha impuesto a la conciencia ordinaria como fin último del hombre y de la vida en sustitución de todo ideal religioso y espiritual."

(35) Citado por GEORGI SCHISCHKOFF: *Cibernética y análisis de la totalidad*, cit., pág. 124.

manencia dentro del conjunto, la reacción lógica es la especialización llevada a límites insospechados, lo cual permite ir profundizando cada vez más en las ramas del saber; pero ello exige una perfecta coordinación y armonía entre los miembros mediante la actuación de un órgano rector, que polarice y encauce la actividad especializada, debiendo poseer para su logro una vasta erudición, que reconocida de modo incuestionable y absoluto por los miembros especialistas, constituyen el órgano integrador.

Ese órgano rector será capaz para provocar las transmembraciones precisas, al objeto de mantener el equilibrio de fluidez orgánico adecuado, que imprima dinamicidad encaminada a la consecución de la integridad al sumar todas las fuerzas y medios energéticos que puedan fusionarse para alcanzar el fin primordial y esencial del hombre.

Unas veces, en ese esfuerzo de integración se dará una homogeneidad de partes, pero ello no quiere decir que la conjunción sea presidida por la heterogeneidad para alcanzar un logro real en el establecimiento de totalidades concretas, que al relacionarse en la esfera investigativa con otras se engarzan entre sí, aun cuando conserve una relativa autonomía.

Esa constante de necesaria superación crea un estado de intranquilidad, de incertidumbre, que se acrecienta cuando dentro del todo se producen pseudotransmembraciones ante el juego de valoraciones meramente subjetivas del órgano rector (36). Se acrecienta así la inquietud con repercusión en el equilibrio, en la salud espiritual, porque se observa la ausencia de estabilidad circunstancial y de amparo suficiente; intensifica no sólo el abismo generacional, sino social. Es la consecuencia de una profunda alteración en las estructuras y sistemas selectivos, que más que crear la necesaria unidad, disgregan. Esta situación que se va originando no se producía en los tiempos pasados, en los que se aplicaba un limitado espíritu renovador, si bien sometido a constantes tradicionales. Así, HANS ZBINDEN (37) expresa cómo: «A pesar de toda la intranquilidad e inseguridad de las guerras, las pestes y los peligros de toda índole, la convivencia privada entre los hombres (en la familia, en la profesión, en el pueblo y en la ciudad) ha manifestado

(36) FINER—*Theory and practice of modern government*, Nueva York, 1950. página 22—enseña que cuatro son las características del *leadership*: *Conocimiento* significa tener sentido de los principios y de los fines, visión del futuro, claridad en razón de la eficacia de medios y de fines y equidad. *Coherencia* significa que todos los hombres y agencias que sirven al gobierno se mantienen juntos en la prosecución coordinada de un fin común, sin injerencias ni obstrucciones. *Constancia* implica firmeza en la visión y en la conducta, lealtad de propósito desde el principio al fin, sin dudas, contradicciones y caprichos: *significa dependencia dinámica*. *Conciencia* implica sentido de responsabilidad.”

(37) Autor citado: *Problemas sociales y psicológicos*, cit., pág. 148.

cierta fijeza, arrastrando consigo la presencia de un orden inmutable y de una voluntad de Dios en la conciencia de cada uno.»

La influencia de la técnica ha cambiado en menos de siglo y medio y de manera absoluta las formas de vida (38) y así, no obstante contar el hombre con los grandes progresos técnicos y económicos, se siente aislado, desamparado, sin un sentido consolador o animador ante los peligros y las amenazas. La especialización incrementa la sensación de soledad e intensifica la disgregación de la sociedad. primero, y, posteriormente, de la propia unidad de conocimiento por ausencia y fracaso de las relaciones humanas entre los miembros que constituyen esa misma sociedad (39).

No obstante lo expuesto, HENRYK SKOLIMOWSKI (40) pone de manifiesto cómo las discontinuidades imperantes en el desarrollo tecnológico pueden permitir el acoplamiento preciso entre la situación creada por ese avance científico y el impacto que, en orden al espíritu, repercute en la conciencia social. Esto es, como pausa que permite alcanzar una estabilidad y tranquilidad de espíritu, mediante una revisión y adaptabilidad de los principios inmutables a los avances tecnológicos producidos superando las consecuencias y necesario período, de asimilación, primero, y desenvolvimiento, después, para la materialización que esos avances suelen provocar.

La especialización exige cada vez una suma más intensa de conocimientos; pero los conocimientos no producen por sí los espectaculares avances tecnológicos. Es la imaginación la que conduce a ese efecto. La diferencia básica entre el método experimental de BACON y el de GALILEO estriba en que el primero nos insta a empezar con hechos o experimentos e inducir teorías a partir de ellos; el segundo, insiste

(38) "La técnica condena al hombre moderno—dice ROBERT PLAISANT, profesor de Caen: "La evolución de la idea de Empresa", en *Rev. D. M.*, núm. 38, marzo-abril 1952, pág. 172—a vivir una vida colectiva cada vez más compleja. El problema que hay que resolver es el de la discriminación en el seno de esas colectividades múltiples, de la parte que corresponde al individuo y la que pertenece a lo colectivo."

(39) *Vid.* F. ARASA: "El hombre y su futuro visto por un humanista", ciclo de tres conferencias pronunciadas en el Ateneo Mercantil de Valencia los días 19, 20 y 21 de diciembre de 1968, que dice: "Donde penetra el concepto técnico de la vida, la familia pierde el vínculo personal de su unidad, pierde su calor y su estabilidad. La familia no permanece unida sino en la medida que le será impuesta por las exigencias de la producción en masa, hacia la cual se corre cada día con más insistencia. La familia ya no es más la obra del amor y el refugio de las almas, sino un depósito desolado, o de mano de obra para la producción, o de consumidores de bienes materiales producidos según las circunstancias." Pfo XII: *Radiomensaje del 24 de diciembre de 1953.*

(40) Autor citado: "Tecnología: un mito tras la realidad", en *Rev. Folia Humanística*, tomo IX, núms. 103-104, julio-agosto de 1971, págs. 599 a 627.

en que se debe empezar con hipótesis imaginativas y solamente al final someterlas a *tests* empíricos (41).

La prevalencia imaginativa en el desarrollo científico fue expresada por EINSTEIN: «La imaginación es más importante que el conocimiento. El conocimiento está limitado, la imaginación abarca al mundo, estimulando al progreso y dando vida a la evolución.»

Los avances técnicos exigen la concurrencia imaginativa del especialista, no es suficiente el conocimiento; pero esa capacidad de imaginación se suele presentar muchas veces en quien carece de una especialización y se enfrenta con un problema concreto como medio de superar la dificultad encontrada. Por ello, estimamos que la especialización no debe producirse sino en período muy posterior de la adquisición de conocimientos generalizados. Evitaré la visión «entubada», con desconocimiento de la generalidad de las cuestiones suscitadas y de los problemas que puedan derivarse en su entorno, especialmente los que afectan al hombre (42).

Esta progresiva especialización invade todas las esferas, todas las actividades; se opera también en el orden jurídico. Y si, en principio, se sostiene que el Derecho sólo puede ser destinado para la sociedad para la cual ha sido creado y en la cual ha nacido, es cierto en cuanto a las particularidades idiosincráticas de una determinada comunidad, pero no podemos olvidar que la proyección integracionista que aun en este aspecto está experimentando el mundo, las continuas y cada vez más intensas relaciones de los hombres de las más diversas comunidades, exigen un proceso de integración, en cuya virtud las reglas que rigen el juego de las relaciones interhumanas e internacionales se van encaminando hacia una progresiva concepción universal del Derecho, con manifestaciones cada vez más frecuentes de uniformidad. Esto es, no se trata de la concepción del Derecho, *aere perennius* y universal, en cierto modo irrealizable, sino de un Derecho pragmático y humanitario. Un Derecho que exija coordinación entre las diferentes formas de vida nacido de raíces comunes con una adaptación de las normas positivas a las realidades sociales. Derecho que ha de estar al servicio de la persona humana, inspirado en la Ley natural. Ello porque la Ley natural es el alma de todo Derecho justo.

(41) En 1925 EINSTEIN expuso su fórmula $E = m \cdot v^2$, que no llegó a tener comprobación práctica hasta veinte años más tarde.

(42) La rebelión contra la sociedad tecnológica se ha manifestado a través de la historia filosófica; así, JEAN JACQUES ROUSSEAU fue el primer reaccionario contra el progreso y, afirmamos, el primer *hippie*: «El hombre—decía—debe volver a la naturaleza, es decir, a sí mismo, no como acto de rebelión contra el sistema social, sino más bien como modo de conseguir la liberación de las necesidades artificiales.»

No podemos olvidar que para crear un orden jurídico integrado que sea verdaderamente humano, es indispensable fundarlo sobre principios de justicia que respondan a las cualidades fundamentales de la persona humana. Haciéndolo así se podrá mantener el equilibrio que los avances tecnológicos provocan, manteniendo con tal creación una tradición intelectual y moral, acorde al sentir del hombre, cualquiera que sea su situación en longitud y latitud, y permitirá, a su vez, dignificar las relaciones de convivencia.

Si en el campo de la tecnología moderna contemplamos una progresiva y creciente especialización, también observamos cómo la tendencia del jurista actual se encamina a la especialización en el desarrollo de su profesión. Pero si en el ámbito de la técnica, la especialización conduce a los resultados y efectos que hemos señalado, con una consecuencia regresiva en la actualidad, por las repercusiones que se producen, cuando esta especialización se opera en el campo de las ciencias del espíritu y en las normativas, su efecto deprimente y decadente es mayor, porque se produce una progresiva insensibilización de los problemas humanos, olvidando que el hombre constituye el sujeto fundamental de examen y aplicación. El físico MAX BORN pone de manifiesto cómo el concepto del saber ha variado decisivamente como derivación de la especialización. Así, frente a una posesión intelectual colectiva siempre creciente, propia de la época del Renacimiento y de la Ilustración, es cada vez menos la parte que individualmente se conoce, de modo que muy bien se corre paralelo el peligro de embrutecimiento y aplanamiento del individuo.

ERNST FORSTHOFF (43) expresa con funesta claridad las consecuencias al decir: «Es, sin duda, evidente cuánto significaba para un jurista al viejo estilo el que además de su ciencia jurídica fundamental, además de aprender las medidas y procedimientos correctos, supiere algo sobre la marcha del espíritu a través de la Historia. En una palabra, que fuera una persona culta. Para el jurista como para el hombre especializado, la formación cultural sólo es posible en casos extremos; ésta no es precisamente una comodidad intelectual y, en todo caso, no está íntimamente unida con la ciencia jurídica.»

La especialización en el estudio del Derecho por parte del joven universitario hará desaparecer el concepto de jurista para dar paso a un simple técnico del Derecho. Para él, el Derecho se aparecerá como un conjunto de arbitrarias y reemplazables normas jurídicas, y su arte consistirá en la exacta aplicación de las normas que constituyen su aplica-

(43) Autor citado: *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*. N. J. W., 1960. pág. 1276.

ción al caso concreto, como una circunstancia profesional de la vida. Esa forma de actuar implicaría el desconocimiento del Derecho como *posterius*, frente al *prius*, que es la vida misma (43 bis).

La reacción que se viene manifestando en las Universidades alemanas es contraria. Se trata de alcanzar la formación completa del futuro jurista en conocimientos y facultades e incluso se pretende que adquiera una cultura tan amplia como sea posible, inculcándole un verdadero sentido de la responsabilidad frente a la comunidad.

IV. PLANIFICACION E INTEGRACION

Como medio de aglutinar individualidades y lograr la integración de totalización relativa se acude a la planificación, que ha alcanzado carta de naturaleza en todos los países. La planificación es la más reciente manifestación de la pretensión humana para ordenar racionalmente la convivencia con un afán de superación (44).

El progreso constituye el estímulo que impulsa la investigación científica y técnica, acelerada en una doble dirección: hacia el macrocosmos y el microcosmos. La investigación se estimula en ese doble sentido, con una escasa atención hacia las ciencias del espíritu.

Los procesos de planificación—indicativa o imperativa—tienden fundamentalmente a la consecución del bienestar material como causa final de satisfacción. Esta idea es totalmente errónea. No puede alcanzarse la integración con abandono o escasa atención de los valores del espíritu.

Por el contrario, la perfección del espíritu permite superar los más arduos problemas y las más graves dificultades, porque «la persona es el ser más potente del universo creado humanamente conocido y su potencia de ser le viene precisamente de la potencia de ser del espíri-

(43 bis) MAYER—*Filosofía del Derecho*, Colección Labor, 1937, págs. 180-181—destaca ese efecto equivocado al decir: "El Derecho es un orden basado en normas. Pero quien siembra normas no puede cosechar justicia. La norma ofrece valores perdurables, garantiza la seguridad jurídica; pero la justicia está cada día a la altura del tiempo; la norma mide con igual medida; a la justicia, en cambio, no pasa inadvertida ninguna desigualdad. El Derecho considera cada caso particular desde el punto de vista impuesto por la regla general: la justicia penetra, por así decirlo, en el corazón del caso. No sabemos qué es más equivocado: si un Derecho sin normas o una justicia regulada normativamente: un Derecho que se desliza de las normas es como un caballo desbocado; una justicia vinculada por normas es como un Pegaso vencido."

(44) *Vid.* LUCAS VERDÚ: "Ensayos sobre la integración de las fuerzas políticas en el Estado contemporáneo", *Rev. Estudios Políticos*, núm. 99, pág. 119; mismo autor: "Constitución, administración y planificación", *Estudios Sociológicos Internacionales*, Madrid, 1961.

tu» (45). Pero si ese espíritu no es cultivado en sus esencias íntimas, todos los esfuerzos que tiendan a la valoración materialista del hombre no tendrán el efecto que se pretenda de elevar su nivel de vida y poco a poco le conducirán a su degradación.

La estimulación de los valores del espíritu será lo que permita y haga eficaz la integración; en otro caso, se dará una simple conjunción numérica, porque estará ausente la verdadera esencia ontológica del hombre. Pues en él lo más fuerte, potente y perfecto, lo que permite el más alto nivel y perfección, es el espíritu.

El espíritu es lo que conduce a valorar y establecer el orden de responsabilidad, lo que le hace ser personal e individual, adoptando la actitud correcta frente a la vida y a las cambiantes manifestaciones de ésta ante los influjos externos, aunque éstos sean de orden tecnológico o fenomenal.

Toda proyección planificada que olvide estimular el espíritu está condenada al fracaso. La planificación encauzada hacia el estímulo científico y tecnológico, sin el correlativo correspondiente referido a las ciencias humanísticas y normativas, conducirá, de modo nefasto, a un resultado negativo. El espíritu es raíz y *substratum* de la persona, constituye la esencia de lo que hay en el hombre. Y si el espíritu está por encima de lo físico, es una equivocación subordinar éste a aquél o dar preferencia al segundo sobre el primero, porque el espíritu al desbordar el compuesto humano, como composición psicofísica, se violenta y se abre a lo irracional, no hacia lo trascendente. Incurrir en tal error es olvidar que el hombre es *quoris atomos*. Tampoco debemos olvidar que la mística contemporánea de la *técnica* es tan peligrosa como la *omni-ciencia*. Se crean las *élites*, que pueden generar en oligarquías (46).

(45) Vid. JOSÉ IGNACIO ALCORTA: "Espíritu, persona y consistencia", en *Revista Folia Humanística*, tomo VI, núm. 69, septiembre 1968, págs. 689 a 703, concretamente 689, sigue expresado que: "Hablar de potencia de ser es lo mismo que hablar de perfección de ser, de altura ontológica de ser, de entidad de ser. Y el espíritu supone precisamente la mayor altura y entidad de ser de cuanto hay en el universo en la forma que hemos hablado. El poseer la mayor entidad de ser supone *ipso facto* el poseer la mayor altura esencial y existencial, esto es, la mejor consistencia de ser. La consistencia del espíritu es la más noble y elevada entitativamente y la más fuerte y valiosa."

(46) Vid. *Revista Estudios Políticos*, núm. 131, septiembre-octubre 1963, en cuyo número, y a partir de la página 139, contiene varias ponencias que, bajo el tema "Tecnocracia y política", se desarrollaron en el Congreso Mundial de "International Political Science Association". GEORGE VEDEL: *Los problemas de la tecnocracia en el mundo moderno y el papel de los expertos*, págs. 173 a 188; W. J. M. MACKENZIE: *Tecnocracia y el papel de los expertos en el Gobierno de Inglaterra*, págs. 193 a 205; FRANCESCO VITO: *El papel de los expertos en la vida política de Italia*, págs. 211 a 233; YEHEZKEL DROR: *Papel de los políticos y de los funcionarios en la elaboración de la política de Israel*, pági-

Ese olvido de las *circunstancias* del hombre da lugar a una actitud irracional, a una conducta incongruente, resultado de omisión, al no estimular y estimar la fortaleza y valiosidad entitativa del espíritu, de su propia sustancia y subsistencialidad, como algo que nos sitúa en un plano distinto a los demás seres y nos asemeja a Dios, del que somos sus creaturas predilectas (47).

Al espíritu, cómo no hylemórfico, no se le pueden aplicar las razones de originación de destrucción de la materia; por ello, en la planificación es preciso que se contengan principios de valoración ética para que produzca la atracción del hombre como realidad ontológica constituida por materia y espíritu, sin olvidar, como dice JOSÉ IGNACIO ALCORTA (48), que «el espíritu no es la forma de la materia, sino a lo sumo—y esto es radicalmente distinto—una supraforma, que encarnando y adueñándose sustantiva y esencialmente con el cuerpo, excede esa misma unión para autoposeerla como una supositalidad, como un *quien* personal que la rebasa, emerge de ella y le enseñoorea». Así, se afirma que el espíritu no depende intrínsecamente de la materia. Por ello no es posible una planificación que prescinda de las ciencias que tiendan a la estimulación del espíritu, a la potencialización creativa derivada de dimanaciones esencialmente espirituales, como el ser, el valor, la verdad, los principios primero y fundamentales, como el apetito de sana inmortalidad y felicidad, que no tiene su satisfacción en la cultura del ocio.

Así, todo lo que sea olvidar, desconocer o posponer el espíritu del hombre, como algo directamente creado por Dios, como realidad indiscutible, que representa nada menos que toda la historia y cultura, será caer en un error absoluto, porque supone desconocer que es el *locus transcendentalis*, y lo es ontológicamente, porque de él dimana y en él radican las potencias trascendentes: la inteligencia y la voluntad. «El amor—decía LEONARDO DA VINCI—es la madre del conocimiento.»

Si el ser humano está dotado de espíritu, y éste es lo más intenso en él, necesariamente se ha de considerar al hombre en su base esencial para que pueda estimarse la posibilidad de su integración en la planificación. Toda labor que prescinda del hombre en esa concepción

nas 227 a 252; EGBERT DE VRIES: *Tecnócratas, burócratas y políticos en Holanda*, págs. 255 y sigs.

Vid. también V. MERLE: "Influence de la technique", en *Politique et Technique*, publicado por el Centro de Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de Niza, París, 1958.

(47) Vid. mi trabajo "Tecnología. Valores humanos. Ansia de Poder", publicado en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 39, de 1 de octubre de 1970.

(48) Autor y trabajo citados, pág. 695.

está condenada al fracaso; se dará una temporalidad relativa. Sólo mediante los principios éticos cabe despertar y conquistar la conciencia del pueblo, de los pueblos (49).

La trinidad temporal del mundo moderno, representada por la primacía de la técnica, la ciencia y la economía, domina ilimitadamente. NOVALIS, en 1800, escribía con todo acierto: «Si los hombres quieren dar un paso hacia adelante en el dominio de la naturaleza exterior, mediante el arte de la organización y de la técnica, antes deben haber dado otros tres pasos en la profundización ética hacia el interior.»

La crisis y el desfallecimiento de nuestras reacciones éticas no radica en que seamos más perversos que nuestros antecesores. La causa está en la errada relación que existe entre las fuerzas técnico-materiales y las ético-interiores; es lo que exige, como medio corrector, lo que llamo *conciencialización* (50).

Tener conciencia significa una tarea por cumplir, y cumplir bien. Esto es, asumir una responsabilidad y llevarla a cabo en servicio de un bien superior. En las actuales circunstancias de vida, en la encrucijada presente en que se debate la humanidad, la única posibilidad de reacción estriba en el *Deo servire, libertas*, de San Agustín. Pero para estimular al hombre-masa es preciso que ese actuar se lleve a la máxima potenciación por la clase rectora, de modo que produzca en ellos un efecto reflejo. Constituye el estímulo preciso para que emerja la conciencia de responsabilidad, como presupuesto básico para la integración del hombre y de los hombres en la planificación proyectada. Si esto no se produce, los móviles que le o les impulsen serán de orden egoísta.

El hombre *conciencializado* constituirá, en definitiva, el aglutinante que conjugue los avances técnicos-materiales y los éticos interiores.

El hombre es un fin, no un medio. La civilización toda se endereza al hombre, a cada hombre, a cada yo.

UNAMUNO

(49) Siempre han tenido valor las palabras de GOETHE: "Muy quedamente habla un Dios en nuestro pecho; muy quedamente, muy perceptiblemente nos señala lo que hay que aceptar y lo que hay que rechazar."

San Pablo decía: "Dios ha escrito en el corazón de los hombres una ley imborrable, una ley que también vale para aquellos que no han tenido noticias de la revelación cristiana."

(50) Vid. mi trabajo citado *Tecnología. Valores humanos. Ansia de Poder* al tratar el problema en el epígrafe "Conciencialización".

"La historia demuestra que la desaparición de la imagen religiosa del mundo tarde o temprano conduce indefectiblemente—dice HANS ZBINDEN, "Sobre

V. EL HOMO JURIDICUS-HOMO TECHNICUS (51)

Si el Derecho se preceptúa como conjunto de normas y principios reguladores de las relaciones sociales de los hombres (52) tiene que existir una perfecta armonía entre el *homo-juridicus* y el *homo technicus*, porque «el Derecho, como fenómeno de cultura, como producto histórico, evoluciona y se transforma constantemente al compás de la vida, en estrecha relación con las demás manifestaciones culturales y sociales de la época, adecuándose a las exigencias y realidades del momento» (53).

Pero como el Derecho regula y ordena las relaciones de los hombres cuando se produce una alteración en las circunstancias rectoras

la crisis de la conciencia moderna”, en *Rev. Folia Humanistica*, tomo VI, número 71, noviembre 1968, pág. 875—al derrumbamiento moral de su cultura, siempre que no vuelvan a fluir las fuentes de una nueva fuerza religiosa vivificadora y a ejercer su fecundo efecto.”

(51) *Vid.*, entre otros autores, OSWALD SPENGLER: *El hombre y la técnica*, Madrid, 1932; P. J. DE AZURZA: “Sobre una posible versión del *homo juridicus*”, en *Revista General de Derecho*, año VI, núm. 66, marzo 1950, págs. 148 a 151; DEL VECCHIO: *El homo juridicus y la insuficiencia del Derecho como regla de la vida*.

(52) En el Derecho Romano, concretamente en el Digesto, se definía el Derecho—definición atribuida a CELSO—diciendo: “*ius est ars boni et aequi*”.

Vid. CAPITANT: *Introduction à l'étude du Droit Civil. Notions générales*, 4.^a edición, París, 1922; COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*; STOLFI: *Diritto Civile*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1919-1934; DUSI: *Istituzioni Diritto civile*, edición revisada y adicionada por el profesor Sarfatti, Torino, Giappichelli, 1942; ENNECCERUS-KIPP y WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, con notas de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de B. Pérez González, J. Alguer y J. Castán, Barcelona, Bosch; JOSSEERAND, *Cours de Droit Civil positif français*, Sirey, París, 1932-1933; DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid, 1932; DE DIEGO: *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, Suárez, 1923-1927; VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil*; PUIG PEÑA: “Tratado de Derecho Civil español”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, etc. “El Derecho es siempre un orden de vida—dice LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del Derecho*, cit., páginas 150 y 151—, una ordenación de relaciones vitales que nace en la vida, en ella crece y se desarrolla y en ella afina sus raíces; pero los jugos vitales de que se alimenta no los debe sólo a la vida, sino a un algo transvital que da sentido y justificación a esa vida que los sustenta. Existe Derecho porque existe el hombre y porque la existencia humana no es sólo hecho elemental y primario de mi vida, de la vida de cada uno, sino de la vida en común, la convivencia, la co-existencia”, y continúa—pág. 155—. “El Derecho no es una creación espontánea de la sociedad, como dijo Ortega, sino bastante más: la forma misma de la sociedad, la cual, a su vez, es una de las formas de la vida humana; condición sin la cual la misma vida social es indispensable.”

(53) J. OSSORIO MORALES: “Crisis en la dogmática del contrato”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, tomo V, fasc. IV, octubre-diciembre 1952, págs. 1175 a 1186, concretamente pág. 1175. *Vid.* también GEORGES RIPERT: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, versión española de José Quero Morales. Buenos Aires.

de las hasta entonces normales relaciones, como consecuencia de la aparición de un efecto—técnico, político, económico o social—que modifique su estructura, se produce un desfaseamiento entre el orden jurídico y la realidad actual, en cuanto que la vida es *prius* y el Derecho *posterius*, que puede provocar situaciones de inestabilidad en la vida jurídica.

Esas situaciones exigen una evidente agilización del *homo juridicus* y una efectiva adaptación a la realidad cambiante, pero también un contacto y estrecha colaboración con el *homo technicus* para que pueda tener efectividad en su tarea de aplicación del Derecho (54). Problema que se extiende a todas las ramas del Derecho y de modo especial, por su contenido, al Derecho Inmobiliario y al Derecho Económico.

Lo que llama BERGBOHM la fuerza de expansión lógica del Derecho —*logische Expansionskraft des Rechts*—y la capacidad intelectual del jurista, unido al conocimiento real de la cambiante vida moderna, permitirá la adaptación y aplicación de las normas al supuesto concreto que se plantee, humanizando la aplicación del Derecho frente a la corriente materialista que todo progreso técnico lleva consigo (55), porque, como dice RECASENS, «por debajo de las divergencias, así como por debajo de las concordancias particulares, en las instituciones de los varios pueblos hay una coincidencia fundamental, la unidad esencial del espíritu humano a través de las variedades históricas» (56).

En la complejidad de la vida moderna el *homo juridicus* adquiere una especial dimensión. «Sólo la estabilidad jurídica es capaz de defender a Europa de otras grandes conmociones. Para mantener nuestra civilización es preciso imponer al legislador el respeto a los principios jurídicos sobre los que descansa el mismo orden jurídico que le sostiene, manteniendo a todo trance en el juego de las fuerzas sociales el valor de las reglas morales sobre las cuales el Derecho está construido» (57).

El jurista, en definitiva, es el cultivador de aquellas ciencias y principios que estudian, regulan y aplican las normas sobre las que se fundamenta el orden jurídico y la paz social, la justicia y la seguridad (58) en la convivencia de los individuos, de los ciudadanos y de

(54) Vid. la interesante obra de CARLOS COSSÍO, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata: *La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la Ley*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1939

(55) Vid. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: "La plenitud del orden jurídico", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XVI, marzo 1940, núm. 142, páginas 112 a 119, al hacer el estudio crítico a la obra de COSSÍO, antes citada

(56) Vid. GEORGES RIPERT: *Les forces créatrices du Droit*, París, 1955

(57) Autor y obra citada en número anterior, pág. 421.

(58) EUGENIO D'ORS.

las naciones, sin olvidar jamás que el destinatario del Derecho es el ser humano, con todas sus perfecciones y virtudes, como con sus imperfecciones y vicios. Por ello, justificadamente Pío XII (59) destacaba cómo «el error del racionalismo moderno ha consistido precisamente en la pretensión de querer construir el sistema de los derechos humanos y la teoría general del Derecho, considerando la naturaleza del hombre como ente que existe por sí, al cual faltará toda referencia necesaria a un ser superior, de cuya voluntad creadora y ordenadora dependa en la esencia y en la acción».

Si la importancia de los juristas ha sido destacada en todos los tiempos, en la actual sociedad tecnificada se acrecienta. Si el fin social y las representaciones del bien común son factores indispensables para la formación de la sociedad, su carácter exclusivamente espiritual les impide asegurar por sí solos la coherencia del todo (60). La sociedad no está formada únicamente por el pensamiento de sus miembros. Los hombres que la integran, precisamente por su condición humana, son falibles y apasionados. Para que el vínculo social se mantenga y se garantice objetivamente el cumplimiento de los fines sociales, y se mantenga la estabilidad de las relaciones sociales, es preciso que esa conjunción tenga su armonía en base al Derecho (61).

Si la táctica es la forma de conducir la lucha, y la estrategia, la de hacer la lucha, es precisa la conjunción del jurista y del técnico, porque el primero representa al estratega y, el segundo, al táctico, y no puede tener éxito una operación, en el orden a que se aspira, de conservación de los valores éticos de la humanidad, sin el concurso de ambos (62), bajo la observancia de los principios integradores del Esta-

(59) Discurso de 6 de noviembre de 1949 a los Juristas Católicos Italianos.

(60) Vid. EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ: "El *bonum commune* y el derecho de la propiedad según el pensamiento aquinatense", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo 1944, núm. 192, págs. 273 a 288; FRIEDRICH ROSTOSKY: "La Justicia como tarea de la cultura del pueblo", en *Deutsches Recht*, 1943, páginas 1049 a 1057, y publicado en extracto por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, diciembre 1943, núm. 187.

(61) Vid. J. BURDEAU: "La función política y el criterio del carácter político de los hechos sociales", en *Revista de Derecho español y americano*, núm. 8, año X, II época, Madrid, 1965, abril-junio, págs. 11 a 26; FR. BOUBRICAUD: "Science politique et sociologique", *Rev. franc. de sc. pol.*, 1958.

(62) Vid. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", en *Rev. Admón. Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1962, págs. 159 a 205; LORENZO MARTÍN RETORTILLO: "La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", en igual revista, núm. 39, septiembre-diciembre 1962, págs. 287 a 304; ALFREDO GALLEGU ANABITARTE: "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad en la Administración: Contribución a la teoría del Estado de Derecho", en *Rev. Admón. Pública*, núm. 34, enero-abril 1961, págs. 11 a 51; CÉSAR ENRIQUE ROMERO: "El Poder ejecutivo en la realidad política contem-

do de Derecho—imperio de la Ley, separación de poderes, legalidad de la Administración y observancia de los derechos y libertades fundamentales (63).

No podemos olvidar que un maestro como HAURIOU (64) ya decía que el poder es «libre energía que gracias a la superioridad asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden del Derecho», y «si el poder es necesario para el orden viene a ser, a su vez, la primera condición del Derecho» (65), y el jurista se caracteriza por ser un conservador. Ello no quiere decir que deba estar anclado en una actitud de inmovilismo. Debe participar activamente en la propia vida y tener un conocimiento efectivo de los avances de orden tecnológico, al objeto de proceder a la actualización y aplicación de las normas, agilizándolas en el estudio del caso concreto.

El Derecho, y el jurista en su aplicación, no tienen solamente el propósito de regular las conductas por el solo interés de regularlas, sino que se deja guiar por consideraciones superiores. Se encamina no sólo a regular las relaciones sociales (66), sino que aspira a establecer un orden justo, un equilibrio en las relaciones jurídicas por las representaciones del bien común, como factores indispensables para la formación de la sociedad. Pero si, como consecuencia de la teoría de la relatividad y el influjo de la física «cuántica», las posiciones dogmáticas se han ido abandonando, porque nada vale ya «para siempre» y el horizonte de la *necesidad* ha sido sustituido por el de la *relatividad* y el de la *previsibilidad*, por el de la *probabilidad estadística* (67), no por ello los valores immanentes y connaturales al hombre han de ser mutilados. Si esa mutilación se operara provocaría la destrucción misma del hombre como ser humano (68). Por el contrario, es necesario que se incre-

poránea", *Rev. Estudios Políticos*, núm. 131, septiembre-octubre 1963, páginas 49 a 77; JEAN MAYNAUD: "El Poder ejecutivo en el Estado moderno", *Bulletin International des Sciences Sociales* (U. N. E. S. C. O.), vol. X, núm. 2, año 1958.

(63) Vid FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: "Teoría general del Estado de Derecho", en *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 131, septiembre-octubre 1963, páginas 21 a 48; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: "El Estado de Derecho", en *Introducción a la teoría del Estado Nacional Sindicalista*, Barcelona, Ed. Bosch, 1940, y en *Rev. Admón. Pública*, I. E. P., Madrid, núm. 6, septiembre-diciembre 1951; RAFAEL ENTREÑA CUESTA: "Notas sobre el concepto y claves de Estado de Derecho", en *Rev. Admón. Pública*, núm. 53, 1960, págs. 31 a 45, etc.

(64) Autor citado: *Derecho público constitucional*, 1927, pág. 162.

(65) FRAGA Iribarne: *La crisis del Estado*, Madrid, 1958, pág. 160.

(66) SANTO TOMÁS decía que "el Derecho, en sentido propio y formal, es la conducta jurídicamente ordenada". "Nomen ius primo impositum est ad significandam ipsa rem justa."

(67) Vid. mi trabajo *Tecnología. Valores humanos. Ansia de poder*, citado

(68) Vid. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ-RUBIO CISNEROS: "Antidogmatismo, apertura e interdependencia. Cambio en la perspectiva y el horizonte científico", en

mente, que se intensifique, como única posibilidad de combatir los excesos y el ambiente hostil que le rodea, cada vez más enrarecido y agobiante.

«Si quieres que exista la sociedad y que evolucione—decía JELLINEK—necesitas obrar de tal suerte que tu acción contribuya a su conservación y progreso.»

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ

Magistrado

NOTAS

Repercusión de los artículos 15 y 98 de la Ley Hipotecaria sobre los artículos 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 71, 87, 88, 89 de la misma

Digamos por adelantado que son temas de este trabajo unos cuantos artículos de la Ley Hipotecaria que están en bastante desuso y que por ello conviene, para darles auge, sacarlos a relucir.

El artículo 15 se refiere a los legitimarios según el Código Civil y según la legislación especial catalana.

Vamos a referirnos a los legitimarios según el Código Civil.

Dice el artículo 15 que los derechos del legítimo de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamento por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios. Es decir, que tales derechos de estos legítimos tienen que constatarse en la inscripción de los bienes que se practique a nombre del que tiene facultad de pagar las legítimas en bienes no inmuebles, mediante los documentos que sirvan para inscribir los bienes a nombre de estos herederos.

¿Quién es este legítimo a que alude este artículo 15 de la Ley? Es un causahabiente forzoso del testador, o sea, con derecho intangible a percibir la porción alícuota de la herencia.

Los derechos del legítimo pueden estar atendidos por el causante:

por institución de heredero para participar de los bienes de la herencia en general; también mediante bienes que no sean inmuebles, que sean en efectivo o en otros bienes; igualmente, puede el testador atender al legitimario en forma de legado, según se deduce del artículo 821 del Código Civil y del 98 de la Ley Hipotecaria, y también puede el legitimario recibir su legítima mediante donaciones previas otorgadas por el causante a favor del legitimario, que se traerán a colación para computar la legítima, según se deduce del artículo 818 del Código.

El artículo 15 de la Ley se refiere al legitimario diciendo: «Los derechos del legitimario de parte alícuota...» Y parece que se da a entender, de no ser redundancia, que hay legitimarios que no son de parte alícuota. Todo legitimario es de parte alícuota o de cuota, porque para determinar la legítima y los derechos del legitimario hay que acudir al todo y a las partes de la herencia, y así dice el artículo 818 del Código Civil que para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, y, por tanto, la legítima viene a ser una porción alícuota de la herencia, y el titular o titulares, son legitimarios de parte alícuota. Tales legitimarios pueden ser legitimarios herederos, legitimarios legatarios y legitimarios donatarios.

El artículo 806 del Código Civil dice que la legítima es la *porción* de bienes de que el testador no puede disponer y, por tanto, hay que estimar que la palabra *porción* significa una cuota individual en la herencia, que el testador tiene que reservar para los herederos forzosos.

DERECHOS DEL LEGITIMARIO

Los autores del artículo 15 de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 quisieron establecer garantía registral a favor de los legitimarios sujetos a la legislación especial de Cataluña, que tenía arraigo en esta región, y al mismo tiempo entendieron que también podría haber legitimarios con arreglo al Código Civil y que sus derechos se pueden garantizar igualmente con la protección registral, y así se dice, referente a unos y a otros legitimarios, en la Exposición de Motivos de esta Ley de 1944, que «los legitimarios obtienen una protección sólida y eficaz, parangonable a la del acreedor hipotecario. Durante los cinco primeros años de afección gozarán de una garantía por el importe total de sus derechos sobre todos los bienes de la herencia, cualesquiera que sean las disposiciones sucesorias. Transcurrido este plazo quedará limitada, en cuanto a tercero, a lo que resulte del propio Registro». Los comentaristas de este artículo 15 entienden que sólo tiene aplicación a los

legitimarios que sean hijos naturales, a tenor del artículo 840 del Código Civil y en el supuesto del último párrafo del artículo 1.056 de este Código. Este supuesto tiene mucha aplicación en Galicia y en la parte de Asturias confinante con aquella región, debido a la frecuente emigración de los hijos a América y hoy también a Francia, Alemania, Suiza, etc., quedando en casa los padres y uno o dos hijos, hermanos de los emigrados, que son los que llevan la explotación de una labranza pequeña o mediana, y los padres, para no fraccionar la explotación, disponen en su testamento que el hijo o hijos presentes paguen en metálico la parte de la herencia correspondiente a los hijos ausentes, en una cantidad equivalente a la legítima o algo más, sobre todo cuando los emigrados hubiesen mandado dinero a los de su casa.

Además de los supuestos indicados existen muchos más casos de legitimarios que tienen la garantía del artículo 15 sin necesidad de que se trate de conservar indivisas explotaciones agrícolas, industriales o fabriles; por ejemplo, un padre tiene dos hijos y constituye su patrimonio un piso, donde viven, y dinero, y en tal supuesto puede disponer en su testamento que adjudica el piso a uno de los hijos con la obligación de entregar al otro una cantidad en efectivo. Esto es frecuente en las poblaciones.

CARACTERISTICAS DE LA LEGITIMA

Ya que el artículo 15 de la Ley Hipotecaria trata de los derechos del legitimario es preciso exponer las principales características de la legítima, que es, por de pronto, un derecho a favor del legitimario impuesto por la Ley, o sea, que sucede en la herencia por derecho propio, y así, el derecho del legitimario implica una titularidad que concurre con la del heredero obligado a pagar en efectivo, y, por tanto, éste no puede inscribir los inmuebles heredados sin que conste en su inscripción el derecho del legitimario, aunque no es precisa la intervención de éste. Así, al tercero hipotecario le será difícil poder alegar ignorancia de los derechos de los legitimarios, toda vez que para poder practicar la inscripción a su nombre habrá tenido que basarse en el testamento del causante a favor del heredero transmitente, y en tal título sucesorio y en la registración de éste habrá de constar la existencia de legitimarios.

La carga real que implica el derecho del legitimario afectará a todos los bienes de la herencia, no sólo respecto a los bienes que adquiera el heredero o herederos, sino a los inmuebles legados a otras personas que no sean legitimarios, y también a los inmuebles sobre los cuales

se hayan practicado anotaciones preventivas a favor de legatarios de genero o cantidad y de rentas o pensiones periódicas; también, aunque el artículo 47 de la Ley dice que el legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho, todo habrá de ser sin merma del derecho del legitimario, y lo mismo se puede decir del legatario de rentas o pensiones periódicas, a que se refieren los artículos 88 al 91 de la Ley.

AL LEGITIMARIO ES PRECISO ESTIMARLE DE PARTE ALICUOTA

Se quiere decir que para determinar los derechos del legitimario se tiene que conocer la cuota, la parte de la herencia que constituye la cuantía de la legítima. Por esto mismo dice el Código Civil que la «legítima es la *porción* de bienes de que el testador no puede disponer, por haberlos reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (cuota individual en cosa que se distribuye entre varios partícipes).

LA LEGITIMA ES DERECHO PERSONALISIMO

No es un derecho libre en su uso y determinación y sólo corresponde a las personas determinadas en la Ley, y así, deviene un derecho personalísimo, que se concede por facultad exclusiva. Es de carácter inviolable, sin que prevalezcan disposiciones testamentarias contrarias al derecho del legitimario, porque los derechos de éste y la obligación de reservarlos por parte del testador son correaltivos y recíprocos entre los herederos forzosos.

SE ADQUIERE LA LEGITIMA EN VIRTUD DE VINCULO FAMILIAR

Porque la legítima se concreta y se determina en la filiación, ya que si no hay vínculo familiar carece de motivo, porque debe ser adecuada a la manera en que se considera la sucesión familiar, cuando se atribuye la paternidad, la legitimidad, el reconocimiento, la adopción o desde que se celebra el matrimonio.

LA LEGITIMA ES DETERMINADA O DETERMINABLE

Porque la porción de bienes de que el testador no puede disponer, por haberla asignado la Ley a ciertas personas, ha de ser cierta cuantitativamente considerada para que sepa el causante de lo que no puede disponer y, el heredero forzoso, lo que tiene derecho a reclamar, y así, ha dicho el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de marzo de 1891, que las leyes que regulan las legítimas son de Derecho público, superior a toda convención.

La legítima hace tránsito al fallecer el causante, porque sólo puede exigir al fallecimiento del obligado a reservarla, sin perjuicio de que haya habido anticipos a cuenta que se hubieran verificado, aunque con obligación de colacionar lo recibido por el legitimario.

La legítima tiene siempre carácter de derecho necesario con relación a los herederos forzosos y es parte integrante de la sucesión a título universal determinable, según se deduce del artículo 818 del Código Civil. Es decir, que la legítima es una parte del haber líquido hereditario y por esto es siempre parte alícuota.

El legitimario, con la vigencia del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, no precisa instar la registración de su derecho si en el testamento se hace constar su legítima o se tiene en cuenta, y por esto no es preciso suponer hipoteca tácita sobre los bienes de la herencia, porque consta en el testamento el derecho del legitimario, que constituye carga real y expresa al inscribirse el título sucesorio, y así deviene seguridad hipotecaria transitoria por cinco años o veinte, según los casos, resultando difícil que haya en este caso un tercero hipotecario que pueda alegar ignorancia de la existencia del derecho del legitimario.

Al legitimario no le mermarán sus derechos las disposiciones del causante porque gozan de garantía real y solidaria sobre todos los bienes de la herencia.

EL ARTICULO 15 FUE ACUÑADO EN LA SISTEMATICA
LEY HIPOTECARIA

Por tanto, hizo repercusión sobre los artículos de la misma destinados a la garantía de los legatarios, que son los artículos 47, 48, 51, 52, 53, 54, 71, 88 al 91, que pierden eficacia en aras de los derechos del legitimario. Y también dicho artículo 15 puede modificar el 49

de la Ley, en el supuesto de que el legatario sea legitimario, puesto que en tal caso, el heredero puede inscribir a su nombre los bienes de la herencia, haciendo mención del derecho del legitimario.

Tenemos que hacer constar que si bien los artículos citados, relativos a los legatarios, no son de frecuente aplicación, esto no es óbice para que los autores del artículo 15 no tuviesen presente el alcance de los citados artículos referentes a los legatarios.

Así, pues, el artículo 47 de la Ley no merma los derechos del legitimario si éste no puede hacerlos efectivos sobre otros bienes.

El artículo 48 de la Ley establece un plazo de ciento ochenta días para pedir anotación preventiva el legatario de género o cantidad; pero si tal legatario es legitimario podrá pedir la anotación, aunque no le hace falta, después de dicho plazo con plena eficacia al amparo del artículo 15, sin que le obste lo establecido en los artículos 51, 52, 53 y 54 de la Ley. Y lo mismo cuando el legatario sea legitimario, la caducidad de la anotación preventiva, a que se refieren los artículos 86 y 87 de la Ley, no extingue la garantía real establecida en dicho artículo 15 a favor del legitimario.

ALCANCE DEL ARTICULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA

Otro artículo que también se «acuñó» en la Ley Hipotecaria fue el 98, que, a primera vista, también deja sin contenido hipotecario los artículos 50, 52, 53 y 54 de la misma Ley.

El artículo 98 dice: «Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal no tendrán consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada.» ¿Cuál es el plazo legal para ser anotados preventivamente los legados no legitimarios? ¿Es el de ciento ochenta días, a que se refiere el artículo 48 de la Ley? Hay que entender que el plazo legal es aquel durante el cual le está permitido al legatario anotar su legado, y le está permitido al legatario solicitar la anotación mientras no pueda exigir la entrega del legado y dos meses más, según el artículo 87 de la Ley.

La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 dice que se faculta a los interesados para solicitar directamente del Registrador de la Propiedad la cancelación de los legados no legitimarios que *pudiendo* no hubiesen obtenido anotación preventiva de sus derechos... De modo que la anotación preventiva que el lega-

tario pudo pedir y obtuvo habrá de producir los efectos establecidos en los artículos de la Ley Hipotecaria, y así, el artículo 52 de la misma dice y decía que el legatario que no fuere de especie y dejare transcurrir el plazo señalado en el artículo 48 sin hacer uso de su derecho, sólo podrá exigir después la anotación preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido o inscrito algún derecho sobre los bienes hereditarios y sí contra cualquier otro que con posterioridad a la anotación adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados, a tenor de lo establecido en el artículo 50; estos efectos son hipotecarios de garantía real mientras no caduque la anotación preventiva, y no personales, como da a entender el artículo 98.

El artículo 53 de la Ley dice que el legatario que transcurridos los ciento ochenta días pidiese anotación sobre los bienes hereditarios que subsistan en poder del heredero..., no logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado a cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algún derecho sobre los bienes anotados.

El artículo 98 no pudo dejar sin efecto lo establecido en estos artículos que existían antes y existen en la Ley; no puede tener efectos derogatorios tácitos de tales artículos y, por tanto, el Registrador no debe en tales casos acceder a la petición a que se refiere dicho artículo 98 y ha de considerar el plazo legal para anotar los legados no legatarios que no sean de especie, el plazo a que se refiere el artículo 87 de la Ley, sobre todo el segundo párrafo, porque puede ser insuficiente un año para poder exigir el legado, ya que puede el heredero hacer uso del beneficio de inventario o del derecho a deliberar, o también ser el legatario *ex die o sub condicione* o que el legado sea objeto de litigio, que tenga que reducirse por inoficiosidad legitimaria y entretanto el legatario podrá pedir la anotación preventiva para salvaguardar su derecho contra el riesgo de que el heredero enajene los bienes de la herencia o sea privado de ellos por ejecuciones de deudas personales.

¿Va a privarles el artículo 98 de la Ley Hipotecaria a los legatarios de género o cantidad de la garantía hipotecaria de la anotación preventiva mientras no puedan exigir la entrega de su legado? No es admisible, y el Registrador de la Propiedad debe desestimar la petición de cancelación de la anotación preventiva a favor de legatario de no ser ordenada por mandamiento judicial, que libere al Registrador de la responsabilidad de su calificación.

Todos los legatarios pueden pedir la anotación preventiva de su derecho con mayor o menor garantía, según la clase de legado; pero

si no ha transcurrido el tiempo para poder exigir el legado, producirá la anotación efectos contra los derechos adquiridos con posterioridad a la fecha de la anotación.

El fundamento de la anotación preventiva de legados está en la voluntad del testador, que es de presumir habrá deseado en su disposición testamentaria que los herederos no burlen el derecho de los legatarios.

En cuanto al legado de especie sobre bienes inmuebles no puede de momento inscribirse, pues aunque se transfiere el dominio directamente del causante al legatario, hay que esperar a que se reconozca como válido y eficaz, no anulable o reducible por deudas legítimas o por otros legados preferidos, y por lo mismo, la Ley permite a este legatario no la inscripción, sino la anotación.

Si el legado es de género o cantidad u otro asimilable, si se pide la anotación dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del causante, tendrá el anotante preferencia respecto de los legatarios que no la hayan solicitado y, además, tendrá prelación sobre los acreedores del heredero y sobre cualquier otro que adquiera derechos sobre los bienes anotados procedentes de la herencia, a tenor del artículo 49 de la Ley y del 52 de la misma.

Cuando estos legados se hayan anotado después de los ciento ochenta días sobre bienes que estén en poder del heredero, el legatario sólo tendrá preferencia respecto de cualquier acreedor del heredero con referencia a créditos o a otros derechos adquiridos con posterioridad a la anotación que pesen sobre los mismos inmuebles.

No se comprende cómo no son más frecuentes las anotaciones preventivas a favor de los legatarios, cuando tan a menudo vemos que existen herederos que contraen deudas cuyo importe excede al valor de los inmuebles heredados, quedando los legatarios de género o cantidad sin poder hacer efectivos sus legados, lo que se puede evitar pidiendo la anotación preventiva sobre inmuebles de la herencia. Es frecuente la ruina de herederos, en merma de los legatarios que no sean de especie. Tales legatarios deben saber que tienen su garantía en la Ley Hipotecaria.

En resumen, que no puede admitirse que el artículo 98 de la Ley implique una derogación tácita de los artículos 50, 52, 53, 71, 87 y 88 de la misma. El plazo legal a que se refiere el artículo 98 es el preceptuado en el 87 en sus tres párrafos.

MANUEL VILLARES PICÓ
Registrador de la Propiedad

VIDA JURIDICA

Aproximación al pensamiento de Recasens Siches

(Comentarios a su obra reciente, *Introducción al estudio del Derecho*, de Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, 360 págs.).

INTRODUCCION

El propósito inicial de estas líneas, consecuente con el encargo recibido, era el de ofrecer una visión sintética de la última obra del profesor RECASENS SICHES en forma de la tradicional recensión.

No obstante ello, a medida que uno se fue adentrando en el andamiaje de la obra y advirtiendo las concomitancias con otros escritos del autor, bien pronto fue posible llegar a la evidencia de que o bien la tarea encomendada resultaba incompleta o bien la personalidad y el pensamiento de RECASENS escapaban a los estrechos moldes de una recensión.

En consecuencia, me ha parecido preferible el efectuar una a modo de ampliación de la idea primitiva mía, siguiendo una línea lógica: en primer lugar, una visión sucinta de la *personalidad* del profesor RECASENS; en segundo lugar, una traslación de sus palabras acerca de lo que se propone el autor con esta obra; en tercer lugar, una sumaria exposición del *contenido* de la obra, en la forma usual de las recensiones y sin añadidos ni comentarios; en cuarto lugar, una síntesis de lo que, a mi parecer, son o pueden ser las líneas directrices de la obra, complementadas con otros escritos del autor sobre los puntos seleccionados; en quinto lugar, un intento de situar al profesor RECASENS en una perspectiva metodológica; en sexto lugar, un examen breve

de los puntos más polémicos o debatidos de la obra; en séptimo lugar, una visión personal de lo que es la *problemática* de las obras de *introducción* al Derecho, y en octavo lugar, unas conclusiones críticas, con las palabras finales.

Por supuesto, este intento mío y esta pretensión de acercar al lector al pensamiento del profesor RECASENS quizá eran en exceso osados, por lo que estimo sean juzgados con benevolencia y sin acritud. Lo que importa aquí y ahora es *aproximarnos* al pensamiento de RECASENS y el insistir en la idea de que la reflexión especulativa y filosófica del jurista es tarea siempre abierta a todos nosotros: en esta línea, la obra aquí presentada es fuente constante de meditación para todos.

RECASENS SICHES, Luis: *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1970, 360 págs.

1. LA PERSONALIDAD DEL AUTOR, PROFESOR RECASENS SICHES

Si difícil resulta a veces efectuar una *recensión*, mucho más difícil lo es cuando el autor es un jurista español de universal resonancia, cual el profesor RECASENS SICHES. Si es que aún hubiere algún despistado lector que desconoce quién es el autor de esta obra y cuál es su aportación al mundo del Derecho, no tiene más que echar una ojeada a las páginas finales de este libro, donde aparecen por riguroso orden cronológico las obras del autor, que se elevan a la escalofriante cifra de *ciento ochenta títulos*, entre libros, monografías, folletos, artículos de revistas, ponencias a Congresos, etc., en español, francés, inglés, alemán, italiano y portugués, sin contar las traducciones de otros autores y lenguas al español. Para una semblanza sucinta, pero densa, del autor, puede verse lo que recientemente se ha dicho de él en otros lugares (1).

De toda su extensa producción intelectual resulta también dificultoso elegir los títulos más representativos, pero aun a riesgo de error cabe adelantar dos obras que—aparte de esta que comento—no debieran faltar en la biblioteca de ningún jurista que de tal se precie: su fenomenal *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX* y su actualizado y conocidísimo *Tratado general de filosofía del Derecho*. Tam-

(1) Véase Prólogo de GARCÍA ARIAS al libro *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, 1970; véase RGLJ, febrero 1971, pág. 155, "Pórtico", por la Redacción.

co cabe olvidar la notable aportación que en plena juventud hizo a nuestra cultura, introduciendo entre nosotros a DEL VECCHIO, Kelsen, RADBRUCH y WEBER.

Catedrático de Filosofía del Derecho en 1927, a los veinticuatro años de edad, primero en Santiago y después en Salamanca, Valladolid y Madrid hasta 1936; pasó a México, donde es profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, y desde 1968 es profesor extraordinario de nuestra Facultad de Derecho Complutense, por acuerdo unánime de la Junta de la Facultad, además de profesor de la Escuela Judicial y otros numerosos centros docentes. La lista de universidades o centros en los que ha profesado o impartido sus lecciones se haría interminable.

Esta es la semblanza escueta, e incompleta si cabe, que se me ocurre hacer del profesor RECASENS.

II. EL PROPOSITO DE ESTA OBRA

Nadie mejor que el propio autor para que nos diga lo que piensa de esta reciente aportación suya: «Con este libro me propongo ofrecer un conocimiento introductorio, pero cabal, del Derecho. Lo he escrito en estilo sencillo y transparente para los estudiantes: para los alumnos del primer curso de la Facultad de Derecho, quienes precisan adquirir, ya desde esa etapa, una visión a la vez básica y global del mundo de lo jurídico; y también para los estudiantes de otras escuelas, los cuales, para completar su visión de cultura general, necesitan formarse una imagen de qué cosa sea el Derecho y del papel que éste desempeña en la vida de los hombres. Pero lo he escrito pensando también en los médicos, ingenieros, arquitectos, físicos, químicos, etc., que deseen formarse una idea de lo que el Derecho es y de las funciones por el mismo cumplidas en la existencia humana» (2).

Una de las precisiones más interesantes que cabe apuntar es que el pensamiento del autor sobre el Derecho se nos presenta—como él mismo apunta más adelante (3)—como la última versión depurada, en la que ha destilado «la quintaesencia de lo jurídico», tras algunos cambios, muchos retoques, no pocos afinamientos y una labor de integración complementadora: en suma, nos dice (4), «lo que un filósofo del Derecho, quien es a la vez sustancialmente jurista, puede comunicar a los profanos en Derecho, lo mismo que a los jurisperitos, sobre los puntos de mayor importancia en el área de lo jurídico».

(2) "Palabras prologales", pág. XIX de la obra comentada.

(3) *Loc. cit.*, pág. XX.

(4) *Loc. cit.* últimamente.

El que este *propósito inicial* del autor se haya o no cumplido es cosa que después veremos, aunque cabe adelantar ya aquí la inmejorable impresión causada en el ánimo del lector y la inevitable comparación con lo que en nuestros ya lejanos años juveniles se nos dio como *preparación* o *introducción* a los estudios de Derecho. Claro que siempre, se dice, las comparaciones fueron odiosas, pero en el presente ejemplo mucho más.

III. EL CONTENIDO DE LA OBRA

El profesor RECASENS divide el libro en ocho *partes*, que, respectivamente, tratan: de la ubicación del Derecho en el mundo y en la vida humana; de la experiencia jurídica; del Derecho como norma específica, diferente de otros tipos de normas; de las funciones del Derecho; de los conceptos jurídicos fundamentales (norma jurídica, deber jurídico, Derecho subjetivo, personalidad jurídica y modos de producción del Derecho); de la técnica jurídica, metodología de la Jurisprudencia e interpretación del Derecho; del Estado, y de la estimativa o axiología jurídica (o Derecho natural).

La *primera parte*—*Derecho, mundo y vida humana*—comprende tres *capítulos* dedicados a la ubicación del Derecho en el mundo, a lo normativo y lo colectivo y a la realidad del Derecho. Analiza en el *capítulo primero* la cotidiana y variadísima presencia popular del Derecho en la vida de los humanos, haciendo constar cómo todas las gentes tienen alguna noticia, más o menos definida, de que en el mundo en que viven hay un registro civil, ayuntamientos, jueces, gobierno, seguros sociales, leyes y reglamentos, abogados y notarios, herencias, policías, sociedades mercantiles, letras de cambio, multas, etc. Para todos es obvio que esas cosas pertenecen al ámbito de lo jurídico. Pero ese conocimiento es *vulgar*. ¿Dónde está lo jurídico de tales cosas? Esa *primera pregunta* sobre lo que sea Derecho es con la que se enfrenta el profesor RECASENS. Es evidente que el Derecho se presenta con diferentes y contradictorias fisonomías, incluso suscitando la filosofía social anarquista, que aboga por su abolición. El autor trata de hallar un concepto *esencial* del Derecho, o sea, una noción que sea *genérica*, universal, tema *distinto* del relativo a las medidas o *criterios valorativos* para enjuiciar el Derecho histórico. Yendo con el autor en búsqueda del Derecho en el mundo, hace constar cómo no pertenece a la naturaleza física inorgánica, ni a la materia orgánica, ni se reduce a pura realidad mental, no es idea pura ni tampoco valor puro: localiza lo jurídico *en la vida humana*. El Derecho es un producto cultural, *a modo de vida humana objetiva*.

da, y en tanto que tales objetos culturales son revividos, repensados, reutilizados, reactualizados por nuevas gentes, constituyen vida humana revivida, vida humana reactualizada. *Dentro de ese campo* de la vida humana objetivada o de las nuevas reviviscencias de ésta aparece *determinado* el Derecho por las dimensiones de *lo normativo* y de *lo colectivo*.

Entramos así en el *capítulo segundo*, donde se analizan estas dos *dimensiones* del Derecho. Distingue entre normatividad formal y material: el Derecho positivo (Derecho *puesto* o *establecido* por los humanos) tiene *forma* normativa, pero su *contenido* no es valor puro, sino que es obra humana histórica. Estudia luego los modos de conducta humana, deteniéndose en los *colectivos*, en los que el sujeto vive algo comunal, tipificado, anónimo, genérico, tomando como modelo la conducta de otro sujeto: precisamente el Derecho atañe a la existencia colectiva. En el Derecho jamás tropezamos con hombres individuales, sino categorías abstractas, tipos, cristalizaciones funcionales (extranjero, vendedor, arrendatario, contribuyente, juez, etc.). En el mundo del Derecho, la dimensión colectiva es fundamental. Además, lo humano es esencialmente histórico.

Finaliza en el *capítulo tercero* esta *primera parte*, con el estudio de *la realidad del Derecho*, en la que se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí, tres *dimensiones*: *hecho*, *norma* y *valor*. O de otro modo dicho, el Derecho se presenta como una realidad *tridimensional* (hecho, norma y valor). Pero *una cosa* es la *realidad* del Derecho y *otra cosa* es la *esencia* del Derecho: para llegar a ésta habrá que distinguir las reglas jurídicas de las reglas morales y de las sociales y descubrir las funciones cumplidas por el Derecho en la vida humana social. Concluye este capítulo diciendo que el Derecho es una obra humana que esencialmente contiene tres *dimensiones* recíprocamente unidas: *a)* validez formal otorgada por la autoridad política; *b)* referencia intencional a unos valores; *c)* realidad en cuanto a su origen en unos específicos hechos sociales y en cuanto a su efectivo cumplimiento. Por poseer estas tres dimensiones, el Derecho puede y debe ser estudiado desde tres puntos de vista: desde una consideración sociológica, desde una normatividad específica y desde la estimativa o axiología (5).

La *parte segunda* la dedica al estudio de *La experiencia jurídica*, analizando los diversos *factores* y *condiciones* intervinientes en la producción del Derecho: el sentimiento jurídico, los datos antropológicos,

(5) Para un examen profundo de la idea de tridimensionalidad del Derecho puede verse, del mismo RECASENS, lo escrito en *RNNot.*, 1971, núm. 71, página 153.

mentales, sociales básicos, políticos, económicos, históricos, axiológicos, racionales y religiosos. Entiende RECASENS por *experiencia jurídica* «el conocimiento inmediato y directo de una serie de datos que intervienen en la formación y en el desarrollo de Derecho» (6). La experiencia jurídica es *algo dado* de una manera directa e inmediata; es un conjunto muy complejo, pero unitario, de muchos y diversos datos, entretreídos entre sí de modo recíproco. Analiza después los más importantes *componentes* de la experiencia jurídica y, *entre ellos*, cabe resaltar: la urgencia y el deseo de paz y orden; la conciencia de que el hombre es un ser que ha de tomar decisiones, eligiendo posibilidades y potencialidades, en cada uno de los momentos de su vida; la idea de «sentimiento jurídico», intuición de lo que es *injusto* y, en menor medida, de lo que es justo, como vehículo de un juicio de estimación que tiene intrínseca validez; el sentimiento de la injusticia; los datos biológicos, consistentes en la diferencia de sexos, la reproducción, la alimentación, la diferencia de edades, la herencia de ciertos caracteres físicos y mentales, etc.; la representación mental del derecho subjetivo o «estar autorizado a» y del mérito o demérito; el sentimiento de culpa; los deseos sociales *básicos*, de seguridad, de progreso o mejora, de reconocimiento, de ayuda, de ser libre y autoafirmarse, de poder y de obediencia; el factor de poder político, instancia real y efectiva de mando coercitivo, como algo que *debe ser* y algo que forzosamente *tiene que ser*; los factores económicos; las estructuras sociales preexistentes al Derecho y coexistentes con él (producción y distribución de bienes materiales, relaciones de trabajo, uniones sexuales, paternidad y filiación...); las enseñanzas de la experiencia histórica, que es uno de los componentes de lo que llama RECASENS *el logos de lo humano*; las intuiciones de valores: estructuras de razón, o sea, argumentos razonables o razones de prudencia; las convicciones religiosas. Después de analizar los diversos componentes de la dimensión *fáctica* del Derecho, finaliza este capítulo con una nueva referencia a la *tridimensionalidad* del Derecho.

En la *tercera parte* estudia *el Derecho como norma específica, diferente de otros tipos de normas*, y comprende tres capítulos, en que se analizan las distinciones entre Derecho y moral, entre normas jurídicas y reglas de trato social y entre Derecho y arbitrariedad. El Derecho pertenece al campo de la *ética*, pero *difiere* de la *moral en sentido estricto*: la *norma moral* enjuicia la conducta humana a la luz de los *valores supremos* hacia los cuales debe orientarse la existencia del hom-

(6) Respecto a la experiencia jurídica está *anunciado* otro estudio de RECASENS: "Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable", en *Dianoia*, Fondo de Cultura Económica, 1971.

bre; la *norma jurídica*, en cambio, enjuicia el comportamiento humano desde el punto de vista de las *repercusiones de éste sobre otras personas*, es decir, en relación con las condiciones para ordenar la convivencia y la cooperación sociales. El *deber moral* se impone por razón del sujeto llamado a cumplir ese deber; el *precepto jurídico* se emite en consideración de la persona titular de la pretensión, autorizada para exigir el cumplimiento de una conducta ajena, en su propio beneficio o en beneficio de la sociedad. El *punto de partida de la norma moral* es el campo de las *intenciones*; el *momento de arranque del Derecho* es el plano *externo* de la conducta, es decir, la dimensión exterior del comportamiento, y en el caso *anómalo* de que el Derecho tome en cuenta las intenciones (Inquisición, totalitarismos, etc.), lo hace *sólo* en la medida en que éstas han podido exteriorizarse en signos externos de conducta relevante para otros o la sociedad. La moral supone y requiere libertad en su cumplimiento; el Derecho puede ser impuesto coercitivamente. Esta nota de *impositividad inexorable* es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico. La diferencia entre moral y Derecho se comprende al exponer el *ejemplo* ya clásico tomado del jesuita español FRANCISCO SUÁREZ, quien se preguntaba si el Derecho *debe* o no contener todo lo ordenado por la Ley moral: contesta que *no*, ya que la Ley jurídica positiva difiere de la Ley moral en cuanto al fin, en cuanto a la extensión y en cuanto al sentido; en el ejemplo de SUÁREZ, respecto a ciertos comportamientos deshonestos, el Derecho no puede ni debe prohibirlos, por la razón básica de que debe existir la *garantía* de una esfera de libertad frente al poder político («imponer por medio de la fuerza una conducta moralmente virtuosa constituye un agravio a la libertad de la persona»). En cuanto a las *reglas del trato social* (cuyos *caracteres* de módulos colectivos de conducta, exterioridad, positividad o vigencia fáctica e independencia de la intimidad, son caracteres peculiares también de lo jurídico), la diferencia esencial con las normas jurídicas consiste en la forma de *imperio* de unas y otras. en el tipo de sanción de unas y otras: lo esencialmente característico del Derecho es la posibilidad de imponer forzosamente, de modo *inexorable*, irresistible, la ejecución de la conducta debida, o de una conducta sucedánea prevista en la misma norma, o de evitar a todo trance el comportamiento prohibido. Distingue sutilmente RECASENS entre la *costumbre jurídica*—la cual es Derecho, con el mismo modo formal de imperar—y las reglas del trato social *manifestadas* también en *costumbres*—que no tienen dimensión jurídica—. El contenido respectivo de las normas jurídicas y el contenido de las reglas del trato social están sometidos a una relación *dinámica* en la Historia, a un trasiego en

ambas direcciones: lo que *hoy* es regido por el Derecho, *ayer* era asunto solamente de la decencia o urbanidad, y lo que *ayer* constituía precepto jurídico pasó *después* a mera regla del trato. Finaliza esta *parte* con la distinción entre mandatos jurídicos y mandatos arbitrarios: son éstos los actos contrarios al Derecho de los poderes públicos con carácter inapelable. Arbitrario *no equivale* a «injusto»: la calificación de justicia o injusticia se predica de los contenidos de un precepto y constituye un juicio estimativo o de valor; la calificación de «arbitrario» se refiere a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico, o mejor, negador de la esencia misma de lo jurídico. El mandato jurídico responde a una norma de regularidad inviolable, en tanto que la arbitrariedad se presenta como una irregularidad caprichosa. En lo *arbitrario* cabe señalar siempre la ausencia de regla, la carencia de criterio fijo, lo caprichoso, lo antojadizo. El mandato arbitrario se diferencia de la resolución jurídica *discrecional*, ya que ésta está sometida a normas, a principios o criterios generales para aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto.

La cuarta parte está dedicada a *las funciones del Derecho*. Trata el profesor RECASENS de averiguar cuáles sean los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo Derecho intenta satisfacer: a todo lo cual llama *funciones* del Derecho. Estas son: la de certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; la de resolución de los conflictos de intereses, y la de organización, legitimación y restricción del poder político. Analiza la función de certeza y de seguridad, las cuales determinan precisamente que el *contenido* del Derecho *varíe* según los pueblos y los tiempos en el proceso de la Historia. A pesar de esa *función* esencial, formal, *de garantía*, hay siempre un margen de *incertidumbre* y de *inseguridad* en el Derecho, que se manifiesta no sólo en los resultados del proceso judicial o administrativo en cada caso concreto, sino también en los hechos de que no cesa la producción de nuevas leyes y reglamentos. Para zanjar los conflictos de intereses entre individuos o grupos, el Derecho realiza las *operaciones* siguientes: clasificar los intereses (individuales, sociales o públicos) en merecedores o no de protección; establecer una jerarquía sobre la prioridad o preferencia de unos intereses merecedores de protección sobre otros y los esquemas de posible armonización o compromiso entre los intereses sólo parcialmente opuestos; definir los *límites* dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos mediante normas jurídicas; establecer y estructurar unos órganos que desempeñen las tareas de declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de intereses, de desenvolver y particularizar dichas normas,

de dictar normas individualizadas (sentencias y decisiones administrativas) en que se concreten las reglas generales y de ejecutar estas normas individualizadas. Termina su análisis de las funciones del Derecho diciendo que el Derecho asegura una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad, que es un término medio entre la anarquía y el despotismo y que intenta al mínimo la posibilidad de abuso del poder.

En la *quinta parte* estudia los *conceptos jurídicos fundamentales*. En su análisis de la *norma jurídica* estudia la *finalidad o propósito* (producir en la realidad social unos determinados efectos, deseados como valiosos) y su *estructura lógica*. Dada su *finalidad*, la norma es una obra *circunstancial*, por los motivos de su gestación, por las finalidades prácticas de sus efectos reales y porque el criterio para fijar su sentido y alcance en cada caso, su correcta interpretación, *no* puede consistir en operaciones de *lógica formal* pura. En orden a la *estructura lógica* de la norma, estudia las posiciones de Kelsen («juicio hipotético, cuyo supuesto constituye la condición normativa de un acto de coerción»), de VILLORO TORANZO (el «deber ser» es un juicio valorativo, manifestado en la forma lógica de un juicio hipotético) y de GARCÍA MAYNEZ (el supuesto jurídico es el conjunto de condiciones de cuya realización depende la validez normativa de las consecuencias jurídicas); considera importante señalar cómo es contingente y no forzosa la realización efectiva de la consecuencia jurídica de un supuesto jurídico, y cómo las normas jurídicas imponen obligaciones específicamente jurídicas a unos y atribuyen facultades o derechos subjetivos a otros; además, los supuestos jurídicos pueden ser complejos, o sea, contener múltiples elementos y condiciones, o contener elementos jurídicos o determinados comportamientos jurídicamente calificados.

Interesa a RECASÉNS averiguar cuál es la esencia característica del *deber jurídico en tanto que tal*, en tanto que jurídico, y busca la solución dentro del mismo concepto de norma jurídica: que alguien tiene un *deber jurídico* de comportarse de una determinada manera *quiere decir* que se halla situado en relación con la norma, de tal modo que, si no se conduce según lo determinado por la norma, podrá o deberá ser objeto de un acto de coerción impositiva de carácter inexorable. La existencia del deber jurídico se determina por virtud de que la violación de la conducta en aquél señalada constituye el presupuesto de una sanción jurídica, o sea, el supuesto de una de las formas de la coercitividad inexorable.

Distingue el autor tres tipos de *derechos subjetivos*: el *primero*, mero *verso material* de un deber jurídico de los demás, como esfera de la libre actividad del sujeto dentro de los límites que el orden jurídico

señala; el *segundo*, derecho subjetivo como *pretensión*, consistente en la situación que, por virtud de la norma, ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona u otras personas determinadas el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del Derecho, y el *tercero*, derecho subjetivo, como *poder de formación jurídica*, o facultad atribuida por la norma a una persona de determinar el nacimiento o contribuir a él, o de determinar o contribuir a la modificación o extinción de unas ciertas relaciones jurídicas. Para llegar a la esencia del derecho subjetivo recuerda cómo es una calificación dimanante de la norma, o sea, es de naturaleza conceptual; la situación o la conducta del titular del derecho subjetivo constituye, según la norma, el supuesto determinante de un deber actual en otro u otros sujetos; de donde resulta que el derecho subjetivo, en su *amplia acepción*, «es la cualidad que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistente en determinar jurídicamente (por imposición inexorable) el deber de una especial conducta en otra u otras personas».

Estudia el concepto de *personalidad jurídica*, distinguiendo cuatro problemas: 1) *qué quiere decir persona* en términos jurídicos, o sea, *qué es ser persona en Derecho*—tema de la teoría general del Derecho—; 2) *quiénes sean los entes* sobre los que recaiga esa calificación jurídica de persona—cuestión a contestar por el ordenamiento jurídico de cada pueblo—; 3) *en qué consiste el ser de esos entes* (individuales y colectivos) a los que el Derecho concede personalidad—temas de la antropología filosófica y de la sociología—; 4) *a quién debe el Derecho conceder la personalidad jurídica*—tema de la estimativa o axiología jurídica o de filosofía política—. Estudia después el profesor RECASENS el concepto jurídico de personalidad, diciendo que *no* es un hecho, sino una *categoría* jurídica, que el Derecho puede ligar a diferentes sustratos: la personalidad es la forma jurídica de unificación de relaciones. Tras la teoría de Kelsen de la *imputación* o atribución normativa, llega RECASENS a definir la persona jurídica como «la expresión del conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mismo ente, sea el individuo, sea una entidad social». La cuestión de *a quién debe reconocerse* u otorgarse personalidad jurídica en lo que respecta a la personalidad jurídica *individual*, es postulado básico y elemental de toda estimativa jurídica y lo admiten todos los pueblos civilizados, que debe reconocerse personalidad jurídica a todo individuo humano. Diferente es la cuestión *respecto a qué entes colectivos deben tener* personalidad jurídica, siendo diversas en el curso de la Historia y aun hoy las opiniones: en la mayoría de los países

civilizados y de cultura occidental imperan hoy criterios muy liberales en este punto respecto a asociaciones, sociedades, corporaciones y fundaciones; se parte de la idea de que «todas las instituciones se dan por razón de los seres humanos, y nunca los seres humanos se dan por razón de las instituciones».

Clasifica RECASENS las normas jurídicas desde diferentes puntos de vista: por sus respectivas fuentes; por su mayor o menor generalidad; por su respectiva jerarquía; por materia o contenido; por su ámbito espacial, temporal o personal de validez; por su cualidad; por su relación con la voluntad de los particulares, y por sus relaciones de complementación.

Sobre las llamadas *Fuentes del Derecho* plantea cinco problemas diferentes entre sí: 1) el de la fuente común, *fundamento* o razón común de *validez jurídica* de todas las normas (fuente unitaria, consistente siempre y necesariamente en la voluntad del Estado); 2) el de *cuáles suelen ser en la realidad los mecanismos más frecuentes productores* de normas jurídicas, es decir, el tema de los *modos de producción* del Derecho (Ley, costumbre, jurisprudencia, autonomía de la voluntad, etcétera); 3) el de *cómo se han elaborado* real y efectivamente los *contenidos jurídicos concretos*, o sea, de los procesos sociales a través de los cuales han surgido los contenidos del Derecho; 4) el de *cuáles son las fuentes que un sistema positivo dado establece para la producción de normas jurídicas*, o sea, el de qué órganos y qué procedimientos tienen autoridad o competencia para establecer normas jurídicas, y 5) el de *qué procedimientos deban ser calificados como preferibles* para la formación del Derecho.

En cuanto a los *modos de producción del Derecho*, distingue entre producción originaria y derivativa. Finaliza esta parte con unas consideraciones sobre la revisión del «Derecho injusto» y sobre el requisito de la facticidad del Derecho.

La sexta parte, dedicada a *técnica jurídica, metodología de la jurisprudencia e interpretación del Derecho*, está desglosada en tres capítulos, comenzando por el análisis de la *norma individualizada* (sentencia judicial y resolución administrativa), que *no constituyen* una mera deducción lógica formalista de la norma general, sino que aportan algo nuevo *no* contenido en dicha norma general: aportan las calificaciones y determinaciones individuales no especificadas en la norma general; las normas generales son sencillamente materiales básicos para que pueda haber auténticas normas jurídicas completas, las cuales son *solamente* aquellas que se dan en las sentencias judiciales y en las resoluciones administrativas. La función judicial tiene necesariamente dimen-

siones *creadoras*, al aportar ingredientes nuevos, que no se dan en la norma general. Censura RECASENS la garrafal equivocación de los juristas del siglo XIX de suponer que las normas jurídicas, sobre todo las legislativas, eran proposiciones de las cuales cabía predicar el atributo de verdad o el de falsedad; lo que les llevó a otro error, el de concebir la sentencia judicial como un silogismo y, en general, engendró la frenética manía de un deductivismo ilimitado en el campo de la jurisprudencia. Enumera el autor los *dos niveles de la crítica* contra la concepción silogística de la sentencia: en un *primer nivel de ataque* se partía de la evidente consideración de que la auténtica miga de la función judicial no consistía jamás en deducir la conclusión de dos premisas, sino en la tarea, muchas veces difícilísima, de sentar las dos premisas correctas; en el *segundo nivel de ataque* se va más lejos, al negarse radicalmente que la sentencia pueda ser un silogismo, ni desde un punto de vista psicológico ni como un complejo de ideas, ya que la sentencia es *psicológicamente* una intuición intelectual de una estructura total compleja, cuyos componentes o ingredientes son inseparables, al estar entrelazados entre sí de modo recíproco e inescindible. Estudia luego el tipo de delegación entre las normas generales y las individualizadas y el llamado principio de la «plenitud hermética» de todo orden jurídico positivo.

En otro *capítulo* de esta parte estudia *la interpretación del Derecho*. Sin interpretación no puede operar ningún ordenamiento jurídico. El Derecho *como realidad* es un arte práctico, una *técnica*, una forma de control social, un instrumento del que no cabe predicar la verdad ni la falsedad como atributos; ni cabe confusión del Derecho con la *ciencia del Derecho* ni con la *filosofía del Derecho*, ya que es el *objeto de estudio* de ambas. Las decisiones judiciales no son una «aplicación» del Derecho, como se ha dicho antes. La función judicial es siempre creadora en múltiples dimensiones. No cabe separar tajantemente entre cuestión de hecho y de derecho en una sentencia, entretreídas ambas de modo inseparable. En tema de interpretación del Derecho parece que lo normal sería buscar *el método correcto* de interpretación; sin embargo, los autores se dedican a relatar los múltiples y variados *métodos* de interpretación, agobiándose con el pseudoproblema sobre el criterio para elegir entre ellos, cuando la única regla general en materia de interpretación es la de que debe llevar a la individualización *más justa* de la norma general entre todas las posibles. Remacha que los *contenidos* de las normas jurídico-positivas no pueden ser tratados por los métodos de la lógica formalista tradicional de «lo racional»: el comienzo de los ataques crecientes en progresión geométrica *contra* el empleo

de la lógica formal tradicional fue la obra famosa de IHERING *Jurisprudencia en broma y en serio*, de 1884, a la que siguen la del magistrado HOLMES, en Estados Unidos; la de GENY; la de KANTOROWICZ (iniciador del movimiento llamado en pro de una «libre jurisprudencia»), y las de EHRLICH, SALEILLES, LAMBERT, HAURIOU, CRUET, MORIN y DEWEY; fundamental importancia tuvo la llamada «jurisprudencia sociológica» en los Estados Unidos, con las aportaciones de ROSCOE POUND, BENJAMIN CARDOZO y JULIUS STONE, en esta línea de crítica a la lógica tradicional; también la escuela alemana llamada de la «jurisprudencia de intereses», con RÜMELIN, OERTMANN y HECK, está en la misma línea; la lista se engrosa con los nombres de DUALDE, KARL LLEWELYN, JEROME FRANK, el argentino CARLOS COSSÍO, el hispano-venezolano GARCÍA BACCA, THEODOR VIEHWEG, CHAIM PERELMAN, VILLEY, BALLWEG, KARL ENGISCH, FREUND y CARNELUTTI. Tales *críticas* contra el empleo de la lógica tradicional en la interpretación del Derecho se dirigen *contra* la aplicación de esa lógica tradicional a los *contenidos* de las normas jurídicas o, de otro modo, el problema de la interpretación del Derecho es un problema de *lógica material*, de lógica de los contenidos y *no* de lógica formal (con empleo correcto en el tratamiento de las *formas* jurídicas). Lo que hoy entiende casi unánimemente el pensamiento jurídico más actual por *interpretación* es la llamada interpretación por virtud de valoración de los efectos. El problema de la equidad *no* es el de «corregir» la Ley, sino el de interpretarla «razonablemente». Termina insistiendo en la *unicidad* del método de interpretación: este solo método es el del *logos de lo razonable* o, de otro modo, el de la *equidad*.

El último capítulo de esta *parte* lo dedica al análisis de la *lógica de lo razonable* o lógica de la acción humana, que presenta, entre otras, las siguientes *características*: 1) está limitada o circunscrita por la realidad concreta del mundo social e histórico, en particular, en que opera; 2) está impregnada de *valoraciones*, o sea, de criterios estimativos o axiológicos; 3) tales valoraciones son *concretas*, referidas a una determinada situación humana real; 4) las valoraciones constituyen la base o apoyo para la formulación de los *objetivos* o finalidades; 5) tal formulación de objetivos está condicionada por las posibilidades que le ofrezca la realidad humana social concreta; 6) está regida por razones de *congruencia* o de *adecuación*, entre la realidad social y los valores, entre los valores y los fines u objetivos, entre los objetivos y la realidad social concreta, entre los fines u objetivos y los medios, entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios y respecto a la

eficacia de los medios; 7) está orientada por las enseñanzas extraídas de la *experiencia* de la vida humana y de la historia.

Estudia RECASENS en la *séptima parte* lo referente al *Estado*. Entre el concepto del Derecho y el del Estado media una muy estrecha relación, probablemente esencial y necesaria. Caracteriza al Estado RECASENS como «la organización política mediante un orden de normatividad coercitiva, que abarca una colectividad de seres humanos y que impera en un cierto territorio». Resalta las dimensiones sociológicas y jurídicas del Estado. En la realidad *social* del Estado lo que constituye y actúa como fundamento sociológico del mismo es un fenómeno de poder colectivo, consistente en la existencia de una *unidad* efectiva de decisión suprema sobre la regulación de la vida en común. Tal realidad social del Estado tiene una *dinámica*, a través de una serie de factores o procesos reales de voluntad social predominante, que actúan en el mantenimiento y en el desarrollo del Derecho en todos sus grados. Pertenecen a la realidad social del Estado todas aquellas conductas humanas que apuntan a establecer al poder político y a orientar la *acción* y las *decisiones* de éste, lo mismo en la esfera interna que en el campo internacional.

Finalmente, la *octava parte*, y última de la obra, la dedica al estudio de la *estimativa o axiología jurídica (o Derecho natural)*. La cuestión *estimativa* o valoradora del Derecho es importante: siempre cabe que nos preguntemos ante una forma jurídica si está o no intrínsecamente justificada o si a la luz de una crítica (según pautas transpositivas o metapositivas) debiera ser reformada. Tal enjuiciamiento crítico tendrá que resolverse a la luz de algunos *criterios*, a modo de puntos de vista valoradores, ideales, estimativos o axiológicos. La tarea de la *estimativa o valoración jurídica* consiste precisamente en averiguar *cuáles sean* los criterios según los que resulta posible dicha labor de crítica, de valoración y, consiguientemente, de orientación. En suma, este es el problema y esta es la tarea que se han conocido con las denominaciones de «Derecho natural», «idea de justicia», «fin supremo del Derecho», «axiología jurídica», etc. La *justificación* de la *estimativa jurídica* la halla RECASENS en esta base: una norma jurídica significa que entre las diversas posibilidades de conducta elegidas éstas lo son por resultar *preferidas* a otras, cuya preferencia se funda en una *valoración*. Tal fundamento tiene la ventaja de ser neutral respecto a la admisión o no de los varios supuestos filosóficos sobre el particular. Después se formula RECASENS la *cuestión* de si el fundamento *primario* hallado por él es *empírico*, perteneciente a la experiencia de meros hechos, o si, por el contrario, radica en una *idea a priori*, intrínseca y necesariamente

válida: dependerá de lo que se entienda por *empirismo*, cuya acepción *estricta* se refiere a la experiencia o conocimiento de datos de hecho contingentes, de datos sensoriales, pero cuya acepción *amplia* se refiere a un conocimiento de algo *dado de modo directo y patente* en la conciencia; en esta segunda acepción *amplia*, postulada por el autor, tales experiencias pertenecen al plano de lo *a priori*. Es decir, la raíz o fundamento primario de toda estimación es una idea *a priori*, o sea, intrínseca y necesariamente válida. A continuación se pregunta si ese *a priori* es de carácter *subjetivo*, meramente psicológico, o si, por el contrario, tiene validez *objetiva*, es decir, la cuestión es decidir entre el *relativismo* y el *objetivismo*. RECASENS aboga por el objetivismo, alegando: que la categoría del «deber ser» es tan primaria, tan originaria, como la del «ser»; no cabe aceptar sólo proposiciones *enunciativas* de fenómenos sociales y rechazar las proposiciones *normativas*; que hay unos criterios jurídicos intrínsecamente válidos, basados en lo más íntimo de la esencia o naturaleza del hombre; que el relativismo o subjetivismo aniquila todo el sentido del Derecho, puesto que la justicia tendría sentido y valdría tan sólo para los hombres justos, no para los restantes; que toda discusión sobre el Derecho carecería de sentido, lo mismo que no tendría sentido toda controversia política ni de conflictos de intereses; que la idea de justicia *no* es un hecho, sino que constituye una *esencia ideal*, con validez objetiva, independiente de los hechos psicológicos en que se representa. La *objetividad* de los valores *no* es abstracta, utópica y ucrónica, sino que es intravital, immanente a la existencia humana.

En el siguiente *capítulo*, dedicado a *estimativa jurídica y Derecho natural*, reconoce el profesor RECASENS que la concepción que presenta de la estimativa jurídica «está *bastante próxima* a una idea iusnaturalista, bien que depurada y a la altura de nuestro tiempo». El Derecho natural debe tomar en cuenta la finalidad esencial de la existencia humana, que está inserta en la misma estructura de la vida humana: *esa realidad humana*, que equivocadamente se ha denominado «naturaleza humana», *significa varias cosas*, tanto los principios internos estructurales y finalistas insertos en el hombre como ser individual y social, como las condiciones de las posibilidades e imposibilidades del hombre y de la sociedad, como lo que la estructura de las realidades impone insoslayablemente. Dicho *de otro modo*, hay una íntima y recíproca correlación, un nexo mutuo, entre los *finés* de la naturaleza humana y los *valores* mediante cuya realización deben ser cumplidos esos fines. Reconoce RECASENS la gran *importancia civilizadora* de las doctrinas de Derecho natural, entre cuyos *beneficios* cabe subrayar los siguientes: 1) nos han enseñado que el Derecho *no* es idéntico al poder o a la

fuerza; 2) nos han mostrado la íntima conexión entre el Derecho y la razón humana; 3) la clara conciencia de la íntima relación entre el Derecho y la idea de justicia; 4) la limitación o reducción del sentido del término «Derecho» a su propio contenido lingüístico y emocional, pues el pensamiento iusnaturalista ha limitado el área gobernada por el Derecho al reino de las normas legítimas y de la regularidad, al reino de lo razonable.

Trata en otro capítulo de la relación entre estimativa jurídica e historia, registrando el hecho de que *los regímenes jurídicos* de los diversos pueblos *son distintos y cambiantes en la historia*, con *contenido* muy diferente, y cuestionando si esa variedad y si ese cambio histórico tienen una *justificación*; si la tienen, que sí la tienen, cuestiona *cuál sea esa justificación* y la manera como los valores jurídicos puedan y deban *articularse* en el proceso histórico. Este es el tema *central* de la *filosofía del Derecho*, desde los presocráticos hasta hoy, la *cuestión clásica* por excelencia. Se pregunta así RECASENS cómo se deban articular las exigencias de los valores, que son ideas objetivas, dotadas de validez necesaria, *con* las demandas múltiples, varias y cambiantes de las realidades históricas, o sea, el *problema de la historicidad* de los ideales jurídicos particulares, de los programas de Derecho justo. En la comprensión de este tema halla las siguientes *fuentes de historicidad*: 1) la diversidad y el cambio de las realidades sociales particulares, diversas en cada situación y cambiantes; 2) la diversidad y el cambio en los medios y en los obstáculos para la realización de un fin; 3) las lecciones suministradas por la experiencia práctica, que sugieren las *modificaciones* a introducir en instituciones jurídicas; 4) la prelación en las necesidades que cada situación plantea, o sea, la escala de prioridades para las tareas que el Derecho debe realizar; 5) la pluralidad de los valores vocacionales y situacionales, cuyos valores concretos son inferiores en rango a los valores jurídicos *generales* referidos a todo Derecho y a todos los seres humanos.

En el capítulo dedicado a *la justicia*, comienza con unos preliminares sobre las *acepciones* de justicia—la de virtud universal y la del principal criterio o medida ideal para el Derecho—, de las que sólo interesa *la segunda*, en la cual debe inspirarse el Derecho positivo. La justicia, como idea de *armonía*, implica la necesidad de poseer *criterios de medida*, es decir, *pautas de valoración* de las realidades, que deben ser igualadas o armonizadas. El *problema* consiste en averiguar *cuáles deban ser los puntos de vista de igualdad* que deban prevalecer siempre y necesariamente, y *cuáles de entre las desigualdades son las relevantes o no relevantes para el Derecho*; sus *conclusiones* son: 1) debe

haber indiscriminada igualdad entre todos los seres humanos, en cuanto a la dignidad humana y en cuanto a los derechos básicos o fundamentales; 2) algunas desigualdades entre los humanos deben tener relevancia jurídica, cuales las de capacidad física, las aptitudes mentales y de orden cultural, los méritos o deméritos en el trabajo. El meollo del problema de la justicia *no* consiste en definir el valor formal de la justicia ni en afirmar su contenido, sino que la medula de la cuestión *consiste en otra cosa*: consiste en indagar la *jerarquía de los valores* según los cuales se deba establecer la equivalencia y la proporcionalidad en las relaciones interhumanas y en las relaciones entre individuo y las colectividades, incluido el Estado: 1) hay que *determinar los valores supremos* que en todo caso deben inspirar el Derecho, los valores que dan lugar a normas o ideales de carácter general (la dignidad moral del ser humano, la libertad individual y el principio de paridad fundamental ante el Derecho); 2) hay que *averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho* en determinados casos y supuestas unas ciertas condiciones y esclarecer el *nexo* de estos valores con los primeros dichos (v. gr.: económicos, técnicos, estéticos, etc.); 3) hay que *esclarecer qué valores*, a pesar de ser tales, *en ningún caso y de ninguna manera* pueden ser *transcritos* en las normas jurídicas (v. gr.: los religiosos); 4) habrá que *inquirir las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones* que confluyan en cada uno de los tipos de situaciones sociales, y 5) habrá que *estudiar los modos de realización* de los valores jurídicos.

Finaliza esta parte y la obra con dos capítulos sobre el *humanismo*. En el *uno*, trata de la estimativa político-jurídica del humanismo, planteando el problema de determinar cuál sea el valor de la *persona individual* en relación con los demás valores a considerar por el Derecho: son dos las *posiciones* contrapuestas, la del personalismo o *humanismo* y la del transpersonalismo o antihumanismo; en la *primera*, el Derecho es un *medio* para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona espiritual y, en la *segunda*, el Derecho es un *fin* en sí mismo, por encima de los hombres reales, individuales. Rechazado por el autor el segundo de estos sistemas, trata en el *último* capítulo de su obra de la *fundamentación y consecuencias del humanismo*, mediante razones *objetivamente* fundadas, cuales son: 1) la verdad firme de que *mi conciencia* constituye el centro, el soporte y el testimonio de todas las demás realidades; 2) la vida humana, la vida individual, *mi vida*, constituye la realidad *primaria*, fundamental, radical, primer punto de arranque de todo el conocimiento y de la filosofía; 3) la vida humana auténtica, propiamente tal, es *siempre* la vida de *un* individuo; 4) *la cultura*,

en tanto que intención de acercarse a los valores, tiene *sentido* tan sólo para aquel que no posee esos valores de modo plenario y que, sin embargo, siente la urgencia de esforzarse para acercarse a ellos y realizarlos en la medida que pueda. Finalmente, la *idea básica del humanismo* es la idea de la *dignidad* de la persona individual humana, que consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo o, lo que es igual, que no debe ser degradado a un mero *medio* para realizar fines extraños o ajenos a los propios. El valor supremo de la persona *no* debe ser confundido con los valores que el hombre pueda realizar con sus acciones y obras: el valor de la persona es el valor intrínseco de la esencia humana en tanto que tal. La *primera exigencia de Derecho natural* consiste en la afirmación de que la persona humana es titular de una libertad o autonomía dentro de su contorno social. La dignidad de la persona individual *precede* a todo orden social y está *por encima* de todo orden social y político. Los llamados *derechos básicos, fundamentales o naturales* de la persona humana se cimentan precisamente *sobre* la idea de la dignidad. Se habla aquí por RECASENS de *derechos fundamentales, básicos o naturales* de la persona humana, en el sentido de *exigencia ideal*, de un imperativo de la estimativa o axiología jurídica, de un *juicio de valor* intrínsecamente fundado. Es una *consecuencia* de la concepción iusnaturalista, *no* una modalidad de «derechos subjetivos», y se sitúa en el campo del Derecho que *se debe* establecer, esto es, en el plano *de iure condendo* o *de lege ferenda*: con ello se dirigen *requerimientos* al legislador y, en su caso, al juez, fundados sobre principios ideales de intrínseca y necesaria validez, sobre juicios necesarios de valor. En el plano de las *realidades prácticas* aparecen enfáticamente *proclamados* estos *derechos naturales del hombre* en casi todas las constituciones de los países civilizados del mundo libre y, a nivel internacional, en la proclamación solemne, hecha en 1948, de la «Declaración Universal de Derechos Humanos».

IV. LAS LINEAS DIRECTRICES DE LA OBRA

El curioso lector habrá podido observar en esta pormenorizada y resumida exposición de la obra que los puntos o temas interesantes son ciertamente numerosos. En la perfecta trabazón que el entramado de la obra presenta cabría ver, a modo de *líneas directrices* o *ideas básicas*, que el profesor RECASENS va pacientemente desenvolviendo hasta completar la interna armonía del edificio de esta obra y que, *a mi juicio*, creo que cabe *sintetizar* en las siguientes:

A) *La concepción tridimensional del Derecho*.—Es mérito grande del profesor RECASENS el haber acogido esta concepción y el haberla desarrollado hasta sus últimas consecuencias. Quizá parecía a RECASENS que su exposición no era todo lo amplia que el tema requería o quizá entendió oportuno hacer alguna indicación complementaria; ahora bien, el hecho es que *posteriormente* a esta obra comentada ha aparecido otro escrito suyo sobre este punto concreto desenvolviéndolo (7). En realidad, esta feliz denominación y la exposición de la teoría es obra del iusfilósofo brasileño MIGUEL REALE (8), quien ha demostrado que el Derecho es una realidad histórico-cultural que posee esencialmente tres *dimensiones* (hecho, norma, valor), las cuales constituyen elementos a la vez esenciales e inescindibles de toda experiencia jurídica. Esa tridimensionalidad había sido ya barruntada por otros autores anteriormente, bien dando preferente consideración a uno de los tres puntos de vista, bien aceptando y desarrollando los tres, pero sin establecer entre ellos los indispensables vínculos de conexión; entre otros, cita RECASENS (9) a los siguientes autores como *precursores* de la tridimensionalidad: los alemanes LASK, MUENCH, RADBRUCH, NAWIASKI y, sobre todo, HANS WELZEL; los italianos DEL VECCHIO, BOBBIO, LUMIA, PASINI y BAGOLINI; los franceses ROUBIER, LAMAND y VIRALLY; los norteamericanos ROSCOE POUND, JULIUS STONE, JEROME HALL—con su teoría «integrativa» del Derecho—y, sobre todo, KUNZ; y entre los juristas del gran tronco hispano, el portugués CABRAL DE MONCADA, el argentino CARLOS COSSÍO y el español LEGAZ Y LACAMBRA. El mérito de REALE ha sido profundizar con fino rigor filosófico en el carácter tridimensional del Derecho, distinguiendo entre *dos tipos* de enfoque tridimensional: la tridimensionalidad *genérica y abstracta* y la *específica y concreta*. El *primer tipo*, la *abstracta y genérica*, es el de los autores que separan los tres elementos como *objetos independientes* de otras tantas disciplinas jurídicas, *sin* deducir del planteamiento tridimensional todas las consecuencias en él implícitas; el *segundo tipo*, la *específica y concreta*, es el de los autores que, cual REALE y luego RECASENS, *integran* esos tres elementos en un complejo unitario, ya que *no* cabe separar de un modo absoluto y tajante las tres dimensiones del Derecho, pues en cada una de ellas se refleja, por esencial, la referencia a las otras dos.

REALE, frente al aislacionismo de los que separan los tres factores del Derecho, se plantea y resuelve las siguientes *preguntas*: 1) Dados los

(7) Véase "La concepción tridimensional del Derecho", en *RDN*ot., número 71, 1971, pág. 153.

(8) Véase *Filosofia do Direito*, 4.ª ed., Sao Paulo, 1965; *Teoria tridimensional do Direito: Preliminares historicas e sistematicas*, Sao Paulo, 1968

(9) Véase *op. cit.* últimamente, págs. 162 y sigs.

tres factores correlacionados en el Derecho, *¿qué es lo que garantiza una unidad del proceso de elaboración jurídica y en qué consiste esa unidad?* Se responde que, sin perjuicio del desdoblamiento en tres planos, el Derecho es uno solo, pero por eso mismo los diversos *especialistas* deben mantenerse en contacto permanente para integrar y completar sus respectivas investigaciones; la unidad del Derecho es una unidad de *processus*, no una simple aglutinación de factores en la conducta humana, cuya unidad encuentra su *raíz* y fundamento en el análisis mismo del hombre y de su polaridad e historicidad radicales; el hombre posee una *forma originaria y fundante: es y debe ser; el ser del hombre en su deber ser*; en el devenir histórico se va actualizando cada valor en momentos existenciales que no agotan los temas axiológicos, sino que plantean la exigencia de renovadas experiencias de valores, y entre tales *experiencias* está la del Derecho, que es tridimensional, como toda obra cultural, en tanto que tensión entre hecho y valor, tensión que se expresa en la objetividad de las normas. 2) *¿De qué modo se correlacionan los tres factores del Derecho*, o bien, cómo actúan un factor *sobre* los otros y los otros *sobre* el uno? Responde que las tres dimensiones en el Derecho se correlacionan en una unidad, la cual se desdoble en *momentos*, y vale por su unidad y en su unidad, sin que cualquiera de los tres factores pueda ser considerado como predominante de modo absoluto; sin embargo, de manera *relativa*, cabe decir que para el *jurista*, en tanto que jurista, el momento culminante es el normativo. Aunque la *norma jurídica* pueda y deba ser estudiada por abstracción desde el punto de vista de la lógica jurídica formal, jamás podrá ser comprendida integralmente atendiendo tan sólo a su aspecto *formal* de proposición lógica, ya que implica *necesariamente* una referencia tensional a los *datos de hecho* y a las *exigencias axiológicas* que le dieron vida. 3) *¿Cabe hablar de un factor dominante*, que subordine los demás al ángulo de su propia perspectiva? Responde que para el jurista, en tanto que tal, el Derecho se presenta *sub specie normativitatis*; desde el punto de vista de la jurisprudencia o *ciencia jurídica*, el Derecho debe ser visto como *norma*, *siempre y cuando* se considere la norma como una unidad integrante de hechos y valores; las normas *implican* una toma de posición *opcional y constitutiva* por parte del hombre, frente al *hecho* y según criterios de *valor*, irreductibles al plano de la facticidad; sin embargo, el Derecho *se presenta* bajo nuevos aspectos si se le contempla *bajo* otras perspectivas (sociológica, axiológica, de política legislativa...). 4) *¿Cómo distinguir entre sí las investigaciones filosófica, sociológica y tecnicoformal que tengan por objeto la experiencia jurídica?* Responde que es obvio que por razón de la

división del trabajo hay diversas *disciplinas* sobre el Derecho, lo mismo al nivel empírico que al filosófico; pero de la misma manera que *no cabe separar* esas tres dimensiones *en* el concepto del Derecho, *tampoco cabe reducir* el enfoque de una disciplina solamente *a una de las tres dimensiones* con carácter de exclusividad; lo que *caracteriza* a cada disciplina es tan sólo el *predominio* de la investigación de *una* de las tres dimensiones sobre el estudio de las otras dos.

Hasta aquí, muy resumida, la posición de REALE. RECASÉNS introduce *ligeras modificaciones* en ella, intentando dos cosas: *una*, el desligar esta teoría de los andamiajes neodialécticos de REALE y, *otra*, ahondar en las vinculaciones recíprocas de mutua implicación entre las tres dimensiones. Con lo que la tesis tridimensionalista tendría una mayor generalidad y quizá sería aceptable a mayor número de iusfilósofos. Tras abundar en lo expuesto por REALE, reitera que el Derecho tiene tres dimensiones recíprocamente trabadas entre sí de manera indisoluble, vinculadas por triples nexos de esencial *implicación* mutua. Por tanto, el Derecho *puede y debe ser estudiado desde esos tres puntos de vista*: como hechos sociales, como norma y como valor; pero reconociendo esto, resulta que no puede existir una total independencia entre esos tres ángulos, sino que cada uno aparece necesariamente enlazado con los otros dos. Puede ser conveniente elaborar, en el plano filosófico y en el científico-empírico, tres disciplinas sobre el Derecho: considerado como *norma*, será estudiado *filosóficamente* por la teoría general o fundamental del Derecho y, *científicamente*, por la ciencia jurídica dogmática o técnica de cada una de las partes de un orden jurídico positivo; considerado como *hechos* humanos sociales, será estudiado *filosóficamente* por la doctrina de la experiencia jurídica y, *científicamente*, por la sociología del Derecho y por la historia del Derecho; considerado como *valor*, será estudiado *filosóficamente* por la estimativa o axiología jurídica o teoría del Derecho natural y, *científicamente*, por la política del Derecho, tanto legislativa como judicial.

B) *La noción de experiencia jurídica*.—Sin perjuicio de remitir al lector al posterior estudio del profesor RECASÉNS sobre este punto (10), cabe aquí reiterar que con esta feliz denominación abarca RECASÉNS el conjunto de muchos y diversos datos, entrettejidos entre sí de modo recíproco, que forman un todo muy complejo, pero unitario. En ese conjunto de datos figuran: unos *hechos* de relaciones interhumanas, en los que encarna una dimensión *conflictiva*, esto es, *un problema práctico, una cuestión de conducta* en la que se da un choque

(10) Véase nota 6 precedente.

entre diversas aspiraciones humanas; tales aspiraciones están cargadas con referencias a valoraciones; este conjunto de realidades y de valores implica que las realidades son vistas *a través* de lentes estimativos; quienes profesan o propugnan tales valoraciones *pretenden* que éstas *concuerdan* con criterios de valor objetivamente válidos; tal pretensión *implica* también la *intuición* de unos valores a los que se considera dotados de intrínseca validez. Todo ese conjunto de datos *se presenta* como *problemas prácticos*, que requieren adecuada solución, al menos relativamente satisfactoria, de acuerdo con pautas de justicia, conforme a criterios valoradores; la solución debe ser de modo *ejecutivo*, de manera firme y decisoria, impositiva. Precisamente *es en la cuenca* de esa rica *experiencia en donde*, en términos generales, *se engendra* la *producción* de todo Derecho. Esta constatación contribuye a proyectar nuevas luces sobre la tesis de que las operaciones mentales del legislador, juez y juriconsulto *no* constituyen un pensamiento sistemático deductivo por vía de inferencia silogística, sino que constituyen un pensamiento *sobre problemas*, que arranca del análisis de problemas prácticos suscitados por la vida social; ese pensamiento del juriconsulto pondera todos los factores de los problemas mediante el examen de los diferentes *argumentos* contrarios que las partes interesadas aducen y los valora a la luz de criterios de *justicia* y *prudencia*, tratando de hallar la *solución* que sea, a la vez, la más justa, la más prudente y la más viable.

C) *La lógica de lo razonable como medio para la interpretación del Derecho.*—Además de los dos *capítulos* dedicados a este tema en la parte *sexta* de la obra que comentamos, el profesor RECASENS se ha ocupado con mucho detalle de estas cuestiones en otros lugares (11). Reconoce el gran valor y alcance de las aportaciones de KEISEN, SCHREIER, KAUFMANN y KUNZ relativas a estudios de lógica de las formas jurídicas, además de los estudios de axiomática jurídica y de lógica y ontología formales microscópicas del Derecho de GARCÍA MAYNEZ, VON WRIGHT, BOBBIO, MIRÓ QUESADA, etc. La aportación notable de RECASENS en este punto es la de insistir en el análisis de la lógica

(11) RECASENS: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 1956: "Unicidad en el método de interpretación del Derecho", en *Estudios-Homenaje al profesor Legaz y Lacambra*, 1960; "Interpretación del Derecho", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1961; "Rivoluzione teorica e pratica nella interpretazione del Diritto", en *Riv. Intern. de Filosofia del Diritto*, 1962; "The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational in the Making and the Interpretation of the Law", en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962; "The material Logic of the Law: A New Philosophy of Juridical Interpretation", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1965; *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 10.^a ed., 1970; *Experiencia jurídica. Naturaleza de la cosa y lógica razonable*, 1971; "La naturaleza del pensamiento jurídico" en *RGLJ.*, febrero 1971, págs. 159 y sigs.

material del Derecho, es decir, de la lógica concerniente a los *contenidos* de las reglas legales y de las decisiones de los tribunales y funcionarios administrativos. En uno de sus últimos trabajos, también posterior a esta obra (12), RECASENS *rechaza* de nuevo el empleo de la lógica tradicional de la deducción silogística en el campo del Derecho, lo que *no* implica que en el Derecho no haya lógica: hay, en verdad, lógica, pero no la lógica tradicional del silogismo, sino *otra* lógica diferente: la lógica *material* de los asuntos humanos; la lógica no de lo racional matemático, sino de *lo razonable* en materia de problemas humanos. Es una lógica que se inspira en la razón proyectada sobre los asuntos humanos, permeada por puntos de vista axiológicos, por conexiones entre valores y fines, por relaciones entre fines y medios; que aprovecha las lecciones de la experiencia histórica, de lo vivido, y que se inspira en la consideración de los *problemas* prácticos que demandan tratamiento justo y eficaz.

Se ocupa el profesor RECASENS (13) de los *precedentes* de esta lógica jurídica *material* o de los contenidos de las reglas y decisiones judiciales, hallando notables aportaciones en la labor de los sofistas griegos (sobre el tema de la argumentación, del razonamiento encaminado a tratar problemas prácticos de la vida humana y encontrar para esas cuestiones la solución más adecuada) y en SÓCRATES, ARISTÓTELES y CICERÓN; estos estudios de *dialéctica* o arte de la deliberación, de *retórica* y de *tópica* influyeron en la Edad Media y penetraron en la Edad Moderna hasta VICO, quien intentó salvar el pensamiento jurídico práctico frente a la invasión del espíritu cartesiano matematizante o geometrizante. Expone luego RECASENS las distintas posiciones de los autores que se han ocupado del tema, en forma muy similar a la de la obra comentada.

Reconoce la *utilidad* de los estudios de la Antigüedad clásica sobre la *tópica*, la *retórica* y la *dialéctica*, que han contribuido a iluminar en detalle y poner de manifiesto un tipo ejemplar de pensamiento jurídico, de máxima importancia y sumo relieve, tanto para el legislador como para el juez. Considera que *lo fundamental de las menciones* de ese tipo de pensamiento sobre los *contenidos* de las reglas jurídicas *son* las que se refieren a la *dialéctica* clásica, *entendida* ésta como *deliberación* y como *argumentación*, en suma, las que se refieren al pensamiento sobre *problemas*; cree anacrónico cualquier intento de hacer revivir las *tópicas* antiguas y medievales. Lo importante para RECASENS es la técnica del pensar sobre problemas, la cual se desarrolló en el

(12) *Op. cit.*, en RGLJ., pág. 162.

(13) *Op. cit.* últimamente, págs. 163 y sigs.

seno de la *retórica* o arte de la persuasión: la *retórica dialéctica* procede de modo radicalmente diferente del método *sistemático*, al tomar como punto de partida el *sentido común*, el cual va tanteando el camino en el campo de las verosimilitudes y se guía por la prudencia humana; es el arte de los debates y de las deliberaciones *para averiguar cuál*, entre varias opiniones diferentes, *tienen un mayor «peso de convencimiento»* y conduce a un resultado más plausible. El espíritu del pensamiento *sobre problemas* radica en la penetrante visión de que el jurista inevitablemente se encuentra con cuestiones *abiertas*, esto es, *no* previamente resueltas ni siquiera de un modo implícito: los problemas humanos *no* pueden encontrar solución dentro de la cárcel de un sistema dogmático.

D) *La estimativa jurídica o Derecho natural*.—Además de los dos capítulos sobre este tema en la parte octava de la obra comentada, apareció poco después o casi paralelamente otro estudio de RECASENS (14), en el que magistralmente, a nivel de lecciones universitarias, se traza una visión general del iusnaturalismo actual, con sus múltiples direcciones, las características comunes a todos los movimientos actuales iusnaturalistas y las formulaciones más relevantes, cuales las neotomistas, las existencialistas y las de los autores alemanes y norteamericanos.

Como pone de relieve GARCÍA ARIAS (15): «El Derecho natural es uno de los grandes temas jurídicos. Las posturas relativistas que entienden que se trata de una cuestión metajurídica o de un problema extrajurídico son rechazables, porque tienen por fin ocultar la impotencia de un positivismo trasnochado que pretende relegar el tema con táctica de avestruz... Y tal vez la esencia e importancia del tema radica en ser una cuestión decisiva para conocer la naturaleza del Derecho, para encontrar la fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas. Sin aceptar la existencia del Derecho natural resulta muy difícil ofrecer soluciones aceptables...»

Recalca RECASENS que la experiencia horripilante de la esencial atrocidad que plenariamente encarna en los sistemas totalitarios ha inducido a las gentes a la siguiente reflexión: o bien hay *algo intrínsecamente válido*, una *justicia* que está *por encima* de todos nosotros, o bien la justicia es una *palabra vana* y lo único que hay es el *hecho* del poder organizado de tal o cual manera, que hipócrita y cínicamente se llama a sí propio Derecho. La conciencia de esto en nuestros días ha suscitado un renacimiento de la estimativa jurídica.

(14) Véase *Iusnaturalismos actuales comparados*, Universidad de Madrid, Madrid, 1970

(15) Véase su prólogo a *Iusnaturalismos actuales comparados*, cit., págs. 7 y sigs.

Entre las múltiples y renovadas posiciones iusnaturalistas, resalta RECASENS (16) que no se trata en modo alguno de meras restauraciones de añejas ideas iusnaturalistas ni de burdas combinaciones eclécticas; se trata de otra cosa: se trata de nuevas reelaboraciones, que han sido posibles bajo la influencia de diversos factores de nuestro tiempo, en parte, por la enseñanza de una serie de experiencias históricas y, en parte, por el hecho de que las nuevas *filosofías* de este siglo han permitido intentar con éxito una mayor madurez y una mejor practicabilidad de la estimativa jurídica.

Clasifica las nuevas direcciones iusnaturalistas en: una renovada reelaboración neotomista (VERDROSS, MARITAIN, LECLERQ, RUIZ-GIMÉNEZ, TRUYOL...), la de los teólogos protestantes (BRUNNER), la de LEGAZ Y LACAMBRA, la de HELMUT COING, las apoyadas en las ideas de la filosofía existencialista (JASPERS, FECHNER, MAIHOFFER y WELZEL), las contribuciones norteamericanas (CAHN, BODENHEIMER, LON FULLER y ARNOLD BRECHT). Destaca entre las notas *concordantes* de todos los iusnaturalismos mencionados las siguientes: 1.^a la reafirmación, críticamente depurada, de una estimativa jurídica iusnaturalista, al señalar que el «Derecho natural» está muy lejos de ser doctrina conclusa y que hay todavía mucho por investigar; 2.^a remisión a la *metafísica*, como fundamento *primero* del Derecho natural; 3.^a *desnormalización* del Derecho natural (LEGAZ); 4.^a intento de precisar con rigor qué debe entenderse por «naturaleza humana», lo cual lleva a recortar o restringir el área de ésta; 5.^a concepción tridimensional del Derecho; 6.^a reiterada insistencia en la necesidad de que la estimativa jurídica iusnaturalista se alimente a grandes dosis de conocimientos sociológicos para llegar a las consecuencias prácticas debidas y mejores en cada tiempo y lugar; 7.^a acentuación de un sentido histórico para los ideales jurídicos o programas de Derecho justo, en armonía con cada una de las realidades concretas, reconociendo en el ser humano dimensiones esenciales inmutables y otras cambiantes o mudables; 8.^a reconocimiento superlativamente acentuado de que *el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana*; 9.^a insistencia en que en legislación y jurisprudencia es improcedente el empleo de la lógica tradicional de la inferencia, la cual debe ser reemplazada por otro sector del *logos*, por la lógica propia de los asuntos humanos o *logos de lo razonable*.

E) *La idea de la dignidad de la persona individual*.—Está presente en los últimos *capítulos* de la obra comentada y reiterada insistentemente en otros lugares (17). Hace notar RECASENS que *la coincidencia*

(16) *Op. cit.* últimamente, págs. 22 y sigs.

(17) *Op. cit.* últimamente, págs. 41 y sigs.

más sobresaliente entre todos los iusnaturalismos contemporáneos consiste en reconocer que *el valor supremo*, entre todos los valores jurídicos que deben inspirar la elaboración del Derecho positivo, es el principio de la *dignidad* y de la *autonomía* de la persona humana. Lo define como «aquel principio consistente en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo». Para LEGAZ Y LACAMBRA, la idea de «persona» representa algo *previo y fundante* de la idea de vida social; lo social es lo impersonal, genérico o típico, pero *se funda* en la persona, porque la presupone y porque sólo la persona puede impersonalizarse. Para RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, el hombre constituye una sustancia inteligente y libre y, por ende, un *fin de sí mismo* y que para sí propio funciona como eje de todo el universo; la persona es el fin de sí misma y no debe ser degradada a simple medio o instrumento para ningún otro ser creado; este *puesto central del hombre* adquiere mayor precisión al esclarecer cuál es *el fin que le mueve* como principio de todo su obrar, pues el «vivir naturalmente» es para el hombre caminar hacia la plena actualización de su forma, dirigirse a su perfección *ontológica*, tender hacia su fin supremo y único, que es el ser infinito. Señala RECASENS que *esta idea* de la dignidad *apareció* ya en el antiguo pensamiento chino y en los grandes filósofos griegos, siendo recogida por KANT al decir que «todas las cosas tienen un precio, excepto el hombre, que no tiene precio, porque tiene *dignidad*». Por ese valor supremo y *cualitativamente diferente* de los demás valores que es la dignidad, la persona es fin no sólo frente a las cosas, sino también frente a los componentes no personales del ser del hombre (físicos, biológicos y psíquicos).

V. LA POSICION DEL PROFESOR RECASENS DESDE UN PUNTO DE VISTA METODOLOGICO

Desde un punto de vista *metodológico*, *dependerá de la posición personal* del lector que enjuicia la obra el considerar al profesor RECASENS integrando o no uno de los grupos o tendencias metodológicas de la ciencia del Derecho. Para el propio RECASENS, la cosa es clara y obvia: se juzga como «un filósofo, quien es a la vez sustancialmente jurista» (18), y la concepción de la estimativa jurídica que presenta eludiendo el empleo de la palabra «Derecho natural» no impide que tal concepción «esté bastante próxima a una idea iusnaturalista, bien que depurada y a la altura de nuestro tiempo» (19).

(18) Véase en la obra comentada "Palabras prologales", pág. XX.

(19) Véase pág. 290 de la obra, respecto a la estimativa jurídica.

Sin embargo, *esta evidencia se nos difumina* al contemplar la obra del profesor RECASENS *desde el punto de vista de otros autores*. Ciertamente he de hacer notar que *la obra aquí comentada ha aparecido* en nuestro ámbito *casí al mismo tiempo* que la de otros autores españoles que cito, que no la recogen explícitamente, aunque sí aluden a la *posición* de RECASENS deducida de otros escritos suyos precedentes. Así, en primer lugar, ELÍAS DÍAZ (20) se refiere expresamente a RECASENS como «filósofo del Derecho» dentro de una problemática centrada en el tema ético, en una reflexión y análisis de los valores, que constituyen la base de la «estimativa jurídica» del autor (21); sin embargo, no lo cita expresamente como iusnaturalista (22); en otro lugar de su obra (23) DÍAZ recoge expresamente también la postura de RECASENS en el contexto de la *Sociología jurídica española*, exponiendo el análisis que hace de las interrelaciones entre Derecho positivo y realidad y con otras citas a su obra de carácter sociológico (24); otras referencias a RECASENS aparecen en esta obra de DÍAZ, respecto a los temas sobre reglas del trato social, la lógica y el Derecho y el realismo jurídico anglosajón (25).

Por su parte, el profesor HERNÁNDEZ GIL, en su monumental y reciente trabajo (26), al analizar en el volumen I los distintos *métodos* jurídicos tradicionales y ocuparse del Derecho natural y del método sociológico no cita para nada a RECASENS (27), pero en el volumen II, dedicado a *las corrientes generales del pensamiento*—«denominación ambigua e intencionada, ya que ni son del todo meramente metodológicas ni tampoco actitudes o doctrinas filosóficas» (28)—, se ocupa de RECASENS al referirse a la *sociología del Derecho* en el ámbito cultural español (29), y expone la posición de RECASENS al trazar la delimitación de la *sociología del Derecho* y la *jurisprudencia sociológica*.

A *mi juicio*, parece que debe considerarse al profesor RECASENS como lo que es, un *filósofo del Derecho*, pero cuya concepción tridimensional acerca del Derecho determina que las perspectivas sobre el

(20) *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, 1971.

(21) Ver *op. cit.*, págs. 257 y sigs., refiriéndose a la *obra precedente* (pero en sentido *idéntico* al de la obra comentada), "Vida humana, sociedad y Decho", 3.^a ed., 1952.

(22) A salvo las notas a pie de página, núms. 71 y 76.

(23) Página 204.

(24) En notas 61 y 64.

(25) En págs. 26 y sigs., 91 y sigs. y 124.

(26) *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1971.

(27) Este volumen I es *reedición* de obra idéntica publicada en 1946.

(28) Ver volumen II, prefacio, pág. 16.

(29) Página 107.

autor *varíen* según el enfoque se haga desde uno de los planos o dimensiones en que el Derecho se puede desglosar intelectualmente, dada su postura.

VI. LOS PUNTOS DEBATIDOS DE LA OBRA

Algunos de los puntos debatidos por la doctrina acerca de los temas básicos de la *ciencia del Derecho* son los que se aludieron anteriormente al hablar de las *líneas* directrices de la obra. Conservan todo su matiz polémico y se prestan a muy diversas interpretaciones, según la perspectiva de cada autor al enfocarlos. Entre otros, cabe aquí resaltar los siguientes:

1.º *El Derecho natural o estimativa jurídica*.—Sobre este inagotable tema cabe observar—entre nosotros tan sólo—las muy diversas posiciones de LATORRE (30), ELÍAS DÍAZ (31) y HERNÁNDEZ GIL (32), entre los más recientes, además de las muy interesantes consideraciones que hace GARCÍA SAN MIGUEL sobre el tema (33). Dejo expresamente de lado las *repercusiones sociopolíticas* derivadas de la contraposición positivismo-iusnaturalismo, a las que con frecuencia alude RECASÉNS a lo largo de la obra comentada y puestas muy de relieve por ELÍAS DÍAZ (34), al aludir a lo que gráficamente dice como *reductio ad Hitlerum* del problema. La cuestión perenne, el conflicto entre Antígona y Creonte planteado por SÓFOCLES, plantea la pregunta de si hay un criterio intrínsecamente válido opuesto al Derecho positivo en ciertos supuestos: sí lo hay para RECASÉNS y no para LATORRE (35), resolviendo el problema DÍAZ (36), en el sentido de admitir también en el neopositivismo actual moderado la función crítica de valorar un determinado Derecho positivo y postulando la distinción de tres niveles (Derecho válido—*ciencia jurídica*—, Derecho eficaz—*sociología jurídica*—y Derecho justo—*filosofía jurídica*—).

Parece obvio que no es misión mía el inclinarme o no por una posición iusnaturalista; parece también evidente que la aceptación o no

(30) *Introducción al Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona, 1968, págs. 6, 143 y siguientes, y 158.

(31) *Op. cit.*, págs. 60, 271 y sigs., y 299 y sigs.

(32) *Op. cit.*, vol. I, págs. 23 y sigs, pág. 67 y pág. 403.

(33) *Presentación de la obra de KARL ENGELSKH Introducción al pensamiento jurídico*. Ed. Guadarrama, Madrid, 1967 (trad. de E. GARZÓN VALDÉS), págs. V y sigs.

(34) *Op. cit.*, pág. 307, nota 77.

(35) *Op. cit.*, págs. 26 y 145.

(36) *Op. cit.*, en especial págs. 302, 307, 311 y 384, y luego en la 405.

del Derecho natural *dependerá* en última instancia de lo que cada autor entiende por tal; parece también bastante seguro que cabe distinguir entre el iusnaturalismo como *método jurídico*, como *idea filosófica* y como *normativa jurídica*; parece *normal* el reconocer que el Derecho tiende a realizar el valor de la justicia, postulado del iusnaturalismo tradicional, así como el reconocer, como hacen el mismo LATORRE y HERNÁNDEZ GIL, la utilidad e importancia de tal movimiento en la historia humana; parece aceptable reconocer que la dimensión *valorativa*, ética o iusnaturalista también cabe desde el positivismo jurídico moderado actual, como asegura ELÍAS DÍAZ, según vimos; parece difícil fijar hoy una *línea divisoria* clara y precisa entre iusnaturalismo y positivismo actuales, como pone de relieve GARCÍA SAN MIGUEL; parece lógico admitir una dimensión *ética* o *valorativa* en el Derecho, aunque su estudio y comprobación empírica *dependerán* de la disciplina jurídica con que el Derecho sea enfocado; parece casi instintivo el que ante el conflicto Antígona-tirano, *el hombre* se incline de parte de la heroína, y el que *el jurista* lo haga o no dependerá de su formación, de su voluntad y de su dignidad. En definitiva, quizá resulte exagerado el acudir a esas «consideraciones oblicuas» de CAPELLA (37) respecto al pretendido *Derecho revolucionario*, por cuyo medio se obtiene una más justa decisión judicial: el juicio salomónico replanteado por BERTOLD BRECHT en su famosa y conocida obra *El círculo de tiza del Cáucaso*, resuelto según una moral *revolucionaria* al decir de CAPELLA, con auténtica sabiduría humana del juez, es precisamente resuelto en base a una *decisión valoradora*, a una preferencia o, de otro modo, el juez estima que la relación «afectiva» es *valor* preferente a la relación «biológica». Tal solución en nada se diferencia de la bíblica. ¿Es absurdo acoger tal dimensión ética en la Derecho o es que todo va a ser cuestión de un juego de palabras?

2.º *La dimensión sociológica del Derecho.*—La exposición hecha por RECASENS en la obra comentada alude en frecuentes ocasiones a esta dimensión sociológica del Derecho, pero es conveniente completar sus ideas con la complementaria aportación hecha al referirse a la tridimensionalidad del Derecho en otro lugar (38). Con todo, en otros estudios (39) distingue entre la *sociología del Derecho* y el *sociologismo jurídico* o jurisprudencia sociológica; como apunta HERNÁNDEZ GIL,

(37) *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Ed. Fontanella, Barcelona, 1970, págs. 58 y sigs.

(38) Ver *RDNot.*, cit., pág. 179.

(39) "Sociologia del Diritto nella Spagna, nel Portogallo e nell'America Latina", en el volumen *La sociologia del Diritto. Problemi e ricerche*, de R. TREVIS.

en su crítica a ELÍAS DÍAZ (40), es útil distinguir entre el sociologismo jurídico como método y como teoría, cuya crítica ha aceptado después ELÍAS DÍAZ (41), pues que el sociologismo como método viene a enriquecer el análisis jurídico y no atenta, sino que favorece, a la normatividad del Derecho y a la sociología jurídica.

Con todo, entiendo que *una cosa* es la postura de RECASENS como sociólogo, lo que *no aparece* ni se desprende de la obra comentada, ya que necesariamente hay que acudir a otras producciones suyas, y en tal sentido es correcta la actitud del profesor HERNÁNDEZ GIL y de ELÍAS DÍAZ al encasillarlo cuando tratan de la *sociología del Derecho* en España, y *otra cosa* muy distinta es la actitud *sociológica* de RECASENS en su visión del Derecho o, de otro modo, su explicitación de la dimensión *sociológica* del Derecho, pues tal actitud es *implícita* en la obra comentada, pero *no aparece* todo lo evidente que quizá sería conveniente.

3.º *La dimensión normativa del Derecho.*—Es obvio que la actitud de un jurista ante la dimensión *normativa* del Derecho constituye una buena piedra de toque para saber en qué sentido ello va a determinar su futura conducta cual intérprete del Derecho. El profesor RECASENS no oculta la importancia fundamental de las normas jurídicas en el Derecho, para el jurista y en tanto que jurista, pero insiste una y otra vez en la necesaria e íntima correlación e interconexión con las otras dos dimensiones del Derecho. Vimos ya la posición de REALE sobre este punto y sus dudas respecto si era o no un factor *predominante* sobre los otros dos. En un sentido muy similar al expuesto por REALE y RECASENS, ELÍAS DÍAZ (42) habla de una «comprensión totalizadora de la realidad jurídica, que exige la complementariedad de esas tres dimensiones», pero, a su juicio, el elemento *base* específico lo constituye el sistema normativo; la visión de DÍAZ es claramente positivista, en un sentido moderado y actual, depurado, según dice (43), siguiendo las ideas de NORBERTO BOBBIO (44), para quien su *teoría normativa* es una posición integradora de una teoría de la norma jurídica en una teoría del ordenamiento jurídico, cuya base lo constituye precisamente el concepto de sistema normativo; pero una visión de BOBBIO como neopositivista, sin más, quizá no sea exacta, como ya previene HER-

(40) *Op. cit.*, vol. II, pág. 110.

(41) Ver *op. cit.*, págs. 192 y 193.

(42) *Op. cit.*, págs. 53 y sigs.

(43) *Op. cit.*, pág. 55.

(44) Ver *Studi sulla teoria generale del Diritto*, 1955; *Teoria della norma giuridica*, 1958; *Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1960; *Studi per una teoria generale del Diritto*, 1970; entre otras muchas obras.

NÁNDEZ GIL (45), anunciando un próximo trabajo en que se analizará en su conjunto la obra del autor italiano; el propio BOBBIO se ha mostrado consciente de la necesidad de *superar* la radical antítesis entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, mostrando sus diversas perspectivas desde los niveles de la ciencia del Derecho (teoría del Derecho), del plano ideológico y del plano metodológico. Me remito, en cuanto al pensamiento de BOBBIO, a la excelente obra citada de ELÍAS DÍAZ. En una posición bastante próxima a la de éste aparece LATORRE.

Parece que la cuestión planteada por REALE sobre *si hay o no un factor preponderante* en las tres dimensiones del Derecho vendrá a resolverse en función de la perspectiva de cada autor ante la *norma jurídica*. O de otro modo, de la posición que, dada la primacía de la norma, se adopte ante las cuestiones de la plenitud del ordenamiento jurídico, de la subsunción como sistema para aplicar la Ley y de la actitud ante la justicia como valor. Si para el nuevo *positivismo ético* el Derecho posee *siempre* un *valor*, es claro que tanto da hablar de iusnaturalismo como de positivismo, ya que todo dependerá de si el valor es final o instrumental. En definitiva, parece aceptable la postura de DÍAZ, siguiendo a BOBBIO, al distinguir tres niveles de la normatividad jurídica: el de validez, el de eficacia y el de justicia. Que el Derecho válido, el Derecho eficaz y el Derecho justo sean, respectivamente, objeto de la *ciencia* del Derecho, de la *sociología* del Derecho y de la *filosofía* del Derecho son otras tantas conclusiones de DÍAZ, a mi parecer en nada diferentes de las postuladas por RECASENS en la obra comentada y en otros lugares.

4.º *La concepción tridimensional del Derecho*.—Es este uno de los puntos más notables de la obra—posteriormente desarrollado, como dije—, pero que mayores matices polémicos puede presentar. En efecto, ¿cómo articular la unidad en el proceso de elaboración del Derecho? La cuestión, planteada ya por REALE, según vimos, y desarrollada por RECASENS (46), es, asimismo, aludida por DÍAZ al referirse a la «síntesis dialéctica» de los tres niveles y de «los canales de comunicación o vías de aproximación de esos tres niveles». Pero si lo que está claro es *el qué*, no se ve tan claro *el cómo* de esa interconexión, interrelación, aproximación o como se quiera llamar. Parece difícil creer a REALE y RECASENS, que abogan por la necesidad del contacto permanente de los juristas especializados, por la conveniencia de que el Derecho pueda y deba ser estudiado desde distintos puntos de vista interdependientes y en íntima correlación, con *reflejo* en cada disciplina de cada dimen-

(45) Ver *op. cit.*, vol. II, págs. 161 y sigs., en especial la 163.

(46) Ver *RDNot.*, cit., págs. 171 y sigs., y 182 y sigs.

sión ajena: ello *presupone* que existan hombres, juristas, superpreparados, especialistas en varias ramas jurídicas a la vez, cosa que creo algo utópica por el momento.

Algo similar cabría oponer a ELÍAS DÍAZ (47), al aludir a la confrontación permanente de la *ciencia jurídica* con la realidad social y a través de las interconexiones entre legalidad y legitimidad, de manera que venga a constituirse como instrumento apto para la institucionalización del cambio social; ahora bien, *¿cómo se lleva a cabo* dicha confrontación permanente entre la realidad social y el Derecho? O de otro modo, *¿cómo influye o cómo cambia* el orden jurídico *a consecuencia* de una transformación social? Y viceversa, *¿cómo* un cambio jurídico *es instrumento idóneo* para operar una reforma social? A esta interesantísima *problemática* apenas se ha prestado atención por nuestros juristas y sociólogos hasta hace muy poco tiempo; que yo sepa, tan sólo el profesor DÍEZ-PICAZO, siempre en vanguardia y con una enorme dosis de agudeza y rigor intelectuales, se ha ocupado de este punto de la correlación cambio social-cambio jurídico (48), y más posteriormente, TOHARIA (49).

En definitiva, lo que importa aquí y ahora es remachar la idea clave de esta concepción tridimensional del Derecho: *que el jurista, en cuanto tal, tiene que atender* no sólo a la dimensión normativa del Derecho, sino también a los demás factores extra o metajurídicos que influyen en la elaboración interpretación y aplicación de las normas, y que *su tarea* ha de realizarla *partiendo* del dato cierto de un Derecho que se va quedando rezagado frente a la evolución social (50).

5.º *La lógica de lo razonable*.—Esta forma de lógica *material*, al decir de RECASENS, la ha desenvuelto el autor en la obra comentada y en una serie de escritos suyos coetáneos o posteriores, a los que se hizo mención más arriba. Sin embargo, pese a la enorme claridad de su exposición, esta curiosa denominación y forma de *lógica* no es muy bien acogida por la doctrina, con la salvedad de THEODOR VIEHWEG (51). Una exposición clara del problema de la lógica ante el Derecho puede

(47) Ver *op. cit.*, págs. 132 y sigs., 208 y sigs., y 404 y sigs.

(48) En su conferencia en Ateneo Mercantil de Valencia el 14 de enero de 1971, titulada "Cambio social y evolución jurídica", todavía hoy inédita.

(49) Cita de ELÍAS DÍAZ, *op. cit.*, pág. 207; la tesis doctoral, inédita, se llama "Cambio social y vida jurídica en España: 1900-1970".

(50) Ver LATORRE, *op. cit.*, pág. 125.

(51) Ver *Tópica y jurisprudencia*, trad. de DÍEZ PICAZO, Taurus, 1964, páginas 49 y sigs.

verse en HERNÁNDEZ GIL (52) y, sobre todo, en ELÍAS DÍAZ (53). De la exposición de estos autores parece deducirse una *doble cuestión: de un lado*, que *una cosa* es la inadecuación de los esquemas de la lógica *formal* para la resolución de las cuestiones de lógica jurídica y *otra cosa* distinta es que exista la necesidad de otra lógica diferente de la lógica *formal*; y, *de otro lado*, que *una cosa* es la lógica del *Derecho* y *otra cosa* es la lógica *de los juristas*, sin perjuicio de posteriores *subdistinciones* entre lógica de la *argumentación jurídica*, *lógica normativa* o *deóntica*, etcétera. Las reticencias entre nosotros a la lógica parece van desvaneciéndose, como pone de relieve ELÍAS DÍAZ (54). Cabe citar aquí el *precedente* y ejemplo de LEGAZ Y LACAMBRA (55).

Toda la formidable crítica de RECASENS dirigida contra la lógica *formal* creo que, en realidad, la dirige inconscientemente contra la doctrina de la subsunción en la aplicación del Derecho; basta repasar las páginas de la obra comentada o las dedicadas al tema en el trabajo publicado en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, para darnos cuenta de que el abanico de opiniones y autores se están refiriendo a la figura del Juez al aplicar el Derecho. Y es curioso comprobar cómo la cita de HRUSCHKA (56) viene a ser en sustancia *idéntica* a la posición que entre nosotros y en época coetánea ha sustentado el profesor DÍEZ-PICAZO (57), tesis la de este último que RECASENS parece desconocer.

Parece, por tanto, que la cuestión de la lógica ante el Derecho va a estar de moda un cierto tiempo y quizá origine nuevas aportaciones de la doctrina; es posible que se obtengan ideas nuevas al respecto; creo útil la distinción de BOBBIO—que tomo de ELÍAS DÍAZ—entre lógica del Derecho y lógica de los juristas; parece probable que la insistencia de RECASENS acerca del *logos de lo razonable* se reduce a una especial *modalidad* de la argumentación jurídica como cree HERNÁNDEZ GIL; es posible que sea de cierta utilidad el admitir la noción de una lógica *pluralista* dentro del campo del Derecho, con las inevita-

(52) *Op. cit.*, vol. I, pág. 127, en relación con la dogmática jurídica, y volumen II, págs. 139 y sigs., 156, 193 y sigs., respecto de la semiótica y del lenguaje.

(53) *Op. cit.*, págs. 84 y sigs., con notable claridad expositiva y excelente resumen de las distintas posiciones doctrinales.

(54) Ver *op. cit.*, nota 27, en la pág. 90, con amplia bibliografía.

(55) Ver estudios publicados en el *Anuario de Filosofía del Derecho*: "Introducción a la lógica jurídica", 1954, pág. 302; "El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes", 1954, pág. 297; "La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico", 1957, pág. 1, y 1958-59, pág. 1.

(56) Ver RGLJ., 1971, *op. cit.*, pág. 178.

(57) *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo I, Tecnos, 1966, prólogo, páginas 24 y sigs.

bles diferenciaciones según las actividades jurídicas; que *no todo* el Derecho sea *reducible* a la actividad judicial es obvio y mentes lúcidas nos advierten de ello (58), por lo que quizá *aquí habría que postular* se dediquen estudios al tipo de lógica utilizado o utilizable en las distintas *profesiones* jurídicas, sin caer en el frecuente error de reducir el enfoque a las actividades del legislador o del juez.

6.º *La dimensión económica en el Derecho.*—Sin perjuicio de aludir brevemente a los *factores económicos* entre los componentes de la *experiencia jurídica* y de otros múltiples estudios de RECASENS sobre los temas del marxismo o relaciones entre capital y trabajo, parece digno de destacar que su versión del Derecho está bastante depurada de la influencia de la dimensión económica. Esto le podrán imputar quienes dedican a esta dimensión una atención y una importancia más notables. Es evidente, como advierte LATORRE (59), que la opinión que se tenga sobre la doctrina marxista del Derecho *dependerá* de la que se adopte frente al marxismo en general, de la que aquélla no es sino una faceta. Hasta hace muy poco no ha habido estudios sobre el marxismo y el Derecho entre nosotros; recientemente cabe citar las obras del profesor HERNÁNDEZ GIL (60), LATORRE y ELÍAS DÍAZ (61), en las que aparece una visión resumida y coherente del pensamiento marxista ante el Derecho. Es de resaltar la importancia del análisis de HERNÁNDEZ GIL, por ser quizá el primero *de* nuestros juristas, y el primero también *de entre* nuestros juristas, que se ha atrevido con el tema y lo ha digerido, mostrando al desnudo los pros y contras de la tan de moda posición marxista, en ocasiones más bien fachada que contenido.

En todo caso, parece que esta dimensión *económica* del Derecho es importante e inevitable y que una mayor dedicación al tema entre los componentes de una visión actual del Derecho no estaría de más en obras de «introducción», cual la comentada de RECASENS.

(58) En este sentido, LATORRE, *op. cit.*, pág. 7

(59) *Op. cit.*, pág. 176.

(60) *Marxismo y positivismo lógico*, Madrid, 1970, págs. 13 a 68; después refundido en el vol. II de su obra antes citada, *Metodología...*, págs. 51 y siguientes y 72.

(61) *Op. cit.*, págs. 143 y sigs., pero referida la exposición a la sociología del Derecho.

VII. LA PROBLEMÁTICA DE LAS OBRAS DE «INTRODUCCIÓN» AL DERECHO

Inevitablemente, cuando algún autor se decide a escribir está pensando *en lo que va a decir* a los futuros lectores, pero este pensamiento está, a su vez, *en función* de quiénes sean estos lectores. Esta afirmación, pura evidencia, se comprueba en las obras de «introducción» al Derecho o al estudio del Derecho o a la ciencia jurídica: aparece claro que no hay tan sólo *un por qué* de la obra, sino también hay *un para quién*; de manera que, en la mayoría de los casos, el autor respectivo se ve casi obligado a escribir unas líneas de presentación de su obra, en las que deja traslucir *el por qué* de la obra y *a quién* va destinada en principio. Esta idea, comprobable por lo demás, se ve clara en RECASENS.

Cuando se parte de unas coordenadas claras, delimitadoras de las líneas directrices de la obra; cuando aparece como punto de partida y casi de conclusión la idea de la tridimensionalidad del Derecho; cuando se desprende la necesidad de la interrelación de las distintas disciplinas jurídicas; cuando la visión del Derecho cambia con el enfoque de una nueva y distinta perspectiva; cuando los tres niveles o planos de hecho-norma-valor se postulan entremezclados, el problema es obvio: ¿cómo presentar una «introducción» al Derecho en la que la interconexión de las tres dimensiones se vea bien articulada? ¿Cómo describir el fenómeno jurídico atendiendo a la realidad social, a las normas jurídicas y a su valoración ética, sin que exista un predominio de una dimensión sobre otra? ¿Cómo interesar en un estudio tal al no iniciado en lo jurídico, bien por su juventud o bien por excesiva madurez, y al ya iniciado, pero especializado en otros campos del mundo del Derecho? ¿Cómo llegar a un resultado útil para todos?

Esta serie de cuestiones han sido resueltas por RECASENS en la forma expuesta al hacer el análisis de su obra. Con lo cual llegamos a una primera evidencia: la peculiaridad de su exposición, distinta a la de los demás autores que han tocado el tema relativo a la *introducción* al Derecho. Cabría así deslindar varios grupos entre las obras de iniciación al Derecho: aquellos que lo hacen con un enfoque científico-dogmático (KELSEN, DABIN, CARNELUTTI, BOBBIO, GARCÍA MÁYNEZ), los de tipo pseudorrealista (D'ORS), los de tipo sociológico (LATORRE, ELÍAS DÍAZ) y los de tipo filosófico (RUIZ GIMÉNEZ, KARL ENGISCH y RECASENS). Pero, a su vez, este abanico de perspectivas según los autores *no* es coincidente con el contenido de la obra de cada uno de ellos: así, hay quien dedica atención preferente a la norma jurídica, quien al lenguaje,

otro a la aplicación del Derecho, otro al método, otros al positivismo, otros al sociologismo jurídico, etc.

Unicamente de toda esta relación de autores puramente indicativa (62) es notable excepción el profesor RECASENS, que elabora en esta obra que aquí se comenta una visión muy depurada del Derecho, en la que las diversas dimensiones y los factores o componentes de él aparecen sabiamente articulados para no dar en ningún momento sensación de predominio de uno sobre otro.

De otro lado, la dificultad del público destinatario de la obra de *introducción* no aparece tal en la magistral exposición de RECASENS, cuyo mérito mayor aquí es el de ser inteligible y accesible aun para los profanos en Derecho y para los jóvenes.

Finalmente, la acentuación por mi parte del matiz *filosófico* del autor no envuelve censura alguna, pues la meditación filosófica en este caso recae sobre la *esencia* misma del Derecho y toma en cuenta la realidad social del Derecho, su producción y funciones.

VIII. CONCLUSIONES CRITICAS

De toda esta larga exposición aparecen con una claridad notable algunas *conclusiones*: la *primera*, que la obra está escrita en un castellano admirable, diáfano y riguroso; la *segunda*, que el contenido de la obra excede con mucho a una mera *introducción*, por la perfecta síntesis lograda entre las dimensiones en que el Derecho se diversifica; la *tercera*, la plena adecuación del propósito inicial del autor al resultado obtenido, al hacer accesible esta obra a cualquier persona, sea o no cultivada en Derecho; la *cuarta*, que el *pensamiento jurídico* del profesor RECASENS, bien que depurado y en su *quintaesencia*, debe completarse con otras obras suyas; la *quinta*, que las líneas directrices de su obra y de su pensamiento llevan incapsulada una buena carga de dimensión polémica; la *sexta*, que en el plano operativo de la práctica, la articulación plena de las tres dimensiones del Derecho aparece en verdad problemática y dificultosa; la *séptima*, la necesidad de reconsiderar las exposiciones tradicionales del Derecho, en las que casi tan sólo se incidía en el plano *normativo*, con olvido de los niveles sociológico, económico, lógico y axiológico; la *octava*, que parece cuestionable que la denominada por el autor *lógica de lo razonable* sea respuesta satisfactoria al problema de la lógica ante el Derecho; la *novena*, que una

(62) Ver LATORRE, *op. cit.*, pág. 227, y la interesante y seleccionada enumeración que dicho autor hace de obras cuya lectura recomienda.

actitud *crítica* de valoración de un determinado Derecho positivo es no sólo necesaria, sino conveniente, tarea siempre abierta a todo jurista en la misión de dar sentido al Derecho, rezagado ante los cambios sociales; y la *décima*, que el valor supremo para el Derecho es y debe ser el de la dignidad de la persona humana individual.

En definitiva, no se trata de replantearnos la eterna cuestión de si se debe optar por el iusnaturalismo o el positivismo (con o sin el «neo»), sino de lo que se trata es de si el jurista opta por el *humanismo* (tesis de RECASENS) o por el antihumanismo o totalitarismo.

La obra del profesor RECASENS—jurista, filósofo, iusnaturalista, creyente, liberal, maestro—la veo indispensable en la biblioteca de todo jurista que de tal se precie.

Ibiza, 20 de mayo de 1972.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

9. AUNQUE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL NO HA INTRODUCIDO UN RÉGIMEN DE CODISPOSICIÓN DE LOS GANANCIALES, SINO UN CONSENTIMIENTO O ASENTIMIENTO «UXORIS», DE ESTRECHO PARENTESCO CON LA LICENCIA MARITAL, NO PUEDE DESCONOCERSE QUE MIENTRAS EN EL ACTO DISPOSITIVO DE PARAFERNALES POR LA MUJER SIN LICENCIA MARITAL ELLA ES PROPIETARIA Y TITULAR REGISTRAL. EL ACTO DE DISPOSICIÓN DE FINCA GANANCIAL POR EL MARIDO SIN ASENTIMIENTO «UXORIS», POR TRATARSE DE BIENES COMUNES, DE TITULARIDAD COMPARTIDA, RESULTA INCOMPLETO Y NO DEBE INGRESAR EN EL REGISTRO, CUYA FINALIDAD PRIMORDIAL ES PROPORCIONAR SEGURIDAD A LAS RELACIONES INMOBILIARIAS Y PUBLICAR SITUACIONES FIRMES Y CLARAS, NO PARECIENDO ACONSEJABLE LA APLICACIÓN POR ANALOGÍA DEL EXCEPCIONAL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 94 DEL REGLAMENTO.

Resolución de 15 de marzo de 1972 («B. O. del E.» de 7 de abril).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Madrid, ante el Notario don Alejandro Santamaría y Rojas, el 8 de mayo de 1959, don Antonio Palacios Martínez del Campo, casado con doña Graciella San Bartolomé Morelló, compró a don Valentín Palacios Ruiz Senén y otros

varias participaciones proindivisas de un solar en la calle Churruca, 21, de Madrid, escritura que fue inscrita en el Registro Norte, hoy número 6 de la capital, con excepción de determinadas participaciones en usufructo, pleno dominio y nuda propiedad, de las que era dueño el vendedor indicado y cuya inscripción se suspendió por el defecto subsanable de falta de consentimiento de la esposa o, en su defecto, autorización judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.413 al tratarse de bienes gananciales, por no constar que se adquiriesen con bienes propios del marido. Fallecido el comprador, don Antonio Palacios, el 22 de marzo de 1969, y hecha la partición de su herencia, fueron en ésta adjudicadas en proindiviso las participaciones cuya inscripción fue suspendida a la viuda, doña Graciella, y los hijos, don Francisco Javier y don Federico Palacios San Bartolomé, herederos testamentarios de don Antonio. Tomada anotación preventiva de suspensión, por defectos subsanables, de la escritura particional, en cuanto a las participaciones indivisas referidas, fue cancelada transcurrido el plazo legal.

Presentada nuevamente en el Registro por dichos herederos, el 21 de marzo de 1970, copia de la escritura de compraventa del referido solar, se volvió a suspender la inscripción de las participaciones indivisas con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción respecto de la compraventa de las siguientes participaciones indivisas de la finca a que se refiere el presente documento: una treinta y dosava parte en usufructo, una treinta y dosava parte en pleno dominio y una noventa y seisava parte en nuda propiedad por el defecto subsanable de la falta del consentimiento, que previene el artículo 1.413 del Código Civil, de la esposa del vendedor, don Valetín Palacios, o, en su caso, de la autorización judicial por tramitarse la separación, ya que no consta liquidada la sociedad conyugal, toda vez que tales participaciones fueron adquiridas por dicho señor Palacios por compra, constante su matrimonio y sin alegar la naturaleza del dinero invertido, y en su lugar, y a solicitud del presentante, ha sido tomada anotación preventiva de suspensión por el término legal al folio 221 del libro 988 del Archivo, tomo 247 de la Sección 1.ª, finca número 240, anotación letra K, y también a solicitud del presentante se expide copia de la anotación al amparo del artículo 67 de la Ley Hipotecaria.—Madrid, 1 de abril de 1970.»

El Procurador de los expresados herederos interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, en síntesis, que según reiterada jurisprudencia acogida por el Centro directivo, el consentimiento de la mujer, que el marido necesita para enajenar ciertos bienes gananciales, conforme al artículo 1.413, reformado en 1958, integra un negocio de asentimiento que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, por lo que parece viable aplicar por analogía las soluciones elaboradas por la doctrina científica y legal a propósito de la licencia marital; que los actos realizados por el marido sin el consentimiento *uxoris* son, en principio, válidos, sólo se anulan si la mujer o sus herederos lo reclaman y no alteran ni modifican derechos de otras personas; que lo anterior es un resumen de la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964, 6 de mayo de 1969 y resolución de 28 de marzo de 1969; que en el terreno hipotecario debe seguirse el mismo criterio establecido para los actos de la mujer sin autorización del marido (art. 94 del Reglamento), y que, en conclusión, procede inscribir la compraventa a favor de don Antonio Palacios de las participaciones indivisas cuestionadas, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia de la mujer del vendedor.

El informe del Registrador contenía, en síntesis, las siguientes alegaciones: que la sentencia de 6 de marzo de 1969 contempló un caso en que quedó demostrada, como cuestión de hecho, la concurrencia de

consentimiento previo e incluso simultáneo de la mujer para los actos de disposición; que la de 6 de mayo de 1969 declaró que la nulidad del contrato no puede ser invocada por el marido, quien manifestó en la escritura que actuaba con el consentimiento de la esposa; que por no ser iguales los supuestos debatidos en ellas, no es exacto afirmar que exista una jurisprudencia unánime y reiterada en la materia; que la resolución de 28 de marzo de 1969, referente a una anotación de demanda sobre gananciales, dirigida solamente contra el marido, si bien, en un considerando, alude a la doctrina del Tribunal Supremo de que la disposición de los gananciales corresponde al marido y rechaza la tesis de la indisposición, aunque la mujer preste su asentimiento mediante un acto que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, la Dirección General no se pronuncia sobre la admisibilidad de tales criterios; que tanto en el campo jurisprudencial como en el de la doctrina existen grandes vacilaciones al analizar el verdadero alcance de la modificación introducida en el artículo 1.413 del Código, pero éste exige textualmente el consentimiento de la mujer y, a tenor del 1.262, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa; que al prescindirse de ese consentimiento, el negocio se encuentra jurídicamente incompleto, al faltarle uno de los requisitos esenciales, ya que la mujer es cotitular, lo que hace que no pueda asimilarse su conformidad a la licencia marital; que según el último párrafo del artículo 1.413 no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código o en fraude de su mujer, cualquiera que sea la condición de los bienes afectados; que no puede desconocerse el sentido protector de los derechos patrimoniales de la mujer casada que inspira el artículo 1.413, que lógicamente debe armonizarse con la natural protección a los terceros adquirentes, aunque no se ocultan al informante los esfuerzos de algunos publicistas y de la jurisprudencia dirigidos a facilitar el tráfico jurídico al eliminar lo posible los obstáculos que representa la última reforma del precepto, así como el poder de inercia del anterior estado; que el alcance de la jurisprudencia es interpretativo o aclaratorio, pero no inculcante, y frente a ella se encuentran los preceptos del Reglamento dictados para el desarrollo de la Ley que reformó el artículo 1.413; que el artículo 608 del Código ordena que en lo referente a los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, en la que figuran los artículos 96 y 144 del Reglamento, que exigen, en cuanto a los gananciales, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.413 del Código; que nada autoriza a un criterio de analogía que permita aplicar el artículo 94 del Reglamento, concebido para un caso distinto; que la reforma del Reglamento de 1959 no dio igual tratamiento a los dos supuestos; que si el legislador hubiera querido identificar la falta de licencia marital con la del consentimiento *uxoris* lo habría hecho así, pero entendió que no es lo mismo que la mujer venda sus bienes propios o que el marido enajene los de la sociedad conyugal; que consta en el Registro que el matrimonio del vendedor estaba en trámite de separación conyugal al realizarse la venta y conocidas son las precauciones que en tal situación adopta nuestro Código—artículo 68, regla 4.ª— en cuanto al régimen económico pendiente de liquidación, exigiéndose licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administra, o que obliga a extremar el cuidado en la calificación, y que el defecto fue calificado de subsanable, por lo que el negocio discutido podrá perfeccionarse mediante la prestación expresa o tácita del consentimiento que falta o, subsidiariamente, mediante autorización judicial.

El Notario autorizante informó: que comparte y hace suyos, en lo

sustancial, los razonamientos y consideraciones del recurrente, por lo que entiende que no existe el defecto y el acto debe ser inscrito sin necesidad del consentimiento de la mujer del vendedor, y que además, según resulta de las inscripciones 5.ª y 8.ª de la finca, las participaciones vendidas tienen carácter de bienes reservables, por lo que no procede darles el tratamiento de gananciales.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que aun prescindiendo del criterio del Notario, que considera bienes propios del vendedor las participaciones enajenadas y considerándolas gananciales, es lo cierto que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no establece una codisposición por ambos cónyuges, sino que atribuye al marido la facultad de disposición, y la mujer sólo puede impugnar el acto realizado si le perjudicase o fuera en fraude de sus derechos, y como tal impugnación no ha tenido lugar, procede inscribir a nombre del comprador las participaciones indivisas que han sido objeto de suspensión.

Apelado el auto del presidente de la Audiencia por el Registrador, la Dirección General acuerda, con revocación del auto apelado (1), confirmar la nota del Registrador, basándose en la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Al no haber prestado el consentimiento exigido en el artículo 1.413 del Código Civil la mujer de uno de los convecinos vendedores, la cuestión que plantea este recurso hace referencia a si podrá inscribirse en los libros registrales una escritura autorizada en estas condiciones, de la misma manera que tienen acceso al Registro los actos y contratos otorgados por mujer casada en los que falta la licencia marital, por permitirlo el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

Por este Centro directivo se ha declarado repetidas veces, en coincidencia con la unánime doctrina sentada por el Tribunal Supremo, de que 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, como indica la sentencia de 6 de marzo de 1969, la potestad de disposición sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en los 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 las 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 en principio puede resultar 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* origine.

No obstante, cualesquiera que sean las analogías 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 la mujer, sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que en el primer supuesto los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquélla, que figura como titular registral única

(1) VISTOS: Los artículos 1.413 del Código Civil, 1.ª de la Ley Hipotecaria y 94 del Reglamento para su ejecución.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 6 de marzo y 6 de mayo de 1969, y

Las Resoluciones de la Dirección de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 y 28 de marzo de 1969.

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.

Al ser la finalidad primordial del Registro de la Propiedad la de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y publicar a través de sus asientos situaciones firmes y claras con el consiguiente amparo de todos aquellos terceros que acudieron a solicitar su protección, sólo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario antes señalado, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión, lo que a toda costa hay que tratar de evitar.

Por último, que no es de tomar en consideración la alegación hecha en su informe por el Notario autorizante de la escritura, de que al tratarse de unas participaciones que tenían el carácter de bienes reservables no se precisaba el consentimiento de la mujer, por cuanto que tales participaciones se inscribieron en el Registro al presentarse la escritura calificada, y solamente se ha planteado la cuestión respecto de aquellas otras que por haber sido adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el marido se presumen de carácter ganancial, y respecto de las cuales únicamente se extendió la nota de suspensión.

COMENTARIO.—La glosa de esta importante Resolución será abundante y, sin duda, ha de estar a cargo de nuestras mejores plumas jurídicas, por cuanto se trata de un tema de máximo interés y una de las cuestiones en donde la discusión doctrinal y variedad de posiciones es verdaderamente agobiadora. Creo ésta suficiente justificación para ser muy breve en esta ocasión.

Por ser materia muy conocida carece de interés intentar una sistematización ni siquiera una mera referencia de la abundantísima bibliografía que, antes y después de la reforma del artículo 1.413 del Código Civil en 1958, se ha producido en torno a los actos de disposición de los gananciales por el marido, y en especial, después de esa reforma, sobre la naturaleza del consentimiento de la mujer que para ciertas disposiciones introdujo la misma, sobre el tipo de ineficacia del negocio de disposición realizado por el marido sin ese consentimiento, sobre la clase de acción impugnadora que acarrea e incluso sobre el tiempo de prescripción de ésta. Todo ello con las consiguientes implicaciones notariales si se debe autorizar y cómo la escritura sin comparecencia de la mujer registrales (si es inscribible tal escritura al amparo de la analogía con el artículo 94 del Reglamento o si adolece de defecto subsanable o insubsanable).

Las posiciones en esta polémica tienden a ser extremosas y exageradas. La lectura de esta Resolución lo demuestra. Es materia en la que es fácil perder los estribos, acaso porque en el fondo actúe subconscientemente la lucha de sexos. El Registrador, cuando afirma que textualmente el artículo 1.413 exige el consentimiento de la mujer, entendido conforme al artículo 1.262, sin duda, está exagerando a sabiendas; pero

también está exagerando, consciente o inconscientemente, el presidente de la Audiencia, cuando estima que la Jurisprudencia (incluso de la Dirección) atribuye al marido la facultad de disposición y la mujer sólo puede impugnar el acto realizado si le perjudicase o fuera en fraude de sus derechos, cosa que no ha ocurrido, por lo que procede inscribir.

Sin duda, hay una serie de posiciones intermedias entre tales exagerados extremos. Ni podemos encastillarnos en las Cortes de Santa María de Nieva (2) y en la Ley 205 de Estilo, ni podemos transformar a marido y mujer en dos amigos dueños por mitad y proindiviso de la finca ganancial. La cuestión es honda y la primera idea para evitar exageraciones es tratar de separar dos cosas que estimo diferentes: a) si el régimen de gananciales debe continuar teniendo la (casi) exclusividad que le concede el ser legal supletorio en defecto de pacto, y b) si dentro de un régimen de comunidad deben paliarse los inconvenientes de la codisposición, que son los de toda diarquía con voto equilibrado, que mata toda iniciativa de decisión (la operatividad, como ahora se dice).

Sería pueril creer que son lucubraciones bizantinas y meras cuestiones terminológicas las diversas opiniones sobre el tipo de ineficacia del acto de disposición por el marido sin el consentimiento de la mujer, que exige el artículo 1413 (inexistencia, nulidad radical, ineficacia *sensu strictu*, anulabilidad, anulabilidad especial, etc.); pero sí creo que es estéril continuar la discusión por ese camino, que el problema del asentamiento *uxoris* del artículo 1413 no puede desconectarse de una visión de *lege ferenda* de los regímenes económicos del matrimonio y que un estudio comparatista de éstos es el único camino viable para encontrar luz que oriente en el laberinto ocasionado por la reforma de 1958. Sólo a este elevado nivel cabe, pues, acometer la glosa y crítica de la Resolución de 15 de marzo de 1972, para que resulte el comentario útil al legislador, que pronto o tarde habrá de intervenir para salir del punto muerto en que las vacilaciones doctrinales se encuentran. Para ese elevado nivel no me considero idóneo.

A) Colocándonos en un nivel más modesto, lo primero que conviene destacar es la forma en que la Dirección ha intentado coordinar la tesis jurisprudencial del asentimiento de la mujer, de estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, con la doctrina del negocio incompleto. El intento era arduo, pero en líneas generales el giro del considerando tercero para contrarrestar el segundo es suficientemente correcto. Es lógicamente correcto que no haya codisposición, sino asentimiento, y, sin embargo, el negocio del marido sin este asentimiento esté falto de un requisito de esencia. Pero si las consecuencias han de ser distintas en la falta de licencia marital y en la falta de asentimiento *uxoris*, ¿por qué admitir de entrada el parentesco, paralelismo y analogía de las dos figuras, cuando son sus diferencias, particularidades y especialidades propias las que han de constituir la *ratio decidendi* del fallo? Si la licencia marital obra sobre una disposición de bienes propios y exclusivos de la mujer y el asentimiento *uxoris* recae sobre una disposición por el marido de bienes comunes (en parte, de la mujer), se debió desde el principio restringir la idea del supuesto parentesco, analogía y paralelismo entre las dos figuras.

Para una crítica de la postura que parece mantener el Tribunal Supremo sobre la cuestión me remito al comentario de AMORÓS a la Resolución de 28 de marzo de 1969 (3). AMORÓS sigue la tesis de CASTRO, que

(2) Puede enajenar el marido sin licencia y otorgamiento de su mujer. Y el tal otorgamiento valga, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer.

(3) En esta Revista: noviembre-diciembre de 1969, núm. 745, págs. 1669 y siguientes.

Las otras tres Resoluciones citadas en el Vistos (9, 13 y 14 de diciembre de 1966) fueron las que vinieron a consagrar la solución ecléctica para el problema surgido en los procesos ejecutivos con traba de gananciales a raíz de la reforma del Código Civil y del artículo 144 del Reglamento

incluye el acto dispositivo de inmuebles gananciales sin consentimiento de la mujer entre los negocios realizados por quien carece de poder suficiente, una de las tres figuras que CASTRO separa dentro de los negocios incompletos (que son, a su vez, uno de los tres tipos de negocios inexistentes), en congruencia con su tesis de considerar exhaustiva la enumeración de causas de anulabilidad del artículo 1.301 del Código.

Sin duda, la posición de CASTRO y AMORÓS es la que de manera más sencilla conduce a la solución del problema más acomodada a la esencia del negocio formal inscribible; pero mi natural resistencia a lo sencillo me hace temer que en la doctrina del Tribunal Supremo haya, en el fondo, algo más que el deseo de desvirtuar la reforma de 1958 buscando una regresión a la anticuada concepción de patriarcado, volviendo a una más antigua, censurable e injusta mentalidad, como AMORÓS cree. Parece extraño que el Tribunal Supremo se resista a una Ley reformadora clara simplemente por espíritu reaccionario. A mi juicio, lo único que ha hecho ha sido llenar con más o menos acierto, sobre la marcha y a la vista del caso concreto, una laguna del artículo 1.413 reformado: el tipo o grado de invalidez del acto dispositivo del marido sin intervención de la mujer.

Para no incurrir en repeticiones vaya aquí una remisión general al comentario de AMORÓS a la Resolución de 28 de marzo de 1969. En él encontraremos suficiente referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. También se hace en él una breve referencia a la de 3 de marzo de 1969, que acaso sea la que el visto de la que comentamos cita como de 6 de marzo de 1969. En ella, siendo ponente el Magistrado señor Bonet, se dice que, según reiterada Jurisprudencia de esta Sala, es principio secular de nuestra organización familiar el de la potestad del marido para administrar la sociedad de gananciales y enajenar sus bienes a título oneroso, respondiendo así a la tradición del Derecho castellano desde la Ley 205 de Estilo; que la reforma del artículo 1.413 no implantó un régimen de codisposición a título oneroso, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para los actos en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, 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 estrecho paralelismo con la licencia marital, por lo que ha de aplicarse para llenar las lagunas las soluciones elaboradas por la doctrina para ella. No obstante esta construcción de doctrina legal en la sentencia de 6 de marzo de 1969, no es aventurado suponer que la verdadera *ratio decidendi* fue la existencia de consentimiento previo e incluso simultáneo de la mujer, según fue estimado por el Tribunal *a quo* fundado en la apreciación conjunta de todas las circunstancias de hecho anteriores y simultáneas.

Igualmente, en la sentencia de 6 de mayo de 1969, el fallo se basa realmente en que el recurrente hizo constar en el contrato que actuaba con el consentimiento de su esposa, por lo que no puede impugnarlo basándose en la inobservancia de un requisito a él solo imputable y que comporta la falsedad de dicha manifestación. Por otra parte—añade—, la falta de dicho consentimiento hace al acto solamente anulable a ins-

Hipotecario, solución ecléctica consistente en estimar suficiente la citación de la mujer a los efectos de dicho precepto y de la futura adjudicación al rematante, solución consagrada en la práctica por el buen sentido de Jueces y Registradores, aunque todavía presente algunas dificultades y dudas en relación con los procesos penales y en torno a la vía procesal de la oposición de la esposa (artículo 1.413, 3.ª, tercería de dominio, etc.) dentro del mismo proceso ejecutivo promovido contra el marido. Véase el extracto y comentario de dichas Resoluciones en esta Revista por GINÉS CÁNOVAS, marzo-abril de 1967, núm. 459.

tancia únicamente de la mujer o sus herederos, pero no del marido, como declararon las sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964, y al no corresponderle dicha acción, siendo para él válido el contrato mientras su esposa no lo impugne, está obligado a cumplirlo.

En resumen, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque reiterada, no es concluyente para formar una doctrina completa sobre la naturaleza del consentimiento de la mujer preceptuado en el artículo 1.413 reformado del Código, sobre el tipo de ineficacia del acto de disposición de inmuebles efectuado por el marido sin intervención directa de la mujer ni sobre las acciones de impugnación del mismo. Sólo es suficiente para asegurar que no se trata del consentimiento a que se refiere el artículo 1.262; que la mujer no es la parte que está disponiendo de cosa propia ni de cuota indivisa propia; que está meramente asintiendo a una disposición de un bien en situación de comunidad especial, efectuada por el titular normal de disposición de los bienes de esa comunidad; que la falta de ese asentimiento *in actu* no comporta necesariamente nulidad absoluta, porque, en principio, el asentimiento puede ser anterior, posterior e incluso tácito (*facta concludentia*) y sin los mismos requisitos formales que acaso el negocio al que se asiente requiere. Hasta aquí el Tribunal Supremo posiblemente se mueva dentro de límites muy aceptables para una contemplación comparatista del problema de los actos dispositivos de bienes comunes de los cónyuges. Otra cosa es que el Tribunal Supremo haya llegado a afirmaciones o fallos en que se traspase la línea divisoria de la seguridad del tráfico inmobiliario, y la protección de los terceros, línea divisoria que trazada en una u otra dirección encontramos en todas las legislaciones y que en la nuestra, sin duda, tenemos que marcarla de tal manera que la disposición del marido sin el asentimiento de la mujer en documento público no debe ingresar en los libros registrales. Creemos que el Tribunal Supremo no ha traspuesto en ningún momento esa línea divisoria y que la Resolución de la Dirección que comentamos en nada es contradictoria con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

Porque, efectivamente, el centro y clave de la Resolución se encuentra en el cuarto considerando, en el que se dice que la finalidad del Registro es publicar en sus asientos situaciones firmes y claras con el consiguiente amparo de todos aquellos terceros que acudieron a solicitar su protección. Aunque nunca he considerado los sistemas latinos de Registro tan despreciables como es frecuente considerarlos por su carencia de calificación registral, sí creo que sería una absurda regresión dar cabida en nuestro Registro a las disposiciones de gananciales por el marido sólo, por muy limitado en tiempo y en sujetos, que resulte, en definitiva, la acción de anulación de las mismas. Como decía en mi comentario a la Resolución de 13 de julio de 1971 (4), nuestra doctrina hipotecaria intuitivamente viene considerando que inscribir lo anulable es tan malo como inscribir lo nulo, a pesar de haberse preocupado relativamente poco de la trascendencia registral de cada una de las figuras de ineficacia del negocio jurídico desde el punto de vista de la calificación. También decía allí que la situación actual (en materia de disposiciones y embargos de gananciales) es insostenible si nos empeñamos en sacar de quicio la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.413; el tráfico inmobiliario no necesita tanto ser fácil como seguro y, en realidad, nunca es fácil siendo inseguro; la contratación con los casados (respecto a los gananciales) no puede transformarse en un juego de azar. Por todo ello creo que la Resolución de 15 de marzo de este año ha venido a orientar el rumbo hacia aguas más tranquilas en espera de que el legislador reconsidere a fondo la futura normativa de nuestro régimen matrimo-

(4) *Revista Crítica*, septiembre-octubre de 1971, núm. 486, pág. 1264

cial, en la cual, sin duda, se habrá de despejar cierto confusiónismo, que hoy no nos permite ver del todo claro; que una cosa es si el régimen ganancial debe tener la casi exclusiva que le concede el ser legal supletorio en defecto de pacto y, otra, que sobre los bienes comunes deba aplicarse el régimen de codisposición con fórmulas que eviten sus inconvenientes (nueva reconsideración del artículo 1.413) si se estimase ser más que sus ventajas. Y si en esa normativa se concede a alguno de los cónyuges prioridad de iniciativa o voto de calidad para las disposiciones de bienes comunes, por el principio de unidad de dirección, no puede dejar de regularse las características de la acción de impugnación del otro para proporcionar las necesarias seguridades al tráfico y a los terceros.

La Resolución viene a consagrar la opinión dominante en la práctica registral y notarial, de la que probablemente el Notario informante se quiere apartar, sólo ocasionalmente, por excepcionales circunstancias. Es la opinión avalada por ROCA SASTRE, que aunque considera admisibles hasta cuatro fórmulas de otorgamiento de los actos de disposición de inmuebles gananciales, hace descansar las cuatro en la siguiente interpretación del artículo 1.413 reformado: El acto lo otorga el marido y la esposa asiente al mismo. Dice que a este asentimiento procede aplicar por analogía las soluciones elaboradas por la doctrina a propósito de la licencia marital para ajustarse a la doctrina jurisprudencial; pero a continuación considera inaceptable tal asimilación a la licencia marital, por lo menos en cuanto se trate de la posibilidad de inscripción en el Registro, en tanto falte el asentimiento o ratificación de la mujer, por no ser de aplicación analógica el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, sin que tampoco pueda ser aplicable su párrafo segundo (5), pues no cabe sostener que la acción de la esposa o sus herederos caduque a los cuatro años, a contar desde la disolución del matrimonio, conforme al artículo 1.301 del Código, por lo que el acto de disposición del marido sin el consentimiento de la esposa o autorización judicial no será inscribible si aun transcurridos dichos cuatro años.

Para rechazar la inscripción de la enajenación a título oneroso de los gananciales por el marido sin intervención o ratificación de la mujer o es necesario colocarse en la tesis de la codisposición, como hace el registrador cuando asegura que la palabra consentimiento tiene igual sentido en el artículo 1.413 que en el 1.262. Es verdad que el legislador de 1958 ha aprovechado la ocasión para suprimir en algún precepto la nominia entre licencia y consentimiento (ejemplo: 46 antiguo y 47 moderno); pero basta el 317 para considerar peligroso y exagerado apoyarse solamente en el texto literal de los artículos 1.413 y 1.262 para deducir más la codisposición. Lo equivoco del término consentimiento tiene larga historia y así vemos en el *Code*, en dos artículos casi seguidos, el mismo término para cosas tan diferentes como el consentimiento de los novios y el de los padres de los novios menores (6).

Es más conveniente dar la razón al Tribunal Supremo en su tesis del asentimiento, sin perjuicio de destacar ostensiblemente las diferencias entre el asentimiento *uxoris* y la licencia marital. De todas las diferencias que AMORÓS destaca en el comentario citado (pág. 1.677), para mí la más decisiva y más concluyente es la última: la licencia marital es un asentimiento históricamente en declive, aunque acaso sea precipitado darle unos funerales de tercera cuando se trate de disposición de bienes parafernales de disfrute familiar; el asentimiento *uxoris* es una cosa en auge, en alza, que si se mantiene como mero asentimiento, sin

5) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo IV, 1.º, págs. 68 y siguientes.

6) Artículo 146 Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Artículo 148 mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

pasar a verdadero consentimiento negocial (codisposición), más que por resabios de la arcaica concepción del patriarcado y de la *imbecilitas sexi*, es precisamente por los inconvenientes de la dualidad de gestores frente a las ventajas de la unidad de dirección del patrimonio común.

Tampoco hay inconveniente ninguno en dar la razón al Tribunal Supremo en su inclinación a la mera anulabilidad del negocio de disposición del marido sin el consentimiento o ratificación de la mujer. Luego veremos que, en principio, los derechos extranjeros se inclinan por esta solución. Pero es fundamental que el contratante con el marido sea suficientemente protegido y nunca pueda estar a merced de las presumibles tretas convenidas entre los esposos. Todas las decisiones del Tribunal Supremo se inspiraron precisamente en esta preocupación y si en algún momento se separan de las claras soluciones del derecho extranjero, cuando de bienes sometidos a Registro se trata, la explicación hay que buscarla en la vieja historia del fracaso de nuestro artículo 1.280, 1.º

Por eso consideramos impecable el considerando cuarto, que sigue la línea de todas las legislaciones extranjeras que, sin perjuicio de la construcción de la figura como asentimiento y de la posible convalidación del negocio otorgado sin asentimiento, no dudan en establecer las disposiciones necesarias para la clara y segura posición del tercero y del tráfico inmobiliario.

B) Aunque con ello no pretendamos salirnos del modesto nivel en el que situamos este comentario, terminaré con unos apuntes de por dónde se puede iniciar un estudio más serio del problema cara al Derecho comparado:

a) El estudio de la figura del asentimiento (*Zustimmung*) en el B.G.B., en sus dos modalidades de previo (*Einwilligung*) y posterior (*Genehmigung*), nos haría avanzar muy poco. Los autores alemanes incluyen, al parecer, todos los casos de negocios realizados por un cónyuge que requieren el asentimiento del otro, dentro de los asentimientos basados en razones de afectación mediata de derechos e intereses del que ha de asentir (*Enneccerus*). El *Zustimmung* no es parte del negocio jurídico, pero sí requisito de su eficacia (*condicio juris*), mas hay que tener en cuenta que, en general, no requiere la forma que acaso se prescriba para el negocio al que se asiente, por lo que puede ser tácito, y que si pasamos de la parte general a los preceptos sobre régimen de bienes en el matrimonio, la regulación del asentimiento del cónyuge ofrece normativa específica.

Lo primero que conviene destacar es que, como es lógico, la norma general sobre posibilidad de asentimiento tácito viene condicionada en materia de inmuebles, porque entre los asentimientos que requieren una forma especial se encuentran los inscribibles en el Registro Inmobiliario, que precisan forma públicamente legalizada (*Enneccerus Nipperday*, parte general, I, II, págs. 383 a 393).

No cabe desconocer que existía también cierto paralelismo entre el asentimiento del marido a las disposiciones de la mujer sobre sus bienes aportados (*eingetrachtes Gut*: que guardando las distancias se parecían a nuestros parafernales entregados): parágrafos 1.395 a 1.398, y el asentimiento de la mujer a las disposiciones por el marido sobre los bienes comunes (*Gesamtgut*) cuando lo necesita: parágrafos 1.444 a 1.449, en las varias modalidades de comunidad. Pero actualmente más interés que el régimen anterior tendría el estudio de la alteración que ha supuesto en la materia la reforma total hecha en el régimen de bienes del matrimonio, también en 1958.

Para ello hay una fácil fuente de información en la monografía de

compañero CABALEIRO (7), aunque debemos criticarle que haya sido tan parco en el estudio de la figura del asentimiento dentro de la comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*), cuyos nuevos parágrafos tampoco incluye en su *Addenda*. Es imprescindible estudiar la evolución de los asentimientos de un cónyuge a las disposiciones del otro en Alemania en el Derecho anterior y en el vigente, pero, sobre todo, teniendo en cuenta la transformación general del régimen de bienes. De todas maneras, el mecanismo no ha cambiado sustancialmente en cuanto al deseo del legislador de que para la protección de terceros, la situación de pendencia e inseguridad sobre el asentimiento, la ratificación o la negativa de ratificación, dure poco y pueda ser forzada por el tercero con su derecho a revocar hasta la ratificación y su derecho de requerir para la ratificación en plazo de quince días. Véase el régimen del moderno parágrafo 1.366 y los antiguos antes citados.

b) La reforma del régimen de bienes en Francia fue más tardía. Sin embargo, creo que sus trabajos preparatorios influyeron en la nuestra de 1958. Si comparamos los antiguos y los modernos artículos 1.421 y siguientes del *Code* con nuestro Código veremos el parecido entre el 1.424 francés reformado y el 1.413 reformado nuestro (8). Pero nuestro legislador se precipitó y no pensó en la necesidad de regular detalladamente las consecuencias de la falta de consentimiento de la mujer.

El artículo 1.427 francés, por el contrario, dice: Si uno de los esposos ha sobrepasado sus poderes sobre los bienes comunes o sobre los bienes reservados, el otro, en tanto no haya ratificado el acto, puede pedir la anulación. La acción de nulidad está admitida al cónyuge durante dos años a partir del día en el que ha tenido conocimiento del acto, sin poder nunca ser intentada transcurridos dos años desde la disolución de la comunidad.

Como vemos, este régimen de pura anulabilidad con plazo corto es insuficiente para la seguridad del tráfico. Pero no hace falta tener mucha imaginación para suponer el juego notarial y registral de este régimen en materia de fincas. Hay que tener en cuenta que la intervención de la mujer venía impuesta indirectamente por la necesidad de renunciar, posponer o subrogar su hipoteca legal tácita (en forma que recuerda a la renuncia al derecho de viudedad en Aragón), y suponemos que la transformación de la hipoteca legal tácita en expresa, retroceso imprevisible en las facultades de intervención de la mujer en las enajenaciones de bienes comunes, se habrá compensado en el sentir del notariado francés, a través de la inscripción obligatoria del acto de asentimiento a la disposición del marido, para seguridad de los terceros, a la vista del artículo 4.º del Decreto de 4 de enero de 1955 (todo acto sujeto a publicidad en la Oficina de hipotecas debe estar otorgado en forma auténtica), y el 28, 4.º, a), del mismo, según el cual serán publicados obligatoriamente los actos confirmativos de contratos o convenciones que adolezcan de causa de nulidad o rescisión.

c) Como prueba de que el asentimiento *uxoris* es problema que no puede desconectarse del conjunto legislativo del régimen de bienes en el matrimonio, encontramos el Derecho italiano. Ignoramos si ha sido o va a ser modificado el artículo 220 del Código: «El marido sólo (¿sólo

(7) *El régimen económico matrimonial legal en Europa.*

(8) El marido no puede sin consentimiento de la mujer enajenar ni gravar con derechos reales los inmuebles, establecimientos mercantiles y explotaciones de la comunidad, ni las participaciones sociales no negociables, ni los muebles corporales cuya enajenación está sometida a publicidad. Tampoco puede sin tal consentimiento percibir los capitales provenientes de tales operaciones. Tampoco puede sin el acuerdo de la mujer arrendar fincas rústicas o inmuebles destinados al comercio, industria o artesanía. Los arrendamientos celebrados por el marido sobre bienes comunes en los demás casos estarán sometidos a las reglas previstas para los otorgados por el usufructuario.

el marido?) puede administrar los bienes de la comunidad (de ganancias y adquisiciones) y estar en juicio por las acciones referentes a la misma; pero no puede, *salvo a título oneroso*, enajenar o hipotecar los bienes cuya propiedad corresponda a la comunidad.» Siguen, pues, con el arcaico y patriarcalista régimen de nuestra Ley 205 de Estilo; pero no nos equivoquemos, porque en el Código italiano la comunidad de gananciales y los otros regímenes (patrimonio familiar y dote) hay que pactarlos, y además en acto público, bajo pena de nulidad (art. 162), y a falta de pacto, el régimen es el de separación. La diferencia es fundamental.

d) En los regímenes de comunidad de adquisiciones vigentes en varias democracias populares también se ha tratado de coordinar la comunidad y el principio de cogestión con la facilidad y la seguridad del tráfico. En Rusia, Polonia, Checoslovaquia, Alemania Oriental, Rumania, Hungría, Yugoslavia, etc., conviviendo con el principio de equiparación jurídica de marido y mujer y de libre disposición de los privativos, nos encontramos como régimen legal la comunidad de adquisiciones con administración y disposición conjunta de los comunes. No obstante, algunas legislaciones de este grupo templan el rigor (inconvenientes) de la codisposición con un sistema de presunciones a favor de tercero que ignore la falta de consentimiento del cónyuge no contratante, salvo tratándose de inmuebles para los que se exige el consentimiento expreso. Vaya también aquí mi amistosa censura a mi compañero de equipo por haber sido tan escueto en su obra sobre el régimen económico-matrimonial legal en Europa. Acaso en las fórmulas utilizadas en estos países —también europeos—para paliar los inconvenientes de la codisposición, a la vez que los inconvenientes de la incertidumbre que ocasiona el sistema de mera anulabilidad del negocio falto de asentimiento, en los bienes sujetos a Registro, haya interesantes sugerencias.

e) Más dificultades ha de encontrar el estudio comparado de los actos dispositivos de bienes comunes en el Derecho anglosajón. Pero ese estudio histórico-comparatista nos proporcionaría un formidable instrumento de trabajo para comprender mejor el sentido de los cambios que ha experimentado nuestro Derecho en la Ley y en la realidad social y para encararnos con mayor soltura con nuestro futuro legislativo sobre regímenes económico-matrimoniales. La supresión de la comunidad por entero (*Estates by entirety*) de la *Common Law*; la separación entre bienes de uso familiar y bienes de inversión o capital; las modernizaciones de la *joint tenant* y de la *tenancy in common*; la aplicación general del *equitable separate estate*, con el que los Tribunales de equidad mitigaron los antiguos derechos del marido; la reaparición de criterios comunitarios en la Jurisprudencia (y Ley de 1964) sobre asignación de la vivienda familiar en casos de separación o divorcio, apartándose de la situación de titulación otorgada conforme al régimen de separación, son algunos de los momentos de la evolución anglosajona que, sin duda, nos proporcionarían abundantes ideas al momento de abordar reformas o interpretaciones de nuestro Derecho (9).

T. C. G.

(9) Véase el interesantísimo trabajo de MANUEL SAIZ LÓPEZ-NEGRETÉ sobre "Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por ingleses", *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1966, págs. 145 a 164. Las escasas citas de autores españoles en este trabajo nos demuestra la falta de interés por la materia. Igual sucede con el derecho de los U. S. A. Si POUND ha dicho, en tono de chanza, que el principal factor de formación del derecho norteamericano fue la ignorancia (los colonos y pioneros carecían de juristas y de textos), creemos que fue también la ignorancia el principal factor del posterior complejo de superioridad de los juristas europeos. Afortunadamente desde 1945 tal complejo está siendo superado, y mucha influencia anglosajona puede notarse en los novísimos enfoques de la ciencia jurídica.

10. CONCESION ADMINISTRATIVA.—LA NOTA MARGINAL PREVENIDA EN EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO PROCEDE EXTENDERLA EN AQUELLOS CASOS EN QUE UN INMUEBLE DE PROPIEDAD PRIVADA O PARTE DEL MISMO, ADQUIERE LA NATURALEZA DE ALGUNO DE LOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 5.º DEL CITADO REGLAMENTO, PERO ESTA NORMA DE CARÁCTER GENERAL DEBE CEDER ANTE LA MÁS ESPECIAL QUE SE CONTIENE EN EL ARTÍCULO 63 Y QUE SE REFIERE AL SUPUESTO CONCRETO DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

AL NO HABERSE ACREDITADO QUE LA FINCA EXPROPIADA HA SIDO ADQUIRIDA POR EL ESTADO COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO, HA DE APLICARSE EL MENCIONADO ARTÍCULO 63 DEL REGLAMENTO, Y HASTA TANTO NO LLEGUE LA FECHA EN QUE DEBE PRODUCIRSE LA REVERSIÓN DE LOS BIENES AL ESTADO, NO PROCEDE EXTENDER LA NOTA MARGINAL SOLICITADA.

Resolución de 17 de marzo de 1972 («B. O. del E.» de 13 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Aprobado por Orden ministerial de 27 de julio de 1966 el pliego de condiciones de explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró, por Decreto de 26 de enero de 1967 se adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las referidas autopistas a diversas Entidades representadas por don José Ferrer Bonsoms y otros; en cumplimiento del título I del citado pliego de condiciones, por escritura autorizada en Barcelona el 24 de febrero de 1967 ante el Notario don Antonio Clavera Armenteros, se constituyó la Compañía mercantil «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», que fue inscrita en el Registro de la Ciudad Condal; el 20 de abril del mismo año 1967 se otorgó en Madrid escritura autorizada por el Notario don José Luis Díez Pastor, por la que el entonces Ministro de Obras Públicas, don Federico Silva Muñoz, en representación del Estado español, adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró a la Compañía mercantil «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», representada por su Presidente, don José Ferrer Bonsoms; la cláusula 8.ª del contrato, bajo el epígrafe «expropiaciones», decía así: «Solicitará asimismo (el concesionario) del Registro de la Propiedad, en el momento oportuno, la extensión de las notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.ª, y artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de

la inscripción independiente de su derecho de concesión, que puede llevarse a cabo con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento»; en la cláusula 4.ª, bajo el epígrafe «legislación aplicable», se disponía que en aquellos puntos no expresamente regulados por el contrato serían de aplicación las normas contenidas en el repetido pliego de cláusulas de explotación y otras disposiciones que citaba, y que, en instancia de fecha 16 de enero de 1970, «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», solicitó del Registrador de la Propiedad de Granollers la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario al margen de la finca número 1.412, del término municipal de Montornés, perteneciente a la Compañía mercantil «Prefabricados de Hormigón, S. A.». El Registrador de Granollers calificó el documento con la siguiente nota: «Denegada la extensión de la nota marginal interesada en la antecedente instancia por los siguientes motivos: 1.º Dicha nota marginal, según el artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, ha de extenderse al margen de una finca que era de propiedad privada y ha pasado a ser un bien de dominio público del Estado, Provincia o Municipio, según el artículo 5.º del mismo Reglamento, en relación con el artículo 339 del Código Civil. La parte de finca expropiada a favor de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», a que se refiere la instancia, pasa a integrarse en el conjunto de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de la autopista de que aquella Entidad es titular y tiene inscrita a su favor en una inscripción de referencia practicada en este mismo Registro de la Propiedad en el tomo 586 del archivo, libro 24 del Ayuntamiento de Montornés, folio 77, finca 2.121, inscripción 1.ª Por ello, lo procedente es aplicar el artículo 63 del Reglamento e inscribir la parte de finca expropiada a favor de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.». 2.º Para practicar la nota marginal solicitada, en el caso de que fuera procedente (y no lo es por lo indicado en el primer motivo), debía acompañarse necesariamente el título de expropiación que, según el artículo 32 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículos 60 y 62 de su Reglamento, es el acta en que consten el pago y la ocupación, o solamente el acta de ocupación, acompañada en este caso del documento que acredite la consignación del justo precio o del correspondiente resguardo del depósito del mismo. 3.º También falta acreditar el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o, en su caso, la declaración de exención de dicho Impuesto. Los defectos indicados en los dos últimos motivos son subsanables, pero el primero es insubsanable y por eso procede la denegación.» La Compañía concesionaria, representada por el Procurador don Antonio María Anzizu Furest, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: «Que lo solicitado al Registrador había sido la extensión de la nota marginal prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario y no la inscripción regulada en el artículo 63 del citado texto; que la Entidad concesionaria de las mencionadas autopistas, al contratar con el Estado, había adquirido derechos y obligaciones que no podían ser alterados sin expreso consentimiento de ambas partes; que una de tales obligaciones era la de solicitar la anotación pretendida que tenía carácter necesario e independiente de la inscripción y cuyo incumplimiento podía dar lugar a la resolución unilateral de la concesión por parte del Estado, y que, como fundamentos de derecho, señalaba los artículos 65 de la Ley Hipotecaria, 6.º, párrafo 2.º; 31, 44, 60, 61, 62 y 63 de su Reglamento; 1.257 y 1.334 del Código Civil; 126 y siguientes de la Ley del Patrimonio del Estado; la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1955, y la Orden ministerial de 27 de julio de 1966, que impone a la Sociedad concesionaria el deber de solicitar la anotación preten-

clida.» Presentado por la misma Entidad otro recurso contra idéntica calificación del mismo Registrador recaída en otra instancia con igual pretensión referente a otra finca sita en el término municipal de Montmeló, el nombrado Procurador, con los mismos argumentos y basado en la identidad de interés, solicitó la acumulación de ambos, y el Presidente de la Audiencia acordó la misma por auto de 8 de abril de 1970. El funcionario calificador recibió ambos recursos acumulados e informó: «Que las partes de finca expropiadas a favor de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», no habían podido pasar a ser dominio público, toda vez que ni siquiera fueron adquiridas por el Estado, como se desprendía de la cláusula 8 de la escritura de concesión, en donde se dice que el concesionario asumirá todos los derechos y obligaciones propios del beneficiario con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa y satisfaría, por consiguiente, todas las indemnizaciones procedentes por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales que se efectuasen para la ejecución de los proyectos; que según la vigente Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, la expropiación supone una transmisión de propiedad libre de cargas en favor del beneficiario (art. 8.º); que según el artículo 53 de la citada Ley, en relación con los 55, 62 y siguientes de su Reglamento y 32 y 63 del Reglamento Hipotecario, las actas de ocupación y pago serán título bastante para la inscripción en los registros públicos de la transmisión del dominio; que sólo en el caso de que el expropiante sea el Estado, los bienes expropiados pasan a ser propiedad del mismo, y si los destina a un servicio o uso público se convierten en bienes de dominio público, único supuesto en el que es procedente la extensión de la nota prevista en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, quedando, en consecuencia, exceptuados de la inscripción y fuera del Registro; que en las expropiaciones realizadas a favor de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», los bienes expropiados habían pasado a ser propiedad de dicha Entidad y sólo se convertirán en bienes de dominio público del Estado cuando la concesión revierta al mismo con todos sus bienes y elementos, como ocurre con todas las concesiones de obras públicas; que así resulta, además, de la escritura de concesión, cuya cláusula 32 dice textualmente que la concesión terminará el 6 de febrero del año 2004, y llegado ese día la autopista revertirá al dominio público; que esta cláusula resuelve toda la cuestión, porque si cuando termine la concesión la autopista revierte al dominio público, es evidente que ahora no lo es y, por tanto, no procede la exclusión del Registro de la Propiedad de los bienes que la integran; que, a mayor abundamiento, los bienes adscritos a la Renfe, Entidad paraestatal que caliza un servicio público, constan inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la misma; que el hecho de que en la cláusula 8.ª-1.ª de la escritura de concesión se establezca que el concesionario solicitará el Registro de la Propiedad la nota marginal del artículo 6.º, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, no puede desvirtuar lo que resulta del resto de tal cláusula, de otras de la misma escritura y de las claras y concretas disposiciones de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa y del Reglamento de la Ley Hipotecaria, ya que en la misma cláusula se hace referencia a la Ley de Expropiación Forzosa y a la inscripción de la concesión con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario; que si bien los artículos 31 y 60 regulan la inscripción general de la concesión, el 63 regula la inscripción en favor del concesionario e los bienes expropiados que hayan de formar parte de la obra pública o destinarse directa y exclusivamente al servicio y explotación de la concesión; que esta última inscripción es incompatible con la nota marginal del artículo 6.º del Reglamento, aplicable sólo a los bienes privados que pasan a ser de dominio público; que, por ello, la cláusula 32 de la

escritura de concesión determina que sólo al terminar el plazo de la misma ésta pasará al dominio público, lo que está en contradicción absoluta con la parte de la cláusula 8.ª-1.ª, que establece se solicite la extensión de aquella nota marginal; que por tal razón hay que considerar esta parte de la cláusula como un error material o de interpretación completamente inoperante para estar en contradicción con la legislación positiva vigente; que el criterio del recurrente, que pretende apoyarse en la teoría de algunos tratadistas de Derecho Administrativo, que sostienen que el concesionario adquiere un derecho real sobre los bienes de la concesión, no es compartida por otros autores ni ha sido hasta ahora recogida en el derecho positivo regulador de las expropiaciones y su inscripción; que para el caso concreto de la concesión a favor de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», han quedado precisados estos extremos en las sentencias de la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 y 5 de diciembre de 1969, en las que se desestimaron unos recursos interpuestos por la mencionada Entidad contra fallos del Tribunal Económico-Administrativo provincial de Barcelona, que, en lo sustancial, confirmaban unas liquidaciones por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales giradas por la Oficina Liquidadora de Granollers; que aun admitiendo la moderna teoría de derecho administrativo, resulta evidente que sólo tiene aplicación y se refiere a las concesiones sobre bienes que eran ya de dominio público con anterioridad a su otorgamiento; que un caso concreto sería la concesión de un servicio de baños en la zona marítimo-terrestre de dominio público; que en este supuesto, el concesionario, según la mencionada teoría, tendría un derecho real administrativo sobre los terrenos objeto de la concesión, pero como precisa la doctrina, no tiene tal carácter el que pertenece al concesionario sobre bienes propios afectos a la explotación, y éste es precisamente el caso de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», y que, en cuanto a los extremos 2.º y 3.º de la calificación recurrida en que se señalan defectos subsanables, parece evidente que, en el caso de que procediese la extensión de la nota marginal solicitada, sería necesario acompañar a las instancias los títulos justificativos de la expropiación y acreditar el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o, en su defecto, la declaración de no sujeto o exento respecto a la expropiación forzosa realizada.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto a los defectos subsanables y la revocó respecto del insubsanable por entender que las autopistas, vías de comunicación especialmente concebidas para la rápida circulación de automóviles, aunque no especialmente reguladas en la legislación española, son consideradas por la extranjera, especialmente la italiana, como bienes de dominio público y es evidente que cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya a los derechos de un concesionario, éste no puede enajenarlos libremente, por lo que hay que considerarlos bienes extra *comercium*, excluidos de las normas generales de la propiedad privada y, en consecuencia, de la inscripción registral, agregando, en relación con el caso concreto planteado que la cláusula 8.ª-1.ª de la adjudicación a la Compañía concesionaria dispone que la misma solicitará, en su momento, la extensión de la notas marginales prevenidas en el artículo 32, norma 1.ª, y artículo 6.º párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión, que puede llevarse a efecto con arreglo a los artículos 31, 60 y siguientes del mismo Reglamento. E funcionario calificador aceptó la decisión presidencial en cuanto confirmaba la existencia de los defectos subsanables y apeló de la misma respecto a la revocación del defecto insubsanable de la nota, y la Dirección General, con revocación parcial del auto apelado, confirma el d

fecto primero de la nota del Registrador, único que ha sido discutido en la apelación, en virtud de la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 334-10 y 339-1.º del Código Civil; 5.º, 6.º, 31, 32 y 60 a 63 del Reglamento Hipotecario; 2.º y 53 de la Ley de Expropiación Forzosa y 3.º, 55, 60 y 62 de su Reglamento; la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, sobre carreteras de peaje; los Decretos 3225/1965, de 28 de octubre, sobre autopistas nacionales de peaje, y 1862/1966, de 30 de junio, sobre expropiación forzosa de terrenos afectados por la autopista de Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró; la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de junio de 1966 aprobando el pliego de cláusulas de explotación de dicha autopista, y la Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de julio de 1969 sobre régimen de las autopistas de peaje a efectos de Contribución Territorial Urbanas, normas 1.ª y 12.

Considerando que en el presente expediente, en el que figuran acumulados dos recursos gubernativos, se plantea la cuestión de si como consecuencia de la expropiación de unas fincas que pasan a integrarse en la concesión administrativa de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», el asiento registral que corresponde practicar es la nota marginal a que hace referencia el artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, por entender que los referidos inmuebles adquieren el carácter de bienes de dominio público o si, por el contrario, ha de ser una inscripción de los mismos a favor del concesionario, tal como preceptúa el artículo 63 del mismo Reglamento.

Considerando que tanto el artículo 2.º de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 como el 3.º del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, distinguen cuidadosamente entre expropiante y beneficiario de la expropiación, al disponer que se entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria, siendo únicos titulares de dicha potestad el Estado, la provincia y el municipio, y considerar como beneficiario al sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiados, pudiendo ser beneficiarios las Entidades o concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición.

Considerando que aunque el documento presentado en el Registro sobre el que ha recaído la nota calificadora no ha sido el título inscribible a favor del expropiante o beneficiario que establece la norma 4.ª del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, y que es el que permitiría determinar si la finca expropiada fue efectivamente adquirida por el Estado con la condición de bien de dominio público, como se afirma en la instancia presentada, o si, por el contrario, la adquisición se realizó por el concesionario para formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación, de las disposiciones que regulan la concesión y más concretamente del Decreto 1962/1966, de 30 de junio, sobre expropiación forzosa de los terrenos afectados por la construcción de las autopistas Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró, y del pliego de cláusulas de explotación de dicha autopista, aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1966, resulta que el concesionario tendrá el carácter de beneficiario de la expropiación, asumiendo todos los derechos y todas las obligaciones propias de tal, con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa.

Considerando que la nota marginal prevenida en el párrafo 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario procede extenderla en aquellos casos en que un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiera la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo 5.º del

citado Reglamento, pero esta norma de carácter general debe ceder ante la más especial que se contiene en el artículo 63, y que se refiere al supuesto concreto de las concesiones administrativas, estableciendo que para que la adquisición por expropiación forzosa o por convenios particulares de fincas que hayan de formar parte integrante de la obra pública por destinarse directa y exclusivamente a su servicio y explotación produzca efectos respecto de tercero, es necesario que se inscriba a favor del concesionario haciendo constar esta incorporación y que no podrá verificarse inscripción alguna posterior sin la oportuna autorización ministerial.

Considerando que a la vista de lo expuesto es forzoso declarar que, como precepto más concreto y particular, y al no haberse acreditado que la finca expropiada ha sido adquirida por el Estado como bien de dominio público, ha de aplicarse el mencionado artículo 63 del Reglamento, y hasta tanto no llegue la fecha en que debe producirse la reversión de los bienes al Estado, tal como indica la cláusula 32 de la escritura de adjudicación de concesión administrativa, según la cual la concesión terminará el día 6 de febrero del año 2004, y llegando este día, la autopista revertirá al dominio público, no procede extender la nota marginal solicitada, sin perjuicio de que al presentar el título inscribible a que se refiere la norma 4.ª del artículo 32 del Reglamento Hipotecario, recayendo nueva calificación, pueda acreditarse cumplidamente el mencionado extremo.

C) COMENTARIO.—El presente recurso, tal como señala la Dirección General en el primero de sus considerandos, plantea la cuestión de si como consecuencia de la expropiación de unas fincas que pasan a integrarse en la concesión administrativa de «Autopistas Concesionaria Española, S. A.», el asiento registral que corresponde practicar es la nota marginal a que hace referencia el artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, por entender que los referidos inmuebles adquieren el carácter de bienes de dominio público, o si, por el contrario, ha de ser una inscripción de los mismos a favor del concesionario, tal como preceptúa el artículo 63 del mismo Reglamento. En el examen de la misma y para una mayor claridad, desdoblaremos la anterior cuestión de fondo en tres de carácter previo: 1) Determinación de la persona o Entidad que efectúa la expropiación—si ésta es el Estado o el beneficiario subrogado en su lugar—. 2) Titularidad de los bienes integrados en una concesión administrativa—en el sentido de precisar si tratándose de expropiaciones por causa de utilidad pública, como ocurre en el presente caso, es el beneficiario concesionario quien adquiere el bien o derecho expropiado—. 3) La repercusión que sobre la naturaleza de los bienes expropiados puede tener su destino, dado que se trata de bienes con una vocación especial al uso público. Del criterio que se adopte en cuanto a estas cuestiones previas creemos dependerá la concreta determinación del asiento registral que corresponda practicar.

Respecto del primero de los aspectos señalados, «determinación de la persona o entidad que efectúa la expropiación», pocas dudas ofrece, incluso cuando, como en el presente caso, concurre la doble figura de «titular de la potestad expropiatoria» y la del «beneficiario» de la misma. La única cuestión a resolver consiste en si por existir la figura del beneficiario puede éste por vía de la subrogación adquirir los bienes y comunicarles su carácter con independencia del expropiante o, lo que es lo mismo, si como resultado de la expropiación los bienes expropiados pueden tener el carácter de bienes propios del beneficiario o es forzoso que ostenten el que corresponda a los bienes de la Entidad pública que la realiza. El artículo 2.º de la Ley de Expropiación Forzosa distingue

entre quién puede acordar la expropiación y quién puede ser beneficiario de ella; únicamente pueden acordar la expropiación el Estado, la provincia y el municipio, y pueden ser beneficiarios por causa de utilidad pública, las entidades y concesionarios a los que legalmente se reconozca tal condición, y por causa de interés social, aparte de los indicados, cualquier persona natural o jurídica en la que concurren los requisitos que señale la Ley. Los conceptos de expropiante, beneficiario y expropiado los determina el artículo 3.º del Reglamento de Expropiación de 26 de abril de 1957, que resuelve, además, el problema antes apuntado, en el sentido de que tratándose de expropiaciones por causa de utilidad pública—como ocurre en el presente caso—es el beneficiario—entidad o concesionario—quien adquiere el bien o derecho expropiado (1).

Así, pues, la regla general derivada del anterior precepto es la de que el beneficiario de la expropiación adquiere los bienes expropiados, pero aquí surge la segunda de las cuestiones apuntadas, cual es la de precisar el contenido de la adquisición del beneficiario, es decir, si éste adquiere el pleno dominio de los bienes o simplemente, debido al juego de la concesión administrativa, un derecho real sobre los mismos. Cualquiera que sea la posición que se adopte en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa, es indudable que ni el beneficiario de la expropiación—concesionario—ni nadie puede adquirir bienes y al mismo tiempo un derecho real sobre ellos, ni que pueden coincidir a favor de una misma persona y sobre un mismo bien las cualidades de propietario y concesionario. Quizá en esta incompatibilidad sea donde se encuentre el punto clave de la cuestión planteada en el presente recurso, ya que tal incompatibilidad nos lleva a considerar que no existe desplazamiento de bienes del Estado—ente expropiante—al beneficiario de la expropiación—concesionario—, sino que simplemente parece que es el Estado el que delega la facultad expropiatoria en favor del beneficiario—concesionario—, quien adquiere un derecho real sobre los bienes expropiados y no su dominio, ya que éste pertenece exclusivamente al Estado expropiante.

Para esta construcción no existe obstáculo alguno; el propio artículo 2.º de la Ley de Expropiación, antes citado, nos habla de la figura del concesionario de obras o servicios públicos en atención a que produce la realización de un interés público a través del ejercicio de su actividad particular, y a ella nos lleva también el propio concepto de la concesión administrativa, que ROCA SASTRE (2) considera como «el acto de la Administración en virtud del cual se crea sobre bienes de dominio público y a favor de un particular un derecho subjetivo de uso, aprovechamiento o explotación exclusiva. Es un acto oficial o de soberanía dirigido a la constitución de un derecho real sobre cosas o elementos de dominio público. Estos derechos de utilización o explotación de los particulares de tal clase de bienes son los llamados derechos reales administrativos».

Con ello llegamos a la tercera de las cuestiones apuntadas, determinar la repercusión que sobre la naturaleza de los bienes expropiados puede tener su destino, dado que se trata de bienes de dominio público con una especial vocación al uso público, expresamente recogidos en el artículo 339 del Código Civil y, en consecuencia, exceptuados de la inscripción registral, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario.

(1) A los efectos del presente Reglamento, se entiende por expropiante el titular de la potestad expropiatoria, por beneficiario, el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derechos expropiados, y por expropiado, al propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación.

(2) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 267

Como síntesis de lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones: que es el Estado quien realiza la expropiación y adquiere bienes que se incorporan al dominio público. En este sentido, el artículo 17 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo (3), señala en su apartado primero que «los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público del Estado desde su ocupación y pago», que es el concesionario—beneficiario de la expropiación—quien adquiere un derecho real sobre los bienes expropiados; así, el artículo 3.º de la citada Ley precisa que «el servicio objeto de la concesión constituye una actividad propia del Estado, que el concesionario gestiona, en su nombre y temporalmente, bajo la inspección y vigilancia de la Administración concedente», a lo que añade el apartado 2.º del indicado artículo 17, que «en el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario», y, finalmente, que se trata de bienes de dominio público—artículos 17 y 20 de la citada Ley—exceptuados de la inscripción registral.

En consecuencia, por ser bienes de dominio público los adquiridos por el Estado mediante la expropiación y por estar, a su vez, dichos bienes sometidos al régimen de la concesión administrativa, debe proceder, a nuestro juicio, la práctica de las siguientes operaciones registrales: En primer lugar, la extensión de la nota marginal prevista en el apartado 2.º del artículo 6.º del Reglamento Hipotecario, aplicable a todos los supuestos, sin excepción, en que un inmueble de propiedad privada o parte del mismo adquiere la naturaleza de los enumerados en el artículo 5.º del citado Reglamento. En segundo lugar, y por no existir disparidad entre esta nota marginal y la inscripción a favor del concesionario prevista en el artículo 63 del propio Reglamento Hipotecario, inscripción acreditativa del derecho que éste adquiere sobre los bienes expropiados e imprescindible, demás, para la producción de efectos respecto de terceros, debe procederse a dicha inscripción de la concesión administrativa y, como consecuencia de ésta, a extender al margen de las fincas expropiadas la oportuna nota marginal que acredite que han pasado a formar parte integrante de la obra pública.

E. F. C.

(3) "Sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión". *Boletín Colegio Nacional Registradores*, núm. 69, mayo, pág. 275

11. PROCEDE DENEGAR LA ANOTACIÓN DE EMBARGO ORDENADA EN PROCEDIMIENTO DE APREMIO POR DÉBITOS FISCALES, ENCONTRÁNDOSE INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEUDOR A LA PRESENTACIÓN DEL MANDAMIENTO, AUNQUE SE PRESENTE DESPUÉS, AÚN VIGENTE EL ASIENTO, UNA EJECUTORIA QUE SE LA TRANSFIERE Y A CONTINUACIÓN UNA ESCRITURA POR LA QUE EL DEUDOR LA ENAJENA, TÍTULOS AMBOS QUE FUERON INSCRITOS; PORQUE EL REGISTRADOR TIENE EL DEBER DE EXAMINAR LOS DOCUMENTOS PENDIENTES DE DESPACHO, AUN POSTERIORMENTE PRESENTADOS, PARA MEJOR CALIFICAR Y PARA EVITAR LITIGIOS E INSCRIPCIONES INEFICACES; POR DIFERIR NOTABLEMENTE EL SUPUESTO CONTEMPLADO POR LA RESOLUCIÓN DE 7 DE FEBRERO DE 1959, PUES FALTA LA COINCIDENCIA DE INTERESES QUE ENTONCES SE DABA; POR LA PREFERENCIA QUE EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 1.923 DEL CÓDIGO CIVIL CONCEDEN A LA ESCRITURA DE ENAJENACIÓN OTORGADA POR EL DEUDOR, Y, EN FIN, PORQUE LA INSCRIPCIÓN DE LA MISMA ESTÁ BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES.

Resolución de 18 de marzo de 1972 («B. O. del E.» de 13 de abril).

Antecedentes de hecho.—El 25 de febrero de 1971 se presentaron en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca tres mandamientos de la Recaudación de Tributos de dicha ciudad para la anotación de embargos (decretados el día 23), por débitos fiscales de la Sociedad General de Tranvías Eléctricos Interurbanos de Palma, S. A., de una finca que había sido de la Sociedad deudora, pero que en aquel momento figuraba inscrita a nombre de otro titular, que la Resolución no expresa.

El 2 de abril siguiente fue presentada ejecutoria, expedida por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma, en virtud de la cual y como consecuencia de sentencia del Tribunal Supremo, cuya fecha no se indica, la misma finca se transfería por título de resolución y reversión a la expresada Sociedad de Tranvías. El mismo día se presentaba una escritura de 31 de diciembre de 1970, mediante la cual la Sociedad de Tranvías cedía al Instituto Nacional de Previsión el referido inmueble en pago de deudas por seguros sociales.

Con fecha 13 de abril se devolvieron al Recaudador los mandamientos de embargo, con la siguiente nota en cada uno de ellos: «Denegada la anotación de la finca . . , por constar vendida a tercera persona; defecto insubsanable . . , que impide tomar anotación de suspensión, aunque hubiera sido solicitada.»

El Abogado del Estado de Palma interpuso recurso gubernativo ale-

gando: Que en la fecha en que se presentó la ejecutoria que transfería la finca a la Sociedad de Tranvías estaban en poder del Registrador, pendientes de despacho, los mandamientos de embargo, sin que hubiese expirado el plazo de vigencia del asiento de presentación, y lo procedente era que hubiese anotado los embargos una vez que hubiera inscrito el dominio a favor de la Compañía y no dar preferencia a la inscripción de la cesión al Instituto Nacional de Previsión; que los principios hipotecarios de prioridad y tracto sucesivo llevan a las consecuencias siguientes, que la retroacción de las inscripciones en cuanto a sus resultados al momento de sus respectivos asientos de presentación impide el bloqueo de las anotaciones preventivas por la cesión, registralmente posterior, al Instituto Nacional de Previsión; que tampoco es admisible la negativa porque la finca figurase inscrita a nombre de otro cuando se presentaron los mandamientos, ya que durante el plazo de vigencia de los asientos de presentación pasó la titularidad a la Compañía de Tranvías; que la entrada posterior del título de cesión no debe impedir la extensión de las anotaciones anteriormente reclamadas; que no son incompatibles, por otro lado, con la inscripción de la cesión, y que la teoría de la preferencia de los títulos de dominio anteriores presentados después sobre las anotaciones ordenadas con posterioridad, pero ingresadas antes en el Registro, podrá entrar en juego en un planteamiento judicial de la cuestión; pero no compete resolverla al Registrador, que debe atenerse exclusivamente a las reglas formales referentes a la extensión de asientos, ya que, conforme al artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, los créditos tributarios anotados o inscritos en el Registro tienen preferencia sobre cualesquiera otros, sea la que fuese su clase y condición.

El Registrador, en síntesis, informó: que presentados los mandamientos de embargo se inició el estudio calificadorio, función esencialmente autenticadora y declarativa de derechos sin producir efectos de cosa juzgada; que normalmente los Registradores tienen obligación de despachar los títulos presentados por orden cronológico, salvo si falta alguna inscripción intermedia, y siempre a instancia de parte interesada (Resoluciones de 14 de diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 26 de mayo de 1965, 11 de agosto de 1939, 27 de mayo de 1938, 5 de junio de 1918, 30 de abril de 1936 y 22 de julio de 1940); que la doctrina científica mantiene el mismo criterio; que aplicando al caso lo dicho sobre orden de despacho y rogación se llega a las siguientes conclusiones: 1.ª La Hacienda, al presentar el 25 de febrero los tres mandamientos, adquirió un turno de despacho. 2.ª La Compañía de Tranvías y el Instituto, al presentar el 2 de abril la ejecutoria y la escritura de cesión, respectivamente, adquirieron también un turno de despacho, y con él, el derecho a que tales títulos se resolvieran antes que cualquier otro documento presentado posteriormente y después de los que ya figuraban presentados con anterioridad; que el orden fue mandamientos, ejecutoria y cesión al Instituto, y el recurrente opina que el Registrador debió seguir el siguiente orden: ejecutoria, mandamientos y escritura de cesión, y que debió realizar toda esta alteración del orden de despacho y la consiguiente lesión de los derechos de los interesados sin petición oral ni escrita de ninguno de ellos; que el Registrador, al seguir el orden cronológico, tuvo que denegar las anotaciones por imperio del artículo 20 de la Ley, que es el que entra en juego en este caso y no el 17; que no puede pretenderse que la Compañía de Tranvías, por el mero hecho de presentar la ejecutoria, solicitó que se despachara antes que los mandamientos cuya anotación posterior le perjudicaría; que el artículo 44 de la Ley elimina las anotaciones de embargo del ámbito del artículo 17, al no darles preferencia sobre títulos de fecha anterior, aunque se inscriban en el Registro con posterioridad, por lo que no alcanza a comprender la finalidad del recurso dados los claros términos de aquel

artículo; que de seguirse el criterio del recurrente habría que esperar para extender los asientos al último minuto del plazo de vigencia del asiento de presentación; que aunque la nota de calificación de los mandamientos es de fecha 13 de abril, sus efectos deben retrotraerse a la fecha del asiento de presentación, pues la nota no es más que una consecuencia del orden interno de la Oficina; que la alegación del artículo 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 es inaceptable, puesto que la finca está inscrita a nombre del Instituto Nacional de Previsión, persona distinta de la Compañía deudora, y, por último, que el recurso gubernativo se refiere siempre a una calificación, que suspende o deniega un asiento registral pendiente de realizarse, pero en el presente caso media una inscripción firme a favor de tercero, que, conforme a los artículos 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, está bajo la salvaguardia de los Tribunales, y únicamente en méritos de una sentencia firme en juicio declarativo seguido contra el Instituto Nacional de Previsión podrá ser variada y dar lugar a que se tomaran las anotaciones preventivas, situación ésta a la que no se podría llegar por impedirlo el artículo 44 de la Ley.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por éste, y el Abogado del Estado se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, a los que agregó que el Registrador debe tener en cuenta en su calificación, la situación registral en toda su amplitud al tiempo de hacerla y que si a pesar de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria interpuso el recurso gubernativo es porque existen razones para hacerlo, pero que por ser extrañas al procedimiento registral no se han expuesto en el mismo, citando como Resolución fundamental aplicable al caso la de 7 de febrero de 1959, a más de la general sobre calificación de 9 de mayo de 1946.

La Dirección General (1) acordó confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar si está debidamente extendida la nota calificadora por la que se deniega la anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de apremio por débitos fiscales, al encontrarse la finca en el momento de la presentación del mandamiento inscrita a nombre de persona distinta del deudor, pero habiéndose presentado posteriormente, vigente aún el asiento de presentación del mandamiento y antes de extender la nota, una ejecutoria en virtud de la cual la finca en cuestión se transfería nuevamente a la Entidad deudora, y a continuación una escritura por la que ésta enajenaba el inmueble, títulos ambos que fueron inscritos.

Como tiene declarado este Centro directivo en repetidas resoluciones, el principio de prioridad que aparece recogido en los artículos 17, 24 y 25, entre otros, de la Ley Hipotecaria, impone a los Registradores la obligación de despachar los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el diario, salvo que sean compatibles entre sí.

Para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el Registrador se proceda a la previa calificación en virtud del principio de legalidad, y una de las circunstancias que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación es la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o a la que haya de perjudicar

(1) VISTOS Los artículos 17, 18, 20, 24, 25 y 44 de la Ley Hipotecaria. El artículo 140 del Reglamento Hipotecario; y

Las Resoluciones de la Dirección de 30 de abril de 1936, 9 de marzo de 1942, 31 de marzo de 1950, 22 de octubre de 1952, 14 de diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 26 de mayo de 1965 y 26 de septiembre de 1967.

la inscripción a practicar, y denegándose ésta cuando resulte inscrito aquel derecho a favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley Hipotecaria y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, regla 1.ª, del Reglamento Hipotecario.

Como igualmente se ha declarado en reiteradas resoluciones, la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados, pero de esta facultad y deber no puede deducirse que dichos funcionarios puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos, a fin de practicar, como en este caso se pretende por el recurrente, una inscripción previa que permita la del documento calificado.

Aunque la cuestión planteada por el presente recurso guarde cierta analogía con la que fue objeto de la Resolución de 7 de febrero de 1959, que cita el recurrente, en la que se mantuvo la doctrina de que un documento presentado posteriormente a otro debía haber sido despachado antes a fin de remover el obstáculo que se oponía a la inscripción del primeramente presentado y cuyo asiento de presentación seguía vigente, el supuesto de hecho difiere notablemente, ya que en el de aquella Resolución era indudable la coincidencia de intereses en uno y otro documento al ser el presentado en segundo lugar un mandamiento por virtud del cual, y al practicarse determinada cancelación, la finca quedaba inscrita de nuevo a favor de quien en la escritura presentada en primer lugar la transmitía, en tanto que en el presente caso falta tal coincidencia de intereses y la alteración por sólo el Registrador del orden de despacho de los documentos hubiera constituido una actuación contraria a los principios que informan el procedimiento registral.

A mayor abundamiento, tampoco cabe desconocer la preferencia que establece el artículo 44 de la Ley Hipotecaria—que remite al artículo 1.923 del Código Civil—respecto de los títulos públicos que fueron otorgados con anterioridad a la práctica de una anotación de las señaladas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la mencionada Ley y que se presentan en el Registro con posterioridad a la fecha de estas anotaciones, circunstancia que se aprecia en este supuesto al haberse autorizado la escritura ya inscrita en 31 de diciembre de 1971 (*) y decretado el embargo casi dos meses después.

Por último, al haberse practicado la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión, el asiento extendido se encuentra, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al artículo 66 de la misma Ley, pueda acudir ante la jurisdicción competente para discutir sobre la validez o nulidad del título que provocó la inscripción.

COMENTARIO.—Conforme al artículo 8.º del Reglamento del Juego de Ajedrez, «el peón que en su jugada inicial avanza dos casillas puede ser capturado por un peón enemigo en jugada inmediata, del mismo modo que si hubiese avanzado una casilla en vez de dos». Esta captura se llama «al paso». Siempre me preocupó el problema de si está permitida una jugada parecida en el complicado juego de ajedrez que en ocasiones forma en nuestro sistema hipotecario la confluencia de los principios de

(*) El *Boletín Oficial* dice 1971, pero creemos que debió decir 1970

prioridad, tracto sucesivo y calificación. El caso de la presente Resolución contempla el problema de la posibilidad del embargo «al paso».

El razonamiento de la Dirección General para negar en este caso la posibilidad de que las anotaciones de embargo se practiquen al paso, en el momento en que la finca pasa por la titularidad del deudor embargado, es el siguiente, según resulta del resumen de los siete considerandos: 1. Ante la situación expresada en los antecedentes de hecho que damos por conocida. 2. El principio de prioridad impone al Registrador la obligación de despachar los documentos de una finca por orden cronológico de presentación. 3. Para despachar los mandamientos ha de calificar y encuentra la finca inscrita a favor de distinta persona (art. 20 de la Ley y 140, 1.ª, del Reglamento). 4. De la obligación de examinar los documentos pendientes de despacho, aun los presentados posteriormente (obligación no limitada por la aplicación rígida de ningún principio hipotecario), no se deduce que el Registrador deba ni pueda alterar el orden de calificación y despacho. 5. No debe aplicarse la doctrina de la Resolución de 7 de febrero de 1959, porque en aquel caso era indudable la coincidencia de intereses en uno y otro documento, mientras en nuestro caso falta tal coincidencia. 6. La prioridad material (arts. 44 de la Ley y 1.923 del Código Civil) conduce a rechazar los embargos, por ser posteriores a la venta. 7. Estando la venta ya inscrita, su inscripción no puede alterarse por el recurso, por estar bajo la salvaguardia de los Tribunales. Sin duda, es ésta una larga cadena de argumentos, y frente a ellos, las alegaciones del Abogado del Estado de Palma pueden condensarse en dos únicas: 1.ª Que los mandamientos llegan al Registro antes que la escritura de cesión al Instituto Nacional de Previsión. 2.ª Que durante la vigencia de su asiento de presentación, la finca se inscribe a favor de la Entidad embargada.

Apurando hasta el final el dilema, la tesis del Registrador, del Presidente de la Audiencia y del Centro directivo descansa en el siguiente argumento *ad absurdum*: toda calificación habría de retrasarse hasta el último día del plazo de vigencia del asiento por si las circunstancias cambian. Pero la antitética tesis del Abogado del Estado descansa en otro argumento *ad absurdum*: no hay ninguna posibilidad de anotar un embargo, por muy preferente que sea a una venta, si vendedor y comprador procuran retrasar la inscripción de sus respectivos títulos; pero luego los presentan a la vez. Si el embargante, confiando en el principio de prioridad, se adelanta, se le dirá que el deudor no es titular; si se retrasa, se le dirá que no es ya titular, y ni aun constituido permanentemente en la Oficina del Registro, acaso pueda intercalar su presentación entre los dos títulos presentados a la vez por otra persona.

¿Qué posibilidad existe de encontrar la síntesis superadora de tan grave dilema? Probablemente ninguna, porque creo que aunque a primera vista pueda parecer que nuestro problema resulta de una fricción inesperada de los principios de prioridad, de calificación y de tracto sucesivo, pensando un poco se percibe que en la sombra es uno de los demonios familiares de nuestro sistema el que actúa: el principio de inscripción voluntaria. Ignoramos el tiempo transcurrido desde la sentencia del Tribunal Supremo, cuya fecha no se dice en el recurso, hasta la cesión al Instituto Nacional de Previsión; pero cabe pensar que si en nuestro Derecho existiesen normas imponiendo la inscripción de los actos inscribibles, los acontecimientos se hubieran desarrollado de muy distinta manera y, desde luego, más razonable, porque no cabe pensar que la cesión fuese anterior ni simultánea a la sentencia.

Lo primero que debe observarse en el fallo de la Dirección es que confirma la nota del Registrador, es decir, la calificación denegatoria por el defecto insubsanable de constar vendida a tercera persona (suponemos que al Instituto Nacional de Previsión y no al titular de la inscripción

vigente antes de inscribir la ejecutoria). Si el defecto que se confirma es el insubsanable de no estar inscrita la finca ya a favor de la Entidad embargada y no el (subsanable o insubsanable, según vengan las cosas) de no estar inscrita todavía a favor de la misma, es claro que se falla así, no por lo considerado en el segundo ni en el tercero, sino precisamente a pesar de lo considerado en ellos y en razón a lo que se dice en el considerando sexto (la prioridad sustantiva que el Registrador puede tener en cuenta por la doctrina del considerando cuarto y del quinto) y en el considerando séptimo.

La prioridad y el orden riguroso de despacho (segundo considerando) obligarían a denegar, por no aparecer inscrita todavía la finca a favor del embargado, o acaso a suspender, si el mandamiento hacía alguna referencia al título intermedio o a su posibilidad, al amparo del artículo 103 del Reglamento. El artículo 20, 1.º y 2.º, de la Ley, y el 140, regla 1.ª, del Reglamento, referentes al principio de tracto sucesivo, conducen a la misma solución y no debe olvidarse que las palabras «según los casos» de la regla 1.ª del artículo 140 es generosamente interpretada en favor de la suspensión al amparo del artículo 103 (2).

Lo que quiere decir la Dirección es que a pesar de la prioridad y del tracto, que razonablemente conjugados debían conducir al Registrador a considerar la ejecutoria como documento subsanatorio del obstáculo de falta de previa inscripción a nombre del deudor, que impedía anotar los mandamientos, prevalentes por su prioridad; comoquiera que la rigida aplicación de cualquier principio no impide que el Registrador deba examinar los documentos pendientes aun posteriores, en este caso no debe detenerse en la ejecutoria, sino que debe llegar hasta la cesión al Instituto y calificando a la vista de todo lo presentado dar prevalencia a la prioridad sustantiva de la cesión sobre los embargos y consiguiendo inscribir aquella y denegar éstos (de esta manera sí), por aparecer la finca inscrita a favor de persona definitivamente distinta del embargado.

Entendiendo así el montaje de los considerandos y no como literalmente se exponen, pues literalmente conducen al confusionismo entre denegar por no ser aún titular la Entidad embargada y denegar por no ser titular ya, nos encontramos que sólo los dos últimos considerandos son los fundamentales y la verdadera *ratio decidendi*.

Respecto del sexto, que pasa así de considerando a mayor abundamiento a considerando capital y casi único, no podemos hacer comentario. El Abogado del Estado parece estar exigiéndonos cautela y misterio cuando él mismo en el escrito de alzada procura no descubrir las cartas con las que, además de la descubierta (art. 71 de la Ley de 28 de diciembre de 1963), confía ganar la partida al artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Por otra parte, el problema de la prioridad material o de fondo posiblemente no podría ser resuelto sin más información, pues nada se dice en el recurso sobre clase ni anualidades, de los débitos fiscales origen del embargo, ni sobre la fecha de la sentencia ni contenido de la ejecutoria, ni sobre la naturaleza de la reversión o resolución, etc.

En cuanto al último considerando, que le es apuntado por el Registrador en el final de su informe como argumento irrefutable, no cabe negar que es de mucho peso; pero tampoco cabe negar que lleva consigo un problema de mucha enjundia y que si indiscriminadamente se generaliza la idea de que el recurso judicial nada puede contra lo inscrito, podría llegar un momento en que careciese de sentido y utilidad. Lo cierto es que las anotaciones de embargo se deniegan, que el interesado recurre

(2) ROCA SASTRE dice que cabe la suspensión cuanto pueda presumirse cierto nexo, por ejemplo, cuando haya base para estimar que falta una inscripción intermedia. *Derecho Hipotecario*, 1968, tomo II, pág. 923

ontra la calificación, que el Centro directivo considera que no procede acceder al recurso (entre otras cosas) porque hay una inscripción bajo la salvaguardia de los Tribunales que resultaría afectada por la anotación. Con razón, el Abogado del Estado dirá que siempre que se anota un embargo resulta gravemente afectado un derecho inscrito y no por ello tienen que intervenir los Tribunales para rectificar el Registro. Lo que ocurre es algo especial, distinto de lo normal y en un supuesto patológico resultante de colisión de principios registrales, en el que es aventurado considerar aplicable el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria o, por lo menos, lo es en considerando tan breve y sin matices.

El Registrador, conocedor del respeto del Centro Directivo por el artículo inicial de la Ley, pretendía desconocer que la inscripción a favor del Instituto sin los embargos en el arrastre de cargas, derivaba de la decisión suya de denegar los embargos, que contra esa decisión cabía recurso, y que este recurso, en tanto en cuanto no se había interpuesto antes de acabar el plazo de vigencia del asiento de presentación, debe conducir a que la inscripción practicada quede pendiente de lo que se resuelva en el recurso, por lo menos en cuanto a si efectivamente debía estar la transmisión inscrita afecta a las anotaciones que se ordenase practicar en el fallo, o libre de ellas, si se confirmaba la nota calificadora.

El recurrente en su escrito de alzada cita como Resolución fundamental aplicable al caso la de 7 de febrero de 1959. Se trataba de si puede inscribirse, en cuanto a la totalidad de una finca, una escritura de venta presentada con anterioridad a un mandamiento en el que se estimaba la providencia ordenando, como consecuencia de sentencia anulando una venta anterior hecha por el mismo vendedor, cancelar las inscripciones de la primera, con lo cual se removía el obstáculo para inscribir la segunda, posterior a la sentencia, pero en el que se ordenaba, además, anotar la prohibición de enajenar una tercera parte indivisa de la finca con objeto de que quede afectada al pago de costas devengadas en aquel pleito de nulidad. El Registrador deniega la inscripción en cuanto a esa tercera parte por haber practicado antes la anotación de prohibición de venderla, como inseparable de la cancelación de la inscripción de la venta primera. El recurrente mantiene la preferencia de la segunda venta (en cuanto a la totalidad), presentada antes del mandamiento y aun antes de la providencia de prohibición de enajenar. El Presidente de la Audiencia dio la razón al Registrador; pero la Dirección revoca el auto apelado y la nota, basándose en que el título que primero ingresa en el Registro obtiene preferencia sobre los posteriores y en que ningún obstáculo se oponía a la inscripción (en cuanto a la totalidad) una vez cumplida la primera de las disposiciones del mandamiento (la cancelación de la inscripción de la venta anulada).

El problema es el mismo que en la Resolución que comentamos y aun más difícil todavía, porque el Registrador, para inscribir «al paso» la venta, debía intercalar su despacho, rompiendo la unidad de presentación de documento del mandamiento entre los dos mandatos del mismo. En la Resolución de este año, la ejecutoria y la cesión al Instituto Nacional de Previsión son documentos independientes, aunque se presenten el mismo día; pero entonces era un documento único. No hay duda de que ambas Resoluciones resultan contradictorias y de que hay algo más que mera analogía entre los dos casos. En el considerando quinto se dice que aunque existe cierta analogía, el supuesto de hecho difiere notablemente, ya que en el de la Resolución de 1959 era indudable la coincidencia de intereses, en tanto que en el presente falta tal coincidencia de intereses. La verdad es que en ambos casos hay coincidencia de intereses entre dos de los títulos presentados y discordancia de intereses entre los dos y el tercero. En 1959 había intereses coincidentes en la venta

y la sentencia frente a los intereses de los beneficiados por el mandato de prohibición de enajenar; ahora hay coincidencia de intereses de ejecutoria y cesión al Instituto frente a los embargos de la Hacienda. Y creo que las Resoluciones son contradictorias, porque entonces la prioridad formal la tenía la venta sobre la prohibición de enajenar, como ahora los embargos sobre la cesión al Instituto Nacional de Previsión, y entonces se resolvió en favor del título primeramente presentado (la escritura de venta) y ahora se resuelve en contra del mismo (los embargos de la Hacienda). En mi opinión, el quinto considerando es endeble y sus esfuerzos por encontrar diferencias entre el supuesto de hecho de ambas Resoluciones, insuficientes.

Además de la Resolución de 7 de febrero de 1959, alegada por el Abogado del Estado recurrente, se citan en el vistos otras ocho. El Registrador alega cinco de las incluidas en el vistos y cuatro más, pero de estas cuatro, tres no hemos acertado a encajarlas en el caso y la cuarta (como la otra citada por el recurrente) no la hemos localizado en el Anuario.

La Resolución de 30 de abril de 1936 se limita a determinar, en base al principio de voluntariedad de la inscripción, que puede inscribirse el mandamiento de cancelación de la hipoteca ejecutada por el procedimiento judicial sumario sin previa inscripción del auto de adjudicación, cualesquiera que sean los motivos doctrinales y prácticos determinantes de la conveniencia de que la inscripción de la adjudicación preceda a la cancelación. Igual que puede inscribirse la adjudicación sin previa o simultánea cancelación de la hipoteca. Sólo muy indirectamente afecta a nuestro problema.

La de 9 de marzo de 1942 dijo que no se extralimita el Registrador en su función calificadora al denegar, en cuanto a la nuda propiedad, una venta hecha por una viuda usufructuaria con facultad de vender para establecer con su precio dos misas a perpetuidad, si del examen del Registro resultan ventas anteriores, cuyo importe excede de los límites necesarios para cumplir tal voluntad del testador, y que para calificar puede tener en cuenta asientos de presentación o de otra clase que guarden relación con el asunto, así como documentos pendientes de despacho. Aunque el Registrador tuvo en cuenta ventas ya inscritas, la Resolución viene siendo citada para fundamentar la doctrina permisiva de la calificación basada en documentos pendientes de despacho posteriormente presentados.

La de 31 de marzo de 1950. Se trataba de la presentación de dos títulos contradictorios basados en dos interpretaciones distintas de una cláusula testamentaria de sustitución fideicomisaria en Cataluña. El presentado antes se deniega (anotación de Derecho hereditario) en base al conocimiento del otro posterior y la Dirección lo admite, pues se trata de procurar el mayor acierto en la calificación.

La Resolución de 14 de diciembre de 1953 resuelve la contradicción entre tres certificaciones de dominio para inmatricular una finca; dos expedidas por el Ayuntamiento de Ahaga, en la segunda de las cuales se dice que está destinada a plaza, y otra, de la Iglesia, que se deniega por resultar tal destino de la segunda del Ayuntamiento, a pesar de estar presentada después. La Dirección consideró aplicable el artículo 306 por analogía, como en caso análogo determinó la Resolución de 27 de agosto de 1915, y aplicando la doctrina de que el Registrador para mejor calificar puede tener en cuenta documentos pendientes de despacho.

La Resolución de 22 de octubre de 1952 reitera la facultad del Registrador para examinar los documentos pendientes de despacho con el fin de procurar el mayor acierto en la calificación, no practicar inscripciones inútiles, ineficaces o que han de cancelarse, acto seguido en un caso de

prioridad de presentación y de documento de una ejecución derivada de un crédito personal sobre otra hipotecaria, a la que el Registrador, no obstante, da preferencia en razón a la fecha de la hipoteca.

La de 2 de marzo de 1962 rechazó también una anotación de embargo «al paso» como la que comentamos, pero con dos notables diferencias respecto de ella: 1.ª Que la venta efectuada por el deudor se había presentado antes de dictarse la providencia de embargo. 2.ª Que el mandamiento estaba referido al derecho hereditario del deudor en la herencia de su padre, por lo que en todo momento estuvo con tracto imperfecto, porque en tanto la finca estaba inscrita a favor del padre, le faltaban al mandamiento las circunstancias o documentos del artículo 166, 1.ª, 2.ª, del Reglamento, y presentada la partición (que eliminaba el defecto de previa inscripción para inscribir la venta) ya no hay derecho hereditario alguno, sino dominio del deudor. Prescindiendo de esta segunda diferencia, el supuesto era el típico de colisión entre la prioridad del documento subsanable y el intercalado entre el subsanable y el subsanatorio.

La de 26 de mayo de 1965 nada nos ayuda, porque se trataba de una hipoteca otorgada o presentada antes de la fecha de un auto dictado en procedimiento penal declarando la incapacidad del deudor hipotecante, sin disponer ningún efecto retroactivo. La Dirección declaró inscribible la hipoteca.

En la Resolución de 26 de septiembre de 1967 se trataba de la pugna entre una vendedora a plazo con condición resolutoria del impago del precio de venta de mitad indivisa y un comunero retrayente con sentencia favorable. Se presenta primero la sentencia dictada en el juicio de retracto, que se suspende por defecto subsanable; después, el acta de resolución por impago del precio a favor de la vendedora, y, por último, la escritura de retracto. La Dirección confirma la denegación de la inscripción del acta de resolución fundándose principalmente en la prioridad conseguida por la sentencia de retracto, en no estar bien hecha la notificación de resolución y sí bien hecha, en cambio, la consignación del precio por el retrayente a favor de la vendedora, según la sentencia.

Es difícil extraer de todas estas Resoluciones una doctrina coherente en torno al problema de la colisión de los principios de prioridad, tracto sucesivo y calificación registral cuando el Registrador se encuentra ante res títulos pendientes de despacho y debe ordenarlos. La comentada, de 1959 y la de 1962 acaso sean las más significativas, pero la variedad de supuestos de colisión entre dichos tres principios está falta de un detenido análisis doctrinal.

En mi comentario a la Resolución de 17 de diciembre de 1971 me lamenté de que LACRUZ BERDEJO, que dedicaba sustanciosas consideraciones al problema de colisión o confluencia de los principios de prioridad, tracto sucesivo en sus lecciones de 1957 (págs. 197 a 200), las haya sumido en su obra de colaboración con SANCHEZ REBULLIDA, en la que se asla el problema del capítulo de la prioridad al de tracto sucesivo se minimiza reduciéndolo a poco más que la referencia a la Resolución de 2 de marzo de 1962 (pág. 341 de la obra de 1968). No podemos entrar en el análisis del problema, que además, repetimos, se diversifica en múltiples supuestos, de los que llaman la atención preferentemente, como los típicos: el que hemos llamado embargo «al paso» (el embargo tiene prioridad formal y lo discutido es si debe intercalarse entre dos transacciones, la primera de las cuales salva el defecto de previa inscripción al embargo) y el de doble venta con posterior transmisión de uno de los compradores cuando el orden de presentación es: 1.º, la venta de un comprador; 2.º, la compra del otro; 3.º, la compra del vendedor, que no subsana la falta de inscripción del antetítulo del título 1.º.

Lo único seguro es que la Dirección siempre ha preferido solucionar los conflictos entre los principios de prioridad y tracto apelando, como

tercero en discordia, al principio de calificación, dando a éste un ámbito amplio y extraformal y permitiendo al Registrador, a través de la doctrina de poder tener en cuenta, para mejor calificar, documentos pendientes de despacho, aun posteriormente presentados, entrar en los terrenos de la prioridad sustantiva, extrarregistral o de fondo al momento de ordenar el despacho de los tres títulos en colisión, que, en definitiva, se reducen a dos derechos en discordia.

Si este camino es el acertado, porque realmente nuestros principios formales estén regulados en forma propensa a crear colisiones internas, o si este camino es, en definitiva, una causa más de debilitación de los principios registrales; si el principio de calificación, cuando se extiende a lo divino y lo humano, es tanto la grandeza del funcionario calificador como su servidumbre y tantas otras graves cuestiones que se plantean en recursos como el resuelto por la Resolución comentada, me están, sin duda, vedadas por principio. Sólo añadiré que el defecto de falta de previa inscripción necesita ser contemplado, en nuestro sistema de inscripción exacerbadamente voluntaria, con una visión particularísima y especial que lo distinga de todos los demás defectos subsanables e insubsanables y que estimo perniciosas todas aquellas posturas (3) que tiendan a restringir la aplicación del artículo 103 del Reglamento Hipotecario, que creo, por el contrario, está necesitando una redacción más amplia y generosa, en la que precisamente se viniese a solucionar la cuestión de prioridad entre el título suspendido por falta de inscripción previa, el intermedio o intermedios que complete o completen el tracto sucesivo y los contradictorios con éste o éstos presentados entre medias. Para cuya solución siempre será bueno ver lo dispuesto en otras legislaciones, en las que, naturalmente, se habrá planteado el mismo problema; aparte, naturalmente, de la Resolución de 28 de febrero de 1879 y de la autorizada opinión de ROCA SASTRE, según la cual si antes del título intermedio se presenta un título opuesto, prevalece éste.

En resumen, consideramos más progresiva, desde el punto de vista de los principios formales, la Resolución de 7 de febrero de 1959 que la comentada y que por mucho que se esfuercen los considerandos de ésta, la nota del Registrador solamente cabía confirmarla en base a una prioridad sustantiva, conforme al considerando penúltimo, como castigo a la reticencia del Abogado del Estado sobre sus razones para recurrir a pesar de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria. Y apoyándose a mayor abundamiento en la doctrina del considerando último, aunque aquí pecase la Dirección de omitir una aclaración sobre por qué la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión había de resultar intangible para el Centro directivo, a pesar de estar bajo los efectos del recurso la calificación de las anotaciones de embargo. Y, desde luego, creo una construcción artificiosa, la de los turnos de despacho, que expone el Registrador en su informe: un turno de despacho adquirido por la Hacienda, con la presentación de sus mandamientos, y que se vuelve contra ella, y otro turno a favor de la Compañía de Tranvías y el Instituto Nacional de Previsión, que se transforma en turno preferente sin explicar por qué, ya que el rechazo de los mandamientos resulta no de la falta de inscripción a nombre del deudor, sino de la inscripción a favor del Instituto.

T. C. G.

(3) JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ. "La calificación registral problemas", en esta Revista, núm. 488 enero-febrero 1972, págs. 99 y siguientes. En rigor, CHICO ORTIZ quiere una interpretación estricta del 103 para evitar la preferencia del antetítulo subsanatorio sobre el contradictorio presentado entre medias. Claramente se trata de dos cuestiones perfectamente separables.

REGISTRO MERCANTIL

3. ES DEFECTO SUBSANABLE EN UNA ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DE ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, REUNIDO MEDIANTE CONVOCATORIA ORDENADA POR EL PRESIDENTE EN FUNCIONES Y CONSEJERO DE MÁS EDAD, POR AUSENCIA DEL PRESIDENTE TITULAR, EL NO ACREDITARSE DEBIDAMENTE TAL AUSENCIA, CIRCUNSTANCIA EN LA CUAL, CONFORME A LOS ESTATUTOS, AL PRESIDENTE LE SUSTITUIRÁ EL CONSEJERO DE MÁS EDAD, TENIENDO EN CUENTA QUE, CONFORME A LOS MISMOS, LA REUNIÓN DEL CONSEJO VENDRÍA DETERMINADA OBLIGATORIAMENTE A PETICIÓN DE TRES DE SUS MIEMBROS, REQUISITO QUE SE DIO.

Resolución de 4 de abril de 1972 («B. O. del E.» de 27 de abril).

Antecedentes de hecho.—La Compañía Mercantil «Viroterm. S. A.», fue constituida mediante escritura otorgada el 2 de abril de 1955 ante el Notario don Blas Piñar; en la actualidad ostenta la presidencia don J. Eudaldo Puig López, siendo el Consejero de más edad don Francisco Gómez Gallardo; en el artículo 28 de los estatutos sociales se dice que «en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad», y el 29 establece que «el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio del presidente o a petición de tres de sus miembros»; don Francisco Gómez Gallardo, «como presidente en funciones» por ausencia de don Eudaldo Puig López, el 20 de noviembre de 1971 ordenó al secretario de la Sociedad cursase telegramas a los consejeros no presentes convocándoles para una reunión que tendría lugar el 23 en la calle del Cid, números 4 y 6, de Madrid; la reunión se celebró en la fecha señalada con asistencia de tres de los cinco consejeros integrantes del Consejo, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Revocar totalmente los poderes que le fueron concedidos a don José Cortadellas Carbonell en la sesión del Consejo de 13 de julio anterior, quedando expresamente desautorizado para realizar acto alguno en nombre de la Sociedad, revocar y declarar nulos los poderes y delegaciones que se le habían conferido a don J. Eudaldo Puig López en la reunión del Consejo de 21 de junio de 1971, el cual queda expresamente desautorizado para ejercitar acto alguno en representación y nombre de la Compañía, salvo las facultades estrictas que al presidente del Consejo de Administración le confieren los estatutos; nombrar con carácter provisional gerente de la Sociedad al consejero don Francisco Gómez Gallardo, facultándole expresa y ampliamente para que pueda nombrar persona

de su confianza en quien delegue con mayor o menor amplitud el ejercicio de esta función, otorgándole el correspondiente mandato y facultándole para comparecer a tal efecto ante Notario; conceder la representación de la Sociedad, con la más amplia delegación de poderes del Consejo sin más excepciones que las que resulten expresamente de la Ley, a los señores don Francisco Gómez Gallardo, don Antonio Casado de Amezúa y Corso y don José Luis Enríquez Escudero, actuando para ello siempre mancomunadamente dos cualesquiera de ellos y con facultades para suscribir todos los documentos necesarios para la gestión de la Sociedad, firmando siempre en nombre de ella dos de los designados, y que el día 25 de los mismos mes y año don Antonio Casado de Amezúa y Corso, actuando como secretario y en representación de «Viroterm, S. A.», otorgó ante el Notario de Madrid don Manuel Ramos Armero escritura pública en que se protocolizaron los anteriores acuerdos.

Presentada en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del presente título por el defecto de carecer don Francisco Gómez Gallardo de la capacidad necesaria para convocar la reunión del Consejo de Administración, dado que dicha actuación, según dispone el artículo 29 de los estatutos sociales en relación con el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, es de la competencia del presidente del Consejo y que sólo puede ser ejercitada por el consejero más antiguo en funciones de presidente accidental, según determina el artículo 28, en caso de ausencia del presidente, circunstancia que no resulta acreditada por la documentación presentada, particular que se corrobora con acta de 22 de noviembre del pasado año autorizada por el Notario de Madrid don Domingo Irurzun, que figura asimismo presentada bajo el número 420 del diario 292. El señalado defecto, al producir la invalidez de la reunión del Consejo, vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968, por lo cual tiene el carácter de insubsanable. No procede tomar anotación de suspensión.»

Don Cayetano Hernández Fernández, en representación de don Antonio Casado de Amezúa y Corso, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según consta en el acta de la sesión 83 del Consejo que se incluye por testimonio en la escritura presentada, la ausencia de Madrid del presidente titular se acreditada «por acta notarial que se une a esta acta del Consejo», por lo que su existencia consta, por tanto, al Registro; que tal acta fue la otorgada ante el Notario don Manuel Ramos Armero el 19 de noviembre de 1971 con el número 4.293 de su protocolo y en ella se acredita que constituido el Notario en el domicilio social de «Viroterm, S. A.», «calle España 10, 23, bajo izquierda, donde no encontré a don Eudaldo Puig López, recibíéndome en su despacho don Julio Fernández Labiada, empleado de dicha Sociedad, quien a mi pregunta, advertido de mi carácter y función, así como del objeto de mi visita, me indica que el señor Puig López está en París y después va a Londres. ; acto seguido me desplazé al hotel Gran Versalles, Coventry, 4, siendo las diez horas y diez minutos, donde en la conserjería, advertido el empleado que me atiende de mi carácter y función y tras solicitar la presencia de don J. Eudaldo Puig López, me exhibe la ficha correspondiente indicándome que se marchó el día 18»; que a mayor abundamiento, en el propio título presentado se dice que la reunión del Consejo «estaba solicitada por tres consejeros», siendo, por tanto de celebración obligatoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de los estatutos sociales, en que se dice que «el Consejo de Administración se reunirá tantas veces como lo exijan los negocios sociales a juicio de presidente o a petición de tres de sus miembros»; que el defecto señalado por el Registrador consiste en no acreditarse con la documentación

presentada la circunstancia que justifique la convocatoria de la reunión en la forma en que se ha hecho; que si la falta hubiese sido calificada de subsanable se habría resuelto la cuestión presentando el acta notarial aludida autorizada por el señor Ramos Armero, con el número 4.293 de su protocolo; que no existe ninguna razón que justifique el carácter insubsanable atribuido a la falta, pues la documentación aportada por el señor Puig López sólo acredita que estuvo en Madrid el día de la celebración de la Junta, pero no que estuviese cuatro días antes en que se hizo la convocatoria, momento al que, sin duda, se refieren los estatutos; que para una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y, en su caso, de los artículos 28 y 29 de los estatutos, se deben tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina, los posibles riesgos para la empresa, que no hay duda existían en el presente caso; que en el supuesto de que se modifique el carácter insubsanable atribuido a la falta señalada ofrece presentar el acta autorizada por el señor Ramos Armero, que demuestra cumplidamente la ausencia de Madrid del presidente, señor Puig López, en el momento de la convocatoria, y que aparte de los anteriores razonamientos, la reunión tenía validez por haber sido solicitada verbalmente y por escrito por tres consejeros, de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del artículo 29 de los estatutos sociales.

Los Registradores titulares del Mercantil de Madrid dictaron acuerdo manteniendo la calificación impugnada por los siguientes razonamientos: Que en el acta de la reunión del Consejo celebrada el 23 de noviembre de 1971, que mediante fotocopia se incorporó al título presentado, constan por declaración de los interesados las incidencias de la convocatoria en forma coincidente en líneas generales a la alegada por el recurrente; que en la misma acta se consigna la declaración del presidente interino señor Gallardo, expresiva de que fue requerido notarialmente y bajo apercibimiento de la responsabilidad a que hubiere lugar por el consejero señor Enríquez para convocar la reunión en virtud de que estaba solicitada por tres consejeros, por lo que era obligatoria; que el 22 de noviembre de 1971 don Juan Eudaldo Puig López, como presidente del Consejo de Administración de «Viroterm, S. A.», requirió al Notario don Domingo Irurzun Goicoa para que, a la vista de un telegrama firmado por el secretario de la Sociedad, que había recibido el día 20 en su domicilio de Barcelona, convocándole para una reunión del 23, le acompañase al lugar señalado para la misma, calle del Cid, números 4 y 6, y momentos antes de la hora fijada pregunte al nombrado secretario si fue él quien remitió el telegrama, y en caso afirmativo, quién ordenó la convocatoria, es decir, quién se atribuye el cargo de presidente y por qué; que el requerido se abstuvo de contestar en el acto pidiendo cédula de notificación para hacerlo en el plazo reglamentario; que el 25 de noviembre se personó el requerido en el despacho del Notario requirente, contestando por escrito en el sentido de que efectivamente el telegrama de convocatoria fue puesto por el dicente, que recibió la orden de convocatoria de don Francisco Gómez Gallardo, y que en cuanto al por qué, se trata de una cuestión subjetiva que lógicamente el declarante ignora, aunque es evidente que con ello el señor Gallardo ejercitaba las prerrogativas y deberes que le imponen los artículos 28 y 29 de los estatutos de «Viroterm, S. A.», razón por la cual el compareciente se consideró obligado a obedecer la orden recibida, haciendo constar asimismo y en relación con igual asunto, que la reunión del Consejo estaba solicitada en forma fehaciente desde hacía muchos días por tres consejeros y que la gestión de «Viroterm, S. A.», presentaba notorias anomalías, por lo que su situación estaba amenazada de graves riesgos, que hacían precisa la urgente reunión del Consejo; que el 13 de diciembre de 1971, debidamente convocada, se reunió la Junta general de accionistas de «Viro-

term, S. A.», con asistencia de socios que representaban el 50,03 por 100 del capital social, tomándose en ella los siguientes acuerdos: Ejercer la acción de responsabilidad contra los consejeros don Antonio Casado Amezcua, don José Luis Enríquez Escudero y don Enrique Gómez Gallardo, desautorizar el carácter de reunión del Consejo a la celebrada el día 23 de noviembre por los citados señores invalidando como acta de la misma el documento presentado en el Registro Mercantil, destituir de sus cargos a los expresados señores, revocar y dejar sin efecto alguno de los poderes conferidos a don José Luis Enríquez y don Francisco Gómez Gallardo, designar nuevos consejeros a don Matías y a doña María del Carmen Matías Troyano; que los referidos acuerdos fueron protocolizados por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Domingo Irurzun Goicoa el 13 de diciembre del mismo año, presentada en el Registro Mercantil y pendiente de despacho; que el 4 de febrero de 1972 se presentó en la misma oficina un mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de la capital dimanante de autos seguidos a instancia de don Antonio Casado de Amezcua y Corso y la «Compañía de Inversiones y Compras, S. A.», contra «Viroterm, S. A.», en el que se ordena anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos tomados por la última empresa citada en la referida Junta general, encontrándose el citado mandamiento pendiente de despacho; que la nota de calificación fue puesta después de haberse manifestado verbalmente al interesado los defectos advertidos; que una vez presentado el escrito del recurso y después de la hora de cierre de la oficina se observó la falta de firma en el escrito de interposición; que la carencia de la precitada firma pone de manifiesto la falta de personalidad del recurrente y, por ende, la nulidad del recurso interpuesto; que aunque a tenor de lo dispuesto en la regla cuarta del artículo 56 del Reglamento del Registro Mercantil, expresivo de que si se apreciase falta de personalidad en el recurrente podrá limitarse a este punto del acuerdo, expondrá los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a la calificación recurrida; que relacionando entre sí todos los extremos de la nota y teniendo en cuenta el acta de 22 de noviembre de 1971, es evidente que de la documentación presentada no resulta ni puede resultar acreditada la «ausencia jurídica»—distinta de su sentido vulgar—de don J. Eudaldo Puig López en el momento de la convocatoria; que los artículos 181 y siguientes de nuestro Código Civil definen técnicamente la ausencia jurídica, que no es la simple falta de presencia, sino que tiene que ser el ignorado paradero, probada y no presunta; que en Derecho mercantil, dada la mayor fluidez de la vida comercial, podría admitirse la ausencia en paradero conocido, pero con imposibilidad de regreso para justificar la adopción de medidas urgentes; que constantemente se hacen nombramientos de administradores de sociedades con domicilio fuera del lugar en que lo tiene la empresa, incluso en el extranjero, y esto no impide la buena marcha de la entidad; que así ocurre precisamente en el presente caso, en el que el señor Puig López tiene su domicilio legal en Barcelona, calle Gilaz, número 7, sin que del Registro Mercantil resulte ninguna restricción por motivo de su residencia; que en el citado domicilio de Barcelona se recibió en la tarde del 21 de noviembre de 1971 el telegrama convocándole en nombre del presidente en funciones para la reunión del 23; que el referido don Eudaldo requirió el lunes siguiente, o sea, el 22, al Notario de Madrid don Domingo Irurzun Goicoa para que levantara el acta anteriormente mencionada; que teniendo en cuenta lo dicho y el artículo 28 de los estatutos sociales, no puede considerarse en situación de ausencia a don J. Eudaldo Puig López y, en consecuencia, la convocatoria del Consejo, realizada por don Francisco Gómez Gallardo como presidente en funciones, es nula, como declaró el Tribunal Supre-

mo en un caso muy similar resuelto por sentencia de 14 de febrero de 1968, y nulos los acuerdos tomados en la reunión convocada; que de la interpretación que pretende el recurrente del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con los 28 y 29 de los estatutos sociales, apoyada en la opinión vacilante de un tratadista, es inadmisibile en el Derecho español por ser contraria al ordenamiento jurídico y a la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre este punto en la citada sentencia de 14 de febrero de 1968, y que si don J. Eudaldo Puig López ha procedido con lenidad en el cumplimiento de sus obligaciones, los socios que se consideren perjudicados pueden ejercitar la acción social de responsabilidad en la forma que determina el artículo 80, párrafo 3.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, o la acción individual de responsabilidad del artículo 81 de la misma Ley, sin perjuicio de poder utilizar cualquier otra acción que sea procedente conforme a las normas del Derecho común, pero sin que sea admisible el que a través de interpretaciones arbitrarias de preceptos estatutarios o legales se hagan convocatorias como la efectuada por don Francisco Gómez Gallardo, que por ser nula vicia de nulidad los acuerdos adoptados en la misma.

Al no aparecer firmado el escrito de interposición del recurso, olvido del recurrente advertido por el Registrador el día de su presentación después del cierre de la oficina, la Dirección General, de conformidad con el principio de subsanación de defectos formales que aparece recogido en la legislación notarial y que también regula el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Administrativo, acordó la devolución del expediente al Registro de procedencia para que se cumpliese la formalidad omitida y una vez realizado este trámite lo remitiese de nuevo al Centro directivo, indicación que cumplió con diligencia la oficina registral.

Y la Dirección General, en el recurso interpuesto por el Letrado don Cayetano Hernández Fernández en la representación dicha, contra la calificación del Registrador Mercantil de Madrid (1), acordó confirmar la nota de éste, excepto en lo relativo al carácter del defecto, que ha de estimarse subsanable, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección—La cuestión plantada se reduce a determinar si la convocatoria y celebración del Consejo de Administración de «Viroteam, S. A.», que dio lugar a los acuerdos que debidamente protocolizados se presentaron en el Registro Mercantil para su inscripción, se ajustan o no a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y más especialmente en los 28 y 29 de los estatutos sociales.

Conforme al tenor del artículo 29 citado, la reunión del Consejo de Administración, que tendrá lugar «tantas veces como lo exijan los negocios sociales», vendrá determinada discrecionalmente por el juicio del presidente sobre dicha exigencia u obligatoriamente «a petición de tres de sus miembros», requisito este último que se ha dado y aparece probado en el escrito al Registro Mercantil, y resuelve en sentido positivo el problema fundamental de la procedencia de la convocatoria.

La capacidad y actuación del consejero más antiguo formalizando tal convocatoria se ajusta igualmente a lo determinado categóricamente y sin ninguna reserva ni cautela por el también citado artículo 28 de los estatutos, que dice que «en caso de ausencia del presidente le sustituirá el consejero de más edad», complementando el artículo 78 de la Ley, que habla de la convocatoria hecha por «el presidente o el que haga sus veces», sin que ante la falta de otras exigencias legales—cada vez que el repetido artículo 78, por lo demás, se limita a fijar las condiciones de convo-

(1) VISTOS Los artículos 77 y 78 de la Ley de 17 de julio de 1951 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1968

catoria válida del Consejo, cual es la concurrencia a la reunión de la mitad más uno de sus componentes y las mayorías siempre personales necesarias para la adopción de acuerdos—quepa plantear, sobre la ausencia real del presidente, otra cuestión que la de no estar debidamente acreditada, según viene a reconocer el propio recurrente y sin que la sentencia del Tribunal Supremo que se cita, motivada por una convocatoria hecha de modo directo por los consejeros, «que no puede equipararse a la hecha por el vicepresidente», parezca de aplicación al caso debatido y pueda, por tanto, la falta de prueba de la repetida ausencia viciar de nulidad los acuerdos tomados y, en consecuencia, determinar el carácter de insubsanable del defecto advertido.

COMENTARIO.—Debe centrarse en dos puntos fundamentales: a) Si el Registrador (los Registradores) fue duro en la calificación de insubsanable que dio al defecto. b) Si la Dirección, al transformar el defecto en subsanable, entraba en el fondo y consideraba que el acta otorgada el 19 de noviembre de 1971 ante el Notario don Manuel Ramos Armero era suficiente documento justificativo de la ausencia del presidente, señor Puig López, causa suficiente para la validez de la convocatoria efectuada por el presidente sustituto, consejero de más edad.

a) La simple lectura de la nota calificatoria nos demuestra que el Registrador no era consecuente consigo mismo al calificar como insubsanable el defecto. Considerando como considera que la convocatoria y todo lo demás estaría correcto en el supuesto de ausencia del presidente, señor Puig López, nunca debió centrar el defecto en no resultar acreditada por la documentación presentada tal circunstancia (la ausencia) si es que pretendía considerar insubsanable el defecto. La calificación de insubsanable sólo era congruente con el haber considerado acreditada la presencia. En realidad, por la referencia que a continuación se hace al acta autorizada por el Notario señor Irurzun el 22 de noviembre de 1971, el Registrador quería decir que había considerado acreditada la presencia y, por tanto, la no existencia de ausencia y, por ello, calificaba el defecto de insubsanable, pero incurrió en el error o, al menos, en la imprecisión de colocar el centro de gravedad de la nota en no resultar acreditada la ausencia, y de no precisar el momento en el que la ausencia o la presencia eran fundamentales, ni tampoco su interpretación de la frase «en caso de ausencia del presidente» contenida en el artículo 28 de los estatutos. Las faltas y defectos que los Registradores observan han de ser determinados en la nota con la suficiente claridad para que los interesados puedan reaccionar contra la calificación y, en nuestro caso, aunque se ve suficientemente claro que no se estimaba válida la convocatoria, no hay la misma claridad respecto al por qué no se estimaba válida, ya que nada se dice sobre la naturaleza, momento y forma de justificar la ausencia a que dicho artículo estatutario hace referencia, datos todos imprescindibles para que el interesado procurase la subsanación del defecto, si se hubiese estimado subsanable, o enfocase el recurso, caso de estimarse insubsanable, como se estimó.

Tales matizaciones sí las encontramos en el Informe del Registrador, aunque no totalmente claras: En él se dice que la «ausencia jurídica» del presidente no resulta *ni puede resultar acreditada* de la documentación presentada en el momento de la convocatoria; se dice que hay que relacionar entre sí todos los extremos de la nota (confesando así que no era de redacción totalmente correcta) y se hacen insinuaciones respecto a que la ausencia que autorizaría la intervención del presidente suplente sería la ausencia en ignorado paradero del Código Civil (?) o, al menos, por la mayor fluidez de la vida comercial, la ausencia en paradero

conocido, pero con imposibilidad de regreso. A pesar de todo, la única razón para estimar imposible acreditar la ausencia fue el dar por acreditada la presencia en vista del contenido del acta notarial de 22 de noviembre, dando prevalencia a esta acta sobre el acta de la sesión del Consejo, en la que se hace referencia al acta autorizada por el Notario don Manuel Ramos Armero el 19 del mismo mes, acreditativa de la no presencia del presidente ni en el domicilio social ni en el hotel «Gran Versailles» en el día de la convocatoria, acta que, al parecer, aunque mencionada en la de sesión del Consejo, no se presentó en el Registro.

b) La solución dada al recurso por la Dirección debemos considerarla correcta, aunque aparentemente sea poco práctica. Hay un momento, en el considerando tercero, en el que parece que va a reducir a unos términos razonables los efectos de la frase: «que deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces», del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas; aquel en el que dice que este precepto se limitará a fijar las condiciones de convocatoria válida del Consejo (2); pero luego no llega al considerando a distinguir entre validez de la constitución del Consejo (*quorum* de asistencia), requisitos de validez de los acuerdos (voto favorable de mayoría de asistentes) y requisitos de la convocatoria respecto de los cuales es muy dudoso que la Ley haya querido hacer de la circunstancia de ser convocada la sesión por el presidente o el que haga sus veces un requisito de validez de los acuerdos y de la válida constitución del Consejo, en todo caso. Termina por centrar la validez e inscribibilidad de los acuerdos en la ausencia del presidente y, por ende, en el acreditar debidamente tal ausencia.

Y aquí llegamos a la crítica de la resolución por poco práctica. Si nadie sabe la manera de acreditar «debidamente» esa ausencia del presidente, si el Registrador vacila incluso sobre qué sentido tenía que darse a la palabra ausencia, si no se comprende fácilmente en qué momento la ausencia debe operar el tránsito de facultades de convocatoria, cuando hay tan corto espacio entre convocatoria y sesión. ¿Qué adelanta la Dirección con dejar abierta la cuestión, limitarse a calificar el defecto de subsanable y no manifestar nada sobre si consideraba el acta aportada al recurso suficiente documento subsanatorio?

Los Tribunales podrán ampliar el campo de polémica del caso hasta el infinito, tanto como puedan el ingenio, la preparación o la habilidad de los letrados de las partes. Pero ante el Registrador, en vía de jurisdicción voluntaria registral, la polémica estaba agotada por las dos actas notariales contrarias. Nada se consigue con colocar nuevamente al Registrador en trance de volver a rechazar la inscripción por defecto subsanable no subsanado y al interesado ante la necesidad de otro recurso contra la calificación que estime insuficiente subsanación el acta notarial del día 19, en vista del contenido del acta notarial del día 23. Todo lo que las partes pueden decir y aportar sobre el caso en vía de jurisdicción voluntaria está en el recurso. ¿Por qué dar lugar a otro? Es muy de alabar el respeto de la Dirección a la libertad calificadora de los Registradores respecto de los documentos no presentados a calificación y sí aportados al recurso, conforme al artículo 117 del Reglamento, y el mismo recurrente reconoce en su escrito que el acta del día 19 no se había presentado; pero debe tenerse en cuenta: a) que a la misma se hacía referencia en el acta de la sesión 83 y el Registrador, al no exigirla, demostraba su criterio de que cualquiera que fuese su contenido nunca sería suficiente para variar su calificación; b) que frente al artículo 117 está el 124, que permite a la Dirección tener en cuenta,

(2) Posiblemente hay un error de redacción o de imprenta en el párrafo entre guiones del considerando

para resolver, documentos no presentados al Registrador, y c) que antes que los hechos acreditados por el acta del día 19 y por el acta del día 23 o por cualquier otra que hubiese podido levantarse (y aunque éstas hubiesen justificado todos los movimientos del señor Puig López en aquellos días), tienen que ser consideradas cuestiones más fundamentales de hecho y de derecho para determinar la validez e inscribibilidad de los acuerdos de la sesión del Consejo, en torno a las cuales la Dirección no se pronuncia.

Por todo ello parece, a primera vista, que en este caso la Dirección, por brevedad procesal, debía haber entrado en el fondo y resolver del todo la cuestión planteada, aun a riesgo de suplantar un tanto al Registrador en la calificación de la *questio facti*, que representa la contradicción de las dos actas, contradicción que, en mi opinión, no agota el problema sometido a la consideración del Centro directivo. Siendo así, era insuficiente confirmar la nota, sin más que cambiar en subsanable la naturaleza del defecto, porque el defecto más y antes que subsanable o insubsanable era impreciso y deficientemente planteado, en tanto en cuanto no se siente criterio firme sobre el sentido que en el artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene el precepto de que la sesión deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces y la trascendencia que este requisito de la convocatoria tiene en orden a la validez de la constitución del Consejo, así como sobre los elementos de calificación registral de tal requisito de la convocatoria.

Lo que sí echamos de menos en los considerandos es la referencia a la doctrina de la Dirección, según la cual el Registrador para mejor calificar puede y debe tener en cuenta otros documentos pendientes de despacho, aunque estén posteriormente presentados, con objeto de no efectuar inscripciones inútiles o ineficaces, evitar litigios y conseguir justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados. En esto creemos que está el «quid» de la cuestión. El Registrador, al calificar tenía conocimiento de que la Junta general de «Viroterm, S. A.», se ponía de parte del presidente efectivo y en contra de los acuerdos del Consejo en la reunión cuya convocatoria se discute, y acaso tenía ya conocimiento también de un mandamiento de anotación de demanda de impugnación de los acuerdos de dicha Junta general. La pugna había, pues, tomado estado judicial y la resistencia de los Registradores a que el Registro prejuzgase o dificultase el fallo que, en definitiva, dictasen los Tribunales era muy razonable, máxime cuando tan poco precisos están los efectos de la inscripción en determinados aspectos del Registro Mercantil. Era preferible aquí el vacío registral absoluto a que los asientos se inclinasen a favor de una de las dos tan irreductibles facciones dentro de la Sociedad. Desde este punto de vista, la dilatoria inhibición de la Dirección General también se nos ofrece como la solución mejor y una nueva calificación del Registrador, teniendo a la vista las dos actas notariales, tendente una a probar la ausencia del presidente titular y la otra su presencia, e incluso un nuevo recurso contra esta calificación, se nos ofrece como idóneos procedimientos para que los puntos litigiosos se perfilen y la controversia se centre donde corresponde: los Tribunales. Por otra parte, aquí el tiempo trabaja a favor de la Justicia, porque al ir aumentando la información de los socios sobre lo discutido por los dos bandos, la voluntad suprema de la Junta general, con asistencia más copiosa que la del día 13 de diciembre de 1971, puede despejar la pugna planteada.

El último considerando de la Resolución entiende que no es de aplicación al caso debatido la sentencia de 14 de febrero de 1968. Creo que sí podía considerarse aplicable, pues el Registrador trataba de conceder la mayor trascendencia a la frase del artículo 78, que determina que l.

sesión del Consejo deberá ser convocada por el presidente o el que haga sus veces. El artículo 78 ha ido más allá que su modelo, el artículo 2.388 del Código Civil italiano. Este dice que para la validez de las deliberaciones es necesaria la presencia de la mayoría de los administradores en el ejercicio de su cargo (salvo que el acto constitutivo no exija un mayor número de presentes); añade que las deliberaciones (acuerdos) serán tomadas por mayoría absoluta (salvo disposición distinta en el acto constitutivo) y termina prohibiendo el voto por representación. Nada dice sobre la convocatoria ni aparece el menor indicio de que los requisitos de la convocatoria de la Asamblea (Junta general) sean aplicables por analogía. Nuestro artículo 78 coincide con el italiano en que la mayoría de asistentes y la mayoría de votantes en favor del acuerdo son requisitos de éste; pero parece añadir el requisito de convocatoria por el presidente o el que haga sus veces. Se hace difícil deducir que este requisito sea tan esencial como los otros dos. Si el artículo 55 da por válida la Junta general universal sin previa convocatoria, ¿será de peor condición el Consejo? Por ello acaso no sea conveniente sacar de quicio el requisito de la convocatoria del Consejo por su presidente o el que haga sus veces. Si es verdad que el Consejo queda válidamente constituido cuando concurren la mitad más uno de sus componentes no puede ser esencial el requisito de convocatoria por el presidente. O la convocatoria es una obligación del presidente más que un requisito de validez de la sesión y de los acuerdos o no es verdad que baste la concurrencia de la mitad más uno de los consejeros para la constitución válida del Consejo. En todo caso, ha habido un descuido del legislador, que no ha previsto, en este artículo, el enfrentamiento del presidente con la mayoría de los consejeros.

La sentencia de 14 de febrero de 1968 interpretó el precepto en favor del presidente posiblemente apoyándose en (y considerando también esencial) el acta firmada por el presidente y el secretario, a que se refiere el artículo, y al que tampoco se hace referencia en el Código italiano en materia de Consejo de Administración (al contrario que en materia de Asamblea, donde sí encontramos un acta suscrita por el presidente y el secretario o el Notario, siendo imprescindible el Notario en la Asamblea extraordinaria). Si esta interpretación del Tribunal Supremo debe tener alcance extensivo y aplicación general, aunque en algún caso pueda conducir a la tiranía del presidente dentro del Consejo, o si debe ser atemperada por las circunstancias del caso, es algo que tiene que resultar de la realidad vivida de los Consejos de Administración de las Sociedades Anónimas.

La sentencia citada en uno de los considerandos rechaza el motivo del recurso basado en la violación del artículo 78 de la Ley, por entender adecuada la interpretación del Juez de Instancia, según la cual corresponde al presidente convocar el Consejo, pues el artículo no puede suponer la simultánea facultad a favor del presidente y el vicepresidente, pues éste solamente hará las veces del primero cuando aquél deje de ejercer sus funciones; ni, en suma, la convocatoria hecha por consejeros de modo directo arrogándose la facultad mencionada y sin instar del presidente tal convocatoria sea equiparable a la que trata de defenderse como hecha por el vicepresidente. En otro considerando, por motivos procesales, rechaza la violación del artículo 4 del Código Civil y del mismo artículo en relación con el 77 de la Ley de Sociedades Anónimas, por acumularse respecto a los mismos preceptos legales dos conceptos de infracción de carácter independiente contra lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento. Lamentamos que por lo extractado del texto de la sentencia, por el que hemos podido llegar a conocerla, y por la gran influencia de lo procesal en los fallos de la casa-

ción no podamos exponer con acierto el criterio sentado por ella en torno a la cuestión de la naturaleza del requisito de convocatoria del Consejo por el presidente en relación con la validez de los acuerdos tomados.

En lo que no estamos conformes con la Resolución es en que la referida sentencia no sea de aplicación al caso debatido. Si se trata de averiguar si la convocatoria por el presidente y la firma de éste en el libro de actas son requisitos insustituibles para que haya acuerdo válido o si, por el contrario, «una interpretación ágil y correcta del artículo 78 de la Ley», en la que se deban tener en cuenta los posibles riesgos para la empresa, en caso de resistencia del presidente, como quiere el recurrente, debe conducir a reducir los efectos de tal requisito de la convocatoria; entonces no hay duda de que la doctrina del Tribunal Supremo era fundamental en la materia y que lo necesario era calibrarla acertadamente, separando lo que fuera en ella *obiter dictum* o imposiciones del rigorismo formal de la casación.

Puede entenderse que la convocatoria por el presidente en funciones es requisito de validez de los acuerdos, y que los acuerdos del Consejo reunido sin esa convocatoria son nulos en todo caso y, sin embargo, no estimar insubsanable el Registrador el defecto tal como el caso se presentaba. Poco a poco se va abriendo paso entre los Registradores la idea de que la dualidad defecto subsanable-defecto insubsanable no agota las posibilidades de la rica realidad. Son muy frecuentes los casos en que hay que estimar el defecto subsanable en principio, aunque luego resulte de imposible subsanación, y existen también casos en que precisamente la subsanación de un defecto intrascendente nos conduce a un gran defecto insubsanable.

Este era el caso planteado. Si se aportaba documentación suficiente para demostrar que la convocatoria era válida y, por tanto, válidos los acuerdos, resultaba subsanado el defecto; si, en definitiva, resultaba acreditada la defectuosa convocatoria y, por ende, la nulidad de los acuerdos, el defecto se transformaba en insubsanable, y si no se acreditaba ni una cosa ni otra, el defecto quedaba como subsanable no subsanado. Pero de todas maneras, en el fondo quedaba y queda una *quaestio juris* fundamental sin resolver: la correcta interpretación del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas, que contiene una grave contradicción interna si se pretende dar al requisito de convocatoria trascendencia en orden a la validez de los acuerdos.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA: PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970).

Hechos.—Según certificación registral, la actora es propietaria de una determinada finca adquirida en 1947. En el año 1959, don C. F. P., ahora demandado, inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre y efectuó diversas segregaciones de una finca que la actora identifica en la demanda como parte de la finca inscrita a su favor, por lo que ejercita acción reivindicatoria, solicitando también la cancelación de todas las inscripciones contradictorias indicadas. Identificada en primera instancia la finca inscrita a nombre de don C. F. P., y sus sucesivas segregaciones como partes de la finca inscrita a nombre de la actora, el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando el derecho de propiedad de la actora y decidiendo que procede cancelar las inscripciones contradictorias. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El demandado interpone recurso de casación por infracción del artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 69, número 3.º, de la misma, por entender que no es posible instar ni obtener la cancelación de un asiento registral sin haber instado ni obtenido el actor la nulidad del título inscrito por el demandado, dada la letra del citado número 3.º del artículo 69 de la Ley Hipotecaria, y dado que del artículo 38, párrafo 2.º, de la misma Ley se desprende que la petición de cancelación es un corolario de la petición de nulidad del título y no una actuación legal independiente o al margen del mismo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la doctrina de que el ejercicio de la acción reivindicatoria es suficiente para obtener, caso de ser estimada, la cancelación de la inscripción contradictoria, sin necesidad de solicitar expresamente la nulidad del título inscrito, siendo su único «considerando» el siguiente:

Considerando que, como ya se indicó, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 17 de enero de 1889, 7 de diciembre de 1904, 1 de diciembre de 1947, 29 de noviembre de 1961, 15 de noviembre de 1962, 21 de marzo de 1963 y 3 de mayo de 1966, la obligación impuesta por el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no es exigible cuando, aun ejercitada una acción contradictoria de dominio, como la reivindicatoria, ambas partes litigantes derivan sus derechos de documentos y títulos distintos, que ninguna relación ni dependencia guardan entre sí, por reducirse entonces la contienda a discutir el valor, eficacia y preferencia de cada uno de ellos, y porque de declararse anterior el del demandante, la nulidad del de su adversario constituye la consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, y como esto es precisamente lo ocurrido en el presente caso, según los hechos afirmados por la resolución impugnada, y aquella nulidad es suficiente para lograr la del asiento registral a efectos del artículo 79, número 3, de su Reglamento, de ahí que no se hayan infringido por el Tribunal *a quo* los preceptos que se expresan en los dos únicos motivos del presente recurso, formulados al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que el mismo en su totalidad debe ser desestimado.»

INSCRIPCION SIN FIRMA DEL REGISTRADOR: NO ES NULA (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1970).

Hechos.—El demandante era dueño, con la carga de una hipoteca, de una mitad indivisa de finca, según una inscripción extinguida por transmisiones posteriores inscritas, que lo fueron en base a un procedimiento judicial instado por los acreedores contra la finca que estaba hipotecada, procedimiento que dio lugar a una inscripción a favor del demandado, como adjudicatario de la finca en la subasta, que carecía de la firma del Registrador entonces titular. El demandante alega que a pesar de haberse extendido la inscripción, el Registrador, «al examinar el caso, se da perfecta cuenta de las anomalías observadas en el procedimiento y se niega a firmar la citada inscripción» (*sic*), por lo que solicita la nulidad de dicha inscripción y de las posteriores, siendo la nulidad insubsanable por causa del vicio que la motiva, tan grave y elemental como es la falta de firma del Registrador, en base al artículo 9, párrafo 8.º, de la Ley Hipotecaria. Los demandados se oponen, entendiendo que el procedimiento de ejecución de la hipoteca fue seguido con todas las formalidades y se hicieron los requerimientos en el domicilio señalado en la escritura de hipoteca, aunque el actor diga que no se le requirió y que la petición de la demanda se apoya en el artículo 9, párrafo 8.º, de la Ley Hipotecaria actualmente vigente, cuando ello no es así, ya que debió apoyarse en la Ley Hipotecaria del año 1909, que era la Ley vigente en aquel momento, en la que no se exigía el requisito de la firma del Registrador ni en su artículo 9 ni en ningún otro.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—Para mejor ponderar la sentencia expone mos los motivos del recurso de casación interpuesto por el demandante por infracción de Ley:

Motivo primero.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692, infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 273 de la Ley Hipotecaria y 319 de su Reglamento, en relación con el número 8.º del artículo

de la mencionada Ley; que, evidentemente, la sentencia recurrida fundamenta el fallo en la aplicación de los preceptos citados en el considerando tercero, o sea, en que se subsanó por el nuevo Registrador de la Propiedad el motivo de nulidad implícito en el número 8.º del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, que exige «la firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción, con la copia del título de donde se hubiere tomado»; ahora bien, para admitir como subsanado el asiento por la posterior actuación del nuevo Registrador de la Propiedad debe preguntarse si cabe interpretar en Derecho que dicha subsanación hecha años después pueda implicar la «conformidad de dicha inscripción con el título de donde se hubiera tomado», según reza la Ley; entiende el recurrente que el precepto citado se dirige a conseguir la subsanación de aquellas omisiones o errores que sin afectar a la calificación del acto en sí presupongan, como la propia naturaleza de lo subsanable indica, una corrección y de por sí la legitimación de un derecho, acto éste que escapa a las atribuciones y alcance contenidos en el precepto y reservado por la Ley a los Tribunales de Justicia. Lo nulo no puede ser subsanado ni tal norma autoriza o legitima al Registrador a darle legalidad.

Motivo segundo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación o no aplicación del artículo 20, párrafo 1.º, en relación con los artículos 30, 33 y 217 de la Ley Hipotecaria; que para calibrar el concepto de error, a efectos registrales, hay que atenerse a la propia Ley, y así se verá cómo no se ha aplicado por la Audiencia Territorial de Barcelona en su sentencia lo previsto al efecto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Que el acto o contrato inscrito puede adolecer de un vicio que lo invalide, sea por inexistencia, sea por nulidad o por anulabilidad, la inscripción no se convalida, sino que, al contrario, su nulidad arrastra a la propia inscripción, pues no se concibe que un título sea nulo y su inscripción subsista como válida; que en este caso el título de adjudicación de la finca por el procedimiento judicial sumario hipotecario es nulo, ya que no se produjo el auto de remate y, en su consecuencia, la inscripción es igualmente nula, por imperativo de la Ley y el Reglamento Hipotecario; que esta regla no tiene excepción alguna, ya que la expresión «error de concepto» no deja lugar a dudas y se distingue plena y fácilmente de la nulidad formal de las inscripciones, de fácil subsanación hoy día en la vigente Ley cuando se trate de errores «formales».

Visto el recurso siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díaz Cansco y de la Puerta, el Tribunal Supremo resuelve lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 273 de la Ley Hipotecaria y 319 de su Reglamento, en relación con el número 8.º del artículo 9 de la misma Ley, el cual debe ser desestimado, porque si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en este último precepto legal, toda inscripción que se haga en el Registro expresará, entre otras circunstancias, la firma del Registrador, que implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado, también lo es que la omisión de dicha circunstancia no produce la nulidad del asiento respectivo, siendo tal defecto susceptible de subsanación por el procedimiento de rectificación especial regulado en el artículo 319 del citado Reglamento, cual aquí ha acontecido, según afirma la sentencia recurrida, autorizando el titular del Registro con su firma el asiento de que se trata y aceptando la responsabilidad que por ello pudiera corresponder al funcionario que lo extendió.»

«Considerando que por igual cauce procesal se articula el segundo

y último motivo, que acusa la violación por no aplicación del artículo 20, párrafo 1.º, en relación con los artículos 30, 33 y 217, todos de la Ley Hipotecaria, argumentándose en el mismo que la inscripción es nula, por serlo el título de adjudicación de la finca por el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ya que no se produjo el auto de remate, cuya falta determinó que el Registrador que extendió el asiento se negara a firmarlo y que aun siendo legítimo el título, la inscripción no es de las subsanables, por el procedimiento del artículo 273 de la citada Ley y 319 de su Reglamento, por tratarse de un error de concepto cometido en la inscripción, que cuando no resulta claramente de la misma no se puede rectificar sin el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o una providencia judicial que lo ordene, a todo lo cual se ha de objetar, en primer término, que la resolución recurrida declara que en la demanda no se solicitó expresamente la nulidad del mencionado título, sino solamente la nulidad de las dos inscripciones registrales; en segundo lugar, porque la sentencia combatida afirma que la primera de dichas inscripciones se produjo en virtud de haberse aprobado por el Juzgado correspondiente el remate de la finca hipotecada por el actor y su hermano, en méritos de un procedimiento judicial sumario seguido contra los mismos, afirmación de hecho que sólo se puede atacar por la vía del número 7.º del mencionado artículo 1.692, no utilizada en el recurso, y, finalmente, porque la falta de firma del Registrador en un asiento del Registro no constituye error de concepto, ya que con tal omisión no se altera o varía el sentido de alguno de los conceptos contenidos en el título, siendo, por el contrario, un simple defecto en la formalización del asiento; subsanable, como lo ha sido en este caso, por el procedimiento indicado; razones, las que se han dejado expuestas, que determinan la desestimación del motivo examinado.»

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

COMENTARIO.—Dado lo dispuesto en el artículo 319 del Reglamento Hipotecario, que prevé la subsanación del defecto de firma de una inscripción, el Tribunal Supremo no podía resolver de forma distinta a como lo hizo en la presente sentencia, a pesar de que el recurrente defendía la nulidad de la inscripción, basándose en que como, según el número 8.º del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la firma del Registrador implicará la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiera tomado, una firma de otro Registrador sin tener a la vista el título que motivó el asiento no cumple con lo dispuesto en el artículo 9 citado. Olvida el recurrente no sólo lo dispuesto en el artículo 319 del Reglamento Hipotecario, que es muy claro al respecto, permitiendo la subsanación fácil del olvido de la firma, sino también que lo establecido en el número 8.º del artículo 9 de la Ley no supone un *requisito* de la firma del Registrador, en el sentido de que toda firma debe requerir tener a la vista la copia del título (aunque sea lo normal y lógico), sino que *supone* un *efecto* de dicha firma, es decir, el número 8.º del artículo 9 de la Ley viene a decir dos cosas:

1.ª Que la *firma* del Registrador es un *requisito* del asiento, sin precisar si su omisión es o no subsanable, cosa que sí hace el artículo 319 del Reglamento, sin oponerse, por tanto, a la Ley.

2.ª Que la firma del Registrador produce el *efecto* de implicar, que el funcionario firmante considera concordante, la inscripción con la copia del título, siendo este efecto de carácter necesario y determinante de la asunción de responsabilidad, en su caso, y ello aunque se demostrara que el firmante no había tenido a la vista la copia del título, como ocu-

rió en este caso y en casi todos los del artículo 319 del Reglamento, en que se firma sin tener a la vista la copia del título, pero ello no obsta para que la firma implique la conformidad con dicha copia, pues es el efecto establecido en el artículo 9 de la Ley.

Luego en el presente caso, la firma realizada por el Registrador posterior no sólo es conforme con el artículo 319 del Reglamento Hipotecario, sino con el número 8.º del artículo 9 de la Ley, a pesar de lo que dice el recurrente.

ACCION REIVINDICATORIA: LAS INSCRIPCIONES DEL REGISTRO NO PUEDEN AMPARAR LAS INVASIONES UNILATERALES DE TERRENO COLINDANTE DE MALA FE (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—El comprador de una finca procedente de segregación invadió el terreno colindante de quien no tenía que ver nada con la finca matriz, roturándolo y cercándolo con objeto de encontrar la correspondencia entre la superficie que constaba en la escritura inscrita de compra y la de la realidad. La demanda ejercitada por el propietario del terreno invadido fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat, en sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala Segunda).

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, destacando la sentencia la «sorprendente e intrépida actuación del demandado» y la ilegal actuación por la vía del hecho del mismo, por lo cual no cabe estimarlo protegido por las inscripciones del Registro, pues actuó con evidente y probada mala fe y, además, la inscripción no puede producir sus efectos más allá de su contenido ni permitir la invasión de cualquier finca colindante para acomodar la superficie escriturada a la realidad. Por todo ello, no cabe estimar infringidos los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria. Y «no es obstáculo a ello la circunstancia de que se haya pedido (por el actor) la nulidad del título del demandado o la cancelación de su inscripción registral, pues, como se ha visto, la finca a que el mismo se refiere puede existir dentro de los límites que tenía la finca matriz, que ocupaba 12.000 metros de cabida, de los que se segregaron 8.690 del señor X. y los 3.310 del hoy recurrente, y si ello es así, es a los que le vendieron esta porción a los que puede pedir la identificación y límites de lo que compró, que tendrá o no la cabida escriturada, pero que en ningún caso podrá pretender completar a base de lo que los vendedores no poseyeron nunca ni aparece como de su anterior dominio».

CONCEPTO Y CLASES DE POSESION: EXPEDIENTE POSESORIO. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—A pesar de que la finca del actual demandante constaba inscrita a su nombre con una historia registral completa, partiendo de una inscripción primera obtenida en su día por un expediente posesorio, en el que intervino como vendedor el padre de los ahora demandados, y pasando por sucesivas inscripciones de venta, los ahora demandados obtuvieron, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la inscrip-

ción a su nombre de la misma finca por herencia de su padre, si bien desfigurada por indicación de distintos linderos de los que figuraban en la inscripción del demandante.

Ante esto, el actor ejercita acción reivindicatoria, solicitando también se declare la nulidad de la escritura de partición de herencia de los demandados respecto a la finca reivindicada y de la inscripción primera practicada a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia de Gandía estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Los demandados interponen recurso de casación basándose fundamentalmente en la violación de los artículos del Código Civil que regulan la posesión, pues ésta fue ejercitada por su padre y por los propios demandados durante el tiempo necesario para la prescripción a su favor.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que aunque la posesión sea en su punto de partida un hecho, hay que tener en cuenta el elemento que la espiritualiza y eleva su concepto sobre el del mero contacto material con la cosa poseída, o sea, hay que estudiar la relación jurídica en que se basa, que es la que motiva su contenido, ya que el hecho posesorio puede derivar de una alta situación de propiedad o de mero uso (art. 432 del Código Civil); se puede poseer por sí mismo o en nombre ajeno (art. 431); puede obtenerse dicho título como mero precarista, por actos tolerados por el dueño, o como detentador por actos clandestinos o violentos, a los que el propio Código Civil, en su artículo 444, niega toda eficacia jurídica como posesión; esta diversidad de matices permite, de una parte, poder razonar en puro derecho partiendo de los hechos que da la instancia y, de otra, entrar en el análisis de algo íntimamente ligado con el concepto de posesión, cual es la forma de transmitirla cuando de bienes inmuebles se trata.»

«Considerando que si bien nuestro Código Civil ha rehuido de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento y exige la tradición, o sea, el cumplimiento del traspaso de la posesión (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), pero también lo es que no ha de hacerse siempre de forma material, pues admite de una manera expresa la figura del constituto posesorio, etc...; ficciones simplificadoras que aparejan el desplazamiento posesorio por encima de toda apariencia de continuidad de la cosa en poder del vendedor, el cual si después de la venta consumada por la tradición simbólica conserva la posesión inmediata podrá ser, a virtud de un determinado nuevo título, como el de arrendatario o depositario, o a falta de éste, como mero precarista tolerado; *nunca en concepto de dueño...*»

«Considerando que en el expediente posesorio, como su nombre indica, se afirma el hecho de la posesión por el adquirente, del cual hecho, según el artículo 393, regla 1ª, de la Ley de 16 de diciembre de 1909, entonces vigente, había que dar conocimiento a la persona de quien procedían los bienes, así como a aquel a cuyo nombre se pagara la contribución, en ambos casos don A. F. (padre de los demandados), por lo que después de ello no le cabe la posibilidad de poseer ni de buena ni de mala fe a título de dueño; tal posesión no puede fundar una prescripción extraordinaria, decayendo el recurso de los demandados.»

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1970).

Hechos.—El demandante ejercita acción reivindicatoria solicitando se declare su propiedad sobre una porción de su finca invadida por el demandado colindante y, subsidiariamente, acción publiciana solicitando se declare y reconozca su posesión del trozo de terreno discutido. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia en sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, el demandante interpone recurso de casación por infracción del párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil, pues existe justo título a su favor, extrañándole, además, que la sentencia apelada desestime la reconvencción que formuló el demandado sobre declaración de propiedad del terreno y no estime tampoco su demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, destacando el primero de sus cinco «considerandos»:

«Considerando que... como quiera que la acción reivindicatoria no es simplemente una confrontación de los títulos que esgrimen los litigantes para determinar cuál sea el preferente, sino que, como acción *erga omnes*, precisa que se acredite plenamente el dominio de la cosa y se identifique con la que se reclama; es evidente que al no haber justificado ninguno de dichos dos extremos el recurrente, conforme declara probado la resolución impugnada, no se ha cometido la infracción aducida y perece el motivo.»

PROPIEDAD DE AGUAS: CUESTION PROCESAL DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1970).

Hechos.—Estimada la demanda sobre declaración de derechos de aguas por el Juzgado de Primera Instancia de La Orotava y confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la «Comunidad Heredamiento de Aguas...», demandada, interpone recurso de casación por infracción de Ley, pero el Tribunal Supremo, sin entrar en el fondo del asunto, declara no haber lugar al mismo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, por razones de cuantía del pleito, estableciendo lo siguiente:

Doctrina procesal de la sentencia.—«No procede el recurso de casación por infracción de Ley o doctrina legal contra las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales en los juicios de menor cuantía, salvo que ésta exceda de 300.000 pesetas» (núm. 1 del art. 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Hay que tener en cuenta que el contenido económico del pleito se fijó en 250.000 pesetas y la clase de juicio fue el declarativo de menor cuantía.

PROPIEDAD DE AGUAS (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1970).

Hechos.—La Comunidad de Regantes de Ch. interpone demanda contra el titular del molino X sobre propiedad de las aguas y uso preferente de las mismas por la Comunidad. El Juzgado de Primera Instancia

estima la demanda en parte, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza la estima totalmente, por lo que la parte demandada interpone recurso de casación, alegando fundamentalmente la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para resolver la cuestión y la interpretación errónea de los artículos 408 y 409 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Castro, declara no haber lugar al recurso, porque una de las cuestiones que se discuten en el pleito es el dominio de las aguas, y esta cuestión se atribuye a la jurisdicción civil ordinaria, conforme al número 1.º del artículo 254 de la Ley de Aguas, por lo que no se puede alegar que ha habido incompetencia de jurisdicción. Y respecto al motivo quinto del recurso, consistente en la «interpretación errónea de los artículos 408 y 409, los recurrentes contemplan el supuesto de concesión administrativa como medio de adquisición del aprovechamiento de las aguas» (hay que tener en cuenta que los organismos administrativos habían permitido una serie de obras y habían señalado una serie de condiciones respecto al aprovechamiento de aguas por el titular del molino, que perjudicaban a la Comunidad de Regantes respecto al uso que venían haciendo de las aguas por prescripción), «y no el título de prescripción de más de veinte años, por la posesión de la acequia y cauce de la del Molinar, ya mencionada, afirmación de la Sala de Instancia basada en la apreciación conjunta de la prueba y, por ello, los límites de los derechos y obligaciones de los aprovechamientos no son los de la concesión administrativa, sino los resultantes del modo y forma en que se hayan usado las aguas, estableciéndose además como otro hecho de la base fáctica de la sentencia recurrida que 'en el aprovechamiento de las aguas tienen preferencia las de riego, que no pueden ser perjudicadas por la exigencia de un caudal fijo destinado al molino ni por la de una altura mínima del salto de agua como fuerza motriz', por todo lo cual es indudable que lo que los recurrentes pretenden es sustituir el criterio judicial por el suyo», siendo desestimado el recurso.

RETRACTO DE COHEREDEROS: PLAZO DE CADUCIDAD, NO DE PRESCRIPCIÓN (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1970).

Hechos.—El actor había tenido conocimiento de la escritura de venta de derechos hereditarios realizada por otros tres herederos a un extraño el día 27 de abril de 1966, en un momento en que los bienes de la herencia estaban en poder de un tercero, por lo que el actor había instado demanda en juicio anterior pidiendo sea reintegraran esos bienes a la herencia, previa declaración de nulidad del título adquisitivo del tercero. Obtenida sentencia favorable, siendo conocida su firmeza por el actor el día 19 de abril de 1969, se plantea el pleito que motiva esta sentencia, ejercitando el retracto de coheredero contra el comprador de los derechos hereditarios dentro del mes a partir de la fecha últimamente citada. El demandado se opone entendiendo que ha caducado la acción de retracto, conforme al artículo 1.067 del Código Civil, sin que pueda alegarse la interrupción del plazo, por tratarse de un problema de caducidad, no de prescripción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, entendiéndolo la acción de retracto fue ejercitada dentro del plazo legal del artículo 1.067 del Código Civil, que debe contarse desde el día 19 de abril de 1969. Esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, que desestimó la demanda, entendiéndolo que se había producido caducidad de la acción, ya que el plazo de un mes debía contarse

desde el día 27 de abril de 1966, fecha en la que el actor tuvo conocimiento de la venta de derechos hereditarios.

El demandante interpone recurso de casación, alegando violación, por no aplicación, del artículo 1.969 del Código Civil, que dice que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieran ejercitarse», ya que en el presente caso no podía ejercitarse la acción de retracto hasta que en precedente título adquisitivo del tercero respecto a los bienes hereditarios y éstos recayeran en la masa hereditaria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso entendiendo que el artículo 1.969 del Código Civil no es aplicable al supuesto de retracto de coherederos, pues el caso está regulado en el artículo 1.067, que señala el cómputo del plazo de *caducidad*, no de *prescripción*, en sentido distinto al artículo 1.969 del Código, y como en el presente caso la sentencia recurrida da como probado el hecho de que el demandante tuvo conocimiento de la venta el 27 de abril de 1966, ha transcurrido con exceso el plazo de caducidad de un mes para el ejercicio de la acción de retracto.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACION DE CADA PROPIETARIO PARA EJERCITAR ACCIONES EN DEFENSA DE SUS DERECHOS
(SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1970).

Hechos.—Contra lo dispuesto en los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal, el propietario del piso bajo exterior derecha de la casa estaba realizando obras para transformar el piso, que debía dedicarse a vivienda según los estatutos, en local de negocio, afectando dichas obras a elementos comunes del inmueble, tales como la fachada y muros de carga, todo ello sin haber obtenido el consentimiento de todos los copropietarios. Tres de los copropietarios ejercitan demanda duplicando se dicte sentencia declarando que el demandado no podía destinar el piso bajo exterior derecha a ninguna actividad industrial ni comercial, debiendo destinarlo exclusivamente a vivienda, y que las obras que el demandado había realizado producían profundas alteraciones en los elementos comunes del edificio, debiendo reponer los muros y fachada a su estado primitivo. El demandado alega la falta de legitimación activa de los actores, pues tal legitimación para el ejercicio de la acción corresponde al representante de la comunidad de propietarios, que ostenta el presidente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por entender que existía falta de legitimación activa en los actores, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Los actores interponen recurso de casación por aplicación indebida del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y otros muchos, alegando que tienen legitimación activa para ejercitar las acciones que defiendan sus derechos individuales en casos como éste, en que el demandado no podía realizar obras sin el consentimiento *unánime* de todos los copropietarios, porque el derecho de éstos no puede quedar a merced de lo que opine o decida el presidente de la comunidad y los demás propietarios.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que... alegada la indebida aplicación del artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, y la violación de los artículos 5, 7, 11

y 16, regla 1.ª, de la misma Ley, al afirmar la instancia 'que para el ejercicio de la acción entablada la única persona con capacidad y aptitud jurídica es el presidente de la comunidad, en conformidad con el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. ; cuando se refieren dichas acciones a 'los elementos comunes', y es procedente acoger el motivo por las siguientes razones: Primera: Porque el hecho de que el artículo 12 de la Ley mencionada confiere al presidente de la comunidad la representación de ésta en juicio, no es impeditivo de que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender, en caso de pasividad e incluso en el de oposición del presidente y del resto de los partícipes, el interés, que ha de estar jurídicamente protegido de su participación indivisa en los elementos comunes, que es lo que afirma la sentencia de 28 de abril de 1966 al decir: 'Configurada esta especial institución (se refiere a la propiedad horizontal) como yuxtaposición de dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto o bien aisladamente y aun existiendo presidente designado, podrán ejercitar toda clase de acciones' ., 'lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes', y es lógico que así sea, ya que el disfrute de lo que le es privativo requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes. Segunda: Porque siendo indispensable en la hipótesis tratada por la instancia el consentimiento unánime de los copropietarios, según el párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, también invocado en el motivo, si no se concediera acción a cada condeño para impugnar los actos realizados por uno de ellos, sin la previa obtención de su consentimiento unánime, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.»

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 6 DE ENERO DE 1971).

Hechos.—Los titulares de una parcela interponen acción negatoria de servidumbre de paso a favor de la parcela colindante, entendiendo que cuando se dividió la finca matriz en esas y otras parcelas se procuró dar salida a todas ellas a camino público, sin que constara la voluntad de los dueños de que los caminos interiores que las cruzan continuaran como signos de servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial revoca la sentencia desestimando la demanda.

Los demandantes interponen recurso de casación por infracción del artículo 541 del Código Civil, pues faltaba el requisito de que el supuesto signo de servidumbre constituya un servicio para la explotación del supuesto predio dominante.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, estableciendo lo siguiente:

«Considerando que como no se ha justificado la desaparición de tales caminos al hacer la división de las fincas, para demostrar la falta de voluntad de que existieran, no puede menos de apreciarse que tales vías de paso de una a otra finca puede ubicarse en el ámbito del artículo 541 del Código, pues cada dueño de la finca, que fue una y luego se ha dividido, aceptó el paso por ella del dueño de la otra, y como no es preciso que el signo de servidumbre lo establezca el mismo dueño anterior o por los que después dividieron, pues basta para ello que unos

u otros hayan mantenido o conservado el servicio establecido con anterioridad más o menos remota por otras personas; como aquí se asegura que las dos fincas fueron una sola, la conservación del signo aparente del 66 uso establecido revela la voluntad de los propietarios de mantenerla.»

«Considerando que dado este criterio, seguido por la sentencia sin impugnación eficaz, el hecho solo de que se hable del paso utilizado por los dueños de unas fincas a través de las otras obliga a estimar que ello entraña el servicio que requiere el artículo 541, pues sea mejor explotación de las fincas, por conveniencia o facilidad de tránsito, ello entraña el servicio, ya que, como tiene resuelto esta Sala en sentencias de 10 de octubre de 1957 y 30 de octubre de 1959, el hecho de que la finca tenga salida a camino público no priva de la aplicación del artículo, lo que obliga a la desestimación del motivo. »

FOROS: PRESCRIPCION. COMPILACION DE GALICIA (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—Desestimada en Primera Instancia la demanda interpuesta por una institución benéfica contra una junta vecinal y varios vecinos sobre el derecho a cobrar una serie de pensiones atrasadas de unos foros propiedad de la fundación actora, y desestimada igualmente la demanda (aunque con alguna variante) por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, la fundación interpone recurso de casación por infracción del artículo 1.959, en relación con el 1.941 y 447 del Código Civil (sobre prescripción), y por aplicación indebida del artículo 14 de la Compilación de Galicia y violación de la disposición transitoria primera de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia de instancia deniega las pretensiones de la demanda, cifradas en el cobro de las pensiones atrasadas de unos foros propiedad de la fundación actora. ., fundándose en que quedaron extinguidos por prescripción los mencionados foros... por el no pago de la pensión desde el año 1928, o sea, 'durante más de treinta años' (artículos 25 y 40 de la Compilación), 'sin que la afirmación de hecho de la instancia en lo relativo al plazo de pasividad en el cobro de la pensión foral haya sido combatida por la vía adecuada'.»

«Considerando que... ha sido rectamente aplicado el artículo 1.947 del Código Civil, pues aunque ciertamente, mediante papeleta de 3 de mayo de 1955, se promovió un acto de conciliación entre el representante de la fundación y la junta vecinal, tal acto no puede considerarse como interruptivo de la prescripción, al no haberse presentado la demanda dentro de los dos meses que prescribe el mencionado artículo.»

«Considerando que igual suerte ha de correr el tercer motivo, pues si es verdad que la disposición transitoria primera de la Ley de 2 de diciembre de 1963, que se invoca en el motivo, dice que 'las pensiones forales correspondientes a los cinco años anteriores a la entrada en vigor de esta Compilación no están sujetas a prescripción' ello es aplicable a las que no habían prescrito en dicho momento, pero no a las que prescribieron ya en 1958, fecha en que, como en el caso presente, no se cumplieron los treinta años del impago de las pensiones y, por tanto, se extinguió el derecho real en el que se basa su exigencia.»

TERCERÍA DE DOMINIO. VENTA DE COSA MUEBLE. TRADICION. FECHA DE DOCUMENTO PRIVADO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—Se ejercita demanda de tercería de dominio respecto a una máquina de tricotar circular que fue embargada por los productores de la empresa, a pesar de la venta efectuada por ésta al actor tercerista en documento privado de fecha anterior al embargo. Hay que añadir que dicho contrato privado fue intervenido por funcionario público en fecha posterior al embargo.

Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Matarró y confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, el actor interpone recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso:

«Considerando que la tercería de dominio, que es por su naturaleza una acción reivindicatoria, exige en el tercerista la concurrencia de dos requisitos básicos: a) la demostración del título legítimo, es decir, suficiente del dominio, y b) la identificación de la cosa que se pretende reivindicar, y en la sentencia recurrida no se da lugar a la tercería por no haber sido demostrado ninguno de los dos: en primer lugar, en cuanto al dominio, por la doble razón de que el título que se alega es un documento privado, cuya fecha no tiene autenticidad hasta después de practicado el embargo y, por tanto, no obliga al tercero embargante, y porque reflejando el documento un contrato consensual de compraventa, no se ha producido la tradición y faltaría en todo caso el modo para la adquisición del dominio por no aparecer de su texto la tradición instrumental, y, en segundo lugar, como queda dicho, porque no se acreditó tampoco la identidad de la cosa.»

DERECHO REAL DE USO: ES COMPATIBLE CON EL DERECHO REAL DE VUELO DE OTRO TITULAR (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—En cumplimiento del testamento de la madre de los litigantes, se adjudicó a uno de los ahora litigantes el departamento número dos, en pago de su legítima y legado, y conforme también al testamento, el derecho de uso sobre un cuarto trastero sito en el terreno del edificio. Al otro litigante, ahora actor, se le reconoció en la escritura de partición, conforme al testamento, el derecho de elevar nuevas plantas sobre el inmueble. Al ejercitar este derecho de vuelo, el titular del mismo pretende que el otro heredero desaloje el cuarto trastero, ya que con las obras de elevación debe desaparecer tal trastero, no siendo posible conservarlo ni sustituirlo, según el proyecto del arquitecto, y en la demanda suplica se dicte sentencia declarando la extinción del derecho de uso, por cumplirse la condición resolutoria a que estaba afecto el derecho de uso, por la obligación impuesta de consentir las obras de elevación y, además, solicita la nueva distribución de los coeficientes de la propiedad horizontal respecto a los departamentos números 1 y 2, dada la elevación de nuevas plantas.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona estima en lo fundamental la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala Segunda) revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo al demandado de la pretensión de desalojo del cuarto trastero.

El actor interpone recurso de casación alegando que debe conside-

rarse extinguido el derecho real de uso, conforme al artículo 513 en relación con el 529, pues está subordinado a la condición resolutoria de ejercicio del derecho de elevación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, pues éste «parte del falso razonamiento de estimar que dicho desalojo es presupuesto necesario del ejercicio del derecho de vuelo, cuando, como sostiene la resolución recurrida, son ambos compatibles, ya que pudieron alzarse los pisos en el inmueble respetando el trastero existente y sobre el que el demandado ostentaba el derecho de uso».

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS. CARGA DE LA PRUEBA. EXPEDIENTE DE DOMINIO. BIENES MUNICIPALES (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—El Ayuntamiento de T. de A., ante la inscripción practicada a favor de don L. A. B. (demandado), en base a un expediente de dominio, en el que afirma que no se entró en el fondo del asunto por declararse la insuficiencia de poder, dedujo demanda suplicando se declarase que la finca en cuestión tenía la consideración de ejido y era de dominio público, así como la nulidad del expediente de dominio promovido, decretándose por ello la cancelación de la inscripción de la finca a nombre del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares estima la demanda, declarando que la finca es de dominio público y la nulidad del expediente de dominio seguido para la inmatriculación de la misma.

La Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirma la sentencia del Juzgado, añadiendo que dada la naturaleza jurídica del bien sobre el cual recae la acción que se ejercita, la propia fisonomía de éste y el fin por ella perseguido, no constituye requisito indispensable la justificación del justo título dominical de adquisición por el demandante, porque en realidad no se trata de una acción reivindicatoria ni siquiera declarativa de la propiedad, pues constituye una acción genérica entablada para obtener la calificación jurídica de un bien determinado.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge, declara haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo parte de que se trata de una acción declarativa de dominio, no de una acción para obtener la calificación jurídica de un bien (como dijo la Audiencia), y después de señalar a título informativo (como *obiter dictum*) la distinción entre acción declarativa y acción reivindicatoria, pues esta última pretende, con la declaración de dominio sobre la finca, que se reintegre a poder del propietario, mientras que la meramente declarativa se dirige al reconocimiento del derecho de propiedad, termina confirmando la doctrina legal de ser requisitos comunes a ambas acciones «los de justificar el justo título de dominio y la identificación de la finca, agregando la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1929 y otras de análogo sentido que no hay necesidad de que el demandado pruebe el título de dominio sobre la finca, pues basta con que el demandante no acredite el suyo para que deba dictarse sentencia absolutoria, y, en segundo lugar, el artículo 1.214 del Código Civil, que resuelve el problema de *onus probandi*, ordena que la carga de la prueba de las obligaciones incumbe al

que reclama su cumplimiento y la extinción al que la opone», completando todo lo dicho el considerando de la segunda sentencia, que comienza diciendo «que de la apreciación y valoración de las pruebas practicadas en el pleito a instancia del Ayuntamiento demandante aparece que todas ellas se dirigen a combatir el título de los demandados, sin que ninguna de éstas conduzca a la justificación de justo título de dominio del actor, que constituye el primero y fundamental requisito que para el éxito de la acción reivindicatoria o declarativa de dominio ha de cumplirse, conforme a la constante doctrina de esta Sala...».

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA DE BUENA FE. PRINCIPIO DE EQUIDAD (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1971).

Hechos.—Debido a la confusión de linderos entre dos fincas procedentes por segregación de la misma matriz, el propietario de una de ellas construyó un edificio invadiendo 53 metros cuadrados y 35 centímetros de la finca del otro propietario, siendo la superficie total de la edificación 99 metros cuadrados, abriendo, además, ventanas sobre dicha finca. El propietario del terreno invadido ejercita la acción reivindicatoria, alegando mala fe del constructor, y la acción negatoria de servidumbres.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo estimó parcialmente la demanda, declarando que la finca del actor no está gravada con ninguna servidumbre y que el demandado, al construir de mala fe, debe entregar al actor los 53 metros 35 centímetros cuadrados que ocupó, así como la obra edificada sobre dicha superficie.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca, en parte, la sentencia apelada, declarando que el actor es propietario de la finca que reclama y que su finca no está gravada con servidumbre alguna, pero esta sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre el fundamental problema de la accesión por construcción extralimitada.

El actor interpone recurso de casación alegando que existe mala fe del demandado al construir, por lo que debe aplicarse el artículo 362 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Full Villar, no admite la mala fe del demandado, pues «la sentencia recurrida llega a la conclusión, razonada y no combatida, de que... hasta los propios peritos designados para mejor proveer tuvieron dudas en su actuación. »; hay que descartar la mala fe (dada la confusión de linderos). Pero estima en otro aspecto el recurso, pues la sentencia apelada no regula todas las consecuencias jurídicas de la accesión, por lo cual el Tribunal Supremo casa dicha sentencia y dicta una segunda, en la que resuelve el problema de la construcción extralimitada de buena fe conforme a reiterada jurisprudencia, en el sentido de atribuir la condición de principal al edificio unido al suelo, cuando el valor de éste es muy inferior al del edificio, y reconocer al edificante el derecho a adquirir la parte del terreno invadido mediante el pago de su precio..., bien entendido que en la determinación del precio no solamente ha de comprenderse el estricto valor del terreno ocupado, sino todo el quebranto y menoscabo económico que repercuta sobre el resto por dicha segregación, por una consecuencia necesaria del principio de equidad.

COMENTARIO.—Esta sentencia sigue la doctrina jurisprudencial sentada por las de 30 de junio de 1923, 31 de mayo de 1949 y 17 de junio

de 1961, manteniendo que en caso de construcción extralimitada de buena fe no debe aplicarse el artículo 361 del Código Civil, sino que se debe asignar la propiedad de todo el edificio al constructor de buena fe cuando el valor del suelo es muy inferior al del edificio. Pero la presente sentencia contiene un matiz interesante respecto a la indemnización que debe pagar el constructor al dueño del terreno invadido, pues dice que en la determinación del precio no sólo ha de estar comprendido el valor estricto del terreno ocupado, sino «todo el quebranto y menoscabo económico» que repercute sobre el resto no ocupado, declarando que ello es «consecuencia necesaria del principio de equidad». Observación muy importante, que merece crítica favorable, porque está dentro del área de aplicación del artículo 6 del Código Civil, que señala como fuente los principios generales del Derecho. Y no se trata de ningún *obiter dictum*, pues es una cuestión central en el caso, ya que el actor solicita en la demanda que «se declare que dada la forma o figura geométrica de la finca o solar del actor, a causa de la repetida invasión y ocupación de su terreno por los demandados, queda inservible total y materialmente para que el actor pueda edificar sobre ella». Ante esto, no es de extrañar la declaración que hace la sentencia. Porque proceder de otra manera sería injusto y contrario al principio de equidad, ciertamente, y, además, sería desconocer el concepto integral y unitario de la entidad finca en sentido funcional, que en muchas ocasiones no admite separación de partes (ejemplo: art. 404), o si las admite, la separación puede repercutir en el resto matriz, cosa que no puede desconocerse aplicando valores individualizados o abstractos de las parcelas sin tener en cuenta el todo en el que estaban integradas. Por tanto, no hay más remedio que poner en relación el valor del terreno invadido con el valor de la finca restante, considerando como valor de dicho terreno ocupado la suma de dos cantidades: el valor abstracto positivo del terreno edificado más el importe de la merma que sufre el resto de la finca por la edificación en una de sus partes. Con esto no se trata propiamente de aplicar la teoría del artículo 1.902 del Código Civil, pues ello encuentra dos obstáculos: en primer lugar, que el artículo 1.902 sólo se refiere a la indemnización del que actúa con culpa o negligencia, y esto no nos vale aquí, en que el constructor no procedió de esta forma, y, en segundo lugar, que el espíritu que late en los artículos 358 a 365 del Código Civil en materia de accesión es que la indemnización de daños y perjuicios (en el sentido del art. 1.902) sólo cabe aplicársela al que actuó de mala fe, pues respecto al que actúa de buena fe sólo se emplea la expresión «abonar su valor» (art. 360), pago del «precio del terreno» o «la indemnización establecida en los artículos 453 y 454» (art. 361). Por el contrario, conforme dice la sentencia, se trata de aplicar el principio de equidad al concepto de precio del terreno, ampliándolo en el sentido indicado. No obstante, habrá otras opiniones probablemente. Por lo menos, las hay respecto al caso similar del artículo 361 del Código Civil, en que se amplía el concepto de indemnización al amparo del artículo 1.902 del Código. Así, por ejemplo, ALBALADEJO lo recoge como tesis de la doctrina, pues dice, a propósito del artículo 361: «La doctrina advierte que el deber de indemnizar presupone (aunque la Ley no lo diga explícitamente) que lo hecho resulte beneficioso para el dueño del terreno. Cuando no lo sea, no se justifica la indemnización. Y si incluso es perjudicial no sólo no procederá ésta, sino que dicho dueño podrá reclamar daños y perjuicios (art. 1.902)» (*Derecho de cosas*, edición 1964, pág. 192, nota 75).

REGIMEN ECONOMICO-CONYUGAL EN VIZCAYA: COMUNICACION DE BIENES. VECINDAD CIVIL VIZCAINA. VALOR ORIENTADOR DE LA COMPILACION RESPECTO AL DERECHO ANTERIOR A LA MISMA (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Se interpone demanda de tercería de dominio por la esposa del embargado, alegando la improcedencia del embargo trabado sobre una finca urbana sita en el término de Guecho (Vizcaya), por tratarse de un bien parafernial y no ganancial, suplicando se dicte sentencia declarando que dicha urbana es propiedad parafernial de la demandante, y como tal bien parafernial no responde de la deuda contraída por el marido con I. A. P., por lo que se debe ordenar la cancelación de la anotación de embargo practicada.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de León estimó, en parte, la demanda, declarando que la mitad de la finca de la actora no responde de la deuda de su esposo, ordenando la cancelación, en cuanto a esa parte, de la anotación de embargo practicada. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El acreedor demandado I. A. P. interpone recurso de casación estimando infringida la disposición transitoria tercera de la Compilación de Vizcaya, por haberse aplicado al supuesto los artículos 42, 43 y 46 de la misma, a pesar de que el matrimonio de la demandante tuvo lugar ocho años antes de entrar en vigor la citada Compilación, y alegando también inaplicación de los artículos 1.404, párrafo 1.º, y 1.396, número 1, del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos tercero y cuarto de la sentencia:

«Considerando que dada la calidad de vizcaíno inlanzón, según los hechos afirmados por la sentencia recurrida, que ostentaba el cónyuge de la actora en el momento de contraer matrimonio con ésta, el régimen económico de dicho vínculo quedó sometido a las normas jurídicas que a tal fin contenía el Fuero de Vizcaya, entre las que destaca de un modo esencial, a efectos de resolver esta litis, la comunicación de bienes entre los esposos, a que aluden las leyes integradas en su título XX, institución que si bien dio origen a numerosas controversias y diversidad de opiniones doctrinales acerca de si sus efectos comenzaban a regir desde el momento de la celebración de las nupcias o a partir de su disolución, debe decidirse en el primero de estos sentidos: Primero: Por expresarlo así con toda claridad los artículos 96 y 117 del Fuero Viejo de 1.452, que constituye el inmediato antecedente del 1.527, y que se redactaron como consecuencia del reconocimiento de la observancia que *hasta aquí fue usada o acostumbrada* en la tierra llana. Segundo: Por desprenderse del texto de los artículos 7 y 9 del citado título XX, así como del 4 del mismo y 6 del XXX, al otorgar los dos primeros a la mujer la posibilidad de hacer suyos, constante matrimonio, la mitad de los bienes conyugales en los supuestos de determinadas ventas, y al permitir los otros dos a cada uno de los esposos disponer de semejante cantidad en favor de sus hijos o descendientes. Tercero: Por ser ese el criterio mantenido por la mayoría de los comentaristas y por las resoluciones de la Dirección General de Registros de 13 de junio de 1950 y 4 de octubre de 1958, así como por la práctica notarial que exigió la comparecencia de la

mujer en las escrituras de bienes propios del marido. Cuarto: Por haberse recogido también semejante doctrina en el artículo 76 del Proyecto del Apéndice de Derecho Foral de Vizcaya y Alava de 10 de febrero de 1900 y por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 26 de junio de 1850 y 7 de enero de 1959.»

«Considerando que lo acabado de exponer demuestra de un modo evidente que los artículos 42 y 43 de la Compilación de 30 de julio de 1959 se limitaron a recoger el estado de derecho subsistente desde tiempo inmemorial en la tierra llana del intanzonado, que dio origen a la legislación especial reguladora de la materia que aquí se debate con anterioridad a 1959, sucediendo lo mismo con el párrafo 2.º del artículo 46 de la Compilación, que en lo esencial coincide con la Ley 7 del título XX, a que se ha hecho referencia, por lo que, y aun cuando el primero de los indicados textos no estuviera en vigor en la fecha en que la recurrente contrajo sus nupcias, por carecer de efectos retroactivos a tenor de su disposición transitoria primera, artículo 3 del Código Civil, y sentencias de 27 de mayo de 1961 y 10 de octubre de 1963, y aun cuando aquellos preceptos fueron aplicados por la sentencia recurrida, no por ello puede tener éxito el tercer motivo del recurso, sustentado sobre la base del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, porque, por imperativo del principio *iura novii curia*, el resultado a que se llegaría en la sentencia que se pronunciase, conforme al segundo párrafo del artículo 1.745, sería el mismo obtenido por el Tribunal *a quo*, sin más que sustituir las normas legales que le sirvieron de soporte, sobre todo cuando del contenido de la sentencia de 2 de junio de 1969 se infiere la posibilidad de su acogimiento en lo que coincide con el Fuero, y en la de 17 de noviembre de 1967, referida a Cataluña, se indica que estas Compilaciones gozan de cierta eficacia cuando recogen instituciones que con anterioridad estaban en vigor, por constituir normas orientadoras y dignas de ser tenidas en consideración, todo lo cual conduce a la repulsa del motivo, aparte de que el concepto de infracción que le sirve de fundamento—violación por inaplicación indebida—y la omisión del párrafo del artículo 46, que se estima quebrantado por el juzgador de instancia, contraviene lo dispuesto en el 1.720 de la Ley de Trámites y le hace incidir en el defecto reseñado en la causa cuarta del 1.729 de dicho Cuerpo legal »

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

UNA VEZ ENTREGADA LA COSA VENDIDA SURGE LA OBLIGACION DE SANEAR POR LOS VICIOS OCULTOS, PERO EL COMPRADOR, TENIENDO EN CUENTA QUE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR ESTA ESPECIALMENTE CONDICIONADA EN EL TIEMPO, DEBE TENER PRESENTES LOS PLAZOS LEGALES ESTABLECIDOS Y ACTUAR DENTRO DE ELLOS PARA HACER EFECTIVA SU ACCION (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1971).

En tema de resolución de contrato de compraventa de maquinaria, por incumplimiento de contrato, la sentencia de Primera Instancia estimó la excepción formulada por la representación de la demandada, declarando prescrita la acción formulada, absteniéndose de resolver sobre el fondo del problema sin hacer expresa imposición de costas.

La Sala revoca la sentencia apelada y declara resuelto el contrato.

El Tribunal Supremo examina los motivos que integran el recurso interpuesto y constata en autos—aparte de varias cartas de reclamación—una enviada por correo certificado con acuse de recibo.

El acto de conciliación se celebra una vez transcurridos los seis meses desde la última diligencia de comunicación entre las partes interesadas en el contrato.

Pese a lo prevenido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la demanda origen del juicio se presentó fuera del plazo de dos meses que aquel artículo fija, «o sea, que aunque la demanda siguiera a un acto de conciliación celebrado en tiempo oportuno, tampoco se presentó dentro del término legal».

La sentencia recurrida dice que «en todo caso, aun reduciendo la cuestión a los limitados efectos que produce la existencia de vicios ocultos, las consecuencias jurídicas y económicas serían las mismas, puesto que la ininterrumpida reclamación del comprador, desde el tiempo mismo en que recibió la máquina, impide la prescripción de la acción rescisoria por dicho causa y la indemnización abarcaría los mismos conceptos que por las peculiaridades de este pleito se conceden en esta sentencia», sin tener en cuenta todo lo anteriormente dicho en apoyo de la prescripción, que en este caso concreto es igual que la caducidad de la acción, por no existir efectos interruptivos del plazo fijado, hábiles para mantener la acción. Por todo lo expuesto procede la estimación de estos dos motivos que se examinan.

Considerando que el artículo 1.461 del Código Civil dispone que «el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa vendida», debe, por tanto: A) Entregar la cosa que se ha enajenado; todas las reglas sobre la «integridad», la «identidad» y la «indivisibilidad» establecidas por la Ley son aplicables a dicha entrega y las acciones oportunas se regirán, dado su carácter personal, por el artículo 1.964 del Código Civil. B) Una vez realizada la entrega surge la obligación del «saneamiento», en virtud de la cual responderá el vendedor: 1.º) De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida; en este régimen se observarán los principios generales sobre prescripción, salvo en el caso de tratarse de una finca gravada, en que regirán los plazos que se establecen en el

artículo 1.483 del Código Civil, hipótesis que, en verdad, es más propia del saneamiento, por gravámenes ocultos de la cosa vendida, que un caso de evicción. 2.º) Del saneamiento, por los defectos o gravámenes ocultos que tuviese la cosa vendida, cuyo primer artículo, o sea, el 1.484, empieza por decir que «el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina o si disminuyen de tal modo este uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella». C) En esta material hay disposiciones, en orden al tiempo, que son: el artículo 1.490, que ordena que «las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida», y el 1.496, que fija un término de cuarenta días para la acción redhibitoria, por vicios o defectos ocultos de los animales. D) En materia de vicios redhibitorios de los que no fueren animales, o sea, dentro del artículo 1.490, surgen dos cuestiones: 1.ª) A qué disposiciones se refiere, pues el cómputo del artículo establece que su esfera de acción queda circunscrita «a los cinco artículos precedentes», y dentro de esa parte de la sección hay seis, o sea, que quedaría fuera el artículo original número 1.484; esta limitación es meramente nominal, pues entre los cinco artículos precedentes que el 1.490 cita está el 1.486, que expresa el ámbito del derecho tuitivo a que el comprador podrá optar, o sea, entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional, a juicio de peritos, lo que se observará «en los casos de los dos artículos anteriores», es decir, que el plazo de seis meses que establece el artículo 1.490, se extiende por el artículo 1.486 al 1.484, o sea, a todos los que le preceden en la subsección segunda de la sección tercera, referente al saneamiento por defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida. 2.ª) De mayor importancia es la cuestión referida a si los plazos establecidos en materia de saneamiento son son propiamente de «caducidad» y no de mera «prescripción», por la diferencia establecida entre las posibles circunstancias interruptoras del plazo; los términos en que se expresa el artículo 1.490 «se extinguirán a los seis meses»; lógicamente lleva a la teoría de la caducidad, pues es la única manera de que se extingan esas acciones a los seis meses; ya la sentencia de 5 de julio de 1957, y refiriéndose a los vicios redhibitorios de los animales, dijo que concediendo el artículo 1.496, en relación con el 1.499, ambos del Código Civil, una acción de saneamiento, que deberá interponer, a contar desde que le fueron entregados al comprador, dentro del término de cuarenta días; este plazo, por estar vinculado a un derecho potestativo, ha de ser calificado de «caducidad», ya que su transcurso impide el ejercicio por el titular de la acción que le asiste, sin necesidad de que se alegue, pero teniendo en cuenta la falta de precisión que entre los términos «caducidad» y «prescripción» existía al tiempo de promulgarse el Código Civil, no cabe hacer precisión exacta en la materia, y si prácticamente es lo mismo, en un caso concreto, calificarlo de «prescripción» o de «caducidad», debe ser indiferente a la cuestión propuesta emplear uno u otro término de los dos que se ofrecen como posibles.

Fallo que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, sin hacer especial imposición de las costas del recurso.

LA PRESCRIPCION ES UNA INSTITUCION LEGAL CUYOS PLAZOS NO PUEDEN FIJARSE CONTRACTUALMENTE. LA CLAUSULA DE LA POLIZA QUE SE INCOA ES CONFUSA Y ESTA CONFUSION NO PUEDE PERJUDICAR AL ASEGURADO. EN TODO CASO, EL PLAZO DE PRESCRIPCION HABIA DE CONTARSE DESDE EL RECIBO DE LA CARTA CERTIFICADA QUE DEBIA REMITIR AL ASEGURADO LA COMPANIA ASEGURADORA, COMO REQUISITO FORMAL CONSTITUTIVO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1971).

Hechos.—A pesar de su aparente complejidad, el tema discutido es muy concreto y puede resumirse en que partiendo del hecho de una colisión de vehículos de motor, la acción ejercitada en este proceso tiende a conseguir que la compañía demandada, «C. de S., S. A.», con quien el actor tenía contratado el seguro por los daños propios y ajenos, indemnice a dicho asegurado los daños y perjuicios, incluidos los gastos ocasionados por los procesos tramitados y en curso, como consecuencia del accidente referido.

Se opone la entidad demandada alegando la excepción de prescripción por el transcurso del plazo, contractualmente fijado en un año, para el ejercicio de cualquier reclamación contra la Compañía, a contar desde el día en que le comunicó su decisión de rechazar la cobertura de la responsabilidad por el accidente.

Considerando que el problema se reduce a determinar si se ha producido o no la excepción propuesta, que desestima la sentencia recurrida, confirmatoria de la de Primera Instancia.

Considerando que como los dos primeros motivos del recurso se proponen combatir la supuesta confusión de la cláusula en que la excepción alegada se apoya, conviene hacer constar a este respecto que contemplando el Tribunal *a quo* el apartado c) del artículo 23 de la póliza por la que se perfeccionó el contrato, en que funda la entidad demandada su excepción, acepta, en primer lugar, los considerandos del Juzgado, el cual viene a decir que el texto de referencia aparece redactado en términos oscuros y ambiguos, pues sin hablar expresamente del plazo de un año para la prescripción de la acción para reclamar indemnizaciones, de hecho resultaría así en el caso de negativa a hacer efectivas tales indemnizaciones si se aceptara la tesis de la aseguradora, a la que, por ser autora de esta confusión, como ocurre en todos los contratos de adhesión, no puede prevalecerse de ella en su beneficio para reducir el plazo de prescripción atribuido por la Ley a las acciones personales que no tengan señalado plazo especial; a lo que añade la sentencia recurrida que el plazo a que se refiere la indicada cláusula es aplicable al supuesto de que la Compañía partcipe la cantidad en que calcule el siniestro o la negativa a hacerlo efectivo, pero no puede extenderse a otros casos, como el de autos, en el que después de aceptar el siniestro y haber abonado al asegurado incluso el importe de sus daños propios, se niega a aceptar las demás consecuencias del riesgo y, además, no efectúa la notificación por carta certificada, como específicamente se concreta en la póliza.

Considerando que, esto expuesto, el primer motivo del recurso se formula, al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba, sin mucha convicción, puesto que limitado este cauce legal al caso de haberse desconocido por el juzgador la eficacia que la Ley le atribuye a algún medio de prueba, no cabe utilizarlo para discutir problemas de interpretación, por lo que no puede estimarse, siendo ésta quizá la razón por la cual se plantea en el motivo segundo el mismo problema, al amparo del número 1, denunciando la infracción, por igual concepto de aplica-

ción indebida del mismo artículo 1.288 del Código Civil, alegando que se comete la denunciada infracción porque, contra lo que dice la sentencia recurrida, el texto del apartado c) del artículo 23 de la póliza no admite dudas en su interpretación, motivo que tampoco puede estimarse porque es doctrina uniforme y reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo que la interpretación de los contratos fijando las relaciones jurídicas, o sea, los deberes y derechos que sus diferentes cláusulas puedan determinar para los contratantes, corresponde exclusivamente a los Tribunales de instancia, a menos que en forma procesal adecuada se demuestre que han incurrido en evidente equivocación y que su labor interpretativa debe prevalecer sobre el particular criterio de los recurrentes, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud, siempre que sea racional, como en este caso ocurre, pues el solo hecho de que hayan encontrado confusa la redacción de la cláusula discutida dos Tribunales de distinto grado revela su falta de claridad.

Considerando que el motivo tercero y último, aunque pretende construirse con autonomía, es lo cierto que depende del supuesto de que prevalezcan los motivos anteriores, pues apoya sus argumentos en la existencia en la repetida cláusula contractual de un plazo de caducidad de la acción ejercitada, y en su virtud no puede prosperar por la razón indebida, a lo que podría añadirse que si bien es cierto que pudiera mantenerse que los preceptos que regulan la prescripción en nada disminuyen el poder dispositivo de las partes, en cuanto a extinción o caducidad de los derechos renunciables, y que lo mismo cabe decir con respecto a las garantías de la notificación, estas cuestiones, meramente insinuadas, no han sido formalmente objeto de ningún motivo del recurso, con lo cual queda desestimado todo el recurso.

Fallo no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación de «C. de S., S. A.», y condeno a dicha recurrente al pago de las costas y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

E. I. M.

IV. SUCESIONES

INSTITUCION DE HEREDERO CON CLAUSULA MODAL. Artículos 797 y 798 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1971).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, en base a las siguientes consideraciones de las que se desprenden los hechos:

Considerando que el problema de fondo, propiamente dicho, que se discutía en el pleito de que trae causa el presente recurso gira todo él en torno del alcance y significado que deba darse al testamento público otorgado en la ciudad de Pamplona, el 22 de diciembre de 1953, por una tía del actual recurrente y hermana de quien ahora figura como recurrido, en cuya cláusula tercera, después de cumplir con la legítima foral navarra respecto de sus herederos forzosos, instituye heredero en el remanente de sus bienes, derechos y acciones a su mencionado sobrino,

a quien impone, entre otras, la siguiente obligación: «Mantener a sus padres mientras vivan, sanos o enfermos, siempre que trabajen y le ayuden en el negocio de panadería y comercio de la testadora mientras puedan», obligación que con el tiempo resultó incumplida—concretamente a partir del 6 de diciembre de 1967—y con respecto de la cual la sentencia recurrida, después de rechazar la posibilidad de considerarla como un legado de alimentos, puesto que no existe la institución a título particular trayente causa directa del testador, que éste requiere—cuya regulación y efectos habrían de correr por los cauces de los artículos 858 y siguientes del Código Civil—, llega a la conclusión, sin duda acertada, de que se trata de una institución de heredero con cláusula modal, que, como tal, determinación accesorio de la voluntad del testador, distinta de la condición, permite el artículo 797 de nuestro primer Código sustantivo, en forma de carga o gravamen impuesto por aquél al heredero con fuerza vinculante—según doctrina reiterada de este Tribunal Supremo, contenida, entre otras muchas, en las sentencias de 2 de enero de 1928, 4 de junio de 1936, 14 de diciembre de 1944, 18 de diciembre de 1953, 16 de marzo de 1961 y 4 de junio y 18 de diciembre de 1965—, de cuyo cumplimiento no depende la efectividad de la institución, pero cuya realización faculta a su exigencia si no en los mismos términos ordenados—caso de no ser posible—sí, al menos, en otros que sean similares, en virtud de lo preceptuado en el artículo 798 del propio Código—de tener en cuenta analógicamente—, para los supuestos en que no medie culpa o hecho propio del heredero o legatario, aplicable con más razón, si cabe, a hipótesis como la que aquí se contempla—en que el incumplimiento se debió a la voluntad de quien ahora recurre, que con su comportamiento, pues llegó hasta agredir a su padre, motivando un juicio de faltas, en que fue declarado culpable, hizo imposible la convivencia, como modo de satisfacer el deber de manutención de aquel que por su edad, que dio lugar a la jubilación laboral, no estaba en condiciones de cumplir, a su vez, con su obligación de trabajar en el negocio que dejó la testadora—, analogía que permite utilizar también, dado el carácter de la obligación, las normas típicas del legado de alimentos del 879, en relación con los 146 y 153, todos del Código Civil; resultado éste que es una simple consecuencia de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, tanto en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución como en cuanto a la cuantía de la pensión concedida, que sólo podía haber sido impugnada con validez, demostrando alguna infracción de las reglas que, para la hermenéutica de los actos testamentarios, contiene el mismo Código en el artículo 675 y, al propio tiempo, atacando por la vía pertinente la apreciación de los elementos de hecho efectuada por el juzgador, sin que, en caso contrario, se pueda alegar vulneración de los preceptos jurídicos aplicados como mera consecuencia de aquélla, que es precisamente el defecto en que incurre el recurso en los motivos cuarto y quinto, cuando por el cauce del ordinal primero del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento denuncia con distintos conceptos la infracción de los artículos 879, 1.114, 791, 797, 798, párrafo segundo del 879, 146 y 153 del mismo Código Civil, siendo, por tanto, necesaria la desestimación de los mismos.

Considerando que el motivo sexto y último, por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, alega error de hecho en la apreciación de la prueba en que se sostiene incurrió la sentencia recurrida, relativo al extremo en que ésta, para apoyar su decisión de condenar al heredero al pago de una pensión mensual vitalicia de 7.000 pesetas a partir de la fecha de interposición de la demanda, como único medio de conseguir la eficacia de la carga impuesta por la testadora, tuvo en cuenta, además de las disponibilidades del demandado—actual recurren-

te—en relación, como ya se dijo, con los ingresos que le proporcionaba el caudal hereditario, la carencia de bienes o ingresos por parte del padre del mismo—de acuerdo con lo establecido en los artículos 146 y 153 del Código, como también antes se expuso—, afirmándose respecto de esto último que no se corresponde con la realidad, porque viene percibiendo una pensión de jubilación de la Mutualidad de Trabajadores Autónomos, y aduce para respaldar su aserto tres documentos, que son el testimonio de la sentencia dictada en Primera Instancia: una certificación del Servicio de Mutualidades del Ministerio de Trabajo y el escrito de demanda en los puntos III y IV de su relación de hechos, en ninguno de los cuales —de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo— concurre el indispensable requisito de autenticidad que la Ley exige a estos específicos fines de la casación no sólo por su propio valor intrínseco, sino también por el hecho de que fueron tenidos presentes primordialmente por el juzgador para hacer la declaración que se discute, que impide alegarlos como demostrativos por sí mismos y sin ulterior razonamiento del error que se dice padecido; con independencia, por otra parte, de que la cantidad que en ellos figura, única que se alega y jamás negada ni por el interesado ni por la sentencia que se recurre, es la de 825 pesetas mensuales, que, razonablemente, no puede decirse que contradiga aquella declarada carencia de bienes e ingresos; a causa de todo lo cual es asimismo obligada la desestimación de este motivo, y con él, la del recurso en su totalidad, con los pronunciamientos consiguientes del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMENTARIO.—Parece aquí fallar algún tanto el criterio jurisprudencial, que ve la diferencia entre modo y legado en que el primero no atribuye el derecho a exigir para sí la prestación (sentencia 4-6-1965), criticado justamente por R. LÓPEZ VILAS (*Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento*, en «An. D.º Civ.», 1966, XIX-3, págs. 575-615), sustituyéndolo por otro que parece más acertado, consistente en que el legatario adquiere directamente del testador, mientras el favorecido por el modo adquiere directamente del heredero o legatario gravado con el mismo, y por eso precisamente mientras el legatario conserva su derecho a pesar de la renuncia del heredero, el favorecido por el modo lo pierde en este caso.

INSTITUCION «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» EN DERECHO COMUN. DERECHO DE ACRECER ENTRE USUFRUCTUARIOS. INTERPRETACION DE CLAUSULA TESTAMENTARIA. Artículo 675 del Código Civil (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Doña C. M. C. murió en estado de viuda bajo testamento abierto, en que instituyó herederos por partes iguales a sus dos hijos, doña E. S. M.—la actora, apelante y recurrente—y don L. S. M.—padre y marido de las demandadas, apeladas y recurridas, doña C. S. A. y doña T. A. S.—, disponiendo en la cláusula sexta de su testamento que los bienes que a sus hijos se adjudicasen en pago del tercio de libre disposición los llevasen sólo en usufructo para que lo pasasen en pleno dominio a sus descendientes de primer grado, o sea, nietos de la testadora, y si al fallecimiento de sus hijos no dejasen descendientes de primer grado, esos bienes pasarían en pleno dominio a monjas de clausura o hermanitas de los pobres dentro de la provincia.

Conforme a esto, los herederos, doña E. y don L. S. M., otorgaron escritura particional y se adjudicaron bienes determinados en usufructo,

en pago de su respectiva participación en el tercio libre en tal concepto, quedando supeditada la determinación de los nudo propietarios a la contingencia de que al fallecer el último de dichos hijos quedasen o no nietos de la testadora, inscribiéndose así en el Registro de la Propiedad.

Don L. S. M. murió bajo testamento abierto, en el que instituyó heredera a su única hija, doña C. S. A., sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria correspondiente a su esposa, doña T. A. S., sobreviviéndole su hermana, doña E. S. M., la cual demanda a su sobrina y a su cuñada para que reconozcan que es la usufructuaria de los bienes que en pago de su participación en el tercio de libre disposición se habían adjudicado a su hermano por herencia de la madre de ambos, pues según la demandante tal usufructo no se consolida en la persona de su sobrina —heredera de su padre, hermano de la actora—, sino que para que se opere tal consolidación tiene que esperar, a tenor de la cláusula sexta del testamento de su abuela, a sobrevivir a su tía, la demandante. Y sólo entonces, si la sobrevive, recibirá el pleno dominio de todos los bienes integrantes del tercio de libre disposición, sin que hasta entonces deba adjudicarse, como lo hizo en escritura complementaria de la de aceptación de la herencia paterna, ante el mismo Notario autorizante del testamento de la abuela (extremo éste que subraya la sentencia del Tribunal Supremo como argumento favorable a la demanda respecto a la interpretación de la cláusula testamentaria, efectuada por el mismo fedatario ante quien la manifestó la testadora y que recibió e informó su voluntad), ninguno de los bienes adjudicados anteriormente a su padre en pago del tercio libre en usufructo su hija, demandada en pleno dominio.

La tesis de la actora es, pues, la de que el usufructo vitalicio correspondiente a don L. no se consolida en su hija, doña C., sino que incrementa el de la propia actora, debiendo doña C. esperar a la muerte de ésta para sólo entonces, y en el caso de sobrevivirla, adquirir el pleno dominio de los bienes usufructuados anteriormente por su tía, la demandante, en virtud de su originaria adjudicación y la expansión operada al morir el hermano de la actora y padre de la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia número 14 y la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid desestimaron las pretensiones de la actora, como igualmente lo hace el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, en un único considerando, según el cual «no puede prosperar el primer motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, tanto por no expresarse en él cuál sea el párrafo de los artículos 675 y 1.281 del Código Civil, que se dicen infringidos, cuyo requisito es ineludible para el éxito de estos vicios *in iudicando*, según doctrina jurisprudencial constante y uniforme, como porque al coincidir de un modo casi lateral la interpretación dada por el juzgador de Instancia a la cláusula sexta del testamento de 5 de junio de 1945 con la expresamente aceptada por la recurrente en el instrumento público de 2 de mayo de 1960, no es posible ahora, y menos a instancia de dicha señora, vinculada por sus actos propios, calificarlas de absurda, ilógica o inverosímil, como sería preciso para que no prevaleciera en casación aquella labor exegética, según se indica en las sentencias de esta Sala de 18 de febrero de 1969 y 8 de julio de 1970, y de forma específica, para las disposiciones grandes testamentarias, en las de 25 de abril de 1963 y 28 de mayo de 1965, sobre todo cuando, como ha ocurrido aquí, el Notario ante quien se otorgó el acto de última voluntad es el mismo que autorizó el documento de 1960 y que, por consiguiente, conocía la verdadera intención de la testadora, y cuando, por no haberse solicitado en el proceso la nulidad de dicho proceso, la decisión que en definitiva habrá de pronunciarse sería la misma adoptada

por el Tribunal *a quo*, razones todas ellas que conducen a la desestimación del motivo y con ello a la del segundo, por estar subordinado, en cuanto a su eficacia, al éxito del que le precede y por abordarse también en el problema de hermenéutica de testamento sin apoyarlo en las reglas que a tal se señalan en el artículo 675 del Código Civil.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Artículo 675, párrafo primero, del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1971)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que es doctrina que viene reiterando este Tribunal invariablemente en sus sentencias, algunas tan elaboradas y expresivas como las de 9 de octubre de 1943 y 5 de marzo de 1944, que toda interpretación, tanto de normas como de negocios jurídicos, al ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige fundamentalmente captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes, contenidas en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras, y esta tesis, que alcanza especial relieve y aplicación cuando se trata de declaraciones de voluntad no recepticias, cual lo es el testamento, está sustancialmente acogida por el artículo 675 del Código Civil, que concede notoria supresión a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, sin perjuicio de prescribir en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad que debe el intérprete atenerse al sentido textual siempre que la intención no parezca contraria o, lo que es igual, siempre que el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de suerte que basta su simple lectura para colegir inequívocamente el propósito e intención del testador, como consecuencia de lo cual se ha dicho con la misma reiteración por la jurisprudencia, que corresponde al juzgador de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su interpretación en tanto no se patentice, por los medios utilizables en casación, que ha vulnerado, al fijar el sentido de la declaración de voluntad, las normas del Código sustantivo relativas a la interpretación de los actos de última voluntad.

Considerando que a la luz de estos principios nos encontramos con que todo el problema jurídico planteado por el recurso se reduce a la interpretación de un testamento hecho por el Tribunal *a quo*, que se trata de combatir por el recurrente modificando arbitrariamente los términos literales utilizados por la testadora para expresar su voluntad, en efecto, de su texto aparece claro que de los bienes que constituyen el caudal hereditario, el único objeto de distribución específica es una extensión de terreno, que se deduce que está situado en zona urbana, del que se adjudica a la hija, Carmen, una porción con frente a la calle de Quintana, sin limitación de dicho frente, y con una profundidad de 30 metros desde la rasante, con las edificaciones en la misma existentes, y el resto, dividido por mitad entre ambos, a los otros dos hijos, los demandantes, de tal forma que la inmediata a la de Carmen corresponda a Rafaela, y la del fondo, a Mariano, resultando situadas en la parte posterior a la de Carmen y paralelas a la misma, sin salida a la calle, tan claramente, que impone la testadora a dicha Carmen el estableci-

miento de una servidumbre de paso a favor de sus hermanos, que sería innecesaria si tuvieran acceso desde la vía pública, y, sin embargo, tratan los recurrentes de obligar a la demandada a que sustituya el emplazamiento de tales parcelas de aquéllos para que tengan siete metros de frontera a la calle de Quintana.

Considerando que esta pretensión, que no tiene el menor apoyo en los términos literales del testamento, la fundan en que dicho documento y Rafaela no fuesen suficientes, según las normas municipales, para construirse una vivienda en cada una de dichas parcelas, Carmen deberá cederles, de la parte posterior de la suya, el terreno necesario a tal efecto, pero lo que olvidan los recurrentes es que, en primer lugar, la cesión ha de ser precisamente de la parte posterior y no de la delantera, y, en segundo, que la propia testadora aclara que en ningún caso venga obligada (Carmen) a ceder la parte que en la actualidad está ocupada por las edificaciones existentes, que, según la sentencia recurrida, acreditó el reconocimiento judicial que es dicha parte inviolable de la que pretenden hacer la segregación los recurrentes, es decir, que, en definitiva, resulta clara la subordinación que hace la testadora de su deseo de facilitar a los hijos recurrentes terrenos edificables, al respecto a las citadas condicionantes, consciente de lo cual aclara que aunque el valor de lo asignado a Carmen, en virtud de lo indicado, superase la tercera parte del caudal hereditario, no queda obligada a reintegrar a sus hermanos la diferencia, con lo que tampoco es exacto que sean herederos por iguales partes en cada caso.

INSTITUCION DE HEREDERO: Su carácter esencial en Cataluña. Testamento ológrafo: su nulidad como tal y validez como codicilo en Cataluña. Artículos 106, 235 y 236 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1971).

Es nulo el testamento ológrafo otorgado por un catalán en Bogotá si el mismo carece de institución de heredero, sin que la falta de ésta pueda suplirse por el nombramiento de albaceas particulares.

Don J. R. B., de nacionalidad española y vecindad civil catalana, murió en Colombia el 22 de mayo de 1958, en estado de casado en segundas nupcias con doña M. B. M., de la que estaba separado desde hace más de treinta años y a la sazón en ignorado paradero, sin dejar descendientes ni ascendientes, dejando consignada su última voluntad en testamento ológrafo otorgado en Bogotá el 20 de mayo de 1950, que fue debidamente protocolizado, y en que manifiesta que desde hace más de treinta años está separado de su segunda esposa, a la que es su voluntad privar de la legítima que pudiera corresponderle, y que en defecto de herederos y parientes domiciliados en Colombia, rogaba a la autoridad diplomática o consular española más cercana al lugar de su fallecimiento y al señor alcalde del municipio de su última residencia para que, como albaceas, procurasen el cumplimiento de su última voluntad y cuidasen de su sepultura, y por carecer de herederos forzosos legaba sus bienes a diversas personas, entre ellas el Colegio de Huérfanos de Médicos de España y la Dirección General de Mutilados de Guerra por la Patria; terminaba derogando cualquier otro testamento anterior y expresamente el otorgado en Barcelona el año 1927.

Interpuesta demanda por una prima del causante, como más próxima pariente del mismo, en ella se pide: 1.º Que el testamento ológrafo otorgado por don J. R. B. en Bogotá el 20 de mayo de 1950 es nulo, por no contener institución de heredero, siendo igualmente nulos e ineficaces los legados contenidos en el mismo. 2.º Que al morir dicho causante debía presumirse fallecida a su segunda esposa, por haber transcurrido más de diez años desde sus últimas noticias. 3.º Que por ser nulo el referido testamento ológrafo y por haber sido revocados los anteriores testamentos, la herencia de don J. R. B. debía deferirse por las reglas de la sucesión abintestato. 4.º Que por haber fallecido don J. R. B. sin dejar hijos ni descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, ni hermanos ni hijos de hermanos, su herencia debía deferirse a favor de la actora, única prima hermana y más próxima pariente, a la que ha de declararse su única y universal heredera abintestato.

Opuesto a la demanda el Abogado del Estado, en nombre de la Dirección General de Mutilados de Guerra por la Patria, y formulada asimismo oposición por la representación del Patronato del Colegio de Huérfanos de Médicos de España, el Juzgado de Primera Instancia de Gerona declaró lo siguiente: 1.º Que el testamento ológrafo otorgado por don J. R. B. en Bogotá el 20 de mayo de 1950, y protocolizado el 15 de abril de 1959 en una Notaría de Gerona, es nulo por no contener institución de heredero. 2.º Que el mismo es válido como codicilo y expresa la última voluntad del causante, don J. R. B., debiendo ser cumplidas las disposiciones de última voluntad contenidas en el mismo por el heredero de dicho causante. 3.º Que por haber fallecido don J. R. B. sin dejar hijos ni descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, ni hermanos ni hijos de hermanos, y haber desheredado previamente a su esposa, la herencia del mismo se defiende a favor de la actora, única prima hermana y más próxima pariente, a la que se declara su única, universal y legítima heredera abintestato. 4.º Que dicha heredera tiene derecho a detraer, en su caso, la cuarta falcidia.

Apelada esta sentencia por la Dirección General y el Patronato antes citados, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó el siguiente fallo:

Que confirmando sustancialmente la sentencia apelada., debemos rectificar tan sólo el primero de sus pronunciamientos, que quedará redactado en la siguiente forma: Que debemos declarar y declaramos nulo como tal testamento ológrafo el otorgado por don J. R. B. en Bogotá el 20 de mayo de 1950, protocolizado el 15 de abril de 1959, salvo en cuanto derogó los testamentos anteriores del causante y desheredó a su segunda mujer.

Interpuestos sendos recursos de casación por infracción de Ley por las partes apelantes, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Patronato y estima el interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la Dirección General de Mutilados de Guerra por la Patria.

La decisión es como sigue:

Que al recusar el primer motivo del recurso interpuesto por el Patronato de Huérfanos de Médicos de España, amparado en el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la «violación» por inaplicación de los artículos 235 y 236 de la Compilación del Derecho Especial

de Cataluña, y la «indebida aplicación» del artículo 242 de este propio Cuerpo legal, su desestimación opera al sólo apreciar lo declarado en el tercero de los considerandos de la sentencia de primer grado, que aceptado por la recurrida hay que tener por incorporado a la misma, deduciendo de lo dispuesto en el apartado E) del testamento ológrafo, que en 20 de mayo de 1950 otorgó en la ciudad de Bogotá don J. R. B., de nacionalidad española y regionalidad catalana, el nombramiento de albaceas, y tras una acabada labor exegética de las demás disposiciones testamentarias, estimar el que lo son a título particular, de lo que concluye su fallo, en cuanto declara la nulidad del testamento, en base a que careciendo de institución de heredero, en lo que convienen las partes litigantes, no la puede suplir el nombramiento de albaceas al no ser universales, y como los antes expresados artículos, que se dan como infrinuidos por violación e indebida aplicación, se remiten al primero de ellos, a la facultad del testador para nombrar en testamento, codicilo o heredamiento uno o más albaceas, el segundo, cuando éstos lo son universales o particulares, para sancionar el tercero de nulidad de los testamentos que no contengan institución de heredero, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 236, esto es, nombramiento de albaceas universales; es obvio que en relación a los dos primeros señalados preceptos fueron tenidos en cuenta por el juzgador y, por tanto, no preteridos en su resolución, si bien la conclusión a la que llega a su virtud, en el particular relativo al segundo de ellos, es distinto a la pretendida por el recurrente, a cuyos fines no hubiese sido nunca procedente el concepto por el que estima se infringe mencionado; precepto, como tampoco cabe afirmar, en relación al último, que se ha aplicado indebidamente, pues sentado que el nombramiento de albaceas lo era a título particular y, por tanto, sin virtualidad para suplir la falta de institución de heredero en el calificado testamento, había necesariamente que acarrear su declaración de nulidad, de conformidad a lo preceptuado en tal mencionado precepto, que, consecuentemente, fue correctamente aplicado por el juzgador de instancia; pero es que igualmente establecidos en la sentencia, se recurrir, como hechos no atacados y por ello invariables en la resolución del recurso, los que, además de los bienes de los que se dispone en el testamento, existen otros no mencionados en el mismo, forzoso se haría la concurrencia de la sucesión testada con la intestada, incompatible en la Compilación catalana, a tenor de lo dispuesto en su artículo 99, sin que, por tanto, la falta de institución de herederos pueda enmendar el nombramiento de albaceas, puesto que sea cualquiera la interpretación que se dé a la cláusula en la que se contiene dicho nombramiento no podría atribuírsele carácter universal, por lo que la sucesión carecería de ordenación válida y el causante muerto en situación jurídica de intestado.

Que la desestimación de este primer motivo ha de comportar la del recurso, al que no se ha hecho referencia en el anterior considerando, puesto que los restantes motivos dan por supuesto la validez del testamento, cuya nulidad proclama la recurrida sentencia, que queda firme en dicho pronunciamiento.

Que el primer motivo del recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta en autos, denuncia, al amparo del número 4. del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia en el fallo de disposiciones contradictorias y, en efecto, así lo asevera el que al confirmar el segundo de los pronunciamientos que contiene el fallo de la sentencia de primer grado, hay que tener por subsistente el que el testamento que se anula es válido como codicilo y expresa la última voluntad del causante, don J. R. B., debiendo ser cumplidas las disposiciones de última voluntad contenidas en el mismo por el heredero de dicho causante, declaración ésta que había sido objeto de peti-

ción reconvenzional por el expresado Abogado del Estado, y así se expresa en el encabezamiento de dicho fallo, que se acepta, en parte, la reconvencción que formuló, ello conforme a cuanto se afirmaba en el cuarto de los considerandos de la sentencia apelada, pues tras razonar la validez del testamento ológrafo como codicilo, textualmente se dice: procede estimar la reconvencción en este sentido formulada por el Abogado del Estado, mas si seguidamente de aquella declaración se agrega en el fallo recurrido que «se desestima, asimismo, la reconvencción que la Abogacía del Estado formuló en representación de la Dirección General de Mutilados de Guerra de España», para incomprensiblemente, teniendo en cuenta lo referido en el cuarto de los considerandos, al que se acaba de hacer referencia, añadir «omitida involuntariamente, aunque, sin duda, aludida de un modo implícito en dicho fallo», es inconcuso no ya su propia inconsecuencia, sino la existencia de una auténtica contradicción, haciendo incompatible estas dos declaraciones, que no ha de dejar de producir dudas y confusiones al tiempo de la ejecución de la sentencia, por lo que al incurrir en el vicio del que se le acusa en este primer motivo procede su estimación, la que releva de conocer del segundo y último, articulado a los solos efectos de no ser estimado aquél.

Y en su segunda sentencia se produce nuestro más Alto Tribunal en la forma siguiente:

Que por lo expresado en la sentencia de casación, en cuanto al segundo de los recursos se refiere, que se incorpora a la presente, y aceptando íntegramente los considerandos séptimo y octavo de la sentencia recurrida, teniendo por válido y eficaz como codicilo el testamento ológrafo otorgado por don J. R. B., procede confirmar la sentencia apelada en cuanto se acepta parte de la reconvencción formulada por el Abogado del Estado, entendiéndola desestimada en lo demás, extremo éste único objeto del recurso; sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

Fallamos que confirmando la sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Gerona con fecha 25 de enero de 1969, si bien entendiéndola rectificado el primero de sus pronunciamientos, que quedará redactado en la siguiente forma: Que debemos declarar y declaramos nulo como tal testamento ológrafo el otorgado por don J. R. B. en Bogotá el 20 de mayo de 1950, protocolizado el 15 de abril de 1959 ante la Notaría de don J. G. M., en la ciudad de Gerona, salvo en cuanto derogó los testamentos anteriores del causante y desheredó a su segunda mujer, doña M. B. M. Confirmando íntegramente el resto de los pronunciamientos de dicho fallo, si bien desestimando lo restante de la reconvencción que la Abogacía del Estado formuló, en representación de la Dirección General de Mutilados de Guerra de España, en cuanto no es aceptado en dicha sentencia. Sin hacer expresa declaración sobre costas en ninguna de las instancias e insértese esta sentencia en la certificación mandada librar.

COMENTARIO.—Esta sentencia guarda relación con una serie de cuestiones que sumariamente indicadas son:

1.º Carácter esencial de la institución de heredero en Cataluña, excepto en el testamento otorgado por persona sujeta al Derecho Especial de Tortosa (art. 109 de la Compilación).

2.º Nulidad del testamento que no la contenga, ni contenga disposición equivalente, entre ella nombramiento de albacea universal, pues el Derecho catalán sigue en este punto el principio espiritualista o voluntarista frente al formalista (art. 236 de la Compilación).

3.º Posibilidad, no obstante, de que el testamento nulo como tal, por carecer de institución de heredero, valga como codicilo (arts. 242 y 106 de la Compilación), lo que es un supuesto de conversión del negocio jurídico.

4.º Revocación del testamento anterior por el codicilo, resultante del testamento carente de institución hereditaria o, en general, por cualquier codicilo (art. 243, párrafo 1.º). En el caso de la presente sentencia no se plantean mayores problemas, por cuanto el testador manifestó expresamente tal derogación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en codicilo no se puede revocar la anterior institución de heredero ni excluir algún heredero testamentario de la sucesión (art. 105 de la Compilación), por lo que pudiera dudarse del posible alcance de este codicilo respecto a los anteriores testamentos del causante y el posible contenido de éstos. Parece, además, que menos se podrá en codicilo desheredar a un legítimo, no obstante lo cual la sentencia da por buena la desheredación del cónyuge efectuada en codicilo.

Sobre algunos de los temas apuntados puede verse: L. Mosco: *La conversión del negocio jurídico*; J. L. DE LOS MOZOS: *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959; VALLET: *Donación, condición y conversión jurídica material*, «Anuario Derecho Civil», V-4, págs. 1.205-1.325.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por JUAN M. REY PORTOLÉS

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. LA NO RECLAMACION DE UN DOCUMENTO NO EQUIVALE A LA DENEGACION DE UN MEDIO PROBATORIO (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1971).

En un proceso declarativo de mayor cuantía, instado por la sociedad alemana «Dobbertin and Company» contra don Francisco y don José María Rubiralta Villaseca y contra la madre de ambos, doña María Dolores Villaseca Garriga, en reclamación de un saldo de cuenta corriente que el primero adeudaba y los segundos afianzaban con hipoteca, se solicitó en Segunda Instancia la práctica de prueba en razón a que el solicitante, don Francisco, había sido declarado rebelde en la Primera y se había adherido a la apelación de los codemandados. Dicha prueba comprendía la expedición de comisiones rogatorias a la República Federal Alemana y a la República Argentina con el fin de practicar pruebas documental y testifical cerca de la entidad actora y de su apoderado. Parece ser que a la segunda de las comisiones rogatorias, la dirigida a la Argentina, la Sala acordó unir el original de un documento, en el que se contenía un posible reconocimiento de deuda a cambio de la cancelación de las hipotecas (porque eran dos). Por error se remiten las dos comisiones a Alemania y, siempre al parecer, se entregan a la parte demandada, una, la cumplimentada para traducción y, la otra, para darle el correcto curso; curso que no hubo ya tiempo de darle al despacho, pues al terminar el término extraordinario de prueba y sin reclamar la Sala los documentos acompañados a la comisión rogatoria a la Argentina—entre ellos el ya reseñado—, pese a la promesa de entregarlos efectuada por el demandado, dictó sentencia modificando la de Primera Instancia en el sentido de rebajar la cifra concedida a la sociedad reclamante. Don Francisco, por un lado, y don José María y su madre, por otro, interponen sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del número 5 del artículo 1.693, pues entendían que la no reclamación de un documento, aunque se hallara en poder de la parte que lo propuso, equivalía a la denegación de una diligencia de prueba admisible, cuya falta originaba indefensión. El Tribunal Supremo rechaza los recursos en dos escuetos considerandos:

Considerando que cuanto se refiere al recurso de casación por infracción de Ley (1) interpuesto por los demandados, don José María Rubiralta Villaseca y doña Dolores Villaseca Garriga, ampara los dos motivos

(1) Sin duda, "por quebrantamiento de forma"

de que consta en el número 5 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el juzgador ha denegado diligencias de prueba admisibles según las leyes y entiende que se da el mentado vicio por excluir, en cuanto al primer motivo se refiere, de su conocimiento, un documento aportado a los autos por la parte recurrente al contestar la demanda, y con relación al segundo motivo, por igual defecto, por hacerlo respecto a documentos que el otro demandado había aportado en Segunda Instancia para la práctica de prueba; mas parece que tanto el primero como los restantes documentos fueron unidos a sendas comisiones rogatorias a la República Federal Alemana y a la República Argentina, conforme a lo interesado por el otro demandado, y que al celebrarse la vista del pleito dichos documentos no se encontraban unidos a las actuaciones, porque si bien la representación del demandado, don Francisco Rubiralta Villaseca, por medio de escritos de fecha 1 y 2 de febrero de 1971, hace constar en el primero que acompaña las traducciones de documentos en lengua alemana, que figuraban en la comisión rogatoria dirigida a dicha nación, y en el segundo, que acompaña ambas comisiones rogatorias, es lo cierto que tales escritos y documentos a ellos unidos no fueron presentados en la secretaría de la Sala hasta el día 11 del expresado mes, cuando ya con fecha 3 había sido celebrada la vista, y con fecha 9 se había dictado sentencia, entrega pretendida efectuar después de haber transcurrido el término extraordinario de prueba concedido, por todo lo cual es patente que el Tribunal sentenciador no pudo tener en cuenta los documentos a los que ambos motivos se refieren, ni tal circunstancia cabe equipararla a la denegación de la práctica de prueba en que ambos motivos se amparan, y ni aun en el supuesto al que los razonamientos del recurso se refieren, de que el Tribunal no hubiera cumplido lo prevenido en el artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 2 del Real Decreto de 2 de abril de 1954, esta infracción no cabía equipararla a denegación de diligencia de prueba ni podría dar lugar a recurso de casación por quebrantamiento de forma, como se pretende, razones por las cuales procede la desestimación de los dos motivos que se examinan.

El segundo considerando abunda en idéntico razonamiento.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. REQUISITOS PARA SU ADMISION (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1971).

Don José Padrón González vendió a don José Jardón Lorenzo varias fincas, el pago de cuyo precio quedó aplazado, en su mayor parte, hasta seis meses después de la venta. Incumplida la obligación de pago en el término concedido, el vendedor ejerció la acción de resolución, que dirigió contra el comprador y contra otros demandados cuya legitimación pasiva no se desprende de la sentencia, aunque parece que se trataba de los órganos correspondientes de la suspensión de pagos en que habría incidido don José Jardón. Entre esos demandados se encontraba don Enrique Grandal Diana, director de la sucursal del Banco de La Coruña en Orense, quien fue demandado «por sí en su propio derecho o en la representación que en el expediente de suspensión de pagos ostentase el Banco de La Coruña», pero no como miembro de la «Comisión Liquidadora» de los bienes del suspenso, razón por la cual contestó a la demanda alegando la excepción de falta de personalidad, por no tener el carácter o representación con que se le demandaba. Los otros demandados contestaron al fondo del asunto y obtuvieron un pronunciamiento favorable del Juez

de Primera Instancia. Apela el demandante y se oponen los demandados, pero no lo hace, ni siquiera por la vía de la adhesión, don Enrique Grandal. La Audiencia revoca el fallo del Juzgado y entonces el señor Grandal interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando, por conducto del artículo 1.693, números 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la misma falta de legitimación pasiva que había opuesto en la Primera Instancia. El Tribunal Supremo, en un único considerando, desestima el recurso.

Considerando que independientemente de la imprecisión y falta de claridad que se observa en la exposición del escrito de recurso, es lo cierto que ninguno de los motivos articulados en el mismo reúne las condiciones necesarias que permitan su estimación, en cuanto que todos ellos, amparados en el número 2 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender había existido en la sentencia recurrida falta de personalidad denunciada en los tres primeros y falta de emplazamiento de personas que debieron ser citadas en juicio, en Primera y Segunda Instancia, en el último llevan en sí la inobservancia de dos requisitos esenciales exigidos, pues, por una parte, según reiterada doctrina de esta Sala, para que pueda prosperar esta clase de recursos no basta con citar los números del artículo mencionado, sino que precisa señalar también el precepto que se estima infringido, cosa que no se ha hecho, ya que el recurrente omite toda alusión y razonamiento respecto a los preceptos que hayan sido vulnerados por la resolución origen de la infracción que se supone cometida—sentencias de 20 de noviembre de 1961; 24 de septiembre y 9 y 12 de diciembre de 1969—, entre otras, y, por otra parte, porque tampoco consta en forma fehaciente que el hoy recurrente hiciera durante la Segunda Instancia la protesta que exige el número 4 del artículo 1.752 de la Ley de Trámite, y si bien para los efectos de procedimiento puede estimarse reclamada la falta de legitimación en Primera Instancia por medio de excepción, que fue opuesta por la parte demandada, ahora recurrente, es lo cierto que no habiendo apelado éste de dicho particular, ni habiéndose adherido a la apelación formulada por la parte actora, ni reproducido en Segunda Instancia la reclamación en la forma exigida en los artículos 859 o, en su caso, en el 893, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, carece el recurso de la preparación necesaria y por ello no debió ser admitido, sin que quepa aducir sentencia favorable en la Primera Instancia, porque ya la doctrina jurisprudencial sienta a este respecto que, aun en este caso, se hace necesaria la petición de subsanación por si fuere revocable la misma, como, en efecto, lo ha sido—sentencias de 19 de noviembre de 1890, 7 de noviembre de 1939, 24 de noviembre de 1941, 10 de febrero de 1967, 8 de octubre de 1968 y 9 de diciembre de 1969—; por todo lo cual produce los efectos de inadmisión del recurso, que en el presente trámite lo es de desestimación, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.767 de la Ley Rituaria Civil.

La admisión del recurso de casación por quebrantamiento de forma, a diferencia de su paralelo por infracción de Ley, corre a cargo del Tribunal *a quo*, o sea, de la Audiencia Territorial. Pero por lo mismo que la inadmisión la acuerda el mismo órgano que ha dictado la resolución impugnada, los motivos de dicha inadmisión se encuentran especificados con todo rigor y precisión en los artículos 1.751, párrafo 2.º, y 1.752. En este último artículo, y bajo los números 3.º y 4.º, se impone a la Sala la obligación de examinar: 3.º, si se funda en alguna de las causas taxativamente señaladas en el artículo 1.693; 4.º, si la omisión o falta ha sido reclamada oportunamente, pudiendo haberlo sido con arreglo a los artículos 1.696 y 1.697 (precepto este último donde no ha «sido» nada, pues precisamente prevé la imposibilidad de que haya precedido reclama-

ción). Pues bien, el presente recurso no cumplía ninguno de esos dos requisitos: a) Porque no basta con mencionar la causa o número del artículo 1.693, en que se funda, sino que la jurisprudencia ha desarrollado esta exigencia en el sentido de que es preciso concretar el precepto que se considera infringido. Es curiosa esta quiebra, en sede casatoria, del principio *da mihi factum*..., y no resultaría muy difícil al Tribunal colegir de los razonamientos del recurrente y del motivo que alega cuál es el artículo violado. De todas formas, la jurisprudencia es unánime en este particular. Lo que no resulta palmario de esta sentencia es dilucidar si tal omisión o silencio es causa de inadmisión del recurso o bien de su desestimación. De una parte, no le reprocha a la Audiencia el haberlo pasado por alto, como hará con el otro requisito incumplido (el de reclamación contra la falta); pero, de otra, lo considera presupuesto «esencial» y en cierta manera lo parifica con el anterior. Parece, pues, que según esta sentencia es la Audiencia la que debe vigilar si el recurrente aduce junto al correspondiente número del 1.693, la cita de algún precepto infringido; si lo omite, el recurso es inadmisibile *a limine*. b) Porque es preciso reclamar oportunamente el supuesto quebrantamiento de forma, sin duda para permitir una rectificación del órgano infractor. Esa reclamación debe formularse en la instancia en que se cometió la falta, y si hubiese ocurrido en la primera, reproducirse en la segunda (art. 1.696). Ahora bien, ¿significa eso una especie de imposición de la apelación o, cuando menos, de la adhesión a la misma? El Tribunal Supremo y la jurisprudencia que cita así lo sostienen, con base en que es necesario precaverse de una revocación del fallo favorable. Sin embargo, bien entendidos los artículos 1.696 y 859, lo que de ellos se desprende es la necesidad de reproducir la protesta si no hubiera sido estimada la primera instancia (cfr. la literalidad del art. 859), no si hubiera sido acogida, y ello porque no se trata de precaverse contra la revocación, sino de permitir la rectificación del órgano infractor, como decíamos. Para la parte cuya reclamación acogió el Juez de Primera Instancia, la Audiencia no incurre en desconocimiento de la legitimación pasiva hasta dictar sentencia y entonces ya es imposible pretender la subsanación de la falta (art. 1.697). Lo contrario supondría imponer la apelación —y sus costas— a todo litigante que hubiese conseguido hacer prosperar la subsanación de una falta procesal, so pena de quedar impedido para recurrir en casación. En suma, el requisito de la reclamación persigue que el Juez de Primera Instancia rectifique la infracción, si considera que la ha habido, y que la Audiencia tenga la oportunidad de rectificarla si aquél no lo hizo, pero no que se deba reiterar la queja en todas las instancias ante el temor de un eventual giro del asunto, máxime cuando el órgano superior cuenta con todos los elementos—entre ellos, la oposición del reclamante y su prueba—, que tuvo a la vista el inferior. La doctrina del Tribunal Supremo es, sin embargo, clara y terminante.

Digamos, por último, que de haber superado los dos obstáculos que lo detuvieron, este recurso hubiera confirmado que la legitimación es materia de la casación por quebrantamiento de forma y no de Ley, por cuanto es distinguible, tanto teórica como prácticamente, del fondo del asunto.

J. M. R. P.

5.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

* Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA PRESCRIPCION DE LAS FALTAS ADMINISTRATIVAS

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1972

1. INTRODUCCIÓN

Nos enfrentamos hoy con una sentencia realmente trascendental, con una de esas sentencias que constituyen un hito decisivo en la evolución de la doctrina jurisprudencial, con una de esas sentencias que han hecho la historia del Derecho Administrativo: la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1972, de que fue ponente Rafael Mendizábal Allende.

Esta sentencia es un exponente más del profundo cambio observado últimamente en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (1), que hasta fecha relativamente reciente no se había caracterizado precisamente por su audacia y generosidad y que se ha situado de pronto en la línea más avanzada a la hora de estructurar un auténtico sistema de garantías del administrado. Con fallos realmente revolucionarios, estamos asistiendo, en un brevísimo período de tiempo, a la depuración de principios fundamentales y a la consagración de instituciones básicas.

Entre estas sentencias ocupa un primerísimo lugar esta de 9 de marzo de 1972. Al ocuparse del viejo y debatido tema de la prescripción de las faltas administrativas, sienta esta clara y concluyente doctrina, en los considerandos primero a tercero:

«Considerando que el hecho calificado como infracción de las normas reguladoras de los transportes mecánicos por carretera se produjo el día 5 de diciembre de 1967, según consta en el correspondiente boletín de denuncia, y la notificación de ésta al inculcado fue realizada el 19 de febrero de 1968, mientras que la ratificación del agente denunciante lleva fecha 17 de abril siguiente y la propuesta de sanción del interventor del Estado se formuló el 24 de octubre de 1969, sin ninguna diligencia intermedia en ambos casos, por lo que—en definitiva—el procedimiento estuvo paralizado absolutamente en estas dos ocasiones, la primera durante dos meses y medio y, la segunda, durante año y medio, inactividad imputable de modo exclusivo a la propia Administración Pública, cuya actuación debe desarrollarse con arreglo al principio de celeridad y a quien corresponde la plena iniciativa en la iniciación, ordenación e instrucción

(1) Esta doctrina jurisprudencial fue por mí destacada, desde esta misma Revista, en el número 489 (págs. 453-457), al comentar la sentencia de la propia Sala de 6 de abril de 1972

de los expedientes, según los artículos 29, 67, 74 y 81 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Considerando que el artículo 40 de esta misma Ley hace referencia al ordenamiento jurídico para determinar el contenido de la actividad administrativa, cuyo enjuiciamiento también ha de utilizar idéntico módulo de comparación, según el artículo 82 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en el apartado 5) del capítulo IV de su Exposición de Motivos, elemento hermenéutico inmediato e inequívoco, encuentra el fundamento de tal novedad en la concepción del Derecho como una realidad que no se agota en las disposiciones escritas y comprende también a los principios y a la normatividad inmanente a las instituciones, concepción que además ofrece implícitamente una imagen estructural del ordenamiento, en la cual el Derecho Administrativo constituye un sector con una perspectiva especial, pero también con las raíces en el sistema general, que se completa a sí mismo mediante la actividad judicial, según ponen de manifiesto los artículos 6 del Código Civil y 357 del Código Penal, anverso y reverso de una misma configuración unitaria e integradora de lo jurídico.

Considerando que desde esta óptica resulta necesario plantear el problema de la ausencia de norma explícita reguladora de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, cuya habilitación expresa contiene el artículo 20 de la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 1947, dentro del perímetro marcado en el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, silencio que en ningún caso cabe interpretar negativamente, sino como una aceptación tácita, en el estricto sentido semántico, del régimen general del ilícito, supraconcepto comprensivo de sus manifestaciones fenoménicas administrativa y penal, ilícito este último, que por implicar un reproche social más profundo constituye el límite máximo de los demás, según prevé el artículo 603 del Código Penal, y, en consecuencia, permite la aplicación supletoria en esta materia del plazo de dos meses señalado en el artículo 113 para la prescripción de las faltas, 'a no ser que se determinare otra cosa por Leyes especiales', como ya había establecido este Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de octubre de 1959 y otras posteriores, prescripción que debe declararse incluso de oficio en virtud del principio de legalidad inherente a la actividad administrativa.»

II. LOS PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

1. Los principios generales del Derecho constituyen el fundamento mismo del ordenamiento jurídico; al informar las normas del ordenamiento, las configuran como unidad orgánica. Pero la función de los principios jurídicos no se agota en servir de fundamento al ordenamiento, sino que cumplen una doble función (2):

a) Por un lado, orientar la labor interpretativa. Si constituyen la base del ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretar cada una de las normas que le integran.

b) Por otro, servir de fuente directa en caso de insuficiencia de la Ley, por disposición expresa del artículo 6 del Código Civil.

2. Este último aspecto, servir de fuente directa, había sido destacado por una expresiva jurisprudencial de las Salas de lo contencioso-adminis-

(2) Sobre el problema me remito a mis trabajos: "El método en el Derecho administrativo" *Revista de Administración Pública*, núm. 23, en especial págs. 44-56, *El administrado*, Madrid, 1966 págs. 27-68; *Administración pública y libertad*, México, 1971, págs. 37-39, *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971, págs. 39-46.

trativo. En este sentido, por ejemplo, una sentencia de 21 de octubre de 1957, afirmaba que todo principio jurídico es fuente supletoria del Derecho ante la ausencia de Ley o costumbre. Como dice la sentencia de 25 de enero de 1965, «suplir el vacío de una norma no es conculcarla».

3. La sentencia que comentamos, en su segundo considerando, recordando elementales razones consagradas en la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reitera esta función de los principios jurídicos en el campo del Derecho Administrativo, al que se aplica ineludiblemente la norma contenida en el artículo 6 del Código Civil. Los principios jurídicos cumplen una función hermenéutica, al llenar las lagunas existentes por ausencia de norma explícita.

Esta elemental función de los principios va a permitir a esta sentencia superar unas desviaciones jurisprudenciales que habían conducido a afirmaciones que pugnaban con los más elementales principios y llegar a consagrar—definitivamente (?)—la buena y correcta doctrina sobre la prescripción de las faltas administrativas.

III. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS ADMINISTRATIVAS EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. El Derecho Administrativo, al regular esas exorbitantes, desproporcionadas e injustas facultades administrativas que integran la llamada potestad sancionadora de la Administración, contiene una dispar normativa sobre la aplicación del instituto de la prescripción, que ha tenido reflejo en la doctrina jurisprudencial (3).

2. Respecto de aquellas reglamentaciones que prevén unos plazos de prescripción, la jurisprudencia se limita a aplicar estos plazos. Así como en la esfera local existe un precepto general (art. 114 de la Ley de Régimen Local), que se remite a los plazos de prescripción que establece el Código Penal para las faltas, en la Administración del Estado no existe precepto análogo.

En la Administración del Estado existe algún precepto especial que prevé la prescripción de faltas y sanciones. Así, en materia de montes, el artículo 473 del Reglamento de 22 de febrero de 1962 establece que las infracciones prescriben a los dos meses, y su artículo 474, que «la prescripción de la multa tendrá lugar a los cinco años o al año, según que por su cuantía sea asimilable a las penas graves o leves, conforme a las disposiciones del Código Penal». También en materia tributaria se prevé con carácter general la prescripción en el artículo 64 de la Ley General Tributaria, al disponer que prescribirá a los cinco años «la acción para imponer sanciones tributarias», con la salvedad del impuesto de sucesiones, en que se prevé un plazo de diez años.

La Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, en su artículo 87, párrafo 2.º, dispone: «Las faltas leves prescribirán al mes; las graves, a los dos años, y las muy graves, a los seis años», precepto que no se considera aplicable a los expedientes incoados antes de 1 de enero de 1965 (sentencia de 23 de diciembre de 1964). En el régimen disciplinario de los funcionarios locales prescriben a los cinco años (sentencia de 13 de febrero de 1967).

Otra sentencia, de 9 de noviembre de 1966 (ponente: Alvarez del Manzano), se refiere a la prescripción a los cinco años de la fecha en que el acto ilícito se ha cometido, a tenor de la Ley de Contrabando.

(3) Sobre el tema me remito a mis trabajos *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, página 670; *Comentarios a la Ley de Orden público*, cit., págs. 225-227, y *Derecho farmacéutico*, Madrid, 1972, págs. 273-276.

La sentencia de 16 de mayo de 1966 (ponente: Fernández Valladares) dice: «Establece el artículo 17 del Decreto de 8 de mayo de 1884, reformador de la legislación penal de montes, que la responsabilidad por las contravenciones se extingue... por prescripción de la falta, y continúa el artículo 18, que las faltas... prescriben a los dos meses y que el término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el hecho, y si entonces no fuese conocido desde que se descubra y se empiece a proceder para el aclaramiento, normativa que reproduce el Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962 en sus artículos 471 y 473.

Otra sentencia, de 28 de noviembre de 1966 (ponente: Vital y Torres), se refiere al plazo de prescripción de seis meses, según el artículo 62, párrafo 1.º, del Reglamento de Servicios Sanitarios, cuyo «cómputo debe verificarse no en relación con el conocimiento que pueda tener de ellos un determinado órgano de la Administración, sino desde que los hechos motivadores del expediente sean conocidos de cualquiera de ellos».

Una sentencia de 10 de abril de 1967 dice que «al imputársele al funcionario una falta continuada, que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 24 de marzo de 1941, 2 de abril de 1956, etc.) supone una suma de actos del funcionario homogéneos, sistemáticos e intermitentes, que integran infracciones de la misma clase, constitutiva cada una en sí de una falta disciplinaria, pero unificadas jurídicamente por el común propósito del autor, las infracciones integrantes de la falta continuada son sólo la ejecución parcial de una falta única, por lo que al subsistir ésta en el momento de iniciar el expediente no puede estimarse la excepción de prescripción».

3. Ahora bien, ¿cuál era la solución aplicable en los supuestos en que la reglamentación de la potestad sancionadora ejercitada no contenía precepto alguno sobre prescripción? La doctrina jurisprudencial no ha sido unánime. Por el contrario, se observa una disparidad de criterios, llegándose a afirmar que en los supuestos en que no se prevea expresamente no podrá aplicarse la prescripción. Así, sentencia de 23 de diciembre de 1964.

En una sentencia de 12 de mayo de 1965 (ponente: Jiménez Asenjo), al referirse a sanciones cuya regulación no prevé la prescripción, dice: «Tratando de buscar una solución integradora de esta omisión legislativa y guiados por el camino de la analogía nos encontramos, en primer término, con que aparte la indeterminación que sobre el concepto de la falta gubernativa o administrativa existe en la doctrina, la exégesis que tal operación requiere debe hacerse sobre el artículo 603 del Código Penal, porque es el que hace alusión a estas faltas, y de su texto claramente se desprende la inexistencia de un concepto unitario de las mismas, ya que, por el contrario, es preciso distinguir con él faltas administrativas que están predeterminadas, dada la sanción que las acompaña, que nunca puede ser superior a la señalada en el libro III del Código Penal para las faltas penales, que son la multa de 1.000 a 5.000 pesetas, el arresto menor o la represión privada por su propia naturaleza, ha de referirse a ordenación municipal, bandos de policía y buen gobierno, reglamentación general o particular administrativa, y además han de reunir la condición general de que 'ello, no obstante, no se disponga otra cosa' en la Ley especial de que se trate. Evidentemente, la Ley de 30 de septiembre de 1940 no puede ser en modo alguno catalogada entre estas disposiciones y sus infracciones estimadas como faltas administrativas...: 1.º, porque se trata de una Ley especial...; 2.º, porque las sanciones que señala son muy superiores a las reguladoras de las faltas administrativas...; 3.º, porque dada su finalidad y desarrollo entra en la categoría de leyes e infracciones distintas por más graves de las meramente administrativas, cual

ocurre con las de contrabando y defraudación, monetarias, las numerosas de carácter fiscal, etc., no obstante estar encomendadas sus imposiciones y exacciones a autoridades extrajudiciales, de donde resulta que al tratar de hacer la obligada asimilación de estas faltas a las infracciones penales correlativas, a los efectos perseguidos de su prescripción, es notorio que tendríamos que buscar la equiparación, dada su gravedad y significado, en los delitos que poseyeran estimación penal del grado que queda señalado y en tal supuesto.»

4. Esta tendencia jurisprudencial es inadmisibles. Pugna con principio tan elemental como la seguridad jurídica. No puede concebirse que se admita la prescripción respecto de hechos que merecen las más graves de las sanciones y se niegue para las simples infracciones administrativas. Si en el ámbito penal es incontestable la aplicación de la prescripción, ¿cómo va a negarse respecto de hechos que constituyen simple falta administrativa? ¿Es que cuando un administrado incurre en infracción jurídico-administrativa, el órgano competente puede incoar el procedimiento sancionador en cualquier momento durante la vida del presunto responsable? ¿Es que jamás va a extinguirse la responsabilidad administrativa por el hecho de que no exista precepto expreso que la establezca?

Pugna con la justicia y con la más elemental lógica esta posibilidad de que, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la realización de los hechos, pueda la Administración Pública imponer la sanción.

IV. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1972

1. Esta sentencia de 9 de marzo de 1972, aplicando correctamente aquellos principios, se inclina decididamente por aquella corriente jurisprudencial que no duda en admitir el instituto de la prescripción en el ámbito de las faltas administrativas. Y sienta con carácter general que en todos los supuestos de falta administrativa, cualquiera que fuese el sector en que se ejerza la acción sancionadora, se aplicará la prescripción. La argumentación de la sentencia es irreprochable, como también la conclusión a la que llega: siempre que en la reglamentación administrativa no se establezca un plazo de prescripción, éste será el de dos meses señalado en el artículo 113 del Código Penal para la prescripción de las faltas. Pues el silencio de la norma—dice este tercer considerando—*en ningún caso cabe interpretar negativamente, sino como una aceptación tácita, en el estricto sentido semántico, del régimen general del ilícito, supraconcepto comprensivo de sus manifestaciones fenoménicas, administrativa y penal, ilícito este último, que por implicar un reproche social más profundo constituye el límite máximo de los demás, según prevé el artículo 603 del Código Penal.*

2. Pero la sentencia llega a más. No sólo admite con la generalidad señalada el instituto de la prescripción, sancionando el plazo general de dos meses—salvo que se determine otra cosa por las leyes—, sino que llega a consagrar el deber de los Tribunales de declarar la prescripción, *incluso de oficio, en virtud del principio de legalidad inherente a la actividad administrativa.*

3. Por último, tal y como señala el primer considerando de la sentencia, la prescripción opera no sólo por la no incoación del procedimiento correspondiente dentro del plazo, sino por la paralización del mismo: aun cuando se hubiera iniciado el procedimiento antes que hubiese prescrito la falta, la paralización del mismo durante el plazo de los meses determina la prescripción. De este modo se consagra una importantísima consecuencia práctica del principio de celeridad que debe presidir la actuación administrativa, según estableció la Ley de

Procedimiento Administrativo (art. 29). Frente a la vieja concepción sobre la injusta posición de prerrogativa de la Administración—que se traducía en una versión parcial de la caducidad del procedimiento en perjuicio de los más sagrados derechos del administrado—esta sentencia establece tajantemente, sin contemplaciones ni distinguos artificiales, que la paralización del procedimiento sancionador durante el plazo previsto para que se produzca la prescripción determina no ya la caducidad del mismo, sino la extinción de la responsabilidad administrativa.

4. Ante esta trascendental sentencia sólo nos queda esperar que no sea una decisión aislada que resulte contradicha por otras que la deconvirtan, sino que, por el contrario, constituya el inicio de una corriente jurisprudencial, que sirva para reducir a sus justos límites la arbitraria potestad sancionadora de los entes administrativos.

J. G. P.

LIBROS

CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: *La disminución de la garantía hipotecaria*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Venezuela, 1972.

El autor, muy vinculado con Zaragoza, de cuya Universidad fue aventajado alumno, en su Facultad de Derecho, es en la actualidad profesor en la Universidad de Venezuela, donde viene desarrollando una brillante labor de investigador, de tanta importancia, sobre todo en estos momentos, en los que el Derecho venezolano está en su fase de cientifización. Nos ofrece en este libro, uno más de los muchos que tiene en su haber, rico en contenido y de exposición clara y metódica, un estudio detallado del artículo 1.894 del Código Civil venezolano, que dice: «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido; y de sus equivalentes europeos, los artículos 2.131 del Código Civil francés, 1.133 BGB, 117 de la Ley Hipotecaria española, 79 de la Ley Hipotecaria belga y 2.743 del Código Civil italiano, acompañándose siempre de abundantes citas doctrinales, que ponen de manifiesto, una vez más, su conocimiento de los diferentes Derechos extranjeros.

Aunque tradicionalmente la doctrina ha venido estudiando la hipoteca en su fase de ejecución o de realización en valor, no quiere esto decir que sea menos importante esa otra fase previa o de seguridad en la que el acreedor hipotecario no tiene una mera expectativa, sino que es titular de un verdadero gravamen o carga real con eficacia *erga omnes*. A esta fase, en la que el legislador ha intentado restablecer la garantía hipotecaria a través de un suplemento de hipoteca, es a la que el autor presta su atención.

Antes de entrar de lleno en el estudio del artículo 1.894, el autor plantea el problema, de gran trascendencia para la perfecta comprensión del mismo, de la relación entre el artículo 1.215 y el 1.894 del Código Civil venezolano, los cuales regulan, el primero con carácter general y el segundo especialmente referido a la hipoteca y con posibilidad de extenderlo a la prenda, la disminución del crédito.

El autor analiza las distintas doctrinas europeas, en las que tradicionalmente ha venido admitiéndose que el equivalente del artículo 1.894 se aplica cuando la disminución o pérdida de la garantía es debida a caso fortuito, y el del artículo 1.215, cuando ésta tenga lugar por hecho u acto del deudor y se muestra contrario a ellas. Para él ambos artículos contemplan una misma situación objetiva, la disminución de la garantía por cualquier causa que se haya producido. En cambio, sus consecuencias jurídicas son distintas, porque mientras el artículo 1.894 concede al deudor el impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca, el artículo 1.215 sólo establece para el deudor la pérdida del beneficio del término o plazo.

Por todo ello, el artículo 1.215 operaría cuando la aludida circunstan-

cia de perecimiento o deterioro del bien se haya producido por hecho del deudor, con indiferencia de que sea voluntario, esto es, culpable o fortuito, siempre que el deudor sea su autor, mientras que el artículo 1.894 se aplicará con indiferencia de que el hecho nocivo sea imputable o fortuito o de que sea extraño o propio del deudor.

Una vez resuelto el problema de la relación entre los dos artículos, el autor centra su investigación sobre el artículo 1.894. Cuando habla dicho artículo del deterioro o perecimiento del bien, ¿se refiere—dice el autor—sólo al perecimiento material o engloba también lo que algunos llaman deterioro jurídico? Después de un examen de la doctrina francesa y del parágrafo 1.133 del BGB, que consideran sólo el deterioro material, y de la doctrina italiana y española, en las que (sobre todo en la primera y a partir del Código Civil de 1942 en su artículo 2.812) se contempla el deterioro jurídico, destaca la opinión de ROCA SASTRE, que si bien en un principio consideraba que el quebranto de la cosa hipotecada debía ser de índole materil, física, corpórea, y no de carácter jurídico, más tarde, y quizá influido por la nueva redacción del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959, llegó a admitir el deterioro meramente jurídico.

A pesar de la redacción del artículo 1.894, no debe entenderse—dice CRISTÓBAL MONTES—que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido sólo por el perecimiento o deterioro material; lo contrario carecería de justificación. Y contra los que alegan que en este caso (perecimiento jurídico) se aplicaría el artículo 1.215, responde que puesto que las consecuencias jurídicas de uno y otro son distintas, se produciría un tratamiento más favorable si se aplicaba el artículo 1.894, en cuanto su autor podría evitar la realización del crédito mediante la concesión de una nueva garantía, cosa que sería imposible en el caso de aplicar el artículo 1.215, además de que así lo exige una interpretación racional y finalista del artículo.

¿Será indiferente, se pregunta, que el deterioro se haya producido por el uso normal o regular de la cosa o hará falta que el menoscabo derive de la utilización anormal que a la misma dispense su propietario? Al responder el artículo 1.894—dice—a un claro propósito de *favor creditoris*, y consecuente, además, con su teoría de la relación entre los dos artículos, 1.215 y 1.894 del Código Civil venezolano, es indiferente que el deterioro se haya producido por un uso normal o anormal, como tampoco importa el carácter previsible o imprevisible del hecho.

Y en el caso de que, sin haberse producido el deterioro del bien, ocurra su disminución de valor, ¿se aplicará el artículo 1.894 del Código Civil? Es cierto—dice—que la hipoteca es un derecho de realización en valor, pero en cuanto derecho real su objeto no viene dado por tal valor, sino por el bien mismo; el aumento o disminución del bien es algo que tendrá extraordinaria importancia desde el ángulo de la suficiencia o efectividad de la garantía, mas dejará incólume su estructura, en cuanto la misma, como derecho real, no ha sufrido alteración de ninguna clase.

Al seguir analizando el artículo 1.894, cuando dice: «El acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido», se pregunta CRISTÓBAL MONTES: en caso de constituirse la hipoteca sobre el bien de un tercero, ¿corresponde al hipotecante no deudor proporcionar el suplemento respectivo?, ¿y al tercer adquirente de la cosa hipotecada? A uno y otro problema contesta, a través de un estudio muy documentado, que extender hasta el fiador real la obligación de otorgar un suplemento rebasa tanto el cometido y alcance del artículo como el estricto campo de las relaciones entre aquél y el deudor, además de que sería colocarlo en un

plano de participación que no corresponde ni con su posición real ni con el grado de interés que en la misma tiene.

Entonces, ¿quiere esto decir que estos terceros están exentos de toda responsabilidad cuando la disminución de la garantía hipotecaria sobrevenga por su culpa? Sobre este punto se muestra de acuerdo con la doctrina según la cual tanto el deudor como el fiador real, como el tercer poseedor, serían responsables por hecho ilícito cuando por acto doloso o culposo hubieren ocasionado la disminución de la garantía hipotecaria.

Al ocurrir el deterioro o disminución de la cosa, de manera que la haga insuficiente para garantizar el crédito, ¿esta insuficiencia debe ser posterior a la constitución o se aplicaría también el artículo 1.894 cuando siendo *ab initio* inadecuada la garantía, con posterioridad y en virtud de los daños experimentados por la cosa el margen existente entre el crédito y el valor de ésta se aumente, esto es, la insuficiencia se haga más palmaria? Al contrario del artículo 117 de la Ley Hipotecaria española, en la que no hace falta que la insuficiencia se haya producido, sino que basta que exista el peligro o racional temor de que llegue a producirse, el artículo 1.894, y con él la doctrina francesa, italiana y belga, contemplan la insuficiencia ya acaecida, por lo que, de acuerdo con sus respectivos derechos, ésta debe ser posterior, si bien el autor no va más allá del artículo, al decir que no hace falta que la insuficiencia sea absoluta, sino que basta que entre el valor de la cosa dada en garantía y el importe del crédito garantizado se haya roto la proporción o margen que las partes quisieron o impusieron por causa del deterioro sufrido por el bien hipotecado.

Comparando el artículo 1.894 con sus equivalentes europeos, parece que el Código Civil francés establece la elección por parte del acreedor entre el reembolso de su crédito o un suplemento de hipoteca, mientras que el Código Civil venezolano y los demás textos establecen un orden de prelación. Dada la finalidad del artículo—dice CRISTÓBAL MONTES—de reparar o restablecer la garantía hipotecaria, sería injusto dejar la elección al acreedor o al deudor; siempre que el deudor tenga bienes suficientes para restablecer la garantía hipotecaria, el acreedor no querrá verse amortizado sino cuando venza el plazo que lo afecta. Por ello, opina que no puede hablarse propiamente de que el artículo 1.894 establezca dos remedios, sino uno solo. Cuando el legislador permite al acreedor hipotecario proceder a la satisfacción anticipada de su derecho, no tiene en la cabeza la conservación o tutela de la garantía disminuida, antes bien, permite tal actuación precisamente porque semejante protección se ha revelado imposible de conseguir y, en consecuencia, mal cabe considerar que la decadencia del término constituye un remedio; lo máximo que cabe hablar es de remedio sustitutivo o supletorio, pero siempre bien entendido que se utiliza esta expresión en forma figurada y con finalidad más económica o patrimonial que jurídica.

Todos estos problemas, que el autor va extrayendo y analizando minuciosamente del artículo 1.894, hacen muy interesante este libro, de fácil lectura, en el que se nos muestra al autor en plena madurez de razonamiento, llevándonos a través de los diversos argumentos ofrecidos por los distintos ordenamientos europeos, a rechazar unos y a admitir otros, para llegar con un razonamiento lógico a formar su propia y original opinión acerca de la disminución de la garantía hipotecaria.

Sólo nos queda felicitar al autor y desearle suerte en su labor, la más digna y noble para un jurista, de contribuir a la formación y desarrollo de un Derecho en formación, como es actualmente el Derecho venezolano.

MARÍA LUISA MARÍN PADILLA

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Administración pública y libertad*, Prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971, 94 págs.

El especial interés que, a mi juicio, tiene el trabajo de JESÚS GONZÁLEZ, editado en México, radica en que se trata de una especie de epitome, donde el autor resume en pocas páginas, bellamente escritas, su labor de especialista en Derecho Administrativo y de jurista en general, tan importante y que ha cuajado en numerosos trabajos.

Su metodología, el lenguaje, a veces ligeramente desenfadado—cuando estamos acostumbrados a descifrar mensajes en clave y a oír el idioma de los mandarines—; el dato erudito, el hecho concreto, evidencian al autor, con el que se podrá estar o no de acuerdo, pero que obliga a meditar.

Comienza con una introducción que es un canto a la libertad y un lamento por la sombra que sobre ella proyecta la Administración, como fenómeno universal, común a todos los países: «Y puede darse la paradoja de que la libertad en sentido social resulte mucho más coartada en un régimen democrático que en un régimen autoritario.» Hasta el punto que pone de manifiesto un libro de J. ROBERT, publicado en París en 1956: *Las violaciones de la libertad individual cometidas por la Administración*.

La introducción termina con el planteamiento de una estrategia: reducir la intervención administrativa a sus justos límites; luchar para que aquélla se aplique con principios de equidad y justicia y por la instauración de un sistema de adecuadas garantías.

El capítulo primero trata de «El crecimiento de la actividad administrativa» y es una glosa de la ley de Parkinson, cuyos resultados bien conocen todos los sufridos ciudadanos: el aumento del número de funcionarios que lleva consigo, según cita de don NICOLÁS PÉREZ SERRANO, su proletarización, y la subsiguiente huida de los más preparados hacia la iniciativa privada. Junto a los medios personales la Administración «necesita cada día más cosas», y de ahí la «evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa», sobre el que luego el autor volverá. Y para cubrir sus necesidades también necesita cada día más dinero y aumenta la presión fiscal.

El intervencionismo plasma a través «de las instituciones de crédito oficial, que gestiona uno de los medios típicos de estímulo, distribuyendo el dinero que procede del contribuyente entre aquellas personas y entidades que encauzan su actividad hacia los objetivos que interesa alcanzar».

Uno de los conceptos más afectados es el de servicio público. «Lo que se pretende es que la actividad deje de ser privada y se convierta en pública; que la satisfacción de necesidades realizadas por los particulares en régimen de derecho común se sustituya por entes públicos en régimen de derecho administrativo o incluso de derecho común.»

Titula el capítulo segundo: «La lucha por limitar el crecimiento de la actividad administrativa», y lo inicia «El principio de subsidiariedad» con el recuerdo de la reunión, en 1957 del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas en la ciudad de Opatija, en Yugoslavia, «ante el triste espectáculo de un comercio muerto, con unos establecimientos pobremente surtidos, regidos por unos funcionarios del Estado que no tenían el menor interés en vender y servir al cliente».

Pero en los países occidentales el problema de la intervención se ha despolitizado «y se ha planteado casi exclusivamente en función de la eficacia».

Frente a la intervención administrativa desordenada campea el principio de subsidiariedad. «La abstención de toda intervención debe ser el ideal a que debe aspirar cualquier Administración»; pero la intervención administrativa resulta inevitable «y aquí radica la cuestión: en la apreciación de cuándo el semáforo constituye una rémora de la circulación o, por el contrario, el único procedimiento de hacerla posible». Se trata de evitar «el fenómeno que en modo alguno es exclusivo de la Administración española», que «produce como resultado un buen número de empresas con capital público, esto es, procedente del contribuyente», y «que constituyen un fracaso de rentabilidad y eficacia».

El principio de subsidiariedad se formuló por ABRAHAM LINCOLN: «el Estado sólo debe hacer aquello que los ciudadanos no pueden realizar por sí mismos, o que no pueden hacer con resultados tan positivos como el Estado». En nuestro país se proclama, entre otras, en la Ley del Suelo, artículo 4.º; en el 2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; y en una clara Sentencia de 29 de marzo de 1965. Pero una cosa es predicar...

«La lucha por someter la intervención a la Justicia», estudia el capítulo tercero. Por el «principio de legalidad», «la ley ha constituido la primera y más elemental garantía de la libertad». Pero GERHARD LEIBHOLZ, Magistrado del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, ha escrito: «El peligro que la libertad corre a manos del Poder legislativo en los regímenes de democracia a base de partidos políticos, es un peligro especial; un peligro que supera, con mucho, al que en las comunidades políticas le puede venir a la libertad de otros órganos rectores».

«Los órganos administrativos no pueden, a través de una norma reglamentaria, alterar lo más mínimo la esfera de libertad sin que exista una autorización en forma con rango de ley»; y, sin embargo, en todas partes, «es cada día más frecuente el ejercicio de la función legislativa por el Gobierno»; «el Reglamento y la Circular siempre constituirán unos instrumentos precisos para que la Administración pueda imponer su criterio frente a un texto legal». Por ello es imprescindible mantener el ámbito de la reserva de ley y muy especialmente en la planificación económica.

El «principio de igualdad» sufre graves tropiezos. «...la desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración Pública y se encuentra con la ventanilla. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear—y no el menor—, para tomar contacto con la Administración Pública y obtener una decisión. Es más, para un sector de la opinión pública, la Administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola».

JESÚS GONZÁLEZ cita, al respecto, doctrina de otros países y afirma: «No se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión y no me canso de repetir, los defectos que normalmente atribuimos a nuestra Administración pueden referirse a cualquier otra, pues son consustanciales de eso que se llama Administración Pública.» La desigualdad en la carga de las prestaciones personales es evidente: «Ahí tenemos, para demostrarlo, el ejemplo del país que asume la capitania del mundo capitalista. Mientras que a sus ciudadanos de color les cierra las puertas para el ejercicio de los más elementales derechos civiles, les exige la vida en los distintos frentes en proporción muy superior a la población blanca. Estadísticas hablan».

Al referirse a las «Limitaciones de las actividades personales» y a las «prestaciones reales», JESÚS GONZÁLEZ replantea de nuevo, con toda energía, sus conocidas tesis sobre expropiación forzosa, cuya esencia exige una justa indemnización; sobre Urbanismo, en el cual «la ley pone en

las manos de autoridades y funcionarios la posibilidad de paralizar el ejercicio de las facultades dominicales»; y en la ejecución de los planes donde «el principio de desigualdad encuentra un extenso ámbito de aplicación». Y ello pese a que «el otorgamiento o denegación de la licencia constituye una actividad típicamente reglada». El autor, que tiene una larga experiencia profesional en Urbanismo, tanto por la preparación de disposiciones como en el resultado de su aplicación, pone el dedo en la llaga. Es penoso que algo haya fallado en la célebre «política de polígonos», que hizo odiosa la geometría a tantos pequeños propietarios, y costó tantos caudales, con frutos tan limitados; y aún lo es más, que sin acudir a la «autocrítica» se insista en ella. Por supuesto, con la mejor buena fe y a salvo los aciertos.

Al tratar del «Principio de solidaridad» el autor se pregunta «¿Cuáles son las causas de este divorcio entre Administración y administrado?» Y examina: «el político», «el tecnócrata» y «el burócrata».

El capítulo cuarto es un resumen: «La lucha por un eficaz sistema de control», que comienza: «El magno problema del Derecho Administrativo ha sido instaurar un sistema de garantías que hicieran efectivo el principio de sumisión de la Administración al Derecho»; «pero los instrumentos en que se concreta ese sistema de control están pensados para una Administración muy distinta de la Administración superinterventora de nuestros días». Desmenuza «los procesos ante la jurisdicción ordinaria», «los Tribunales ordinarios, guardianes de la libertad», «los delitos contra la libertad» y la «vía de hecho».

Examina a continuación «El proceso administrativo», que encabeza con unas palabras de CARNELUTTI: «Se ha dicho que el proceso es aquel instrumento en el cual se manifiestan todas las deficiencias y las impotencias del Derecho.» «La ineficacia del proceso se ha dado siempre, pese a los sucesivos perfeccionamientos de la institución.» El órgano jurisdiccional es la pieza clave del proceso mediante su independencia e idoneidad. Con un peligro: en Suiza, HANS MARTI, y en Italia, GIOVANNI NAPIONE, han puesto de relieve la tendencia, en sus países, de no decidir contra la Administración; la existencia de cierto temor reverencial. Y eso cuando para el profesor LESSONA en el IV Congreso Nacional de Jurisprudencia Forense, en Milán, «La Administración Pública no es un litigante correcto» (sic); y BENVENUTI ha citado la institucional inferioridad del particular frente a la Administración.

Bajo la rúbrica «el objeto del proceso», afirma: «lo realmente importante es eliminar las materias excluidas, que obstaculizan o hasta impiden el acceso a la fiscalización jurisdiccional»; la lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, según GARCÍA DE ENTERRÍA.

«Los presupuestos del proceso» ponen de relieve dos obstáculos: la exigencia de un acto previo, con el grave problema del silencio administrativo, y el *solve et repete*, paga y recurre. La jurisprudencia italiana —recuerda— ha llegado a calificar de inconstitucional la norma que establece el requisito del pago previo.

El procedimiento contencioso-administrativo, según las legislaciones de distintos países, «sirve perfectamente a la finalidad fiscalizadora, pero tropieza con la lentitud del procedimiento—el dichoso «cajón»—; y con el diferente trato procesal a la Administración y a los particulares; con la dificultad de conseguir la imposición de costas y ejecución de las Sentencias, cualesquiera que sean los regímenes y por diversas causas JESÚS GONZÁLEZ afirma: «Repito—quiero que esto quede bien claro—, esta afirmación es válida respecto de cualquier sistema político y administrativo.»

En busca de otros sistemas de control el autor se fija en la «Prokuratura» de las democracias populares y en el «Ombudsman» de las naciones

escandinavas. Y mantiene que frente a un funcionario político siempre estará mejor preparado y será más independiente un Juez.

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO ha redactado el Prólogo, que es una lección magistral. Celebra que JESÚS GONZÁLEZ haya sabido imponerse al espíritu de asignatura hasta afirmar que «de todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizá no exista ninguno peor que la Administración Pública». Y en algún caso entiende que el autor «ha cargado mucho las tintas, con olvido, por ejemplo, de la honradez sin igual de políticos y funcionarios españoles, en contraste con la inmoralidad manifiesta de los de tantas otras naciones: «honrados hasta la imbecilidad», se ha dicho de ellos, mediante una frase que queriendo ser despectiva en boca de pícaros, truhanes y granujas, encierra un homenaje». El autor—dice—«domina de manera absoluta el panorama que en las últimas páginas del folleto se contempla»; el prologuista lamenta, con razón, que después de tantos años, muchos funcionarios no puedan acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley de 1956. Y afirma: «Sea un bien o un mal la Administración Pública satisface necesidades ineludibles, que sólo ella puede atender en los Estados contemporáneos; pero al mismo tiempo su hipertrofia y el mal uso, el abuso o el desuso, según los casos, de sus palancas y resortes por los encargados de su manejo, implica gravísimos peligros y amenazas para la libertad individual.»

Siento no haber sabido poner de relieve cuánto hay de bueno en el libro que comento. Acepto que es un mal sistema transcribir párrafos sueltos, que, desgajados de su contexto, pierden eficacia; y que es un truco al que a veces se acude para poner en solfa al contradictor. No es éste mi caso y ello es obvio. Poned sal y pimienta a los textos que he citado y no llegaréis a paladear hasta qué punto puede hacerse agradable el árido Derecho Administrativo si no lo leéis.

NARCISO DE FUENTES SANCHIZ

HERNÁNDEZ GIL: *Lecciones de Derecho sucesorio* (resumen de las explicaciones de cátedra). 2.ª edición ampliada, Sucesores de Rivadeneyra, S. A., Madrid, 1971.

El motivo del presente libro, en boca del autor, es facilitar a los alumnos, mediante un texto uniforme y conciso, el conocimiento de algunos conceptos fundamentales del derecho sucesorio. Ello justifica las 220 páginas de que consta y donde se recogen de manera resumida parte de las lecciones profesadas en cursos anteriores.

Un índice preliminar pone de manifiesto las materias tratadas a lo largo de los 23 epígrafes de que consta la obra.

El primer epígrafe, con unas ideas generales, trata de la sucesión por causa de muerte, o sea del llamado derecho de sucesiones, derecho hereditario o derecho de sucesiones por causa de muerte, emplazado sistemáticamente en el plan de Savigny, en la última parte del derecho civil; siendo regulado en nuestro Código Civil en el libro III relativo a los diferentes modos de adquirir la propiedad. En este epígrafe pone de manifiesto las notas caracterizadas de la sucesión *mortis causa* y señala el modo de regirse dicha sucesión: siempre por la ley, pero actuando ésta de tres maneras distintas, lo que da lugar a tres clases de sucesión, o, por

mejor decir, a tres modos de deferirse, a saber: *a)* en colaboración con la voluntad, así ocurre, sobre todo, cuando la sucesión se rige por el testamento; *b)* en defecto de voluntad, teniendo lugar entonces la llamada sucesión intestada; y *c)* superponiéndose a la voluntad, es la llamada sucesión legítima en sentido estricto o forzosa.

Tras las ideas generales entramos en el concepto y caracteres de la herencia y nos ponemos en contacto con el problema de su unidad patrimonial, en torno a lo cual y para explicarlo se han formulado diversas doctrinas: una primera es la que considera la herencia como «universitas», concepción respecto a la cual expone su significado histórico y dogmático, destacando su impugnación por parte de varios autores; la segunda es la mantenida por autores que tratan de explicar la unidad de la herencia afirmando que obedece a que se produce una identificación de la persona del difunto con la del heredero, con variantes, tales como la que sostiene que el heredero es continuador de la personalidad patrimonial del causante o bien que el heredero representa al causante; otra teoría es la de la personificación de la herencia, consistente en afirmar que la herencia se convierte, como si dijéramos, en sujeto de sí misma.

Tras numerosas impugnaciones de la doctrina de la universitas, y luego de tantos intentos de explicar de manera distinta la sucesión *mortis causa*, se puede observar un retorno a aquella concepción, aunque, como señala el autor, todavía se siguen formulando ciertas objeciones contra la concepción de la herencia como universitas. También se puede apreciar la existencia de una doctrina que niega la unidad patrimonial de la herencia, afirmando que la sucesión afecta, pura y simplemente, a los bienes. HERNÁNDEZ GIL, conforme va explicando las distintas doctrinas, va también formulando las conclusiones críticas; por ello, al final del epígrafe, lo que hace es exponer una concepción de la herencia explicada a través de la noción del patrimonio.

Una vez examinado el problema de la unidad patrimonial de la herencia, entra en el estudio de la sucesión a título universal o herencia y sucesión a título particular, que por cierto no guarda una completa equivalencia con el legado, pues normalmente, el legado entraña una sucesión a título particular; pero cabe alguna figura del legado, como el de liberación de una deuda, en donde falta la sucesión a título particular. Dentro también de este mismo epígrafe aborda la distinción entre herencia y legado y examina el pretendido e importante legado de parte alícuota, o sea, el legado que tiene por objeto una fracción ideal matemáticamente expresada en el patrimonio hereditario. Por otra parte, en íntima conexión con el problema de la distinción entre herencia y legado se halla y estudia el de si la atribución del usufructo sobre un patrimonio constituye una sucesión a título universal o a título particular.

El contenido de la sucesión es objeto del capítulo IV de la obra. Dicho contenido lo integran todas las relaciones jurídicas susceptibles de transmitirse *mortis causa*, o lo que es lo mismo, todas aquellas relaciones respecto a las cuales, fallecido el titular, es posible la sustitución del sujeto. Pone de manifiesto lo difícil que resulta enunciar en una fórmula, al mismo tiempo general y precisa, la línea divisoria entre lo transmisible y lo intransmisible. Como norma general, se dice que son transmisibles las relaciones patrimoniales, es decir, las constituidas por derechos y deberes susceptibles de valoración económica, e intransmisibles las no patrimoniales. Sin embargo, tal regla general no puede reputarse como absoluta. Hay derechos que, pese a su indudable contenido patrimonial, no son transmisibles *mortis causa*, como los de usufructo, uso y habitación, dado el carácter vitalicio del primero y el personalísimo de los otros. Hechas estas consideraciones generales en torno al contenido de la su-

cesión, pasa a abordar distintos derechos para examinar el problema de su posible o no posible transmisibilidad.

Tras el contenido de la sucesión nos encontramos con el fenómeno sucesorio, que puede estructurarse en cuatro conceptos: apertura, delación, vocación y adquisición de herencia. La apertura de la sucesión tiene lugar con y desde la muerte del causante. Pero para que haya sucesión no basta con que ésta se abra; ha de abrirse para alguien; por ello entra en juego la delación que no significa sino llamamiento u ofrecimiento, pudiendo ser de varias clases: múltiples, conjuntas, sucesivas y delaciones subsidiarias.

Antes de referirse a la vocación hereditaria, aborda el tema relativo a la transmisibilidad de la delación. La vocación, para algunos autores, es uno de los conceptos con los que puede estructurarse y explicarse el fenómeno sucesorio. Destaca cómo hay cierto sector de la doctrina para quien los conceptos de delación y vocación son conceptos jurídicos diferentes, mientras que para otro sector doctrinal dichos conceptos se refunden en uno solo, al que unos llaman delación y otros vocación. Hernández Gil considera útiles los dos conceptos, vocación y delación, centrados, respectivamente, sobre el llamamiento y el llamado.

El fenómeno sucesorio se completa con la adquisición de herencia. Dos son los grandes sistemas históricos de la adquisición de herencia recogidos por el autor: el sistema voluntarista y el sistema de la adquisición *ipso iure*. En el primero la adquisición tiene como presupuesto la voluntad del heredero manifestada a través de la aceptación; considerándose como prototipo el sistema del derecho romano, aunque, a juicio del autor, no es rigurosamente así. En el segundo sistema, del que se considera prototipo el derecho germánico, la herencia se adquiere sin la voluntad, esto es, *ipsu iure*, lo cual no quiere decir que la voluntad no cuente para nada, toda vez que el heredero puede renunciar la herencia, o sea, que la voluntad aquí desempeña un cometido distinto, dirigido a la exclusión y no a la atribución de la herencia. Tras el estudio de estos dos sistemas, refleja la proyección de los mismos en los diversos ordenamientos jurídicos, terminando el capítulo IV de su obra con el sistema de la adquisición de la herencia del Código Civil y demostración de la tesis que establece a la vista de los artículos de nuestro primer cuerpo legal.

Los supuestos determinantes de la delación son el objeto de otro breve capítulo de la obra. Estos supuestos son los hechos de la vida real a los que la ley subordina el nacimiento de la delación. Considerados desde un punto de vista positivo pueden reducirse a dos: existencia y subsistencia o supervivencia.

Examinados los supuestos de la delación desde un punto de vista positivo—existencia y subsistencia—cree conveniente considerarlos, para mayor claridad, desde el punto de vista negativo, o sea, cuando no hay existencia o subsistencia. De este modo distingue los siguientes tres supuestos: 1) premuerto, 2) no concebido, 3) no viable; completando su examen con el de la falta de existencia legal de las personas jurídicas.

De gran importancia resulta también el capítulo destinado a las prohibiciones de suceder, donde viene a abordar particularmente las diversas prohibiciones, configurando como tales las derivadas de los artículos 752, 753, 754, 251 y 900 de nuestro Código Civil, estas dos últimas de marcado carácter sancionador.

Igualmente ha merecido la consideración del autor la llamada indignidad para suceder, de cuyo significado y alcance, causas que requieren un previo pronunciamiento penal, causas basadas en la ilicitud civil y consiguiente examen del artículo 756 del código, nos ofrece un fino y detallado estudio.

Los capítulos anteriores vienen completados con otro referente a los efectos de las prohibiciones de suceder y de las causas de indignidad para suceder. La enumeración agrupada de los efectos derivados de las prohibiciones de suceder y de las causas de indignidad no quiere decir que sean los mismos. Ocurre, como dice el autor, que el Código no regula con la suficiente claridad la materia y no muestra debidamente separados tales efectos, así como tampoco llega a agruparlos formalmente. Con tal motivo lleva a cabo una tarea de discriminación referida principalmente a los artículos 755, 760, 761 y 762 del Código Civil.

Posteriormente nos ponemos en contacto con la capacidad e incapacidad de disposición, en torno a lo cual podemos contemplar un concepto general, notas características y momento para la determinación de la capacidad de disposición.

En íntima conexión con lo anterior contemplamos las dos incapacidades para testar: edad y enajenación mental, recogidas ambas en el artículo 663 de nuestro Código.

Al entrar en el capítulo XIV nos encontramos con la aceptación y repudiación de la herencia, ofreciéndonos Hernández Gil, en primer lugar, los respectivos conceptos y requisitos, pasando después a exponer las diversas clases de aceptación.

De interés resulta también lo concerniente a la capacidad para aceptar y repudiar, cuya regla general puede contemplarse en el artículo 992 del Código. Dentro de este tema aborda diversos supuestos: mujer casada, menores, incapacitados, sordomudos, ausentes, asociaciones, corporaciones y fundaciones, establecimientos públicos oficiales y, por último, el de la herencia dejada a los pobres.

Tras reflejar los caracteres generales de la aceptación y repudiación de la herencia; indivisibilidad, incondicionabilidad e irrevocabilidad, hace un estudio detenido de la aceptación de herencia a beneficio de inventario, comenzando con los precedentes romanos y exponiendo lo concerniente al concepto, forma, tiempo para la declaración de aceptación, plazo para el comienzo del inventario y realización del mismo, efectos del beneficio, pérdida del mismo, administración de la herencia aceptada con tal beneficio, pago a los acreedores y legatarios, para terminar con el derecho de deliberar.

Siguiendo la lectura de la obra nos encontramos de frente con otro apartado dedicado a un tema sumamente importante dentro del derecho de sucesiones. Se trata, simplemente, del llamado derecho de acrecer. Su concepto y requisitos generales, precedentes, su reflejo en el Código Civil y en el derecho comparado, fundamento, el examen del derecho de acrecer en la sucesión testada con los requisitos necesarios de pluralidad de llamamientos, conjunción en los mismos y porción vacante a consecuencia de la ineficacia de alguno o algunos de los llamamientos; su estudio en relación con la sucesión intestada, derecho de acrecer de los legitimarios y entre los legatarios y, por último, los efectos que produce, son los puntos concretos de que el autor trata, con cierto detenimiento, en uno de los más importantes apartados de su obra.

Una vez que ha pasado examen al derecho de acrecer entra en el estudio de las reservas hereditarias: común u ordinaria y troncal o lineal del artículo 811.

Cuando estudia la reserva común nos ofrece una consideración general de la misma, junto con los precedentes, y nos da el concepto sobre la base del artículo 968 del Código Civil. Recoge igualmente las figuras del reservista y reservatario, reflejando su respectiva posición jurídica, esto es, el problema de la naturaleza jurídica de la reserva. Sobre este punto vemos que aborda diversas teorías surgidas al respecto: a) la concepción más antigua que considera al reservista como un usufructuario y al re-

servatario como un nudo-propietario; b) la de la sustitución fideicomisaria; c) la que configura la posición del reservatario como titular de un derecho futuro, de una esperanza o expectativa; d) la de la legítima y, por último, la que aplica a la reserva y a las respectivas posiciones del reservista y reservatario el mecanismo de las condiciones. Una vez afrontado el problema de la naturaleza jurídica de la reserva, pasa revista a su objeto y a los derechos y obligaciones del reservista, como también a los derechos del reservatario, dando punto final a su estudio sobre la reserva común u ordinaria con el problema de su extinción.

En capítulo aparte y en íntima conexión con la reserva ordinaria encontramos un importante y detenido estudio de la reserva lineal o troncal, recogida en el artículo 811, que constituye uno de los puntos cruciales de nuestro primer texto legal. Sobre el mencionado artículo se ha escrito muchísimo, se han sostenido innumerables opiniones, arduas polémicas y ha sido, por regla general, motivo de censura para el legislador. Las normas en él contenidas se conexionan, según dice el autor, con el sistema de troncalidad, aunque no sea su exponente puro. Tras hacer una referencia a la troncalidad y reflejar sus manifestaciones en nuestro derecho histórico, nos encontramos con la naturaleza y caracteres de la reserva del artículo 811. Pasamos después a lo que pudiéramos llamar elementos personales de la reserva: reservista y reservatario. En torno al reservatario gira, en realidad, la verdadera problemática. Varias son las cuestiones que, con relación a los «parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea donde los bienes proceden», se han suscitado en la doctrina y pueden contemplarse en las lecciones de derecho sucesorio de Hernández Gil. Podemos señalar las siguientes: 1) manera de efectuar el cómputo del grado de parentesco, a ¿qué parientes y con qué parentesco del tercer grado tiene que corresponder la cualidad de reservatarios o de beneficiarios de la reserva y con relación a qué parientes se computa?; 2) ¿tienen derecho a la reserva todos los parientes que estén dentro del tercer grado, o bien si tienen derecho a reserva con preferencia los parientes de segundo grado? Sobre esto, la doctrina dominante sostiene que, dentro del artículo 811, rige la regla general de que el grado más próximo excluye al más remoto y si bien en principio tienen el carácter de reservatarios todos los parientes comprendidos dentro del tercer grado, la reserva ha de consumarse y deferirse con las prioridades sucesorias generales, de suerte que el orden de los ascendientes excluye al de los colaterales y el grado más próximo al más remoto. Seis razones son las que el docto profesor expone como justificantes de esta interpretación de tan repetido artículo 811 del Código Civil; 3) ¿es aplicable a la reserva lineal el derecho de representación, como se aplica, por disposición expresa en la reserva ordinaria?

Con relación al objeto de la reserva determina los bienes objeto de la misma, haciéndolo con referencia a su procedencia y a dos actos adquisitivos superpuestos el uno al otro. Indica también los bienes que se consideran adquiridos por ministerio de la Ley. Finalmente, con el nacimiento de la reserva, derechos y obligaciones del reservatario y del reservista, acción que ostenta el reservatario y extinción de la reserva, da por concluido el capítulo XX dedicado a la reserva lineal o troncal.

En capítulo aparte pone de manifiesto las analogías y diferencias entre la reserva ordinaria y la lineal, con la cuestión que suscita la concurrencia de ambas.

Concluido el estudio de las reservas trata de las medidas cautelares ante el posible advenimiento de un póstumo, reguladas, por cierto, en los artículos 959 y siguientes de nuestro Código Civil. Ofrecida una indicación general, se adentra en la obligación de notificar, con las consecuencias de su incumplimiento, intervención judicial, derecho de alimentos de la viuda y medidas a adoptar respecto a los bienes.

Llegamos, por último, al capítulo XXIII o capítulo final de las «lecciones de derecho sucesorio», de Hernández Gil; dedicado, especialmente, a la protección del derecho hereditario. En él podemos ver tratados los siguientes temas: 1) acción de petición de herencia, que protege, específicamente, la cualidad de heredero; 2) naturaleza de la acción, con su doble problema de determinar, por una parte, si la acción es o no de naturaleza real, y en segundo término, determinar si lo que protege esta acción y lo que persigue su ejercicio es el reconocimiento de la cualidad de heredero o la defensa del patrimonio hereditario; 3) legitimación activa de la acción de petición de herencia; 4) legitimación pasiva; 5) prueba y actuación judicial; 6) efectos; 7) el problema que se plantea en relación con el heredero aparente, o sea, el problema de fijar qué alcance puede tener la acción de petición de herencia respecto de terceros; es decir, frente a quien o quienes hayan ido los bienes hereditarios en virtud de actos de disposición del que los poseyó. Con tal fin, alude al problema del heredero aparente en el derecho romano y, en algún otro derecho antes de analizarse en el Código Civil, por la sencilla razón de que es preciso conocer los antecedentes históricos fundamentales y tener en cuenta algunas nociones del derecho comparado, ya que en nuestro Código Civil no se encuentra regulación de la figura del heredero aparente. Analizado el problema del heredero aparente en el Código Civil, donde ningún precepto lo regula de manera directa, ni siquiera indirecta—pese a que la doctrina trata de fundamentar y construir dicha figura de nuestro derecho apoyándose en ciertos preceptos del mismo y de la ley hipotecaria—, aborda el problema de la prescriptibilidad de la acción de petición de herencia, planteándose dos cuestiones fundamentales: una, si es o no prescriptible, y otra, determinar, en su caso, el plazo de la prescripción. La primera cuestión la resuelve en el sentido de que la acción prescribe. Es, en definitiva, la regla general. La imprescriptibilidad constituye la excepción y requiere una norma expresa. La falta de una determinación normativa específica acerca de la prescripción ha de conducir antes a la prescripción que a la imprescriptibilidad.

En cuanto al plazo prescriptivo, ante el completo silencio del Código Civil, a su juicio, no cabe otra solución que la de aplicar—siquiera sea analógicamente—el plazo prescriptivo de los treinta años que establece el artículo 1.963 para las acciones reales sobre los bienes inmuebles, basándose para ello en su consideración como una acción dotada de eficacia real ejercitable *erga omnes*.

La crítica que puede hacerse de esta obra tiene que ser, necesariamente, positiva. Su lectura amena, sustancioso contenido, claridad y sencillez expositiva e importancia de la materia tratada, distraen y entusiasman al lector, que puede captar unas verdaderas y auténticas lecciones de derecho sucesorio, merecedoras de todos los elogios.

El fin propuesto por el autor de que llegue a los alumnos alguna ayuda o estímulo y, sobre todo, que encuentre cauces para el desarrollo de su pensamiento analítico y crítico, puede considerarse francamente superado.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

PÉREZ OLEA, MANUEL: *Tres temas de política urbanística*. «Especulación del suelo. Organización administrativa. Función de los entes locales». Servicio Central de Publicaciones. Ministerio de la Vivienda. Madrid, 1969.

El siglo en el que nos ha tocado hacer la guardia de nuestras inquietudes y problemas podríamos dividirlo en dos partes bien diferenciadas, tomando la propiedad como módulo. La mitad de nuestro siglo ha sido agrario, rústico, campesino, y la otra mitad es urbano, dinámico, contaminado, especulativo. No resuelto el problema de la propiedad rústica, ante el horizonte legislativo, ha comparecido el fenómeno masivo de la propiedad urbana. Apenas habíamos logrado desterrar de nuestros campos el arado romano y ya tenemos ante nosotros los núcleos residenciales, las ciudades satélites, las torres de muchos pisos, la carencia de espacios verdes y la circulación rodada.

Si por el Este nos llegó la civilización romana y la claridad mediterránea de su Derecho, por el Oeste nos ha entrado, casi de improviso, esta especie de rama del Derecho que reclama independencias, normativas, comentarios y, lo que es más importante, estudios procedentes de todos los campos que inciden en su problemática para que ésta pueda resolverse. De ahí que todo trabajo que sobre esta materia vea la luz será una aportación a tener en cuenta para ir mejorando ese bagaje que todo Derecho precisa para lograr su independencia.

La obra que comentamos está formulada por tres conferencias que el autor de la misma da en diferentes ocasiones. La primera que aborda el tentador problema de la especulación del suelo fue pronunciada en Peñíscola en el año 1968 y publicada en el tomo correspondiente a los «problemas políticos de la vida local» por la Delegación Nacional de Provincias; la segunda, en Santiago de Compostela en el año 1969, habiendo permanecido inédita hasta el presente, y la tercera fue dicha en el Instituto de Estudios de Administración Local en el año 1967 y dentro del ciclo «Problemas actuales del Régimen Local». Ahora, en forma unitaria, aparecen en el número 27 de la colección «Conferencias, discursos y estudios monográficos».

El autor explica la razón de que tres temas que abordan materias aparentemente dispares, tengan su razón de aparición unitaria en la publicación. Dice—con mucha razón—que todos ellos arrancan de una problemática común: la del urbanismo como uno de los temas fundamentales de la acción pública de nuestro tiempo. Existe, sigue diciendo el autor, una indisoluble unidad en la temática urbanística, que impone a cualquier aproximación parcial una consideración global de todos los factores que en ella intervienen.

Respetando las tres partes constituidas por las conferencias citadas, vamos a dividir este comentario en las mismas, sin perjuicio de hacer dentro de cada una las oportunas divisiones.

A) *Especulación del suelo y política urbanística municipal*.—La estructura del tema se logra a través de tres partes. La primera sirve de iniciación, la segunda destaca las causas y manifestaciones del fenómeno y la tercera las medidas contra el mismo.

Para explicar el tema el autor acude a presentarlo lisa y llanamente como un fenómeno de actualidad a modo de «recurso tópico de los que siempre se puede echar mano con seguridad de éxito y auditorio». Se trata de un problema económico, social y, por ello, problema político. Si su tratamiento es difícil, su diagnóstico resulta a veces aventurado. El

suelo es, en la medida en que constituye su base física inmediata, uno de los elementos definidores del municipio como entidad política.

Respecto a las causas y manifestaciones de la especulación del suelo distingue el autor diversos puntos, que destacamos:

- a) *Especulación y encarecimiento*.—No toda alza de precios es especulación. No es especulación el que el propietario haga suyas, sin la debida contraprestación a la sociedad, las ventajas derivadas de la actuación pública o aún de otros propietarios, que revaloriza su dominio sin que en ello haya tenido él intervención. Especulación es la anticipación evolutiva de los precios para obrar en su consecuencia. Especulación es jugar anticipadamente con las posibles plusvalías antes de que éstas se produzcan.
- b) *El suelo como bien económico*.—Destaca la idea del suelo como bien económico (que satisface una necesidad y es ofrecido en cantidades insuficientes), que como tal queda sujeto a las leyes inexorables de la oferta y la demanda.
- c) *La demanda de suelo y su incremento presente*.—El hecho del aumento de la demanda se debe, fundamentalmente, a dos causas claras: la concentración demográfica en las ciudades y al hecho de que las ciudades son mayores no sólo porque tienen más habitantes, sino porque requieren más superficie por habitante acompañado del aumento del nivel de vida y de las exigencias de los servicios modernos.
- d) *La oferta del suelo y sus problemas*.—Frente a una gran demanda, surge una oferta notoriamente insuficiente cuyas causas hay que verlas en factores históricos, económicos, financieros, jurídicos y administrativos. Examina el autor el problema del déficit de partida, diciendo que es preciso para normalizar el mercado del suelo que se ponga en circulación el equivalente a lo que generaciones enteras anteriores dejaron de hacer en la materia. Respecto a la cuantía de las inversiones precisas, estudia la idea de la nacionalización del suelo, que sólo resolvería una cuarta parte del problema, financieramente hablando, pues una hectárea de terreno en disposición de ser utilizada supone un valor de tres veces mayor del inicial; de otra parte, la iniciativa privada exige unas cantidades muy elevadas, de lenta recuperación, no exenta de riesgos y con unos intereses muy altos, por lo que el propietario prefiere esperar a que la ciudad llegue a sus terrenos que anticiparse él con su iniciativa urbanística. Otro problema con el que tropieza la normalización de la oferta es la posición privilegiada que la misma naturaleza del suelo permite al propietario, la concentración en unas pocas manos del cinturón edificable de una población y el mercado *cuasi-monopolístico*.
- e) *Algunas consideraciones complementarias*.—Aparte de la falta de equilibrio en la oferta y la demanda, pueden señalarse otras notas: la inversión en suelo reviste ciertas características como la de tratar de evitar la pérdida del valor adquisitivo del dinero, pero dicha inversión no se encuentra protegida fiscalmente, pues resulta difícil distinguir lo que es inversión anti-inflacionista y lo que es agio especulativo. De otra parte está el juego del distinto valor del suelo y el de la edificación, que por una influencia refleja de una situación anómala en el mercado de la construcción, provoca una elevación del precio del suelo. Por último, señala el au-

tor, cómo la desviación de recursos hacia inversiones suntuarias, como son las turísticas, en el mismo momento en que se cerraban las fuentes de financiación de la vivienda social, se vio agravada con los movimientos especulativos de capital, cuyo uso alternativo en otras fuentes de riqueza hubiera sido preferible.

En cuanto al problema de la lucha contra la especulación examina una serie de puntos y fundamentalmente las medidas a adoptar contra el aumento de la demanda, aunque contra ella nada es posible hacer, sobre todo para detener la curva creciente de ella respecto del suelo urbano, pudiendo conseguir únicamente una más racional distribución geográfica de esa demanda (se puede desviar, transportar, si se quiere, esa demanda a zonas más aptas, menos explotadas y más baratas), lo que se propone toda acción bien entendida del desarrollo regional. En último término todo se reduce a una ordenación racional y completa del suelo nacional. Respecto al problema de la normalización de la oferta puede llegar a conseguirse, mediante la actuación conjunta de procedimientos de acción directa (oferta pública de suelo urbanizado), de intervención de la iniciativa privada, reforma del régimen jurídico de la propiedad y reformas fiscales. Por último, estudia dos problemas para concluir el trabajo: la lucha contra la especulación en la construcción (a través de la disminución de volúmenes edificables, obligatoriedad de edificar y respeto a las normas urbanísticas) y el papel de los *entes* locales, que a juicio del autor es decisivo si se logra la institucionalización al nivel adecuado de la política urbanística nacional y se reforman las estructuras locales sobre bases más sólidas, social, económica y administrativamente hablando.

B *Organización administrativa del urbanismo en España*.—El estudio de la organización administrativa del urbanismo supone el examen de la concepción oficial del problema en cada momento, existiendo una especie de desfase entre lo dispuesto en las normas y la realidad viviente que unas veces será insatisfactoria a pesar de la organización y otras supondrá actuaciones importantes a despecho de una organización bastante poco digna de este nombre. En cualquiera de los casos—sigue diciendo el autor—el estudio de la organización administrativa es algo más que una reseña de leyes y reglamentos y una descripción de competencias y jerarquías.

Los orígenes legales del urbanismo en España son ciertamente confusos. Por pura erudición cita el autor la Ley de 11 de abril de 1849 sobre travesías de poblaciones, pero a efectos de organización administrativa la primera norma es la Ley de Ensanche de 29 de junio de 1864, que se estructura sobre dos medidas administrativas: la calificación de utilidad pública de las obras y la concesión de beneficios fiscales. Fue sustituida por la de 22 de diciembre de 1876, que debió resultar insuficiente, pues se promulgó otra de 26 de julio de 1892 con ánimo de resolver los problemas de los ensanches de Madrid y Barcelona, lo cual supone el abandono de resolución de problemas genéricos de urbanismo para resolver los concretos que plantean esas dos ciudades con «carácter de privilegio» y que podía extenderse por Real Orden a otras ciudades. Cierra el ciclo o etapa de la legislación urbanística en su primera fase la Ley de 18 de mayo de 1895, de fomento a las obras de saneamiento y mejora interior de poblaciones de más de treinta mil habitantes. Después de esa disposición transcurrirán treinta largos años en los que el legislador no produce nuevas normas urbanísticas para el país.

Después de 1920 comienza a cobrar la actividad urbanística unos perfiles más actuales, lo cual supone un urbanismo mínimo, localista, en

manos de los Ayuntamientos y uno mas amplio de miras, que es fruto de la iniciativa estatal. El impulso municipalista de Estatuto de Calvo Sotelo en el año 1924 tiene cumplido eco en la actividad urbanística, pero se pierde sin pena ni gloria en la nueva Ley de Régimen Local, donde el viejo sistema de normas especiales volvía a reverdecer y así la Ley de 18 de junio de 1936 sobre accesos y extrarradio de Madrid es la primera manifestación. Posteriormente se supera el nivel municipal y aparece el organismo autónomo con jurisdicción sobre una ciudad «y sus alrededores» en la Ley de bases de 25 de noviembre de 1944 y texto articulado de 1 de marzo de 1946. También cabe citar las leyes especiales de Bilbao y Valencia de los años 1945 y 1946, así como la Ley de Solares de 1945.

Con todo ello se llega a la Ley de Suelo de 12 de mayo de 1956, cuyo sensacional cambio estructural orgánico fue la de convertir a la Dirección General de Arquitectura en el órgano permanente de preparación, gestión y ejecución de los acuerdos del Consejo Nacional y la Comisión Central de Urbanismo. Sin embargo, no supo resolver de frente los problemas que se plantean en el urbanismo como organización de un servicio público. Un cataclismo imprevisto (el Decreto-ley de 25 de febrero de 1957) traspasó a un Departamento de nueva creación las funciones y los órganos urbanísticos centrales y ratificaba su autonomía al configurar ya una nueva Dirección General exclusivamente dedicada al urbanismo. Los mismos que buscaron el juego de un posible centralismo formularon tardíamente un pliego de cargos contra esa organización resultante. El autor, sin embargo, resume los doce años de aplicación de la Ley en estas conclusiones: consagración del urbanismo como esfera sustantiva de acción administrativa, crisis definitiva de los órganos colegiados rectores, coordinación de la planificación urbanística con la económico-social, perfilamiento de las posibilidades urbanísticas de los entes locales y preparación del suelo como empresa nacional.

El autor hace, a modo de conclusiones, un resumen de lo que puede y debe ser el futuro de la organización administrativa: adecuación de la organización administrativa central a la importancia del tema, urgencia ministerial de elaboración de Plan nacional de ordenación territorial, impulsar la segunda fase de planificación de ciudades de más de veinte mil habitantes, formalizar la labor de inspección y disciplina urbanísticas, potenciar la preparación del suelo a base de una planificación regional, institucionalización de nuestra Administración Local y acción directa de los entes locales.

C *El urbanismo ante la reforma del régimen local.*—El tema del presente trabajo cobra especial relieve en estos momentos en los que la futura ley de régimen local está intentando abrirse camino a una discusión en la Cámara legislativa. El autor presenta tres puntos para exponer el problema:

- Las relaciones entre régimen local y urbanismo, muestra de las cuales es, por no citar otras, el estatuto del año 1924, en donde se comienza a recabar para las entes locales la mayor participación en las funciones urbanísticas dotándolas, en especial, de medios jurídicos excepcionales para ello.
- Las implicaciones urbanísticas de la reforma del régimen local. Reforma que debe dirigirse a una efectiva ordenación estructural de acuerdo con las necesidades presentes y cuyas directrices podrían resumirse en las siguientes:
 - a) Reorganización de las divisiones territoriales; b) fortalecimiento de las economías locales, con un régimen fiscal adecuado a sus necesidades; c) robustecimiento de los órganos locales, especial-

mente en sus relaciones con el poder central, y d) democratización de las estructuras.

- Posibilidades urbanísticas de los entes locales. El papel que podrían desempeñar estos entes en la problemática urbanística podría concretarse en una mayor colaboración de las estructuras locales en la planificación de desarrollo económico nacional; intervención en la eliminación del déficit de infraestructuras que aqueja a nuestras zonas urbanas, programas de preparación de suelo en su triple aspecto de adquisición de suelo, preparación urbanística y reversión al mercado inmobiliario normal; reforma y saneamiento de nuestras ciudades en sus cascos viejos, así como esa serie de actuaciones municipales que la Ley del Suelo prevé a cargo de estas entidades: saneamiento de cinturones periféricos, planificación y asentamiento en nuevas zonas de las industrias, efectividad de los programas de descongestión demográfica e industrial, protección a las bellezas naturales, tutela de los terrenos agrícolas de alto rendimiento, etc.

Concluye el autor con una idea importante: la necesidad de una elevación notable en la dotación y formación de su personal. Los niveles municipales deben elevarse y lograr no sólo técnicos y especialistas, sino políticos y humanistas, ya que el urbanismo es un saber político y el verdadero experto en urbanismo es un humanista radical.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PIETROBON, VITTORINO: *El error en la doctrina del negocio jurídico*.

Traducción y notas de MARIANO ALONSO PÉREZ Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971.

Hablar del error, estudiar el error, en estos momentos en que todo el mundo se cree en posesión de la verdad es sorprendente, pero también tranquilizador para la disciplinada mente del jurista, que a medida que va pasando el tiempo llega a dos conclusiones muy serenas: lo mucho que se ha equivocado y lo poco que sabe. El estudio monográfico con el que me enfrento en esta recensión bordea las ochocientas páginas con un contenido denso y una serie de notas referidas al Derecho español. Además de reflexión hace falta paciencia y aislamiento para superar la lectura de una obra de esta dimensión, sobre todo en estos tiempos en los que la tranquilidad es un recuerdo de otros momentos en los que la vida iba más despacio, se leía más sosegadamente y se improvisaba menos.

Pero ni la extensión, ni la dificultad, deben amilanar al lector asiduo. Ya que leer—decía hace poco GUILLERMO DÍAZ-PLAJA—es trabar relación espiritual, sentirse acompañado, es tomar posesión de una herencia secular, fabricada con el milagro vivo de la palabra. Al concepto de lectura, en cierta época, se contraponen el del «releer», donde ya aparece la nostalgia y el recuerdo. El libro de Derecho también produce esos fenómenos, al cual se añade la posibilidad de una mutación científica, legislativa o interpretativa. Claro está que el libro jurídico—salvo excepciones—más que releerse, se consulta.

El autor de este estudio es VITTORIO PIETROBON, profesor ordinario en la Universidad de Trieste, que nos explica en su presentación la si-

tuación actual del estudio sobre el error, antes montado sobre la idea de la nulidad y hoy vertido al campo de la anulabilidad. En forma notable el código italiano actual ha ampliado, actualizándolo, la tutela de la buena fe, con disposiciones que parecen ser el reflejo de otras reglas positivas de conducta, de normas que exigen de los contratantes un fundamental deber de honestidad. Dejando a un lado la vieja discusión de la antítesis entre voluntad y declaración, plantea el problema de si es viable una armonía entre el factor voluntad y el criterio de la confianza, o lo que es lo mismo, armonizar el reconocimiento y la tutela de la voluntad con la protección de la confianza.

La obra tiene dos grandes partes. La primera, referida al problema general del principio de la voluntad y el juego de la confianza en la estructura del acto negocial. La segunda trata de esas dos figuras—voluntad y confianza—en su actuación sobre la teoría del error. Cada capítulo lleva las notas o «anotaciones» del traductor, al pie de página se hacen las citas bibliográficas y las aclaraciones pertinentes. Un índice sumarial de materias encabeza la publicación. Falta, como en muchas otras obras, el inevitable índice alfabético y el bibliográfico, pero al ser materia muy afín del primero podría prescindirse.

Respetando esas dos grandes partes antes citadas, ajustaremos la reseña a ellas.

El profesor de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid, MARIANO ALONSO PÉREZ, autor de una obra que espera turno para mi reseña, hace dos labores en el estudio citado. Una, de traductor fiel de la obra que inicialmente llevó por título *L'errore nell dottrina del negozio giuridico*, y otra, de anotador de la misma vertiendo la doctrina emanada del autor y tratando de inscrustarala dentro de nuestro Derecho. El valor que la obra cobra con este segundo aspecto es decisivo, pues estas notas el autor las ha convertido en anotaciones a modo de segunda monografía. A la hora de los reconocimientos es preciso destacar esta valiosa aportación que como su mismo autor dice en su nota inicial lleva como guía el de haber arrojado un poco de tierra sobre el foso que aún separaba, como recuerda ESSER, las enseñanzas de los teóricos y las exigencias de los prácticos.

A) *Voluntad y confianza en la estructura del acto negocial.*—El autor explica el problema haciendo alusión a la sustancia y la apariencia o, lo que es lo mismo, a la voluntad y su manifestación o declaración. Antítesis que se trata de superar a través del principio de la confianza, dando al viejo problema un enfoque distinto y huyendo de la alternativa voluntad declaración. Partiendo de la existencia de un elemento interno y otro externo y del principio de la unidad de acto puede concluirse que una teoría del negocio jurídico ha de tener en cuenta esos dos aspectos, a fin de tutelar, tanto la voluntad de quien emite la declaración como la buena fe de quien la recibe. Precisamente en esa tendencia a una regulación moderada reside la característica de la teoría de la confianza.

Sentadas estas bases el autor desciende a un punto concreto, cual es la regulación legislativa del error, diciendo que la antítesis entre las exigencias estrictamente conceptuales y las de una justicia sustancial se revela particularmente en el error y, no sólo porque la parte contraria a la que incurre en la falsa representación de la realidad merece incluso mayor tutela que quien, hipotéticamente, ha obrado con reticencia, sino incluso por razones históricas y legislativas. En la exposición legislativa del actual y vigente código italiano precisa la necesidad de que el error sea esencial y reconocible, distinguiendo luego los supuestos de error de hecho y de derecho, el error de cálculo y de cantidad de error en la declaración y en la transmisión y la solución frente a la anulabilidad de la rectificación. Esta regulación se aparta del principio de

luntarista y provoca como consecuencia, tanto en el caso del error obstaculizante como en los de incapacidad de entender y querer, un caso de anulabilidad y no de nulidad, sin perjuicio de seguir considerando a la voluntad como elemento esencial del negocio.

El resto de esta parte primera del trabajo lleva una precisión conceptual y se escinde en el examen profundo de la esencia dogmática del principio de la voluntad, de una parte, y del principio de la confianza, de otra.

La esencia dogmática del principio de la voluntad la explica el autor a través de dos aspectos fundamentales: dogma referido a la adopción de un especial esquema lógico con miras a construir la estructura negociológica y dogma con relación a un principio de justicia. En el primer aspecto existe una relación entre los efectos del negocio y el criterio que ha de servir para enjuiciar su validez e invalidez, de lo cual se pasa a que si se parte de que la especial eficacia del negocio reside en la voluntad, será ésta la que ha de tenerse en cuenta para determinar la calidad y número de efectos producidos. En el segundo aspecto se revela muy distinta la esencia del dogma, consiste esencialmente en el convencimiento de que la realización de la justicia está encomendada a la realización de la voluntad y se identifica con ella.

Para precisar las dos concepciones del dogma de la voluntad descien- de el autor a la precisión del dogma filosófico de la voluntad (o concepción que trata de explicar el problema del fundamento que ha de darse a los efectos negociales) y la concepción psicológica (que reconociendo a la voluntad la virtud de producir efectos jurídicos, la fuente de la misma se encuentra en una atribución que realiza el ordenamiento jurídico), solución esta última que repercute sobre el método de investigación y sobre las conclusiones. En una y otra concepción se van examinando el concepto de la voluntad y las diferentes teorías unitarias, la del error propio e impropio y los vicios y presunciones de voluntad. Su conclusión es que la concepción de la voluntad relevante ha de buscarse a través de una investigación exegética de las disposiciones vigentes: debe tratarse de un concepto legal de voluntad.

Respecto al dogma de la confianza, como reacción al dogma de la voluntad, el autor examina los dos posibles aspectos en los que trata de undar su teoría. El primero de ellos es el de la concepción de la confianza como criterio de interpretación de la buena fe o, lo que es lo mismo, el respeto que merecen las expectativas de quien recibe la declaración, la necesidad de dar certeza a las relaciones jurídicas, el deber ético fundamental de ser fieles a la palabra dada que, sin embargo, llevan consigo una insuficiencia para distinguir la teoría de la confianza frente a la de la declaración. El segundo reside en la necesidad de acudir al fundamento de la eficacia del negocio. Criterio éste mantenido por HART-ANN y BAHR, que pueden calificarse de creadores de esta teoría de la confianza, aunque pongan de manifiesto lo difícil que es encontrar un adecuado fundamento de eficacia cuando se recurre a una presunción de voluntad en los casos en que falta de hecho la misma. Frente a los criterios antiguos que hablaban del interés, de seguridad del tráfico o del sentido jurídico para armonizar el fundamento de la eficacia del negocio con los criterios objetivos de interpretación, surgen actualmente teorías que ponen el fundamento del negocio en el concepto de la autonomía privada: ofrecer un fundamento de eficacia tal que permita la libre interpretación de las disposiciones contractuales y que excluya, al mismo tiempo, la relevancia de la voluntad. El principio de la confianza, concluye el autor, se manifiesta actualmente en dos direcciones: en la afirmación de un valor preponderante que tienen las normas de honradez y buena fe en los juicios referentes a la validez

del negocio y en la aceptación de una teoría del negocio basada en el concepto de autonomía privada. Desde el primer punto de vista se critica a la voluntad como instrumento de justicia sustancial y por el segundo se quita a la misma un puesto esencial en la figura del negocio.

Ambas direcciones ocupan sendos apartados o secciones dentro del capítulo a ello destinado y que, en razón a la brevedad, nosotros hemos resumido en forma genérica. Se concluye el capítulo con el estudio del problema de la voluntad y la confianza en la estructura del acto negocial, aunque previamente se planteen los conceptos funcional y estructural del negocio, destacando en el primero la indudable relación con el motivo que ha llevado al reconocimiento de la autonomía privada, esto es, a la regulación del conflicto de intereses y en el segundo el aspecto del que emana aquel conjunto de disposiciones que integran la disciplina del negocio, fijando los requisitos para que este vincule, en concreto, a las partes.

En las llamadas «anotaciones» del traductor vemos enfocados los problemas del concepto del error y sus diversas formas manifestativas dentro de la regulación legal; precisión conceptual del negocio jurídico a través de los principales representantes de nuestra doctrina y relaciones con el problema de la autonomía, estudio sobre la buena fe, responsabilidad, rescisión y problemas de interpretación; principio de autonomía de la voluntad y, por último, problema conceptual del pago o cumplimiento.

B) *Voluntad y confianza en la teoría del error.*—Ya apuntamos al comienzo el contenido de esta segunda parte, pero ahora queremos precisar cómo dentro de la misma se conjugan una serie de conceptos que encabeza el problema de precisión técnica y diferencial de la confianza, para luego precisar el juego del error en el campo contractual, siguiendo con el problema de la interpretación, los conceptos de error obstativo y error esencial, la doctrina del error en el campo de los negocios unilaterales y el error común.

Por lo que se refiere a la precisión del concepto de confianza y su diferenciación de la buena fe y la apariencia, el autor dice que en un sentido estrictamente técnico, o lógico-formal, hablar de confianza es tanto como referirse, según la etimología de la expresión, a un estado subjetivo (psicológico) de carácter fiduciario y a su protección legal. La confianza destinada a proteger un estado de fiducia no puede confundirse con la fiducia negocial, ya que aquélla está basada en un hecho jurídico presente o pasado, pero no en un hecho o en una conducta futura. De otra parte, la necesidad de distinguir la confianza de la buena fe y de la apariencia, es necesaria para fijar los criterios del juicio o de reconocibilidad y resolver la cuestión de si éste debe construirse en armonía con las normas sobre la buena fe subjetiva—que implican una valoración de la diligencia en el comportamiento de quien invoca la protección—o bien con las disposiciones referentes a la apariencia jurídica, en las que, según una concepción muy extendida, el juicio se encamina a valorar si la situación de hecho es objetivamente idónea para suscitar una confianza y donde la buena fe significa únicamente ausencia de mala fe.

De otra parte, aún y a pesar de partir de un concepto unitario sobre la buena fe, se descubre que la legislación demuestra que son distintas las maneras de llevar a cabo la tutela de la situación de buena fe, pues no es lo mismo la situación de posesión de buena fe que la del tercer de buena fe, que adquiere derechos del simulado adquirente, ya que en este último caso la tutela está subordinada a la presencia de un título real. Respecto de la apariencia concreta el autor contrapone las ideas de

la tutela de los derechos a la tutela del tráfico (seguridad del derecho y seguridad del tráfico en la terminología original), para concluir que parece posible correcto hablar del principio de la confianza en relación con las normas que protegen un estado de fiducia en un hecho jurídico o, más ampliamente, en un hecho relevante para la formación de un supuesto concreto apto para modificar situaciones jurídicas. Desde ese punto de vista adquieren una significación autónoma las disposiciones que protegen la parte contraria a la que incurrió en error o a la que concluyó el negocio en estado de incapacidad intelectual o volitiva.

Por último, destacando la tendencia doctrinal que distingue entre los elementos de validez y de eficacia dentro del negocio jurídico, sienta la idea de que los problemas de la apariencia van circunscritos al nacimiento de un estado de fiducia en la existencia de una situación jurídica que integra el presupuesto de la eficacia negocial, o del acto jurídico, y respecto a la cual toda persona distinta de su titular asume la posición de tercero. La confianza actúa no en la llamada invalidez natural (vicio de forma), sino en la invalidez subjetiva, ligada a eventos de carácter psíquico, personales de cada contratante: únicamente en relación con esta última surge el problema de la equitativa reciprocidad de intereses, o del equilibrio formal en la protección de las partes, o lo que es lo mismo, surge donde se desenvuelve la necesaria cooperación de las partes en orden a la formación de un hecho jurídico relevante.

Después de examinar el requisito de la excusabilidad del error (antes considerado como esencial y actualmente desaparecido), estudia el de la reconocibilidad, para luego adentrarse en el campo de la confianza referida a la interpretación contractual. El autor mantiene la tesis de que el principio de confianza debe determinar el contenido de la declaración contractual, lo cual permitirá descubrir lo que ha de entenderse por intención común y determinar la posición recíproca de las partes o, lo que es lo mismo, la esencia de una común declaración de las partes contractuales. De acuerdo con ello debe valorarse el error reconocible (art. 1.431 del C. c.) y la determinación de la común intención de las partes contratantes (art. 1.362 del C. c.). Se examina también el problema del disenso oculto y la anulabilidad de los contratos realizados por el incapaz de entender y querer, así como la nulidad de aquellos contratos que no contengan una capacidad volitiva.

Dos problemas afronta también el autor en esta parte de la obra. De una parte, el concepto de error esencial, y de otra, el del error común. Para llegar al concepto de error esencial, parte de la distinción entre el error obstativo y el error vicio, que clásicamente han sido diferenciados como manifestación de discordancia entre voluntad y declaración, el primero, y como vicio que influye en la formación de la voluntad, el segundo. Distinción que critica, pues para ambos tipos de error el legislador les atribuye las mismas consecuencias, lo cual puede suponer la misma esencia psicológica en ambas hipótesis. La teoría del error obstativo y del error vicio, formulada con referencia a la voluntad, perseguía a la vez dos finalidades distintas: determinar el concepto de error y señalar cuándo éste podía considerarse esencial y a este respecto eran útiles las distinciones sobre la eficacia motivante del error: el concepto de motivo, como impulso psicológico a la acción, crea una vinculación entre conocimiento y voluntad. El significado del requisito de la esencialidad habrá de examinarse separadamente del concepto de error, y no con relación a la eficacia psicológica de éste sobre la voluntad, sino con especial referencia al objeto sobre el que recae, a la realidad que la parte no conocía con exactitud.

Antes de llegar al concepto del error común intercala el autor el estudio del error en los contratos unilaterales y los casos concretos de

error esencial sobre la base de considerar a éste como aquel que impide a la parte conocer con exactitud la regulación de intereses dispuesta mediante la declaración común y resultante de la común intención contractual. Recorre el autor, dentro de los errores esenciales, los casos de error sobre los efectos legales del negocio, el error sobre el objeto o sobre la cosa objeto de la prestación, el error sobre la cualidad e identidad y sobre la cantidad, el error sobre las cualidades de la persona y el error de derecho. La tesis que el autor mantiene en orden a los negocios unilaterales es la de considerar que partiendo de la figura unitaria del negocio jurídico, también en los unilaterales, bien con voluntad dirigida o sin ella, juega el principio de la confianza.

Por error común el autor entiende el error bilateral, o sea, el supuesto en el que ambos contratantes incurrir en el mismo error, supuesto al que el código italiano no se refiere. Conviene, sin embargo, hacer una precisión. Mientras las doctrinas que el autor critica conciben el error común como un hecho que encierra dos errores diversos, el autor considera que se trata de un hecho que, siendo un supuesto de vicio de la voluntad, no puede regularse acudiendo directamente a la disciplina específica del error bilateral. El capítulo está enlazado en forma parecida al silogismo: dadas estas premisas, se producen estas consecuencias. De ahí que el autor enlace esta teoría con las de la presuposición, la base del negocio y el motivo común. Termina su exposición con el examen del error sobre la paternidad o autenticidad de la obra de arte antigua.

Esta segunda parte, que en forma esquemática hemos ido ofreciendo, tiene, a mi juicio, una aportación mayor de anotaciones del traductor o, por lo menos, de mayor envergadura. Siguiendo las mismas pautas que el autor estudia con referencia al Derecho español, el problema de la confianza, la apariencia y la buena fe y utilizando para ello monografías autorizadas como las de BÉRGAMO, GÓMEZ, ACEBO, JORDANO, BAREA, LACRUZ, ALBALADEJO, etc. Es importante también el conjunto que el traductor dedica a la interpretación en el que, aparte la documentación doctrinal que ofrece, presenta soluciones jurisprudenciales. La teoría concreta del error la desarrolla ampliamente en las tres últimas partes referidas al error esencial, el error en los contratos unilaterales y el error común.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, Comisiones ejecutivas y Consejos de Administración*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1971.

La gran labor llevada a cabo por la Editorial Montecorvo al ir seleccionando aquellas obras de interés actual en la vida jurídica del país, nos proporciona en esta ocasión un nuevo punto de apoyo para confirmar nuestras afirmaciones, ya que la obra que vamos a recensionar es un tema candente dentro del fenómeno de la sociedad anónima, tan necesitada de ciertos refuerzos modificativos. A través de la tesis doctora de RODRÍGUEZ ARTIGAS se nos brinda un problema lleno de sugerencia y oportunidades: la parte del Órgano Administrativo constituido por los Consejeros delegados, las Comisiones ejecutivas y los Consejos de Administración.

No hace poco, en el diario *Pueblo*, y firmado por Copérnico, se hacía una crítica «a tumba abierta» de la Junta General de Accionistas, que es el órgano que más especial estudio ha tenido dentro de la socieda

anónima, sobre la base de pensar en la gran idea del principio de las democracias. El periódico en cuestión decía, que «La primavera es el tiempo de los accionistas... Es la gran fiesta del capitalismo triunfalista, la liturgia del dinero omnipotente, la exaltación jubilosa de la solidaridad mercantil. Como los actos solemnes, las Juntas tienen su ritual y su escenografía. Y son, por necesidad, multitudinarias. Se podría hablar casi de la comunión de los santos, si la santidad tuviera una dimensión económica, bursátil y bancaria... Es el pentecostés evangélico trasladado a las coordenadas de la sociedad de consumo: todos reunidos, todos unánimes, todos contentos...». A mi entender la crítica de la Junta General no puede ser tan demagógica y tan fácil, pues no hay que olvidar que lo que con ello se critica es precisamente la base de la democracia o aspiración suprema de la justicia social y política. La crítica de esta institución debe venir del campo sereno de lo jurídico, donde aún se respira ese «feudalismo financiero» de que nos habla Garrigues para expresar el régimen interno y aristocrático de la sociedad anónima actual.

Precisamente—y así lo apunta el prologuista—al estudio de la Junta general se ha dedicado la doctrina pensando en ella como elemento esencial de la sociedad. Pero al jurista que se adentra en el campo interno de la misma, lo sugerente, lo verdaderamente importante, lo que de verdad merece la pena descubrir en su funcionamiento y poder es el órgano de administración, que en sus manos tiene la marcha próspera o adversa de la sociedad. Aquí sucede como con los regímenes democráticos, en los que es preciso remontarse al poder que los controla para descubrir el gran mito de la mayoría.

En un alarde de precisión—y con evocaciones sentimentales a la plaza verdiorada de Anaya y a las sombras resplandecientes de la cuadrada Mayor salmantina—el prologuista y director de la tesis doctoral, profesor JUSTINO F. DUQUE DOMÍNGUEZ, explica la razón del tema elegido y lo explica en forma evolutiva e histórica bajo la idea de que el ejercicio colectivo de la empresa social se ha realizado mediante delegación de poderes que originariamente corresponden a los accionistas. A esta inicial delegación le suceden otras diversas procedentes del Consejo de Administración y de los poderes ejecutivos, apareciendo así las comisiones ejecutivas y los consejeros delegados. Siguiendo el sistema conceptualista de la inversión, el autor construye su teoría para llegar a la precisión en cuanto a la naturaleza jurídica del fenómeno de la delegación como una institución típica de la sociedad anónima, que supone un acto de organización, mediante el cual se reduce la esfera de aplicación del principio de colegialidad, conforme al cual funciona el Consejo de Administración. Con ello se crean nuevos centros de decisión, que conservan su vinculación al Consejo y que hacen, por ende, a sus miembros responsables de lo actuado por los delegados.

Después de esta precisión llevada a cabo por el prologuista, poco o nada podemos añadir. Únicamente referirnos a la estructura del trabajo, que se divide en dos grandes partes, siendo destinada la primera del estudio a fijar los conceptos generales e históricos de la Administración de las sociedades anónimas. La segunda parte es la que ya aborda el tema concreto de los Consejeros delegados y las Comisiones ejecutivas. Se acompaña un índice sumarial al comienzo de la obra y es seguido el texto de una lista bibliográfica de valiosísima utilidad, pues entiendo que no basta con que se citen los autores en las notas a pie de página, sino que la cita completa debe hacerse también en ese índice bibliográfico. Una clave de abreviaturas permite descifrar las claves empleadas en las citas de siglas. Respetando la citada estructura exponemos su contenido:

A) *La administración de la sociedad anónima.*—En una introducción breve, pero muy clara, el autor expone la situación anterior y actual de la sociedad anónima, en la que al principio democrático de la mayoría, propio del siglo XIX, le sucedió el sistema oligárquico que deja desamparados a los accionistas frente a la dictadura totalitaria de una administración omnipotente. Situación que tiende a remediarse hoy día haciendo determinadas distinciones entre las tareas de gestión y fiscalización encomendadas a determinados elementos y que pueden dotar de mayor agilidad a la administración y hacer más realizable el control de sus tareas. Es más, en la llamada sociedad industrial, dada la racionalización creciente de las organizaciones, la vida de la sociedad tiende cada día más a gravitar en un grupo de expertos en organización, poseedores de conocimientos técnicos especializados, dando con ello paso a una auténtica tecnocracia, caracterizada por una actuación neutral.

Dentro de la evolución histórica o de los antecedentes inmediatos de la sociedad anónima, el autor señala como etapas fundamentales en los siglos XVII y XVIII a las compañías coloniales en las que su verdadero núcleo neurálgico residía en un pequeño grupo de miembros que gozaba de un poder prácticamente ilimitado; posteriormente señala el fenómeno de la privatización de la figura o, lo que es lo mismo, la extensión de la sociedad a otros campos distintos de la explotación de industrias en las que seguía siendo aristocrático el poder que las regia. En el siglo XIX la sociedad anónima experimenta una transformación pasando al encuadramiento de unas normas que la rigen y en las que los dos órganos fundamentales son la Junta General y el órgano administrativo, siendo la primera, en teoría, regida por el principio democrático de la mayoría. Durante el siglo XX parece que se va a producir una ruptura total con la situación de hecho anterior y se observa la tendencia a reforzar la posición y los poderes del órgano administrativo en detrimento de la Junta General.

En un segundo capítulo se aborda, en forma general, el concepto de gestión o administración, que supone una actividad que en su conjunto constituye un todo unitario en cuanto que todos los actos que la integran se realizan sobre un mismo patrimonio y con una misma finalidad. Comprende tres grandes tareas: formular la estrategia y los objetivos sociales a largo plazo, elaborar un conjunto eficaz y bien estructurado de planes generales y dirigir y controlar la organización creada. Todo ello supone la necesidad de un grupo de elementos, más o menos numerosos y complejos, según el volumen y la importancia de la sociedad. De ahí que sea preciso una distribución de competencias y llegar a la delegación de funciones o atribución a distintas personas o grupos de personas de sectores determinados de competencias. Concluye el autor señalando cómo la administración de las sociedades anónimas ha de ser organizada sobre la base de los principios de especialidad, que implica la creación de centros de decisión a distinto nivel y con distintas competencias, y de jerarquización, en virtud del cual se asegura la unidad del proceso de gestión.

Presentadas estas nociones se precisa en los dos capítulos siguientes la organización de la administración en el Derecho comparado y en el sistema español. Para desarrollar el derecho comparado se parte de una clasificación que agrupa los diferentes sistemas en dos órdenes: el germano-italiano y el anglo-francés, aunque luego en la exposición se van ofreciendo, sucesivamente, los diversos países. Abre marcha Alemania en el que existen dos órganos con carácter obligatorio, además de la Junta General: el de dirección y el de vigilancia. Se hace un esquema evolutivo hasta desembocar en la legislación vigente de 6 de septiembre de 1965. Más reciente es la legislación que rige en la actualidad en Fran-

cia y que lleva por fecha la de 24 de julio de 1966 y que sitúa al sistema en forma intermedia entre el germánico y el anglo-francés, pudiendo optarse por la constitución de un Consejo de Vigilancia y un Directorio o por la creación de un Consejo de Administración y un Presidente Director General.

Después de Alemania y Francia se examina la legislación italiana, representada por el Código Civil de 1942 (cap. V del libro V del Código Civil «Del Lavoro» y arts. 2.325 a 2.461) en la que el sistema pudiera considerarse como dualista entre el alemán y el francés, teniendo previsto la existencia de tres órganos con carácter obligatorio: Junta General, órgano administrativo y Collegio Sindicale, que permiten separar las funciones de gestión de las de vigilancia propias del citado en último término, aunque en el fondo lo que tiene es el control de la legalidad de la actividad de los administradores, pero no la oportunidad de sus actos. Ello no es obstáculo para que pueda llevarse a cabo una descentralización de las funciones de gestión, pues las facultades del Consejo se pueden confiar a una Comisión ejecutiva o a uno o más Consejeros delegados. El esquema de la organización en el derecho suizo comprende tres órganos esenciales: la Junta General, el órgano administrativo y el órgano de control, atribuyéndose al órgano de administración las funciones de representación, gestión y administración en sentido estricto. Por último, se recoge el ordenamiento de los Estados Unidos, en donde existe una complejidad enorme, no sólo por su relación con el derecho anglosajón, sino por la existencia de una legislación numerosa estatal y federal. Su característica esencial es el poder original y prácticamente absoluto de que gozan los administradores frente a los accionistas. El *Bord of Directors* o Consejo de Administración es la suprema y originaria autoridad en materia de administración, pudiendo delegar sus poderes en otras personas.

Por lo que se refiere al Derecho español, después de una breve síntesis de su evolución, que es sensiblemente paralela a la del continente europeo, se ciñe al examen de la vigente Ley de 17 de julio de 1951, en la que se destacan dos órganos fundamentales: la Junta General y el órgano administrativo, a cuyo cargo está la gestión y representación de la sociedad. Lo que es fundamental y obligatorio es la función que el órgano tiene encomendada, pues luego queda la suficiente libertad para organizar la administración en la forma que se estime más adecuada. Después del examen de las características generales, pasa al problema de la delegación de funciones, cuyas dos únicas referencias se contienen en los artículos 77 y 78 de la propia Ley. Siguiendo el procedimiento de inducción, el autor ofrece en la segunda parte el estudio de las figuras que dan nombre al trabajo.

B) *Consejeros delegados y Comisiones ejecutivas.*—Como el artículo 77 de la ley de Sociedades Anónimas comprende dos supuestos distintos, ya que de una parte habla de delegación de funciones en una Comisión ejecutiva o en uno o más Consejeros delegados y, de otra, de apoderamientos a favor de cualquier personal, el autor aclara que sólo al primer caso se refiere, toda vez que el segundo supuesto, aparte de tener entidad propia, se diferencia del primero netamente.

La creación y caracterización de los supuestos de Consejeros delegados y Comisiones ejecutivas es el primer punto estudiado. La legitimación del nombramiento corresponde al Consejo de Administración, pero no al administrador único o a los solidarios, a los que sólo parece atribuir la ley el poder de apoderar. Se examinan los requisitos que ha de reunir el acuerdo de delegación (convocatoria, *quorum*, acuerdo, formalización del mismo y votación), el problema suscitado por la regulación

de esta facultad a través de los propios estatutos, bien en forma positiva o a través de una prohibición que vincularía al Consejo de forma absoluta y en forma obligatoria de delegación de determinadas funciones. También se estudia el supuesto de la atribución de la facultad de delegar a la Junta General. Se completa el estudio con el examen del contenido de la facultad de delegar y su contrapunto de limitaciones, tanto legales como estatutarias. Dentro de las limitaciones legales se examina con detenimiento la prohibición de delegar las funciones de presentación de balances y rendición de cuentas a la Junta General y las facultades que la Junta General concede al Consejo (capital autorizado, emisión de acciones con aumento de capital, reducción de capital y emisión de obligaciones). Se concluye con un examen en esquema de la caracterización de los elementos que integran la organización de la administración de la sociedad.

El segundo punto abordado es el del nombramiento y terminación del cargo. Por lo que se refiere al nombramiento, los puntos claves que el autor estudia son los de la competencia o legitimación para el nombramiento, bien en la sede misma del Consejo o a través de la regulación estatutaria en el acto constitutivo o mediante la atribución del nombramiento a la Junta General; también se precisan las condiciones necesarias para ser designado miembro de la Comisión ejecutiva o consejero delegado (con cuatro temas importantes: ser miembro del Consejo de Administración, la presencia de los representantes de los trabajadores en la Comisión ejecutiva conforme a la Ley de 21 de julio de 1962; el nombramiento de personas jurídicas para dichos cargos y la Ley de 27 de julio de 1968, por la que se establece el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los presidentes, consejeros y altos jefes ejecutivos de la Banca Privada) y la aceptación e inscripción del nombramiento, regulándose este último requisito por el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil. La terminación del cargo ofrece el estudio de las diferentes causas que lo pueden producir: tiempo, pérdida de la condición de administrador, revocación y dimisión.

El tercer punto estudiado, que corresponde al tercer capítulo de esta parte, es también de vital importancia en torno a la figura examinada, pues se precisa la forma en que pueden actuar la Comisión ejecutiva y el Consejero delegado, así como las relaciones internas y externas de dichos cargos. Respecto del Consejero delegado la formación de su voluntad se realiza a través de la identificación con la propia voluntad del titular, mientras que para la Comisión ejecutiva se aplica el principio de colegialidad. En las relaciones internas el autor induce la necesaria vigilancia y control que el Consejo de Administración debe tener sobre los cargos creados por delegación, así como la modificación y revocación de los actos de los delegados. Estudio aparte ofrece el caso de la delegación de funciones, regulada estatutariamente. Después de recoger el supuesto de la pluralidad de cargos delegados y sus relaciones entre ellos, se llega a la actuación en la esfera externa, que puede comprender la representación orgánica que corresponde al Consejo, con un contenido típico y sobre la base del principio de la seguridad del tráfico. Por último, se afrontan los problemas de la retribución y terminación del cargo.

El cuarto punto ofrece el problema de la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración como consecuencia del ejercicio de las funciones delegadas, así como la propia responsabilidad de los delegados por sus propios actos. La construcción se hace a través de los artículos 79, 80 y 81 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas y los principios de la responsabilidad por culpa y no de resultados.

El trabajo monográfico termina con el problema de la naturaleza jurídica de la delegación que el autor encuadra entre los actos en cuya virtud se da vida a determinados cargos y se les dota de una esfera de competencia integrada por funciones propias del Consejo de Administración. La delegación en el fondo es un acto de organización por el que se modifica la administración prevista en la Ley y por los estatutos sin alterar sus rasgos esenciales. Respecto de la naturaleza de los cargos delegados es preciso—dice el autor—llegar a la conclusión de que participan de la misma naturaleza que el Consejo, ya que por la delegación se modifica sólo la organización y el funcionamiento de este órgano, lo cual lleva a considerarlos como órganos sociales. Respecto a la naturaleza del nombramiento en sí como acto se llega a la conclusión de que el nombramiento de los delegados constituye un contrato del cual nacen obligaciones para ambas partes contratantes y no un simple acto unilateral que no precisa de la aceptación. No obstante, se trata de un contrato encuadrado como institución típica del derecho de la sociedad anónima que presenta una estructura compleja integrada por un acto, calificado como acto de organización, por el que se crean determinados órganos.

La tesis doctoral, convertida en estudio monográfico a través de su publicación, termina con las conclusiones acordes con todo lo expuesto. Nosotros, al terminar, no podemos sustraernos de volver otra vez al prólogo de la obra para añadir con el autor del mismo que el volumen comentado «puede constituir un elemento valioso a la hora de estructurar el nuevo Derecho español de las sociedades anónimas».

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre y diciembre de 1971

Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código Civil sobre pagos de las deudas de dinero, por José Bonet Correa, págs. 1085 hasta 1122.

La inscripción y el justo título de usucapición, por Antonio M. Morales Moreno, págs. 1123 hasta 1142.

La responsabilidad por auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, por Orencio V. Torralba Soriano, págs. 1143 hasta 1166.

Notas sobre parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa, por Jesús Delgado Evhevarría, págs. 1167 hasta 1202.

DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 96, noviembre y diciembre 1971.

Los problemas de la fiscalidad en los estados socialistas, por Marian Weralski, págs. 1179 hasta 1288.

El sistema de ingresos presupuestarios en la república federativa de Yugoslavia, por Tossa Tisma, págs. 1289 hasta 1314.

El sistema de ingresos en los presupuestos de Checoslovaquia, por Miroslav-Tucek, págs. 1315 hasta 1360.

El sistema de los ingresos presupuestarios en Hungría, por Tibor Nagy, págs. 1361 hasta el final.

Numero 97, enero y febrero 1972.

Una nueva regulación de las consultas vinculantes, por Jaime Basanta, págs. 23 hasta 30.

Liberación del régimen de expansión bancaria, por Enrique J. Abella Poblet, págs. 31 hasta 34.

Regulación del seguro de crédito a la exportación, por Carlos Cortés Beltrán, págs. 41 hasta 46.

Administración de los abintestatos en favor del Estado, por Manuel M.^a Uriarte Zulueta, págs. 47 hasta 50.

Reorganización del Ministerio de Hacienda, por Manuel M.^a Uriarte Zulueta, págs. 51 hasta 54.

Modificaciones en el Estatuto Orgánico de la función recaudatoria y del personal recaudador, por José María Guitián de Lucas, págs. 55 hasta 56.

El impuesto del Tráfico de Empresas, reglamentado, por Jan Otero, págs. 57 hasta 64.

Limitación de la progresividad en el Impuesto General sobre la Renta de las Personas Físicas a determinados artistas y deportistas, por Ramón Drake Drake, págs. 65 hasta 72.

Número 98, marzo y abril 1972.

La nueva regulación de la concentración de empresas, por José María Martín Oviedo, págs. 271 hasta 298.

El tribunal Francés de disciplina presupuestaria, por Valentín R. Vázquez de Prada, págs. 299 hasta 326.

Concentración de empresas y plusvalías, por Carlos Cubillo Valverde, págs. 327 hasta 346.

La moderna rehabilitación de la imposición indirecta vista desde una perspectiva histórica, por Eusebio González García, págs. 347 hasta 382.

Un ejemplo de política fiscal ágil y decidida: La Ley Tributaria americana de 1946 y su impacto sobre la economía de aquel país, por Joaquín Munus, págs. 383 hasta 442.

DERECHO MERCANTIL

Número 122, octubre y diciembre 1971.

El derecho sobre un modelo de utilidad, y su pretendida extensión a las importaciones realizadas, por José Manuel Otero Lastres, págs. 641 hasta 648.

DERECHO NOTARIAL

Abril - junio 1972.

La nueva adopción, por José Mariano Cano Reverte, págs. 7 hasta 66.

De la libertad a la autonomía de las personas colectivas, por Antonio Ezequiel González Díaz-Llanos, páginas 67 hasta 100.

La adopción. Comentarios a la Reforma de la Ley 1970, por Julián Manteca Alonso Cortés, págs. 101 hasta 416.

Evolución histórica de la emancipación en el Derecho Español, por Méndez Apenela, págs. 417 hasta 468.

DERECHO URBANISTICO

Marzo - abril 1972.

Desarrollo Regional y planificación urbanística, por Fernando Mando Mola de Esteban Cerrada, págs. 15 hasta 28.

El derecho de superficie en relación con la planificación urbana, por G. Marty, págs. 29 hasta 54.

Actos administrativos de intervención urbanística sobre la propiedad, por Adolfo Carretero Pérez, págs. 55 hasta 98.

Mayo - junio 1972

El Plan de Ordenación Urbana de los Centros de Interés Turístico Nacional, por Antonio Carceller Fernández, págs. 19 hasta 36.

Perspectivas de la Administración territorial española, por Ramón Martín Matco, págs. 37 hasta 54.

La expropiación forzosa, las urgencias urbanísticas, por José María Chico Ortiz, págs. 53 hasta 92

Enero y marzo 1972.

Las cajas rurales Españolas, por Adolfo Romero Franganillo, págs. 7 hasta 22.

La capitalización agraria Española, por Enrique Castelló Muñoz, págs. 23 hasta 46.

Esquema sobre Polos de Desarrollo Rural, en América Latina, por Leandro Castro Rodríguez, págs. 47 hasta 58.

La planificación del desarrollo, y su evolución. El desarrollo regional en el III Plan de Desarrollo Económico y Social Español, por Eduardo Fernández Combarro, págs. 59 hasta 84.

Las posibilidades de las Cooperativas, por José Luis Lucas, págs. 95 hasta 102.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Abril 1972.

Dos delitos de «terrorismo» en el Código de Justicia Militar, por Juan Gómez Calero, págs. 441 hasta 498.

Mayo 1972.

La garantía patrimonial y sus formas, por Manuel Amorós Guardiola, págs. 561 hasta 592.

Problemática jurídica de los daños de productos, por J. Rodríguez Buján, págs. 593 hasta 662.

REVISTA GENERAL DEL DERECHO

Número 331, abril 1972.

La reforma de la Administración Local, por José María Tineo Val, págs. 330 hasta 334.

Número 332, mayo 1972.

Estado actual de los trabajos de preparación de un convenio internacional, sobre transportes combinados de mercancías, por Francisco M. Sánchez Gamborino, págs. 443 hasta 417.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

El Suplemento de legitima en la Compilación, y en la Ley Hipotecaria, por José Antonio Pérez Torrente, págs. 49 hasta 64.

La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España, por Luiz Muñoz Sabaté, págs. 65 hasta 114.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Abril 1972.

Precedentes históricos y aspectos civiles del Derecho de caza, por José Luis de Los Mozos, págs. 285 hasta 304.

Meditaciones sobre el título inscribible. Obligación del vendedor, por Luis Ceres, págs. 305 hasta 307.

Mayo 1972.

El Contrato de Ejecución de Obra, y su problemática jurídica, por Jaime Santos Briz, págs. 379 hasta 419.

