

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVII * Marzo-Abril 1971 * Núm. 483

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

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 Sanchíz; 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

S U M A R I O

	Págs.
ESTUDIOS:	
«Más sobre el artículo 1.056, 2, del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	225
«Planificación agraria», por JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ	273
«Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español», por MARIANO PESET REIG	297
«Nuevas disposiciones sobre el Registro Mercantil», por JOAQUÍN CHACÓN YERÓN	339
NOTAS:	
«Expropiación de bienes hereditarios comenzada antes de fallecer el causante y existiendo herederos menores de edad», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	357
VIDA JURIDICA:	
«Seminario de técnicas registrales en Puerto Rico», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	371
JURISPRUDENCIA:	
«Pequeña jurisprudencia», por BARTOLOMÉ MENCHÉN	381
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y ELÍAS IZQUIERDO MONTORO	395
2. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	410

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	417
--	-----

LIBROS:

«Derecho civil», de MANUEL ALBALADEJO, por DAVID GARCÍA VITORIA	425
«Teoría general de las obligaciones», de EMILIO BETTI, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	439
«Manual de Derecho civil español», de DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	444
«Tratado de Derecho administrativo», de JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIJANO, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	449
«Derecho romano. Instituciones de Derecho privado», de JUAN IGLESIAS, por GERMÁN GALLEGU DEL CAMPO	457
«Fundamentos de Derecho civil», de J. PUIG BRUTAU, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	462

REVISTAS:	467
------------------------	-----

ESTUDIOS

Más sobre el artículo 1.056,2 del Código civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar

SUMARIO: I. Introducción.—II. La legítima prevista en el artículo que comentamos, ¿constituye una obligación *propter rem* que grava la explotación agrícola atribuida al mejorado?—III. La atribución de la explotación agrícola a uno solo de los hijos, disponiendo el testador se satisfaga la legítima a los demás en metálico, ¿constituye una disposición modal?—IV. En caso de incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas por parte del atributario de la explotación, ¿pueden los legitimarios promover el juicio de testamentaria? ¿Son aplicables en tal caso los artículos 1.062 y 401 a la nueva partición?—V. ¿Puede ejercitar el legitimario la acción hipotecaria sobre la explotación agrícola para garantizar la efectividad de su derecho?—VI. Acciones del legitimario frente al donatario de la explotación agrícola familiar atribuida según el artículo 1.056, 2.—VII. Conclusiones del anterior examen del precepto.—VIII. Inadecuación del precepto para el cumplimiento de la finalidad que persigue.—IX. La atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar y el moderno Derecho agrario.—X. La legislación de unidades mínimas de cultivo y la atribución de la explotación agrícola familiar por el padre testador.—XI. La atribución de la explotación agraria familiar en caso de sucesión en que no se haya hecho uso del artículo 1.056, 2.—XII. ¿Son nulas las atribuciones sucesorias contrarias a la Ley de unidades mínimas de cultivo?—XIII. Generalización del principio de la atribución sucesoria integral de la explotación agraria familiar. Su valor ejemplar para otros derechos sucesorios especiales y su inserción en el futuro Derecho civil de España.

I

INTRODUCCIÓN

El estudio del artículo 1.056,2 del Código civil parece constituir una de las preocupaciones clave de la moderna doctrina civilística.

Los especialistas en Derecho sucesorio del último decenio han dedicado una atención creciente a dicho precepto. Aun sin dedicarle estudios exclusivos, han tratado diversos aspectos de la vasta problemática de este casi ignorado precepto de nuestro viejo Código civil. DE LA CÁMARA ALVAREZ (1), GARCÍA BERNARDO LANDETA (2), BALLARÍN MARCIAL (3), VALLET DE GoytisoLo (4), MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (5) y Díez PICAZO (6). A una disposición intimamente ligada con la que nos ocupa, como es el 829 del mismo cuerpo legal, había dedicado una espléndida monografía, LÓPEZ JACOISTE (7).

Los motivos de esta atención creciente, son dos: uno, de carácter dogmático, y otro, de carácter práctico.

La revolución científica que se ha producido en el estudio del Derecho sucesorio en los últimos años, hace que el precepto que comentamos constituya un banco de pruebas de las diversas teorías formuladas por los autores acerca de la naturaleza jurídica de la legítima.

Por otra parte, las necesidades prácticas que se plantean en la *praxis* de los profesionales del Derecho, hacen que los intérpretes

(1) *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, Publicaciones conmemorativas del Centenario de la Ley del Notariado, 1964, Sección tercera, Estudios Jurídicos Varios, vol. I, pág. 713.

(2) *La legítima en el Código civil*, Oviedo, 1964.

(3) *Derecho agrario*, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1965, especialmente págs. 266 y 316 y sigs.

(4) *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil*, «Anuario de Derecho civil», enero-marzo de 1970, págs. 9 y sigs.

(5) *Variaciones sobre las legítimas*, «Revista de Derecho notarial», enero-marzo de 1969, págs. 165 y sigs.

(6) *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, en «Problemática jurídica actual de la empresa». Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1965, págs. 110 y sigs.

(7) *La mejora en cosa determinada*, Editorial «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1961.

intenten formular, en aras de los respetables intereses de la pequeña empresa familiar, una doctrina general acerca de los contados supuestos en que el Código civil permite el pago en metálico de la legítima de los llamados herederos forzosos.

Dentro de esta orientación, las exigencias de la moderna agricultura han dado origen al Derecho agrario. El precepto objeto de nuestro estudio tiende, por su inconsciente modernidad, a integrarse en este Derecho. De ahí el interés de los agraristas por el mismo.

Sin intentar refundir sistemáticamente nuestras opiniones, expresadas en nuestro estudio de 1963 (8), repensaremos algunos de los más importantes de los problemas tratados en el mismo, a la luz de los posteriores trabajos doctrinales.

II

LA LEGÍTIMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS. ¿CONSTITUYE UNA OBLIGACIÓN "PROPTER REM" QUE GRAVA LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA ATRIBUIDA AL MEJORADO?

LÓPEZ JACOISTE (9), con referencia al supuesto previsto en el artículo 829 del Código civil, tan íntimamente ligado con el precepto que comentamos, sostiene que "la obligación de abonar la diferencia en metálico a los demás interesados merece la calificación jurídica de obligación *propter rem*. La cosa cierta fue asignada por el testador a la finalidad de mejorar; el mejorado la recibe en este concepto, pero el exceso de valor por él percibido en la misma le impone obligaciones inseparables de la titularidad de la misma...".

La configuración *propter rem* despliega eficacia real tanto por el lado activo como por el pasivo, pero ofrece la particularidad de imponer un hacer positivo, que bien puede consistir en una obligación de dar.

(8) *La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil*, «Anuario de Derecho civil», tomo XVI, fascículo II (abril-junio de 1963). Hay separata.

(9) Ob. cit., págs. 219 y sigs.

De esta obligación sólo se libera el mejorado renunciando a la percepción de la cosa como entidad señalada exclusivamente a su favor.

El incumplimiento de la obligación de abonar la diferencia en metálico, a virtud de la infraccionabilidad del condicionamiento legal bajo el que el mejorado adquiere la cosa, puede producir la resolución de su dominio sobre ella. Tal resolución puede tener lugar incluso con eficacia real, toda vez que la cosa queda adscrita en ciertos supuestos, por la naturaleza misma de los derechos de los interesados, y en todo caso por el propio sistema institucional a la efectividad de los desembolsos.

La teoría expuesta es sugestiva, y podría ser más o menos discutible desde el punto de vista dogmático, pero el autor no se limita a formular la naturaleza jurídica de la obligación del mejorado exenta de consecuencias prácticas, sino además estudia minuciosamente la morfología de tal supuesta obligación "*propter rem*", estableciendo sus efectos jurídicos.

Tal configuración de obligación *propter rem* es inaplicable al supuesto del artículo 1.056, 2.

En efecto, según BARBERO (10), "estas obligaciones *propter rem* no tienen diversa naturaleza, sino sólo diverso origen, y diversas vicisitudes: se dicen *reales* o *propter rem*, no porque no expresen también ellas el vínculo personal de un 'deudor'—uno o más pero determinados—*ad dandum vel faciendum vel praestandum*, sino porque tal vínculo nace en consecuencia de un 'derecho real' del deudor sobre un bien, y se transmite automáticamente de un sujeto a otro con la transmisión por cualquier título, incluso *inter vivos*, de aquel derecho real".

Por ello entiende el citado autor que la terminología de tal obligación es equívoca, y debía decidirse la doctrina a sustituirla.

Por tanto, estimamos correcta la calificación de *propter rem* a la obligación del mejorado del artículo 829 de pagar en dinero la legítima si con ello se quiere recalcar que la misma deriva de la atribución de la cosa al mejorado, como un hecho inescindible conexo al estatuto jurídico de la mejora. Pero no debe ocultarse al in-

(10) *Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano*, II, pág. 2, Unione Tipografica Editrice Torinese.

térprete que la *obligatio propter rem* no deja de ser una figura jurídica controvertida, cuyos perfiles y efectos jurídicos no son pacíficos en la doctrina.

Por supuesto, en ninguna de las típicas figuras de *obligatio propter rem* que regula nuestro Código—las obligaciones del copropietario del artículo 395, del dueño del predio dominante del artículo 544, del dueño de la finca dada a censo del artículo 1.625—, el incumplimiento de la obligación comporta la resolución de la titularidad que tiene el obligado sobre la cosa que genera tal obligación. Por el contrario, nuestro Código insiste en que el obligado sigue gravado y debe cumplir la prestación, a no ser que prefiera abandonar la cosa o el derecho. Efecto éste que no es resolutorio, sino abdicativo o extintivo, según los casos. No se legitima al titular del crédito en que la *obligatio* consiste para resolver la titularidad del obligado sobre la cosa.

Las obligaciones *propter rem* típicas son obligaciones periódicas o de tracto sucesivo: su duración es indefinida, prácticamente lo que dure la cosa. Mientras que la obligación del mejorado o del atributario de la explotación agrícola de satisfacer la legítima dineraria que respectivamente les compete, nace con la apertura de la sucesión, hecho irrepetible, y es de tracto único, sin aplazamiento ni fraccionamiento posible (art. 813).

Tampoco vemos claro que el mejorado o el atributario de la explotación agrícola puedan librarse de su deber legítimo abandonando la cosa en que la mejora consiste o la explotación agrícola al legítimo.

En los supuestos que hemos examinado de típicas obligaciones *propter rem*, es lógico que si la obligación es de tracto sucesivo, y la tenencia de la cosa o del derecho que genera la obligación su fundamento legitimador, quepa liberarse de la obligación abandonando la cosa o el derecho. Mal pueden deberse pensiones censales o gastos dimanantes de la titularidad de una servidumbre o de una cuota de copropiedad, si el obligado al tiempo de devengarse tales obligaciones ha roto todo contacto con la cosa.

Por otra parte, la renuncia en tales supuestos produce un acrecimiento *lato sensu* en el patrimonio del acreedor de la obligación.

Nada de esto puede aplicarse al débito legitimario que examinamos.

Aceptada la mejora o la atribución de la explotación agrícola, en virtud de la apertura de la sucesión, nace en el patrimonio del legitimario un crédito a obtener del mejorado o atributario su *quantum* legitimario, y correlativamente, el mejorado o atributario de la explotación vienen obligados a abonar tal crédito. Tal obligación no entraña innovación alguna en los principios que vedan al heredero aceptar la herencia libre de deudas (art. 661) o al legatario repudiar el legado oneroso una vez aceptado (arts. 889 y 997). La cosa objeto de la mejora o la explotación pasan al mejorado o atributario, *cum onere suo*, sin que el Código prevea una excepción a los principios dichos y al artículo 1.256.

La compensación que veíamos concedía el Código civil a los interesados en que la genuina obligación *propter rem* se cumpliera, consistente en el acrecentamiento *lato sensu* de la cosa o derecho renunciados, tampoco es de aplicación al supuesto de la mejora ex artículos 829 y 1.056,2, cuando lo veda el precepto terminante, que creemos la Hacienda Pública aplicará con toda energía, del artículo 21 de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobada por Decreto de 22 de mayo de 1963. Es difícil inferir un mejor derecho del legitimario para apropiarse de la explotación o de la mejora, frente a tal precepto.

También es cuestionable se aplique al caso de la obligación del mejorado o del atributario de la explotación agrícola, una consecuencia del carácter de tracto sucesivo de las obligaciones *propter rem*, como es que la transferencia de la cosa que las genera, entraña la asunción de la obligación por el adquirente.

Por supuesto, creemos que es incompatible con tal solución la tesis que configura el derecho del legitimario en tanto no haya sido pagado, como una reserva latente, que repercute en la titularidad del atributario de la explotación. Tal reserva, procedente según el artículo 806, afecta a los bienes al pago de las legítimas, aunque aquéllos hayan pasado a terceros. Pero en tal caso, el funcionamiento de la reserva como una *actio familiae erciscundae* veda pensar en que el tercer adquirente de la mejora o de la explotación es deudor personal de la legítima: debe soportar simplemente el efecto

real de la acción que hablamos, sin ser deudor personal, ni puede hablarse de débito personal con responsabilidad limitada a la cosa objeto de la mejora o a la explotación.

Por todo ello, consideramos que es inaplicable a la obligación del mejorado en cosa cierta y determinada del artículo 829, de abonar la legítima a los herederos forzosos, la calificación de obligación *propter rem*, en el sentido que le da LÓPEZ JACOISTE.

Con las debidas adaptaciones, las mismas consideraciones deben hacerse respecto a la obligación del atributario de la explotación en el supuesto del artículo 1.056,2.

III

LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA A UNO SOLO DE LOS HIJOS, DISPONIENDO EL TESTADOR SE SATISFAGA LA LEGÍTIMA A LOS DEMÁS EN METÁLICO. ¿CONSTITUYE UNA DISPOSICIÓN MODAL?

VALLET DE GOYTISOLO (11) sostiene que la disposición que prevé el precepto que comentamos constituye una disposición modal. "Ya sea una institución—en el supuesto del artículo 1.056,2—o un legado—normalmente en los casos de los artículos 821 y 829—con el modo o carga de abonar la legítima a los demás interesados. La vieja definición de BARTOLO encaja perfectamente: *Modus est moderatio quædan dispositione adiecta, aum qui honoratur, aggravans in tempus dispositiones perfectas*. Con la sola participación del que en este caso la carga tiene carácter legal y especiales garantías".

Más adelante (12) sostiene que en estos casos *hay un modus testamentario expreso o implícitamente presupuesto por la Ley que grava al asignatario*".

Las consecuencias de tal calificación derivan de su noción de *modus* testamentario, que "no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida e incumplido da lugar a acción para exigir su cumplimiento o la revocación de la disposición se-

(11) Ob. cit., pág. 102.

(12) Ob. cit., pág. 109.

gún los casos. Lo primero resulta hoy del artículo 797,1 y lo segundo del artículo 797,2".

La calificación jurídica expuesta es sugestiva e interesante como todas las del maestro VALLET DE GOYTISOLO. Pero adolece de un inconveniente que de seguro no se le habrá escapado a su fina percepción: el régimen jurídico del modo testamentario no es incontrovertido ni en Derecho comparado ni todavía menos, en el nuestro (13).

Examinaremos algunos de los puntos más discutidos en la temática del modo, que son de utilidad a nuestro intento de clarificar la postura del atributario de la explotación agrícola frente a su deber de abonar las legítimas.

1. El beneficiario del modo ¿tiene acción directa para exigir el cumplimiento de la prestación en que el modo consiste?

En el Derecho alemán, el parágrafo 1.940 del B. G. B. niega que el beneficiario del modo pueda reclamar su cumplimiento. En tal sentido, ENNECERUS, KIPP y WOLF (14) sostienen que "tan pronto como existe alguien que pueda exigir para sí la prestación en interés propio existe un legado. En cambio se da el modo cuando efectivamente han de tener lugar prestaciones a un tercero, pero sin que éste deba tener por ello un derecho de crédito".

En Derecho italiano, por el contrario, pueden instar la ejecución del modo, todas las personas interesadas (art. 648 del Código civil).

En el francés, la jurisprudencia ha reconocido la legitimación del beneficiario de modo para instar su cumplimiento (15).

(13) Sobre el modo entre la bibliografía más reciente, ver: TORRALBA SORIANO, *El modo en Derecho civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1967; el Comentario de las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965, en esta REVISTA, año XLIII (1967), enero-febrero, págs. 166 y sigs. de VALLET DE GOYTISOLO; Las Notas al «Derecho sucesorio», de JULIUS BINDER, de LACRUZ BERDEJO, edición de 1953, págs. 189 y siguientes; las Notas al Derecho de sucesiones de ENNECERUS, KIPP y WOLF, de ROCA SASTRE, edición de 1951, págs. 204 y sigs.; LÓPEZ VILAS, *Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento*, «Anuario de Derecho civil», tomo XIX, fascículo III (julio-septiembre de 1966), páginas 575 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen II, El testamento. Su otorgamiento y contenido, págs. 324 y sigs.; y las cortas pero enjundiosas páginas que dedica al tema Díez Picazo en *Lecciones de Derecho civil*, IV, Derecho de sucesiones, 1967, págs. 365 y sigs.

(14) *Derecho de sucesiones*, II, pág. 200.

(15) LÓPEZ VILAS, Ob. cit., pág. 594.

En el nuevo Código civil portugués, aprobado por Decreto-ley 47.344, que entró en vigor en 1 de junio de 1967, su artículo 2.247 establece que en el caso de que el heredero o legatario no satisficiera los encargos—modos—, es lícito a cualquier interesado exigir su cumplimiento.

En nuestro Derecho la cuestión no es pacífica en la doctrina, pues los escasos preceptos legales que se refieren al modo permiten dispares interpretaciones.

Reconocen la existencia de tal acción por parte del directamente beneficiado con el modo, LACRUZ BERDEJO (16), LÓPEZ VILAS (17), TORRALBA SORIANO (18) y VALLET DE GOYTISOLO (19). Este último cita en apoyo de su tesis a MUCIUS SCAEVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE VALVERDE y PUIG PEÑA y sostiene que “privar de derecho al beneficiado por el modo meramente por una razón conceptual es una regresión histórica de más de mil setecientos años. Y es un conceptualismo sin otra razón que la de plantear una contraposición teórica simétrica, pero que nunca puede tener fuerza jurídica si no obedece a otras razones”.

Considerar que el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador cree este autor es fruto de una equivocación provocada por las siguientes circunstancias: a) el prurito conceptualista de aislar químicamente puros el modo y el legado; b) el reflejo de los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B. que tienen un concepto más restringido del modo, pero que no tiene correspondencia en nuestro Código civil ni corresponden a la tradición española; c) la circunstancia de que normalmente no existe posibilidad fáctica de que ningún beneficiario concreto pueda exigir el cumplimiento del modo.

Las razones de VALLET DE GOYTISOLO son de consideración, pero la doctrina no es de ningún modo unánime sobre este punto.

Ya ROCA SASTRE (20) rechazaba la posibilidad de que el benefi-

(16) Notas citadas. pág. 340.

(17) Ob. cit., pág. 510.

(18) Ob. cit., pág. 393.

(19) Comentario citado, pág. 167.

(20) Ob. cit., págs. 204 y sigs.

ciario del modo tuviera un derecho subjetivo para exigir el cumplimiento del mismo.

OSSORIO MORALES (21) había entendido que “si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que en realidad se tratará entonces de un legado”.

PUIG BRUTAU (22) es de la misma opinión.

Ultimamente, DÍEZ PICAZO (23) distingue el legado del modo afirmando: “la distinción será fácil, cuando el modo no tenga un beneficiario concreto y determinado. La diferencia radica en que en el modo hay un deber jurídico por parte del instituido *sub modo*, pero no hay un correlativo derecho subjetivo de otra persona para exigir su cumplimiento. Mientras que en el legado existe este correlativo derecho subjetivo”.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta distinción entre modo y legado, en sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965. Aunque es forzoso reconocer que tal distinción no constituye la *ratio decidendi* de los supuestos resueltos por el Tribunal, sino más bien es un simple *obiter dicta*.

Sin dar por resuelta la cuestión, que, como vemos, tiene a favor y en contra valiosas opiniones doctrinales, pasaremos a estudiar las restantes cuestiones del modo que afectan a nuestro estudio del artículo 1.056,2.

2. Cuando el modo consiste en la atribución de prestaciones pecuniarias a persona concreta y determinada ¿cómo se diferencia del legado?

En tales casos—uno de los cuales sería el previsto en el precepto que ha dado origen a este trabajo—parece que decae la principal distinción entre el modo y el legado.

LÓPEZ VILAS que vimos reconoce la legitimación del beneficiario del modo para exigir su cumplimiento, rechaza, sin embargo, como criterios distintivos del modo y el legado, el carácter principal o accesorio de la disposición, el objeto o contenido de la disposición, el carácter objetivo o personal de la institución, la naturaleza

(21) *Manual de Sucesión Testada*, pág. 231.

(22) *Ob. cit.*, pág. 330.

(23) *Ob. cit.*, pág. 366.

de la prestación en que el modo consiste, el fin perseguido por el testador, el grado de determinación o determinabilidad del beneficiario y la diferente estructura que presenta una y otra figura, así como la naturaleza del derecho que una y otra atribución otorgan a sus respectivos beneficiarios (24).

Concluye: "la distinción entre legados y disposiciones testamentarias modales resulta efectivamente muy problemática en algunos casos, visto que los pretendidos criterios de diferenciación que la doctrina cita y considera tradicionalmente como definitivos fallan y se desmoronan en muchos casos en los que la carga modal encierra y supone un beneficio patrimonial para el tercero beneficiario de la misma.

La solución en estos casos límites en que el legado y la carga modal se confunden, ha de ser la siempre problemática investigación e interpretación de la voluntad del testador, para tratar de ver en qué modo y forma ha querido aquél realizar su atribución, teniendo en cuenta siempre la regla interpretativa contenida en el artículo 797 de nuestro Código civil".

Y en todo caso, y en vista de la pobreza de nuestro Código civil sobre disposiciones modales hechas en testamento... "creemos —dice— que en los aludidos casos dudosos se deberán tener en cuenta siempre, bien aplicándolos directamente o por analogía, las disposiciones que nuestro legislador dedica a los legados, salvando siempre el principio de la imposibilidad de pretender la resolución de la disposición principal por el no cumplimiento del gravamen" (25). Cita en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1965.

La opinión de LÓPEZ VILAS sigue el hilo del razonamiento de LACRUZ BERDEJO, quien, acogiendo el de JULIUS BINDER, cree que "cuando se duda si una liberalidad es legado o carga o si es carga o condición, hay que tener en cuenta que *modum non tam verba faciunt quam voluntas* (Cujacio); en la duda entre el modo y el legado, acaso quepa... una *praesumptio facti* en favor de éste". Ello porque como sostiene JULIUS BINDER, el legado es la forma juri-

(24) Ob. cit., págs. 600 y sigs.

(25) Ob. cit., págs. 612-614.

dica regular que verosímilmente ha de haber escogido el testador (26).

Sin embargo, VALLET DE GOYTISOLO (27) da un nuevo giro a la cuestión. "Y el modo puede tener un contenido muy diverso abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal y que puede consistir en hacer algo en beneficio del propio heredero, o legatario al que se le impone, del causante, o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, *y en este último caso supondrá un legado*. Es decir, el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular y el modo inversamente como una carga impuesta a un heredero o a un legatario; pero con campos de diversa amplitud enfocados desde puntos de vista diferentes, pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio, *en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras*" (los subrayados son nuestros).

Tal teoría le permite sostener acerca de la legítima del artículo que comentamos, que es un legado impuesto al atributario de la explotación. Porque "nuestra anterior afirmación de que el pago de las legítimas en dinero es un *modus* que grava al asignatario de la explotación, mejora o cosa legada, no es incompatible con que respecto al legitimario constituya un legado, ya que legado y modo puede coincidir y entrecruzarse tangencialmente en algunos supuestos" (28).

Pero contra la opinión del maestro VALLET DE GOYTISOLO, entendemos es contradictorio afirmar que el supuesto de la legítima del precepto que comentamos es un legado desde el punto de vista del legitimario, y un modo desde el del atributario de la explotación.

La contemplación de una figura jurídica desde el punto de vista activo y pasivo no autoriza a calificarlo como figura jurídica diversa, lo que es una contradicción en los términos.

Aunque en principio los regímenes jurídicos del legado y del modo son diversos, nadie duda en aplicar analógicamente al "modus" algunas reglas de los legados, máxime cuando el modo sufre

(26) Ob. cit., pág. 342.

(27) «Comentario», citado pág. 167.

(28) «Contenido», citado pag. 113, nota 344.

una presunción de hecho contraria a su existencia, como afirmó LACRUZ BERDEJO.

Pero de la aplicación analógica de tales reglas no puede deducirse que los modos son a la vez legados según se contemple su aspecto pasivo o de atribución de un derecho subjetivo. La analogía supone la extensión de unas reglas de una figura jurídica a otra que es diversa, y que mantiene un núcleo irreductible de diversidad, con la que le presta sus reglas. La parcial semejanza permite la aplicación analógica, pero presupone la diversidad de las figuras.

El método analógico excluye por su naturaleza la sugestiva teoría de la tangencialidad de las figuras del modo y el legado. Porque si de los argumentos lógicos pasamos a las consecuencias jurídicas de una y otra tesis ¿sería compatible con la naturaleza del legado la resolución de la atribución de la explotación por incumplimiento del deber de satisfacer las legítimas? Según VALLET DE GOYTISOLO como examinaremos, tal consecuencia es ineludible en el modo, según una decantada tradición histórica.

Sin embargo, nuestro Código no permite, la resolución de la institución de heredero por el incumplimiento del deber de satisfacer los legados: los derechos de los legatarios son más que sólidos en sus aspectos material y registral y no precisan tal radical protección a menos que el testador la imponga expresamente en virtud del artículo 805. Pero tal supuesto no puede conjeturarse, sino inducirse expresa o tácitamente de la voluntad del testador porque de nuestro Derecho deben entenderse eliminadas las sustituciones fideicomisarias—y este es un supuesto muy similar a una sustitución fideicomisaria—conjeturales (arts. 783 y 785,1).

Para distinguir la figura del legado y del modo, en los casos de que la disposición testamentaria atribuya un derecho a prestaciones concretas a personas determinadas, se deberá realizar una cuidadosa interpretación de la voluntad del testador, que es la ley de la sucesión (art. 675).

Si la investigación permite configurar la disposición como modal, partiendo de la voluntad de efectos prácticos del testador, y resolviendo primero los problemas cruciales del testamento—si el testador ha atribuido al beneficiario o no el derecho a resolver la disposición, por incumplimiento del beneficio, o si legítima o

no directamente al beneficiado para exigir su cumplimiento—, cabrá aplicar subsidiariamente al supuesto contemplando aquellas reglas de los legados que no choquen con esta voluntad.

Para interpretar la voluntad del testador, por supuesto, no será científicamente correcto la aplicación del método de la inversión propio de la jurisprudencia conceptual.

3. El incumplimiento del modo ¿origina una pretensión a la resolución de la disposición modal?

VALLET DE GOYTISOLO, favorable a tal opinión, cita en apoyo de su tesis a SÁNCHEZ ROMÁN, LACRUZ BERDEJO (29), ALBALADEJO (30) y PUIG PEÑA (31). Los argumentos a favor son: la dicción literal del artículo 797,2; el argumento analógico del artículo 647; los precedentes de nuestro Derecho histórico, pues el Proyecto del Código civil de 1851 recogió la doctrina tradicional sobre el modo en el que se articulaba una *reivindicatio utilis* para obtener la resolución de la disposición modal (GREGORIO LÓPEZ).

Sin embargo, ni en el Derecho comparado ni en nuestra doctrina es pacífica la cuestión.

El B. G. B. en su parágrafo 2.196 concede una acción de enriquecimiento injusto al beneficiado con la caducidad de la disposición modal, en tanto que dicha atribución hubiese de ser aplicada a la ejecución del modo.

El Código civil francés interpretado por la jurisprudencia parece reconocer la resolución de la atribución *sub modo*, caso de incumplimiento de éste.

Sin embargo, el Código italiano, en su artículo 648, establece que en caso de incumplimiento de la carga, la autoridad judicial puede pronunciar la resolución de la atribución testamentaria, si la resolución ha sido prevista por el testador, o si el incumplimiento de la carga ha constituido el solo motivo determinante de la disposición.

El artículo 2.248 del modernísimo Código civil portugués, dispone que cualquier interesado puede pedir también la resolución de

(29) Ob. cit., pág. 342.

(30) *Condición término y modo*, «Revista de Derecho notarial», XVII-XVIII págs. 92 y sigs.

(31) *Tratado de Derecho civil*, Vol. I, pág. 442.

la disposición testamentaria por el no cumplimiento del encargo, si el testador así lo hubiera determinado o si fuera lícito concluir del testamento que la disposición no habría sido mantenida sin el cumplimiento del encargo.

En nuestra patria, los autores se inclinan a no reconocer efectos resolutorios absolutos al incumplimiento del modo. Así ROCA SASTRE (32): ...“cuando el cumplimiento, realización o ejecución del modo no fuera posible debido a culpa o hecho propio del heredero o legatario gravado..., entonces hay que distinguir según el modo sea o no causal, entendiendo como modo causal aquel en que hay base para estimar que el testador no hubiera hecho la institución u ordenado el legado, de haber previsto en incumplimiento imputable del modo, por constituir éste el motivo decisivo o determinante de la institución o legado. Esta distinción está fundada en la naturaleza jurídica de las cosas, o sea, es de orden institucional. Pues bien, cuando el modo sea causal, su incumplimiento imputable resuelve o deja sin efecto la institución o legado, con efecto *in rem* y retroactivamente, por analogía de los artículos 647 y 651, apartado 2.º”.

TORRALBA SORIANO (33): “Entre la liberalidad y el modo no existe una relación de interdependencia, sino única y exclusivamente una subordinación del segundo a la primera y no viceversa. Por consiguiente, el incumplimiento del modo no es en principio causa suficiente para pedir la resolución de la disposición principal. De ahí se deriva que, no mediando fianza en virtud de la cual sea procedente la resolución, ésta sólo se puede admitir excepcionalmente y cuando existan causas que la justifiquen. En realidad estas causas no pueden consistir más que en que el gravamen haya sido motivo determinante de la disposición principal. En tal caso, la resolución encuentra su fundamento en la voluntad del testador, pues en la determinación de la misma el modo ha desempeñado un papel decisivo, de tal manera que, pensando en la realización del mismo se ha hecho la disposición principal, por ello es lógico que si no se cumple aquél, ésta no se resuelva... lo que sucede en estos casos es que la disposición, además de ser modal es también condicional.

(32) Ob. cit., págs. 209 y 210.

(33) Ob. cit., págs. 244 y 247.

En nuestro Derecho la resolución de la disposición principal por incumplimiento del modo se producirá cuando éste haya sido motivo determinante o cuando lo haya previsto el testador.”

DÍEZ PICAZO (34) sin inclinarse abiertamente por ninguna de las tesis aquí apuntadas, no deja de reconocer que en la doctrina se defiende la irrevocabilidad de la institución *sub modo*, porque si el cumplimiento es posible, no existe una opción entre pedir su restitución o su cumplimiento, sino hay que reclamar su cumplimiento, y si el cumplimiento es imposible por culpa del obligado, en estos casos hay que decidirse por la revocabilidad. Pero aún en estos casos, esta sanción de revocabilidad debe ser proporcional a la carga o modo.

Es, sin embargo, LÓPEZ VILAS, el más acérrimo adversario de la revocabilidad de la atribución testamentaria *sub modo* por incumplimiento de éste.

...“Creemos en cambio que en los supuestos de incumplimiento de aquella, las posibilidades de pedir la revocación o resolución de la disposición principal, han de admitirse en forma más restringida, debido precisamente al especial carácter de toda institución modal que le distingue de otras figuras afines y en este caso, concretamente de la condición y los legados propiamente dichos” (35).

Entiende que sólo en dos casos se puede pretender dicha resolución: cuando el testador la establece expresamente o cuando dicho modo, carga o gravamen supone precisamente la razón decisiva y determinante de la entera disposición.

Pero en ambos casos “estamos en realidad ante un modo desnaturalizado y que no es tal, aunque en la disposición se empleen los términos ‘modo’, ‘carga’ o ‘gravamen’”. Se trata por el contrario de dos ejemplos que entrañan una verdadera y propia condición, la cual, operando como tal, hace depender la efectividad de la disposición testamentaria del cumplimiento de aquélla.

Rechaza asimismo la aplicación analógica al modo testamentario del artículo 647, pues “en Derecho sucesorio el causante o testador, una vez desaparecido de este mundo no tiene posibilidades de reaparición para volver a considerar disposiciones o atribuciones ya

(34) Ob. cit., pág. 368.

(35) Ob. cit., pág. 609.

decididas. Dentro del marco de la autonomía de la voluntad tuvo todas aquellas posibilidades en el momento de dar vida a la disposición, momento en el cual pudo libremente decidir, gravar, condicionar o prever la resolución de tales atribuciones. Por eso decimos que la figura de la revocación, típica y características de los actos y negocios *inter vivos*, resulta un tanto extraña en los negocios *mortis causa*".

También PUIG BRUTAU reconoce que el modo que actúa con carácter resolutorio debe asimilarse a la condición resolutoria (36).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en su artículo 111, párrafo 4.º señala expresamente que "el incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a la resolución de aquélla, sin perjuicio de que en dicho supuesto pueda el testador gravarle de sustitución fideicomisaria o establecer otras prevenciones".

No cabe duda que para el legislador de la Compilación, tal regla es una consecuencia práctica del principio de abolengo romano *semel heres, semper heres*, consagrado en el propio artículo 111, párrafo 1.º.

Queda abierta la posibilidad de que el incumplimiento del *modus* origine el tránsito de los bienes atribuidos *sub modo* por vía de sustitución fideicomisaria, pero ello deberá establecerse expresamente en el testamento, y no deducirse por vía de conjeturas del mismo (arg. art. 165,1 de la Compilación).

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1969 califica de accesoria y modal determinada obligación impuesta a la heredera, por lo que la voluntad del testador no podría quedar supeitada a su cumplimiento. Esto es, niega el efecto resolutorio del incumplimiento del modo.

4. Aplicación de las soluciones apuntadas al supuesto de la legítima del artículo 1.056, párrafo 2.º: De todo lo expuesto se desprende nuestra oposición a la configuración de la atribución de la explicación agrícola en virtud de este artículo, como una disposición modal.

El testador—"el padre" en la dicción legal—tiene como fina-

(36) Ob cit., pág. 332

lidad esencial al hacer la atribución de la explotación, favorecer el interés de la familia. Su voluntad no es desheredar al hijo o hijos legitimarios, pero lo cierto es que infringe, materialmente hablando, el derecho al *quale* del legitimario. Sin embargo, su disposición no es inoficiosa, porque la Ley le permite disponer de la legítima de los herederos ordenando se satisfaga en metálico extrahereditario (37).

Sostener que en tal supuesto el fin del testador es que se cumpla la carga modal, o sea, el pago de la legítima en dinero, y que tal fin es el motivo determinante, en el sentido que al mismo atribuye ROCA SASTRE, de la atribución de la explotación agrícola, no nos parece fundado.

El verdadero motivo determinante de la atribución es el interés de la familia: de ahí dedujimos nosotros la posibilidad de la impugnación de la disposición testamentaria, caso de no existir tal motivo.

El testador puede posponer el interés del legitimario hasta el extremo de reducirlo a su legítima estricta, mejorando—incluso tácitamente, sostuvimos—al atributario de la explotación; puede incluso ordenar que su *pars reservata* se traduzca en dinero, aun cuando éste no figure en la herencia.

No hay animadversión alguna del testador hacia el legitimario o legitimarios, que para él son tan hijos como el mejorado. Nuestra experiencia nos confirma que el móvil determinante del testador ha sido, la imposibilidad de la explotación agrícola de satisfacer todas las cargas que el tránsito sucesorio comporta: gastos de enfermedad, entierro y funeral, impuestos sucesorios y legítimas.

Es excesivo decir que el pago de la legítima dineraria actúa como motivo determinante de la atribución de la explotación ex artículo 1.056,2. También lo es considerar que la referencia del precepto al interés de la familia, no tiene otro significado que el de aludir a los móviles determinantes de la disposición testamentaria sin que pueda atribuirsele mayor alcance (38).

DE LA CÁMARA (39), sostiene que “la abstracta alusión al interés

(37) *Estudio sobre el pago con metálico*, cit., pág. 876.

(38) *Estudio sobre el pago con metálico*, cit., pág. 964, nota 355.

(39) Id. id.

de la familia no parece suficiente base para impugnar una disposición testamentaria amparada en el 1.056,2, que no condicione la adjudicación de la explotación en el sentido expuesto, ni por sí sola puede fundar una acción contra el adjudicatario de la explotación por parte de sus hermanos tendente a obtener el reparto igualitario de la explotación o de su importe, si el adjudicatario cede, arrienda o enajena aquella”.

Con mayor razón afirmamos nosotros, el incumplimiento por parte del atributario de la explotación de su deber de satisfacer las legítimas, no debe dar lugar a la resolución de la mejora.

A ello se opone el artículo 743: serán ineficaces en todo o en parte, las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código.

Establecer la resolución de la mejora, fundándose en una discutible configuración de la obligación del atributario de satisfacer las legítimas como un modo, motivo determinante de la atribución, es contrario al principio que tan claramente establece este precepto.

Incluso si, con DE LA CÁMARA, entendemos que la resolución de la atribución y de la mejora que ella comporta, lleva aneja la resolución, parcial al menos, de la partición en que sustancialmente consiste la atribución que comentamos, tropezamos con lo que no es sino una aplicación del principio de la conservación del negocio jurídico: el de la conservación de la partición (40).

Principio éste que tiene especial aplicación en el caso de la partición practicada por el propio testador, que conforme al artículo 1.075 no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que aparezca y racionalmente se presuma haber sido otra la voluntad del testador. La lesión, por supuesto, no existe en el caso de que el atributario de la explotación se limite a incumplir su obligación de satisfacer las legítimas (41).

(40) «La partición puede estar afectada de diversos vicios o defectos que la hacen impugnabile. Sin embargo, domina toda esta materia el principio de la conservación.. La jurisprudencia ha hecho numerosas alusiones y aplicaciones del mismo, alegando los inconvenientes de la indivisión y de la provisionalidad, y razones de economía y de sosiego familiar para mantener las particiones ya realizadas en cuanto sea posible, y sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes...». (LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 543).

(41) «La acción de rescisión está constreñida... a las hipótesis de lesión en sentido estricto, situación que no presenta analogía con la que aquí se contem-

La Compilación de Derecho civil especial de Galicia, en su artículo 87, al regular las causas por las que la mejora de labrar y poseer—trasunto foral del precepto que comentamos como tuvimos ocasión de estudiar en el anterior trabajo—quedará sin efecto, dispone como únicas y taxativas, el incumplimiento de las condiciones impuestas al establecer la mejora, el abandono total del cultivo de los bienes que la componen y la mala conducta personal del mejorado que haga imposible la convivencia familiar. Por ninguna parte aparece el incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas a los demás hijos, a menos que el testador—lo que jamás se nos ha presentado en nuestra larga aplicación del precepto—la haya elevado al carácter de condición resolutoria expresa de la mejora y de la atribución.

De todo lo dicho, concluimos que el incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas impuestas por el artículo 1.056,2 al atributivo, no da lugar a la resolución de la mejora y de la partición, a menos que el testador expresamente lo haya establecido, lo que estadísticamente será infrecuente.

IV

EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SATISFACER LAS LEGÍ-
TIMAS POR PARTE DEL ATRIBUTARIO DE LA EXPLOTACIÓN, ¿PUEDEN LOS
LEGITIMARIOS PROMOVER EL JUICIO DE TESTAMENTARIA? ¿SON APLICABLES
EN TAL CASO LOS ARTÍCULOS 1.062 Y 401 A LA NUEVA PARTICIÓN?

VALLET DE GOYTISOLO (42) sostiene que “obtenida la resolución de la disposición, pedido en juicio ordinario subsidiariamente el pago de la legítima en dinero ha de quedar despejada la posibilidad del ejercicio de la *actio familiae erciscundae* en juicio de testa-

pla, pues mientras en el caso de lesión la legítima aparentemente ha quedado pagada, en el supuesto del 1.056,2 y demás asimilables al mismo se manifiesta que la legítima no ha sido satisfecha en la misma adjudicación, sino tiene que serlo a través de un acto posterior (el pago por el adjudicatario). *Estudio sobre el pago con metálico*, citado, pág. 877.

(42) Contenido, pág. 110.

mentaría o en su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su caso de la *communi dividundo*, pero siempre con aplicación de lo previsto en los artículos 1.062 y 401 si la explotación “desmerece mucho con su división”, o “cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”.

Aun admitiendo que procede la resolución de la mejora por incumplimiento del deber de satisfacer las legítimas—lo que hemos rechazado en el apartado anterior—el ejercicio del juicio de testamentaría para reclamar la efectividad de la legítima, tiene el inconveniente, agudamente apuntado por MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE (43): la disconformidad del legitimario y del mejorado en el *quantum* a satisfacer al primero, dará lugar al sobreseimiento del juicio y a la apertura del ordinario declarativo. Pero como previamente habrá sido preciso resolver en un juicio ordinario la mejora—ya estudiamos en el anterior trabajo que la impugnación de la atribución ex artículo 1.056,2, no puede hacerse en el mismo juicio de testamentaría, sino en el declarativo ordinario, y así lo sostiene la jurisprudencia—el legitimario necesitará ¡tres pleitos! para obtener el pago de su legítima.

Uno para resolver la mejora y eventualmente pedir el pago de su cuota hereditaria; otro para ejercer en el juicio de testamentaría la *actio familiae erciscundae*; y un tercero, declarativo ordinario, en el caso, muy probable, de que se susciten entre el mejorado y el legitimario disparidades de criterio en orden a la formación de lotes o su valoración.

La falta de economía procesal es tal que en la práctica frustrará los derechos del legitimario.

Tampoco creemos que sean de aplicación los artículos 1.062 y 401 al caso de que se practique la nueva partición resultante de la resolución de la mejora. La unidad de la explotación agrícola sólo ha sido contemplada por el legislador en el caso de la atribución realizada por el testador en interés de la familia. No en una atribución de segundo grado practicada cuando el interés familiar ha sufrido mengua con el incumplimiento del deber legitimario.

(43) Ob. cit., págs. 204-205.

La legislación de unidades mínimas de cultivo, consciente de que el artículo 1.061, réplica del 832 del Código francés, en su antigua redacción, constituía una auténtica "máquina de partir tierras", y que la tierra es siempre físicamente divisible, ha tenido que dictar preceptos especiales para evitar la fragmentación indefinida de las fincas rústicas. Si hubiere creído que en el sistema individualista de nuestro Código cabía la posibilidad de configurar como cosa indivisible la tierra, hubiera holgado tal legislación.

Pero es que, aun entendiendo aplicable el precepto, el interés familiar no quedaría satisfecho, pues el mismo admite la entrada de la especulación—"venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños"—a petición de cualquier heredero: lógicamente, el mejorado que ha sufrido la resolución de la disposición testamentaria, y del que no deben presumirse las mejores intenciones hacia el legitimario. El destino de la explotación, según esta teoría, es pasar a manos extrañas y verse sustituido por un precio, obtenido en pública subasta, normalmente vil, como todo precio originado en tales condiciones, fuertemente disminuido por los gastos del procedimiento, a distribuir entre el mejorado y el legitimario.

Por supuesto que el mejorado puede allanarse, según la tesis que no admitimos, a la demanda resolutoria del legitimario, y obviarse el costoso despilfarro procesal que hemos apuntado. Pero en tal caso no hemos de olvidar que una de las causas de aplicación del precepto estudiado es la pequeñez de las explotaciones agrícolas para sostener el peso de los gastos que comporta el tránsito sucesorio.

Si, pues, se resuelve la mejora por incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas, y la explotación se atribuye al legitimario, su situación será la misma que la del ex mejorado, pero agravada.

Si el mejorado no pudo pagar legítimas cortas ¿podrá el legitimario pagar cuotas sucesorias igualitarias?:

Tampoco creemos que el artículo 401 contemple el supuesto de la indivisibilidad de una explotación agrícola, sino el de cosas corporales cuya división entraña su destrucción material.

V

¿PUEDE EJERCITAR EL LEGITIMARIO LA ACCIÓN HIPOTECARIA SOBRE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE SU DERECHO?

Sostuvimos en nuestro anterior trabajo, de acuerdo con Roca Sastre y desarrollando su pensamiento, el derecho del legitimario de ejercer la acción hipotecaria, con los caracteres de una hipoteca solidaria.

Hicimos un esfuerzo conceptual para obviar los inconvenientes que la hipoteca solidaria tiene en nuestro Ordenamiento y que se concretan en los efectos disgregadores de la unidad de la explotación agrícola que consagra el artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

Llegamos a la conclusión de que lo precedente para evitar tales inconvenientes será articular la garantía del derecho del legitimario a la manera de una hipoteca conjunta (arg. art. 218 del Reglamento Hipotecario), solución, por otra parte, avalada por la Ley de Patrimonios Familiares de 15 de julio de 1952, artículos 16, 4 y 10.

Nuestra solución ha sido objetada. Como sostiene VALLET DE GoytisoLo, citando a DE LA CÁMARA, no existen términos hábiles para construir en el Código civil el derecho de los legitimarios como realización de valor (44). Y MELÉNDEZ VALDÉS GOLPE (45) afirma agudamente que, en ningún caso, tendrá el legitimario garantía real alguna sobre los bienes hereditarios si no exige la constitución de hipoteca especial suficiente como la garantía de su derecho, y que ni el Código ni la Ley Hipotecaria ni ninguna otra Ley atribuyen expresamente al legitimario derecho a hipoteca legal, por lo que éste no puede pedir su constitución, ya que sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por las Leyes con tal carácter (art. 158, 1, de la Ley Hipotecaria).

Sin embargo, el mismo autor (46) reconoce aplicable la garantía del artículo 15 de la Ley Hipotecaria al supuesto de la legítima que

(44) Contenido cit., pág. 106.

(45) Ob. cit., pág. 200.

(46) Ob. cit., págs. 206-208.

estudiamos. Y admite que tal garantía viene a representar una especie de hipoteca legal en que no hay que pedir la constitución de la hipoteca especial suficiente, ya que al inscribir los bienes hereditarios se hace constar ya la afección de los mismos.

En prueba de tal afirmación observa que la afección del artículo 15 se extingue, en todo caso, a los veinte años del fallecimiento del causante, que es el mismo de la acción hipotecaria, y no resulta ilógico que la Ley lo aplique a esta modalidad de garantía real introducida mediante el artículo 15.

No deja de notar que, si el derecho a percibir el valor de la legítima fuese verdaderamente un derecho real, parece que la Ley Hipotecaria no tendría que esforzarse en inventar una mención para acogerlo, porque tendría acceso al Registro a través de una inscripción.

Creemos que implícitamente la Ley Hipotecaria, en su artículo 15, rechaza el sistema de la *actio familiae erciscundae*, al regular una mención especial que se consigna en el Registro de la Propiedad al inscribir los bienes a nombre del atributario de la explotación.

Pues si la acción específica del legitimario fuera aquélla, debería constar en el Registro como una modalización o reserva autenticada de la inscripción de la explotación a nombre del mejorado, a manera de una condición resolutoria (arts. 23 de la Ley Hipotecaria, y 51, apartado 6.º, de su Reglamento), y no como una mención especial, que grava solidariamente todas las fincas a las que afecta, según el artículo 15 de la misma Ley.

El artículo 15 de la Ley Hipotecaria tiende a evitar la inseguridad del tráfico jurídico en los casos, no infrecuentes, en que se dilata el pago de las legítimas dinerarias del mejorado y en que el mismo tiene precisión de enajenar bienes inmuebles que integran la explotación, con el consiguiente peligro para el legitimario.

Mientras no surge un tercero protegido por la Ley Hipotecaria, el Registro de la Propiedad se declara incompetente, y remite el problema a la legislación civil.

Frente a terceros protegidos por dicha Ley, el artículo 15 de la misma limita, ¡aún más!, los derechos del legitimario. Se prevé un procedimiento especial de consignación forzosa del importe de la legítima y de sus intereses legales, sin necesidad de intervención

del legitimario transcurridos que hayan sido cinco años, con la consiguiente cancelación de la mención legitimaria.

También se reduce la duración de la protección del legitimario frente al tercero protegido por el Registro a veinte años, a contar desde el fallecimiento del causante, transcurridos los cuales caduca automáticamente la mención.

El artículo 15 deja sin resolver los casos en que la explotación agrícola no comporte la existencia de derechos inscribibles (47) o cuando el tercero a quien se ha enajenado la explotación no sea protegido por el Registro (legatario o donatario del mejorado).

VI

ACCIONES DEL LEGITIMARIO FRENTE AL DONATARIO DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA FAMILIAR ATRIBUIDA SEGÚN EL ARTÍCULO 1.056,2

En este supuesto, los preceptos de la donación protegen, en cierto modo, al legitimario.

Con un cierto esfuerzo conceptual, cabe sostener que el gravamen legitimario impagado debe ser considerado como una carga en el sentido del artículo 633 del Código civil. Y el incumplimiento de tal carga provoca el efecto resolutorio del artículo 647, *in rem*, y con eficacia retroactiva.

Este efecto resolutorio no significa contradicción con la crítica que antes hemos hecho a la resolución de la atribución hecha al mejorado por incumplimiento de la obligación de satisfacer las legítimas. Ni es contrario a la economía procesal.

En efecto: no se ataca el título sucesorio del mejorado que dona la explotación, sino precisamente esta donación. El cauce procesal es, por tanto, el juicio declarativo ordinario. En el mismo se puede acumular la pertinente acción para reclamar el pago de las legítimas del mejorado, quien vuelve a ser propietario de la explotación.

El problema de la legitimación activa de legitimario para recla-

(47) Véase nuestro trabajo, págs. 388 y sigs. de la separata.

mar la resolución ex artículo 647 no creemos sea importante cuando la doctrina reconoce legitimación a todo interesado en el modo o carga, para ejercitar las acciones dimanantes del incumplimiento de aquél.

Con tal teoría no se infringe el principio de la conservación de las particiones, ni el de las disposiciones testamentarias, pues se ataca el título del donatario y no el del donante.

Claro que frente a esta construcción cabe objetar que la carga, en el sentido del artículo 633 del Código civil, es la que impone el donante por su propia voluntad y no la que le viene impuesta por la Ley, con lo que el efecto resolutorio del artículo 647 quedaría sin posible aplicación.

Este argumento, es también una objeción a la consideración de la obligación del mejorado de satisfacer las legítimas dinerarias, como un modo legal (48). Porque o se admite el modo legal con todas sus consecuencias, incluso con la obligación del atributario donante de respetarlo y consignarlo en la donación que otorga de la explotación, o no se admite en caso ninguno, considerando que el modo es una figura típicamente voluntaria, expresión de la libérrima voluntad del testador, e incompatible con un precedente deber legal de respetar la legítima.

Pero aun rechazando esta construcción apoyada en los artículos 633 y 647, no cabe duda de que el mejorado, en tanto no satisface el importe de las legítimas es deudor de las mismas. Si tiene bienes propios bastantes y no ha aceptado la herencia a beneficio de inventario, el legitimario puede reclamar la legítima y hacer traba en los bienes personales del mejorado.

Si—lo que ocurrirá con mucha frecuencia—el mejorado carece de otros bienes que la explotación, la enajenación de la explotación otorgará al legitimario la acción nacida del artículo 643.

Para algunos autores tal precepto consagra una acción pauliana especial a favor del acreedor del donante; para otros—y esto parece coincidir con el texto literal del precepto—simplemente sanciona una *asuncion ex lege* de las deudas del donante—esto es, de las legítimas dinerarias—puesta a cargo del donatario (49).

(48) «Contenido», citado pág. 102.

(49) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, tomo II, vol. II, pág. 88, nota 2.

VII

CONCLUSIONES DEL ANTERIOR EXAMEN DEL PRECEPTO

El estudio del precepto nos conduce a difíciles problemas, no pacíficos en la doctrina y apenas tratados por la jurisprudencia.

El *impasse* originado creemos debe resolverse pensando en que el precepto no tiene fácil encaje dentro del sistema legitimario del Código civil, respecto del cual constituye una clara anomalía, ni en la concepción liberal individualista de la propiedad de la tierra que él mismo consagra.

Según BALLARÍN (50) el individualismo del Código civil, su falta de sentido social, se ponen de relieve en la ausencia de normas eficaces para combatir los dos problemas agrarios que ya tenía planteada España para entonces: el del minifundio y el del latifundio. Aunque merece alabanza el Código precisamente por el párrafo 2.º del artículo 1.056, dicha norma hubiera sido muchísimo más eficaz de haberse aplicado a la sucesión intestada, permitiendo que cualquiera de los herederos solicitara la adjudicación de la unidad económica, pero respetuoso en extremo el legislador con la voluntad testamentaria, únicamente a ella le era posible tal atribución integral, con lo cual seguía fiel el Código a las ideas liberal individualistas. De ahí el poco alcance práctico de este precepto para detener el proceso desintegrador de las explotaciones agrícolas.

La inadecuación del sistema del Código civil para regular satisfactoriamente la rica problemática socioeconómica a que el precepto se aplica no debe hacernos desmayar en nuestra labor integradora de la norma en el sistema de los principios generales del Derecho. Las ideas "interés de la familia" e "indivisión de la explotación agrícola", no menos que el carácter privilegiado de la partición testamentaria, deben ser tenidas en cuenta por el intérprete, demasiado obsesionado—creemos—con la intangibilidad cualitativa de la legítima.

(50) Ob cit., pág. 61.

DE LA CÁMARA (51) advierte con agudeza que el interés de la familia no es otro que procurar la conservación de la explotación dentro del grupo familiar para iniciar o seguir una línea de continuidad que peligraría gravemente si a la muerte del padre hubiese de ser adjudicada indivisa a todos los hijos.

Sin embargo, rechaza, como vimos, que tal interés tenga otro significado que el de aludir a los móviles determinantes de la disposición testamentaria, sin que pueda atribuirsele mayor alcance. Rechaza asimismo la tesis de LACRUZ BERDEJO, según la que tal frase condiciona el ejercicio de la facultad concedida al ascendiente. Y sostiene que de haberse querido elevar tal interés familiar a la categoría de requisito legitimador de la disposición del padre, parece que debiera haberse exigido que de algún modo quedara garantizada la tutela de tal interés. Pero los términos en que está concebido el precepto y sobre todo la ausencia de ulterior desarrollo normativo, hacen prácticamente inviable el esfuerzo interpretativo que lleve a establecer un sistema de cargas y obligaciones a cuyo cumplimiento debiera quedar condicionada la mejora misma.

Tal brillante alegato del ilustre maestro contra el desarrollo integrador del precepto en un sistema más social de derechos y obligaciones por parte del mejorado y del legitimario nos obliga a dirigir nuestra investigación en otra dirección.

VIII

INADECUACIÓN DEL PRECEPTO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD QUE PERSIGUE

De cuanto llevamos expuesto se deduce que el precepto que nos ocupa constituye un buen propósito—como tantos otros—de nuestro Código, que en su época constituyó un considerable avance sobre el estado anterior de la legislación, pero que no ha producido los resultados apetecidos.

(51) Ob. cit., pág. 964, nota 355.

La dogmática civilista no parece hallarse en vías de resolver, al menos en lo que se refiere a la explotación agraria, los graves problemas que su interpretación plantea.

Los principios de la intangibilidad cualitativa de la legítima, la primacía de la noción de la propiedad privada del suelo sobre la empresa agraria, el *numerus clausus* de los derechos reales, y de las hipotecas legales, la división igualitaria de la herencia entre los herederos y el principio individualista que consagran los artículos 1.061 y 1.062 del Código, agravan la situación—ya de por sí precaria en el orden económico—de la explotación agraria familiar.

El principal defecto del precepto consiste en haber pretendido por la vía de la voluntad del padre de familia dispuesto a hacer testamento particional—supuesto estadísticamente infrecuente—resolver un problema que sólo un planteamiento general y una extensión al supuesto de la sucesión intestada o de la testamentaria en que el testador no haya hecho la partición hubieran dado los frutos apetecidos.

Es curioso, no obstante, que la doctrina interprete progresivamente el precepto que comentamos para resolver los problemas que plantea la atribución sucesoria de la empresa industrial o comercial.

No sólo PUIG BRUTAU (52): también VALLET DE GOYTISOLO (53) y DE LA CÁMARA ALVAREZ (54) se insertan en esta corriente doctrinal.

VALLET DE GOYTISOLO, critica brillantemente la doctrina de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958 (55). Según él, el supuesto de la misma cabía en el artículo 1.056,2, pues las explotaciones industriales constituidas en forma societaria pueden conservar o perder su unión dentro de la familia

(52) *El testamento del empresario*, «Revista de Derecho privado», 1960.

(53) Contenido cit., pág. 86.

(54) Ob. cit., págs. 910 y sigs.

(55) En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia de nuestro más alto Tribunal, la testadora, en uso del artículo 1.056,2 dispuso que la totalidad de las acciones en determinada sociedad, se adjudicarán por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes a aquellos de sus herederos que al tiempo de causarse la sucesión, fueran titulares en plena propiedad de acciones de la misma Sociedad. En su caso los adjudicatarios de las acciones abonarán en metálico a sus coherederos el exceso que les resultare de la adjudicación. Impugnada dicha cláusula, la Audiencia Territorial la declaró nula y el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, aunque por razones, que, según DE LA CÁMARA, «no resisten la más ligera crítica, dicho sea con todos los respetos que merece el Alto Tribunal».

según se mantenga o no en poder de ella un número de acciones o participaciones que sea suficiente para conservar la potestad de mando sobre ella. La empresa familiar, revestida de forma social, si los miembros de la familia pierden la potestad de mando se desintegra en una empresa realmente societaria, pero fuera del ámbito familiar. El artículo 1.056,2, no tanto tiende a conservar la unidad de la explotación—que no se perdería tampoco de ser vendida en pública subasta, conforme prevé el artículo 1.062—cuanto a conservarla dentro de la familia. La cortina jurídica de la forma social no debe hacernos perder de vista la realidad que recubre.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, por el contrario, cree que la solución adecuada al supuesto resuelto en esa sentencia la de la posibilidad general que tiene el testador de atribuir la legítima a unos hijos en metálico y a otros en bienes concretos, fuera de los supuestos excepcionales en que se recoge tal posibilidad por el Código civil.

Sea cual fuere, pues, el fundamento teórico, brillantemente esclarecido por nuestros autores, de la decisión de nuestro más alto Tribunal, lo cierto es que su fallo ha merecido el aplauso de nuestra doctrina, que lo ha interpretado en sentido progresivo.

Ello creemos puede conducir a un rezagamiento de un aspecto del Derecho civil, el que regula la sucesión de las explotaciones agrícolas, frente a la mayor libertad y elasticidad del *ius novum* que la jurisprudencia cautelar no vacilará en introducir para tutelar los intereses familiares de los empresarios, desarrollando la tesis progresiva de nuestro Tribunal Supremo, tan bien acogida por la doctrina.

Tal rezagamiento no es insalvable, pues obedece tal vez a un agotamiento momentáneo de los actuales principios del Derecho civil clásico, contenidos en nuestro Código decimonónico. Los principios son los que arriba hemos expuesto, y que al parecer cercan en un círculo de hierro el buen propósito del propio legislador de resolver de algún modo el problema originado por el tránsito sucesorio de la explotación agraria.

Urge, pues, un remozamiento de los principios del Código civil, que no son palabras intangibles pronunciadas por los muertos para

aplastar con una losa de plomo a los vivos: "el sábado ha sido hecho para el hombre y no el hombre para el sábado" (56).

Con Díez Picazo (57) diremos que: "Nuestro mundo es un mundo de transición hacia nuevas formas de vida, hacia nuevos sistemas de creencias y de convicciones y en esta etapa de transición y de cambio, el mundo está en crisis.

Nosotros habremos de pensar, por tanto, el Derecho civil de este tiempo de crisis. Porque, si queremos construir el Derecho civil con sentido rigurosamente actual, tenemos necesidad de pensar en el Derecho civil de tiempo de crisis. El Derecho civil decimonónico, que hemos heredado, que todavía cultivamos, cristalizado en esa obra gigantesca de los códigos civiles, es acaso una de las realizaciones más perfectas de nuestra civilización, pero es desgraciadamente arcaico...".

Un análisis atento nos permite descubrir una serie de tendencias modernas que pueden dejar marcado su sello en el próximo devenir histórico, y dar al traste con el concepto de Derecho civil: a) una excesiva patrimonialización; b) una excesiva administrativación y c) la disgregación del Derecho civil en una pluralidad de derechos especiales.

Frènte a tales tendencias, hay que reaccionar vigorosamente, pero sobre todo "hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídico-civiles, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan vigencia actual y valor de organización y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario" (58).

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

(56) San Marcos, 2, 27.

(57) *Parte General*, págs. 14-17.

(58) Id., id., pág. 22.

ciones tradicionales. Tiene que ser el derecho de las formas de vida del tiempo presente".

Debe perdonársenos la extensión de la cita considerando que condensa un auténtico programa de actuación del profesional del Derecho.

IX

LA ATRIBUCIÓN SUCESORIA UNITARIA DE LA EXPLOTACIÓN A FAMILIAR Y EL MODERNO DERECHO AGRARIO

La inadecuación ya apuntada de las actuales normas civiles para resolver la compleja problemática subyacente al tránsito sucesorio de la explotación agrícola familiar obliga a dirigir nuestra investigación hacia el Derecho agrario.

BALLARÍN (59) afirma que lo que no ha hecho hasta ahora la doctrina española ha sido examinar el problema de la propiedad desde el punto de vista de la empresa, comprobando las transformaciones que este tipo de organización productiva produce en el derecho subjetivo.

La noción de empresa agraria y la de explotación constituyen hoy la base en torno a la que se polarizan las normas jurídico agrarias, y en este sentido se puede hablar de la empresa como institución, centro productor y coordinador de normas.

Como conclusión del estudio del Derecho constitucional agrario español, entiende que se ha operado la sustitución del Derecho subjetivo de propiedad como centro del sistema, por la realidad institucional de la empresa (60).

Considera el autor como principio general del Derecho agrario español, el de protección máxima a la empresa agraria familiar, rentable basada, en cuanto sea posible, en la propiedad sobre la tierra cultivable (61).

(59) Ob. cit., pág. 165.

(60) Ob. cit., pág. 189.

(61) Ob. cit., pág. 310.

Son corolarios de este principio otros dos: el de la distribución de la propiedad y el del acceso a la propiedad en orden a crear explotaciones familiares (62).

Directamente relacionado con este gran pilar de nuestro Ordenamiento agrario, entiende existe otro principio: el de la dimensión mínima de las explotaciones agrarias, representado tal mínimo por la familiar (63).

Sin embargo, no deja de reconocer que el Derecho agrario español se ha quedado en la regulación de la indivisibilidad esencial de la unidad de explotación agrícola, sin llevar a establecer, con carácter general, para todas las unidades agrarias, un régimen sucesorio especial, que hubiera permitido formular otro principio: el de atribución integral. La Comisión de Agricultura de las Cortes, con motivo de la aprobación de la Ley de 14 de abril de 1962 sobre explotaciones familiares, se limitó a presentar una moción al Gobierno sobre este tema.

El artículo 12 de la Ley aprobatoria del Primer Plan de desarrollo Económico y Social, se refiere a las explotaciones agrarias para anunciar normas generales que impidan su división, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*.

Ya en nuestro trabajo enunciábamos (64) la existencia de un derecho sucesorio excepcional respecto de las empresas agrícolas concedidas por el Estado como consecuencia de su labor colonizadora: lotes familiares en las colonias agrícolas, creadas en virtud de la Ley de 23 de octubre de 1907, y reguladas por el Reglamento de 23 de octubre de 1918; las concesiones de parcelas otorgadas por el Instituto Nacional de Colonización que se rigen por el R. D. L. de 9 de marzo de 1928; los huertos familiares creados por el Decreto de 12 de mayo de 1950, así como los patrimonios familiares que regula la Ley de 15 de julio de 1952.

Sin embargo, no dejemos de reconocer la razón de BALLARÍN al afirmar la carencia de un derecho sucesorio especial aplicable a la generalidad de las explotaciones agrícolas familiares.

Los primeros indicios de una tal orientación, que refleja el ar-

(62) Ob. cit., pág. 311.

(63) Ob. cit., pág. 313.

(64) Ob. cit., págs. 390-391.

título 4.º de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, no han sido desenvueltos adecuadamente por la Ley de Explotaciones Agrarias Familiares, que por otra parte derogará la de Unidades Mínimas de Cultivo, cuando entre en vigor (art. 8.º de la Ley). Incomprensiblemente, el legislador no ha puesto en vigor aquella Ley.

El legislador agrario no cesa de tejer y destejer criterios agronómicos y jurídicos para regular la explotación agraria familiar.

En el momento actual preponderan las consideraciones técnico-agronómicas y se olvida la necesaria regulación jurídica de la base de la explotación agrícola: la tierra cultivable.

En muchos sectores de la opinión, o se entiende que la explotación agraria familiar es una reliquia del pasado (65) o bien se la dota de una extensión tan desmesurada que claramente se aprecia que la inmensa mayoría de nuestras explotaciones agrarias, que mal que bien, sustentan a millones de campesinos, no pueden calificarse de "familiares".

X

LA LEGISLACIÓN DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO Y LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA FAMILIAR POR EL PADRE TESTADOR

Hoy por hoy, con todas las deficiencias que puede presentar dicha legislación y las contrapuestas interpretaciones doctrinales y aun legislativas a que ha dado lugar (66) está vigente y debe ser tenida en cuenta para formular el principio general del Derecho agrario español: el de la atribución integral de la explotación agrícola familiar.

(65) «En esencia, puede decirse que el paso por la pequeña propiedad familiar que ha constituido el modelo tradicional en los procesos de reforma agraria, carece hoy de sentido (LÓPEZ MUÑOZ, *Sobre la reforma agraria*, «Triunfo», de 27 de junio de 1970, pág. 7).

(66) Ofrecimos un resumen de la bibliografía de la legislación de unidades mínimas de cultivo, en nuestro trabajo *Juicio crítico de la legislación de minímas unidades de cultivo*, separata de la «Revista de Estudios Agrosociales», publicada en 1957.

El artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre Unidades Mínimas de Cultivo establece a indivisibilidad de las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima. De tal principio general extrae un corolario su artículo 4.º: la partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2.º de esta Ley, aun en contra de lo dispuesto por el testador. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos estos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta. Cuando se trate de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos, no podrá el colindante ejercitar el derecho de preferente adquisición sin hacer previamente una notificación fehaciente acreditativa de dicho propósito. Durante el término de treinta días siguientes a la notificación podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla ajustándola a los preceptos de la Ley. Trascurrido dicho término podrá el colindante ejercitar los derechos que le concede el artículo 3.º—derecho de adquisición preferente de la parcela ilegalmente dividida, por su justo precio—.

La Orden de 27 de mayo de 1958 regula la superficie de la Unidad Mínima de Cultivo para cada uno de los términos municipales de las distintas provincias españolas.

La legislación de unidades mínimas de cultivo tiene un grave defecto para nuestro propósito: pretende regular la unidad agronómica cuya extensión sea, en secano la suficiente para que las labores fundamentales, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en regadío la del huerto familiar. La Orden de 27 de mayo de 1958 regula unas extensiones de la unidad mínima de cultivo que en ningún caso exceden en secano de tres hectáreas y media y en regadío de media hectárea.

Tales superficies son demasiado modestas para constituir la base de una explotación agraria familiar, por lo que el legislador pensó en derogar tal legislación y sustituirla por la de las explotaciones agrícolas familiares indivisibles, que por definición permiten ocupar el trabajo de una familia campesina y dotarle de un nivel de vida digno.

Pese a ese gravísimo inconveniente, y a las modernas tendencias

agronómicas, de cara a una agricultura competitiva e integrada en Europa, que extienden a docenas de hectáreas en secano la extensión de la explotación agrícola familiar, debemos hoy por hoy tener en cuenta la legislación de unidades mínimas de cultivo, que rectamente aplicada, paliará algunos de los males que comporta el tránsito sucesorio de la explotación agrícola familiar.

Cuando el padre testador, en interés de la familia, haya hecho uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, párrafo 2.º, verá respetada su atribución, si se conforma con la legislación que hemos reseñado. La finalidad del testador y de la Ley van acordes, por definición, y no se plantea problema ninguno.

En el caso de que el atributario de la explotación agrícola incumpla el deber de satisfacer las legítimas dinerarias, aun en el supuesto de que admitamos la tesis de VALLET DE GORTISOLO y abramos paso a la *actio familiae erciscundae* a favor del legitimario, no cabe duda de que dicha acción deberá armonizarse con los preceptos de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, de ineludible observancia para el juzgador. La unidad mínima de cultivo deberá ser respetada en todo caso en el juicio de testamentaria, en la formación de los lotes. La oposición del mejorado o del legitimario en la formación de los lotes nunca podrá tener como móvil—al menos confesado—el que los mismos se ajusten estrictamente a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo. No podrán pretender uno y otro que la formación de los lotes vulnere la Ley de referencia. Cuando el juicio de testamentaria desemboque en juicio ordinario, por otra causa que no sea la expresada, el juez, ineludiblemente respetará la unidad mínima de cultivo al practicar la partición. La parcela será adjudicada por licitación entre los coherederos, y sólo si todos ellos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta (art. 4.º, 1.º, *in fine* de la Ley de 15 de julio de 1954).

Aun con todos los inconvenientes que para el interés familiar presente la venta en pública subasta y consiguiente reparto de precio de la unidad mínima indivisible entre los coherederos, la solución de la Ley es mucho más favorable que la que propugna para las cosas esencialmente indivisibles el artículo 1.062. En efecto, el artículo 4.º de la Ley especial obliga a todos los herederos a po-

nerse de acuerdo en que la finca se saque a pública subasta, evitando que la obstrucción de uno solo de ellos obligue a tan radical medida. La licitación entre los coherederos sin intervención de especuladores ajenos a la familia, no cabe duda que beneficia el interés familiar.

Si el adjudicatario de la explotación familiar incumple su deber de pago del precio, creemos debe repetirse la licitación hasta conseguir el pago efectivo.

En caso de que sostengamos la tesis de que el legitimario dispone de una hipoteca solidaria para hacer efectiva su legítima sobre la explotación agrícola, creemos que la legislación de unidades mínimas de cultivo impondrá un resultado similar al producido por la que llamábamos hipoteca conjunta en nuestro trabajo.

En efecto, aunque la legislación especial no contemple el caso de la ejecución hipotecaria, lo cierto es que sus principios generales bastan para evitar, al menos en parte, la fragmentación de la explotación familiar.

Si se compone de una sola finca en coto redondo, la ejecución hipotecaria no podrá dar lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. La explotación habrá de enajenarse como un todo. En la práctica, en la actual coyuntura económica, casi siempre se adjudicará al legitimario en pago de su crédito, pues raramente se encontrarán postores para la finca, con lo que quedará a salvo el interés familiar, no menos que el agronómico del legislador.

Cabe que la explotación consiste en una pluralidad de fincas discontinuas. Sin embargo, si las mismas constituyen un todo orgánico, dándose algunos de los caracteres que el artículo 44 del Reglamento hipotecario establece para configurarlas como una sola finca registral, la ejecución hipotecaria no podrá recaer sobre unas y no sobre otras: todas, en su conjunto, deberán ser afectadas por ella.

Bastará, creemos, que el padre testador haya configurado tal unidad de explotación en su testamento, en interés de la familia, para que a tal acto fundacional de la explotación familiar haya de estarse, al menos *prima facie*, y mientras los interesados no

demuestren en juicio ordinario declarativo, lo absurdo de tal configuración.

XI

LA ATRIBUCIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA FAMILIAR EN CASO DE SUCESIÓN EN QUE NO SE HAYA HECHO USO DEL ARTÍCULO 1.056,2.

La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo admite la existencia de un convenio entre los coherederos, en defecto de lo dispuesto por el testador, para regular el destino de la parcela indivisible.

Tal convenio particional creemos no introduce innovación alguna en los principios de Derecho sucesorio. Regirán, por tanto, los requisitos de unanimidad en la partición y de plena capacidad de los coherederos.

En caso de que alguno de los coherederos no ostente la plena capacidad—menores de edad, sujetos a tutela, ausentes—creemos que el convenio podrá ser celebrado en su representación por los correspondientes representantes legales—padres titulares de la patria potestad, tutores, administradores de los bienes del ausente, defensores judiciales—sin más que la autorización o la aprobación judicial según los casos, o la autorización del Consejo de Familia.

En defecto de tal convenio la parcela será sacada a pública subasta en los términos que antes examinamos.

Cabe que en el convenio o en la licitación familiar o pública subasta, se haya segregado ilegalmente la unidad mínima de cultivo.

En tal caso, la infracción desencadena las sanciones específicas de la Ley: el derecho de adquisición preferente por los colindantes, de la parcela segregada.

Sólo que el párrafo 2.º del artículo 4.º de la Ley obliga a los colindantes, tratándose de división motivada por herencia o donación a favor de herederos forzosos, a hacer a los coherederos una notificación fehaciente acreditativa de dicho propósito.

Durante el término de treinta días siguientes a la notificación, podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla, ajustándola a los preceptos de la Ley.

Creemos que la anulación de la partición significa su cancelación, retornando los bienes adjudicados en su totalidad a la renacida comunidad hereditaria.

La rectificación, por el contrario, supone el reconocimiento por el legislador del principio de la conservación de la partición. Mediante las oportunas compensaciones acerca de la legítima o de la cuota sucesoria, si la sucesión es intestada, los coherederos pueden ajustar la partición a los preceptos de la Ley especial, restaurando la unidad mínima indivisible, sin destruir el resto de las adjudicaciones de bienes ajenos a la explotación agrícola familiar.

En ambos casos, no sólo el tercero colindante podrá instar la anulación o rectificación de la partición ilegal: cualquiera de los coherederos que haya sido parte en la misma tendrá dicha facultad. No se le podrá objetar que está vinculado por sus propios actos, ya que los actos contra los que no puede irse válidamente son los válidos y no los nulos, según reiterada jurisprudencia. Y nula creemos es la partición ilegal.

XII

¿SON NULAS LAS ATRIBUCIONES SUCESORIAS CONTRARIAS A LA LEY DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO?

La mayor parte de la doctrina ha sostenido que la infracción de la unidad mínima de cultivo no provoca la nulidad de los actos jurídicos—segregación, división—contrarios a ella. Se basan para ello los autores en que si la Ley prevé un remedio específico—el de la adquisición preferente de la parcela ilegalmente segregada por el colindante—huelga la sanción de la nulidad: la Ley es *minus quam perfecta*.

Consecuente con dicha opinión doctrinal mayoritaria, el artículo 2.º del Decreto de 22 de septiembre de 1955 estableció que “los Notarios y Registradores de la Propiedad, al autorizar e inscribir documentos en los que se realicen segregaciones o divisiones que den lugar a fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, harán

constar en el título y en la inscripción, el derecho que asiste a los colindantes para adquirir dichas parcelas". Y el artículo 3.º privilegia los documentos notariales que se inscriben en el Registro de la Propiedad, pues reduce el plazo para el ejercicio del derecho de adquisición por el colindante, a un año, contado desde la fecha de la inscripción.

Tal precepto ha reducido, prácticamente a la inoperancia a la legislación de unidades mínimas de cultivo.

Sin embargo, tal modo de resolver una aguda duda que se suscitó a los autores y a los profesionales del Derecho sobre alcance de la Ley que comentamos, no es satisfactoria.

El hecho de que la Ley sancione con el derecho de adquisición preferente del colindante la infracción de la unidad mínima de cultivo no significa que el acto sea válido y la Ley *minus quam* perfecta: puede ser nulo y la Ley *plus quam* perfecta. El agudo mal del minifundio, que provoca daños sin cuento a la economía agraria e impide su despegue y obliga al Tesoro Público a realizar desembolsos ingentes para atender a la concentración parcelaria, merece una solución más radical que la propugnada por la doctrina mayoritaria. Aun con la interpretación que propugnamos, resulta modesta en sus objetivos la legislación de unidades mínimas de cultivo.

La solución del Decreto que comentamos es puramente formal: permite que los Notarios autoricen, y los Registradores de la Propiedad inscriban en los Registros a su cargo, escrituras públicas en que se creen unidades parcelarias inferiores a la mínima de cultivo. Pero no resuelve el problema, tan frecuente en la práctica, de las segregaciones o divisiones realizadas en documento privado o convenidas verbalmente.

Que es poco satisfactoria tal solución lo prueba el hecho de que por Orden conjunta de los Ministerios de Agricultura y Justicia de 24 de noviembre de 1955 se declaran inaplicables tales preceptos del Decreto de 22 de septiembre de 1955 a las zonas sujetas a concentración parcelaria.

No podía el legislador permitir que la contratación privada destruyera la obra concentradora realizada a costa de tantos sacrificios por el Tesoro Público.

Pero es que el propio Decreto no puede conculcar una norma de superior rango jerárquico. Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores, y el artículo 2.º de la que comentamos dispone nitidamente que “la división de predios de extensión superior a la de la unidad mínima *sólo será válida*”... Creemos que con ello sanciona expresamente la nulidad de los actos de segregación o división ilegales.

La piedra de toque del problema está en la siguiente consideración: ¿puede un coheredero que ha concurrido a la partición hereditaria en que se vulnera la Ley de unidades mínimas de cultivo impugnar la partición sin incurrir en actos propios? ¿Podrá otro coheredero reconvenir su demanda, solicitando la declaración de validez de la partición fundándose en el Decreto de 14 de septiembre de 1955 y en el principio que veda ir contra los propios actos?

A nuestro juicio, no. Una solución meramente formal como la que brinda el citado Decreto de 1955 no puede servir de norma interpretativa al Juez que está rigidamente sometido a la Ley y no a la interpretación que dicta, para sus propios funcionarios—Notarios y Registradores—, el Ministerio de Justicia.

Tampoco resuelve el Decreto el caso de un testador que practique la partición de la explotación agrícola en testamento ológrafo, que debe protocolizarse, previa orden en tal sentido dictada por el Juez competente.

En la contienda que se promueva acerca de la validez del testamento, un coheredero puede alegar la infracción de la unidad mínima de cultivo, basándose en el artículo 4.º de la Ley: “La partición de herencia se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2.º de la presente Ley, *aun en contra de lo dispuesto por el testador*”. Tampoco puede el Juez en tal caso separarse del texto de la Ley y apoyarse en el Decreto que no se refiere para nada a él.

No es argumento a nuestro juicio el que al Registro de la Propiedad sólo acceden títulos perfectamente válidos y eficaces, por lo que considerar inscribibles los actos contrarios a la Ley de unidades mínimas de cultivo es tanto como declararlos válidos y eficaces. Porque en el Reglamento Hipotecario, modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959, se admite la inscripción de actos ineficaces o impugnables, por evidentes razones prácticas (arts. 94

y 98, 3). Razones que no negamos puedan concurrir en los actos contrarios a la Ley de unidades mínimas de cultivo.

XIII

GENERALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA ATRIBUCIÓN SUCESORIA INTEGRAL DE LA EXPLOTACIÓN AGRARIA FAMILIAR: SU VALOR EJEMPLAR PARA OTROS DERECHOS SUCESORIOS ESPECIALES Y SU INSERCIÓN EN EL FUTURO DERECHO CIVIL GENERAL DE ESPAÑA

El Derecho agrario se halla a punto de formular un principio general: el de la atribución sucesoria integral de la explotación familiar. Dicho principio conciliará dos exigencias fundamentales: el mantenimiento de la unidad de la explotación, evitando el despedazamiento de la unidad de la explotación y el interés de los legitimarios, en obtener un *quantum* de la explotación, siquiera sea en metálico.

Los usos y costumbres agrarias, fundamentales como fuente del Derecho agrario, permitirán una dulcificación del rigor de este derecho del legitimario, inducida de la concreta situación de las partes. Nadie niega que el legitimario, mientras una Ley especial, como la de Patrimonios Familiares, no establezca lo contrario, tiene un derecho estricto a obtener su *quantum* en metálico, sin aplazamientos ni fraccionamientos. Pero si el mismo vive en la explotación familiar y es mantenido por el mejorado, prestando acaso trabajo a su favor, no podrá, a nuestro juicio, reclamar intereses de su crédito legitimario que se compensarán con los frutos consumidos por el legitimario y la manutención recibida. Tendrá derecho, eso sí, a obtener una congrua compensación por el trabajo prestado, por el principio que veda el enriquecimiento injusto del mejorado. Pero esta compensación, salvo que obedezca a un trabajo dependiente, de las características que regula el artículo 1.º de la Ley de Contratos de Trabajo, no podrá reclamarse por la vía de la jurisdicción laboral. Se entenderá, dada la concreta situación de las partes, que

se trata de un trabajo prestado con carácter familiar [art. 2.º, a), de dicha Ley].

Si al legitimario esta relación de convivencia con el mejorado le ha permitido creer con fundamento que no le reclamará de modo perentorio la legítima, la buena fe exigirá que se le conceda un plazo prudencial para satisfacerla (arg. art. 1.128).

La penuria económica en que se desenvuelve hoy día la mayor parte de las explotaciones agrícolas pequeñas y medias permitirá calificar de mora *debitoris* el impago de la legítima, por mucho tiempo que haya transcurrido desde la apertura de la sucesión, a partir del requerimiento de pago que realice el legitimario. Sólo en casos muy calificados deberá hablarse de incumplimiento propiamente dicho, con las consecuencias que anteriormente hemos estudiado, según la doctrina de los diversos autores.

Todas estas reglas modalizadoras del deber del mejorado—o en términos más generales, del atributivo de la explotación agrícola *ope successionis*—se deducen de la concreta situación de las partes, del principio de la buena fe y de la costumbre del lugar, inspirada en los fecundos principios de Derecho agrario.

La consagración del principio general del Derecho objeto de este epígrafe, su positivación en el cuadro de los principios del Derecho agrario, creemos que es cuestión de poco tiempo, aun cuando no se promulgue la Ley especial que estuvo en la mente de la citada Comisión de las Cortes, y que previó la Ley aprobadora del Primer Plan de Desarrollo Económico y Social. Porque la característica de los principios generales del Derecho consiste en que no necesitan ser sancionados expresamente por el legislador con una formulación positiva precisa, para que desplieguen sus importantísimos efectos.

La aceleración del ritmo de la Historia—se ha dicho que diez años del siglo xx equivalen a un siglo de los anteriores a éste—, la fuerza de la opinión pública de los agricultores, expresada por medio de sus cauces democrático-orgánicos de expresión, la necesidad apremiante de robustecer la empresa agrícola familiar, cara a la agricultura del Mercado Común Europeo, en la que hemos de integrarnos si queremos sobrevivir, pueden obligar a reconocer en breve plazo tal principio general de Derecho.

No se olvide el importantísimo precedente que para la consagración de tal principio constituyen las normas sucesorias de nuestros Derechos “especiales”—antes forales—, verdaderos Derechos agrarios *avant la lettre*.

Tal principio general del Derecho se alinearía, con los que magistramente ha estudiado BALLARÍN MARCIAL, en el seno del Derecho agrario, Derecho especial segregado de los troncos del Derecho civil y del Derecho administrativo. Pero siguiendo una dialéctica jurídica milenaria—ejemplo clásico sería el Derecho mercantil—el principio que estudiamos tiene un valor de ejemplaridad para el resto del ordenamiento civil, más rezagado y puede por su fecundidad en consecuencias prácticas, orientar a otros Derechos especiales en trance de creación.

Así BALLARÍN (67) afirma que “por ninguna parte observamos Leyes que se dirijan a crear empresas artesanas o comerciales de dimensión familiar, y a proteger su conservación en el tiempo... Sin ignorar la protección al artesanado, teniendo en cuenta las analogías que el caso presenta con el de la empresa familiar agraria..., el caso es que la protección a la empresa familiar agraria se ha convertido en el eje fundamental de la política agraria española, sin que pueda decirse lo mismo de la familia artesana o la familia comerciante. Son importantes en España este tipo de empresas, pero resulta obvio que no hay una política dirigida a basar las estructuras de nuestro comercio e industria en la explotación familiar.

Cierto es que algunas normas de Derecho sucesorio agrario, como las de atribución integral de la explotación a un heredero, tienden a adquirir valor general (cita el autor el art. 1.056), pero la verdad es que en Derecho español, ni siquiera en este punto concreto puede apreciarse una generalización”.

Discrepando en parte de la opinión de nuestro querido compañero, entendemos que las conclusiones a que hemos llegado en orden a la conservación sucesoria en la explotación agrícola familiar, pueden ser traspasadas, con las debidas adaptaciones, a la pequeña empresa familiar industrial, comercial, artesana, pesquera, del transporte, etc. (68).

(67) Ob. cit., pág. 362.

(68) Un documento político de tanta trascendencia para el futuro de Francia—y, por tanto, de Europa Occidental—como es *El desafío radical*, de

No podemos menos de traer a colación las documentadísimas y agudas opiniones de DE LA CÁMARA y VALLET DE GOYTISOLO comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958. La doctrina no puede ser más favorable a soluciones progresistas en materia de la atribución sucesoria de la explotación comercial e industrial.

DÍEZ PRCAZO (69) señala que "cabe observar que el móvil que impulsa al padre testador según la letra del artículo 1.056 es el interés de la familia. Podría seguirse de ello que toda la familia debe estar interesada en la indivisión del establecimiento. De donde se seguiría que el precepto lo único que viene a permitir es el apartamiento de alguno o algunos de los legitimarios—las ovejas negras, por decirlo así—, pero que debe predominar siempre el interés general de la familia. Tampoco creo que esta interpretación deba mantenerse. A mi juicio, la clave del artículo tenemos que ligarla con el interés de la conservación de la empresa: 'conservar' es la palabra que precisamente utiliza el texto legal.

Se sigue de ahí que puede el padre adjudicar la empresa a uno solo de los hijos legitimarios pura y simplemente para conservar el negocio".

El mismo autor, partiendo de su tesis, según la que la legítima es en nuestro Derecho de naturaleza familiar que consiste en recibir del causante una determinada atribución patrimonial, cuya medida es una cuota de valor de la herencia, y que es indiferente el título a través del que el causante realice la atribución, entiende que el ámbito del artículo 1.056 se amplía extraordinariamente, pues puede sostenerse que en todo caso, y sin atenerse estrictamente al artículo 1.056, puede el empresario testador nombrar heredero a uno solo de sus hijos, disponiendo legados de dinero o de otros bienes en favor de los demás.

JEAN JACQUES SERVAN SCHREIBER, que compromete al partido radical en su espíritu, y en el conjunto de sus proposiciones, sostiene que «la inmensa mayoría de la población se verá entera y definitivamente liberada de todo temor a los impuestos sucesorios; el régimen fiscal y civil de las sucesiones se establecerá de manera que el hijo que suceda al padre en la agricultura, el comercio y la artesanía, quede garantizado contra los riesgos de una división antieconómica de la propiedad familiar» (Plaza Janés, Editores, 1970, pág. 103).

(69) *La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil*, en «Problemática jurídica actual de la empresa». Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1965, pág. 1.125.

Pero reconoce que si el heredero para pagar las legítimas no aporta dinero de su propio peculio, deben venderse bienes de la herencia para satisfacer los legados, y esta venta de bienes, irremediable en la situación descrita, pone evidentemente en peligro la conservación de la empresa.

Para los casos de división de la comunidad hereditaria en la que existe una empresa mercantil, no ve otra solución que considerar la empresa en los negocios divisorios como un bien indivisible, y poner entonces en marcha el artículo 1.062 del Código civil. Considera como un mal menor la venta en pública subasta de la empresa que su desaparición por la vía de las adjudicaciones parciales.

Se nos dirá que todos estos autores, evidentemente favorables a la atribución sucesoria integral de la pequeña empresa familiar comercial o industrial, lo único que hacen es aplicar el sentido del artículo 1.056,2, a las necesidades peculiares que plantean las mismas, y que para ello no hace falta que un hipotético principio de Derecho agrario refuerce sus construcciones doctrinales.

Pero tales construcciones no dejan de ser eso: construcciones, siquiera estén avaladas por la altísima calificación doctrinal de sus autores. Estos no dejan de señalar las lagunas e insuficiencias de las mismas. La doctrina de la "desestimación del velo de la Sociedad Anónima", difícilmente puede extenderse al caso de la empresa familiar cuya articulación a través de una Sociedad Anónima obedece a la lícita conveniencia de prevalerse de la responsabilidad limitada que tal forma social comporta. Cuando no hay abuso de la figura social—lo que creemos es el caso de las empresas familiares, que revisten la forma de Sociedades Anónimas—, no creemos deba desestimarse o descorrerse el velo de la anónima y apreciar la realidad subyacente que encubre. Porque la realidad es por definición la misma que reflejan los libros del Registro Mercantil: un reducido número de socios que controlan la empresa social.

Por todo ello creemos que cuando, en un no lejano día, el principio general de la atribución sucesoria integral de la explotación agrícola familiar quede recibido en nuestro Derecho agrario, constituirá un principio ejemplar que podrá extenderse por analogía *iuris* a los ordenamientos sucesorios más rezagados que regulan la atribución sucesoria de la empresa artesana, industrial y comercial.

Con posterioridad, podrá insertarse como un genuino principio general del Derecho sucesorio, en el seno de un Derecho civil general, a la altura de su momento histórico, y preñado de promesas para el porvenir del siglo XXI, en el que se habrán refundido los Derechos especiales, entre ellos, los antiguos forales.

Se habrá consumado el ciclo del progreso del Derecho civil que luminosamente expone ASCARELLI: "Un sistema normativo especial se crea, en la periferia del Derecho común, para dar albergue a nuevas normas, a un *novum ius* que aparece todavía contra *tenorem rationis* de la organización tradicional, pero que es exigido por las nuevas necesidades y nuevas realidades. El sistema especial penetra en el Derecho común y se confunde con él cuando las nuevas reglas han devenido ya principios generales" (70).

Este reajuste del Derecho civil, insertando en el mismo los principios generales del Derecho agrario que merezcan esta generalización, llevará, como apunta Díez PICAZO (71), "a la recuperación de la unidad perdida, superando la atomización de los Derechos especiales. Se equivocará quien piense que decir esto equivale a predicar una simple refundición de los Derechos especiales en el Derecho común: La labor es más honda: exige una delicada tamización que permita separar aquello que en los *nova iura* hay descubrimiento de nuevos principios organizadores, y de aquello otro que tiene un valor ocasional y transitorio".

La labor del intérprete, empleando los más modernos medios de prospección social, trabajando en equipo en el seno de las corporaciones profesionales, en contacto íntimo con las organizaciones representativas de los afectados por los problemas que hemos enunciado, será fecunda e imprescindible para alumbrar el nuevo Derecho civil, que precisa, inexcusablemente, la gran sociedad española, insertada en la europea occidental, y en la familia humana, que ya aparece en el horizonte del año 2000.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH,
Notario de Huelva.

(70) Cita, en Díez-PICAZO, *Parte General*, pág. 12.

(71) *Parte General*, citada, pág. 22.

Planificación agraria (*)

A) *Proyección proteccionista de la empresa agraria.*

Prescindiendo de los diversos estadios evolutivos de la agricultura (1), que en el momento actual nos llevaría a distinguir, respecto de Europa, tres tipos claros de vida rural: el propiamente occidental, el mediterráneo y el de los países socialistas, en España hoy día pueden apuntarse las siguientes tendencias: una, representada por fuerte concentración urbana y atracción de las masas campesinas del interior hacia las grandes ciudades, en casi toda la

(*) Vid. mi obra *Crédito Personal Agrario y sus garantías jurídicas*, Santillana, S. A. de Ediciones, Madrid, 1968, y mi artículo publicado en esta REVISTA con el título *Crédito Agrario*.

(1) Para examinar los problemas agrarios dentro de nuestra Patria y la evolución experimentada, se puede consultar: F. CERRILLO y L. MENDIETA, *Derecho agrario*, editorial Bosch, Barcelona, 1952; MARTÍN SÁNCHEZ-JULIÁ, *La empresa agraria y su caracterización social y económica*, Conferencia en el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962; BONET RAMÓN, *Progresión legislativa y directrices del Derecho agrario en España*, en «Revista Legislativa y Jurídica», número extraordinario del Centenario, 1953; FEDERICO DE CASTRO, *El Derecho agrario en España*, en «Revista Anuario de Derecho Civil», tomo VII, fasc. 2.º, abril-junio; ALEJO LEAL, *El Derecho agrario y sus modernas orientaciones*, en esta REVISTA, 1935, págs. 613 y sigs.; CASTÁN, *Familia y Propiedad, La propiedad familiar en la esfera civil y en el Derecho agrario*, «Revista General Legislativa y Jurisprudencial», 2.ª época, año 103, tomo 31 (199 de la colección), números 3 y 6, septiembre y diciembre 1955, págs. 209 a 266 y 653 a 724; J. MARÍA PAZ SUEIRO, *El derecho de acceso a la propiedad en la legislación de arrendamientos rústicos*, Barcelona, Bosch, 1963; FRANCISCO PALÁ, *El patrimonio rural vinculado*, 1.ª Semana de Derecho Aragonés, Zaragoza, Librería General, 1942; LAMO DE ESPINOSA, *Aspectos de la agricultura española y su industrialización*, en «Revista Estudios Agrosociales», tomo III, núm. 7; CAMPS, *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona, Bosch, 1953; BENEYTO PÉREZ, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941; REDONET, *Historia jurídica del cultivo y de la industria en general en España*, 2 vols., Madrid, 1911-1918; CERRILLO QUÍLEZ, *La codificación del Derecho agrario español*, en «Revista de Derecho Privado», 1952; BÁDENES GASSET, *Orientaciones modernas sobre Derecho agrario y propiedad agraria*, Barcelona, 1959, etc...

Península; y otra, constituida por cierta estabilidad en Cataluña, y proyección, aunque más moderada, hacia las zonas rurales próximas al mar Mediterráneo.

Lo que no puede soslayarse es la necesidad imperiosa de reorganizar las estructuras agrarias. La necesidad de elevar el nivel del agro en todas sus manifestaciones constituye problema mundial. La acuciente precisión de alimentar la población universal es cuestión que exige grandes remedios e inmensos recursos.

El estudio de las estructuras agrarias establece claramente que, como el sector industrial, el agrícola conoce sus propias dificultades sociales. Si la actividad agrícola se encuentra *en su conjunto*, en posición de inferioridad crónica frente a otras ramas de la vida nacional el mundo agrícola debe igualmente afrontar las tensiones y contradicciones internas. Es decir, que esa inferioridad vendría a estar distribuida entre las diversas categorías que integran el campo. Afectan a su organización estructural en sentido horizontal y vertical. Es una consecuencia nefasta de la autonomía y aislamiento de las explotaciones agrarias. La vitalización del poder económico del campesino está ligado, sin duda, a un remodelaje de las estructuras agrarias.

Estas transformaciones deben realizarse con la celeridad precisa que las circunstancias aconsejen, pero no con premura (2). Toda transformación entraña considerables riesgos para ser asimilada y comprendida inmediatamente. Las repercusiones que pueden provocar son: de orden técnico, social, económico y moral, pues implica un cambio de mentalidad que afecta no sólo al campesino, sino a la sociedad. "Es preciso mucho valor para renunciar a las prácticas ancestrales que los técnicos extraños al campo presentan como rutinas antieconómicas" (3).

(2) «Después de la precipitación del Derecho revolucionario francés al final del siglo XVIII, la fuerza de las cosas hicieron volver, en 1804, a la sabia transacción del Código civil. Paralelamente, después que, en 1917, la Revolución soviética hizo tabla rasa del derecho capitalista, se han visto las Facultades de Derecho rusas obligadas a retornar a la enseñanza del Derecho romano y antiguo Derecho del país, como necesaria base de partida para la enseñanza del Derecho actual». R. DAVID, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, página 318.

(3) JEAN MEYNAUD, *La révolte paysanne*, pág. 1959. Vid. LOUIS LEROY, *Le ruralisme. Comment réaliser l'aménagement des campagnes*, París. 1960. Les Editions Ouvrières.

La transformación debe afectar de una manera general y completa a todo y a todos. Ha de referirse: a instalaciones de estructuras fundiarias, explotaciones en común (4), comercialización, transformación de los productos, conservación del suelo—edafología (5)—. Las formas asociativas de tipo cooperativista pueden producir, en parte, el resultado apetecido (6).

Pero para realizar esa tarea de modernización de nuestra agricultura que aproveche, finalmente, a toda la colectividad, el agricultor debe aceptar la adaptación de sus métodos de trabajo a los imperativos y posibilidades de una civilización técnica. La comunidad que se beneficiaría de este ingente esfuerzo tiene el deber moral de ayudarlos. Es una forma de solidaridad social que afecta a todos y a la economía nacional.

El objetivo primario a conseguir es un régimen de absoluta paridad entre las actividades agrícolas y las no agrícolas (7). Para su obtención es preciso llevar a efecto lo que los autores franceses llaman *l'alignement des conditions de vie*—nivelación de las condiciones de vida—.

Otro de los problemas difíciles de resolver en orden a la organización estructural es el de determinación de las unidades de cultivo. Es una cuestión que afecta directamente a los rendimientos (8). Por

(4) La Ley complementaria a la Ley de Orientación Agrícola francesa permite al colono adherirse a un grupo agrícola de explotación, avisando previamente al propietario.

(5) STUART MILL, refiriéndose a los bosques, dijo: «La conservación del suelo, la preservación de todas las riquezas naturales, es una gran tarea que incumbe a la sociedad, cuya misión es salvaguardar el patrimonio que ha recibido y que debe transmitir».

(6) «La unión hace la fuerza». Este era el lema que llevaba grabado en su interior el conde KALERGI, cuando en 1922 lanza su idea de política pan-europea.

(7) Esta relación de igualdad se regula como objetivo fundamental en el artículo 1.º de la Ley de Orientación Agrícola francesa de 5 de agosto de 1960: «Etablir la parité entre l'agriculture et les autres activités économiques». Se trata en el texto de una manera precisa, de hacer participar equitativamente a los agricultores en los beneficios de la expansión «par l'élimination des causes de disparité existant entre le revenu de personnes occupées dans d'autres secteurs, a fin de porter notamment que celui des autres catégories professionnelles».

En nuestro Ordenamiento jurídico, el principio de paridad viene recogido en el Fuero de los Españoles, cuyo desenvolvimiento dogmático va alcanzando una efectiva realidad.

(8) Hemos de reconocer que en nuestra Patria los servicios de Concentración Parcelaria, Colonización, etc..., están realizando una labor fatigosa, ponderada, pero de unos resultados francamente halagüeños.

ello, cuando una finca haya sido sometida al control de los organismos de parcelación, concentración, colonización, o haya obtenido una calificación sobre sus resultados, nuestro Ordenamiento facilita la concesión de créditos atribuyéndole prioridad sobre otras explotaciones agrícolas.

Es preciso tener en cuenta que el régimen jurídico de la propiedad (9) ha experimentado una profunda transformación a partir del segundo tercio de este siglo. Es la consecuencia del advenimiento del derecho de clase (10). Las *concepciones proletarias*, opuestas a las *burguesas*, van provocando el declinar de las instituciones que se inspiraban en la forma de vida de este sector de la sociedad (11).

El poder público, consciente de este estado regresivo de la población campesina, y de la evolución que se va experimentando en orden a las nuevas concepciones en razón a la aceleración histórica, se ha exteriorizado con espíritu francamente renovador. Ese espíritu tendente a la revitalización del agro español, se ha plasmado en francas realidades. Así:

1.º La creación de nuevas empresas de tipo familiar, con marcada idea de ampliarlas, mediante la noción del patrimonio familiar mecanizado. (Legislación colonizadora y de fincas mejorables).

2.º Perfeccionamiento de las empresas agrícolas existentes, con un más efectivo aprovechamiento y rentabilidad de la tierra en relación con el emplazamiento de la casa-labor y de las necesidades económicas, sociales y técnicas en general. (Concentración parcelaria, permutas forzosas, explotaciones familiares indivisibles).

3.º Mantenimiento de la unidad e indivisibilidad del patrimonio familiar. (Ley de Patrimonio familiar de colonización. Ley de

(9) No entramos en el estudio de este problema.

(10) Preferimos emplear esta denominación, porque, como acertadamente escribía J. RÍPER, pocos años antes de su muerte—*Les Forces créatives du Droit*, Dalloz, París, 1956, pág. 56—, «la expresión *derecho social* no significa nada, pues todo derecho es necesariamente social». Esta reflexión está perfectamente fundada, pues, en realidad todas las normas jurídicas son por naturaleza sociales, y es lógico que produzcan un efecto revulsivo, que a unas normas se les de este calificativo, con exclusión de otras.

(11) Vid. MORIN, *La Révolte des fait contre le code*: RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, 2.ª edición, Librairie Dalloz, París, 1952.

explotaciones familiares indivisibles, conservación de la concentración parcelaria).

4.º Acceso a la propiedad por el cultivador. (Ley de Arrendamientos rústicos, concentración parcelaria, créditos agrícolas, etc.).

5.º La del fomento asociativo para el cultivo y protección agraria a través de Cooperativas y Hermandades.

6.º Una efectiva política hidráulica.

Toda la ordenación jurídica que integran los puntos expuestos, constituyen un indudable esfuerzo de Planificación. Un encomiable propósito dirigido al fomento de nuestro agro, a través de su órgano fundamental: la familia campesina (12).

Si planificar es proyectar de forma reflexiva y sistemática, trasladando al campo de las realidades humanas esos proyectos, es decir, "creando un sistema de posibilidades", como ha dicho nuestro gran filósofo Xavier de Zubiri, es evidente que se ha planificado. Pero es necesario descender. Minimizar supuestos concretos. Es preciso un efectivo desenvolvimiento económico, trasladando al plano real esas abstracciones. Pues, la meta propuesta sólo puede alcanzarse mediante una verdadera planificación de la política económica inversionista a través de su instituto principal: el crédito agrícola, y dentro de éste el "crédito personal".

JOHNSTON Y MELLOR (13) destacan las líneas de contribución de la agricultura al desarrollo económico, poniendo de relieve como es pieza clave en el desenvolvimiento de un país, y, por consiguiente, cara al exterior. Así señalan:

(12) FRAGA IRIBARNE, *Política y Economía*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 125, septiembre-octubre 1962, pág. 14, expresa cómo «la sociedad adquisitiva, en la que todos queremos más se contrapone a la sociedad funcional en la que las adquisiciones están condicionadas al cumplimiento de funciones sociales... El resultado es la decadencia de la sociedad, e incluso de su mismo sistema económico, que a partir de cierto momento se estanca por falta de estímulos morales».

(13) B. F. JOHNSTON y J. W. MELLOR. *The roll of Agriculture in Economic Development*, en «The American Economic Review», septiembre 1961, citado en el trabajo «Análisis de sectores. Agricultura», en «Seminarios» núm. 25. noviembre-diciembre 1963, Cuadernos de Estudio de la Delegación Nacional de Organizaciones, pág. 124.

1.º El desarrollo económico supone un aumento considerable de las importaciones de bienes de equipo que únicamente el sector agrario puede compensar, incrementando la producción de artículos agrícolas de exportación.

2.º El desarrollo económico implica un incremento sustancial de la demanda de productos agrícolas que necesita ser cubierta por la producción nacional.

3.º La mano de obra, imprescindible para el proceso de industrialización, sólo puede proporcionarla la masa laboral subocupada en la agricultura.

4.º Una buena parte del capital para la inversión a gran escala, necesario para conseguir una tasa suficiente de desarrollo, procede de la agricultura, como sector básico de la estructura productiva de los países insuficientemente desarrollados.

5.º El crecimiento de la producción industrial necesita un mercado suficientemente dilatado, y este mercado es esencialmente agrícola. Por tanto, es imprescindible el aumento de los ingresos agrarios para potenciar la demanda efectiva.

B) *Crédito agrario y realidad.*

De los principios antes expuestos se deduce una doble consecuencia: de un lado, el desarrollo económico de un país está condicionado al desenvolvimiento del sector agrario, y, de otro, que como sector empobrecido difícilmente puede contribuir al desarrollo de otros sectores de la producción, salvo por aplicación del sistema PREOBRJENSKY (14). Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la agri-

(14) En la Rusia staliniana se adoptó para el desarrollo industrial la tesis de PREOBRJENSKY de *acumulación socialista*. «El sector agrícola debía de desempeñar para la economía socialista el mismo papel que las colonias con relación al sistema capitalista. La explotación de los campesinos debía consistir esencialmente en el establecimiento de precios elevados para los productos industriales proporcionados a la agricultura, y la fijación de precios débiles fijados a los artículos de los campesinos por ellos proporcionados». Vid. FRANCISCO BELDA, *La libertad y planificación agrícola*, en «Fomento Social», vol. XIX, número 75, julio-septiembre 1964, pág. 280.

cultura precisa de la atención preeminente de los poderes públicos. Atención que debe ser prestada con el correspondiente esmero, por las consecuencias de retrocesión que, en la agricultura, produce cualquier hecho en razón a su gran sensibilidad.

Uno de los fenómenos más característicos de la evolución de la economía agraria ha sido el decrecimiento relativo de su peso en el conjunto económico. Este efecto se ha puesto de relieve en los países que han ido avanzando en el proceso de desarrollo, pues a medida que éste crecía iba retrocediendo la importancia de la actividad agraria. MARC LATIL (15) resume en tres causas que a ello contribuye: a) La generalización de la Ley de KING; b) El principio de "aceleración agrícola" que provoca frecuentemente efectos perniciosos en el orden cuantitativo y cualitativo de las cosechas. Es el resultado de la Ley de los rendimientos decrecientes, y c) El "efecto de transmisión" del sector terciario por el que los costes y márgenes de distribución rígidos amplifican, para el sector productivo, la caída de la demanda final. La única posibilidad de combatir estos graves inconvenientes es con la aportación a la agricultura de los otros elementos de la producción: capital y técnica.

Hemos expuesto la esencia de lo que constituye el "crédito", y lo que éste representa para la agricultura. Pero para que tenga efectiva realidad ese desarrollo económico tiene que llevarse a cabo con participación de la sociedad total, como algo que sólo puede lograrse con la colaboración de todos. "Las llamadas leyes económicas—dice FRAGA IRIBARNE (16)—son, en realidad, *hipótesis sobre el comportamiento humano*", fundadas en el estudio del comportamiento anterior. Su conocimiento es un elemento esencial para poder formular una política económica (parte esencial de toda política) como sistema racional de medios para lograr determinados fines. Así, como con *medios* económicos inadecuados, la mejor política será inútil, así también los hechos económicos por sí mismos no determinan los fines sociales a seguir.

Vemos cómo el orden político no puede estar separado del orden social ni del económico, sino que tiene y que debe actuar un mismo

(15) Autor cit., *L'évolution du revenu agricole*, Centre d'Etudes Economiques, Librairie Armand Colin, Paris, 1956.

(16) Autor cit., *Política y Economía*, cit. pág. 18.

orden común que se caracteriza por un peculiar sentido. Así, la política da sentido a la economía y a la sociedad. Pero es preciso reconocer "que el desarrollo económico es un proceso continuo que se alarga sobre la misma línea, desde los países nuevos de Africa, todavía mal liberados de sus estructuras tribales, hasta la economía elaborada por las naciones occidentales con su aparato social complicado" (17). MEIER y BALDWIN escriben que "todas las economías atraviesan fatalmente las mismas fases de desarrollo con un pasado parecido y un porvenir idéntico" (18).

Una nación podrá escamotear ciertas fases—en el proceso de desarrollo industrial—y encontrarse en un punto dado de la evolución sin haber recorrido todas las etapas intermedias (el ejemplo ruso nos lo revela), pero la agricultura exige una progresiva evolución, en la que el crédito personal agrario ocupa en la actualidad un papel importante. "Imperativos de orden técnico implican la necesidad de prestar al hombre, no a la empresa", dice JEAN DE CAMBIATRE (19).

Por ello es preciso hacer frente a la realidad de desamparo en que está la agricultura. Es imprescindible orientar la mente del *homo oeconomicus* (20) hacia la agricultura, haciéndole ver la trascendencia y efectividad del aforismo anglosajón: *Technology makes ressource*: por la técnica se consiguen recursos suplementarios.

La realización de estas concepciones suponen una profunda transformación. Pues es preciso modificar la composición de la sociedad en sus líneas estructurales. No es suficiente el cambio parcial de sectores. Para un auténtico y eficaz desenvolvimiento del plan de desarrollo económico es preciso una revisión y adaptación del

(17) GALBRAITH. *Les conditions actuelles du développement économiques*, Denoel, Edit. Paris, 1962, pág. 25

(18) Vid. RENÉ PASSET. *Phases de Développement et seuils de mutation*, en «Revue Juridique et Economique du Sud-Ouest». Editions Bière, Bordeaux número 2, 1965, págs. 259 a 306.

(19) Autor cit., *Le crédit agricole mutuel*, cit. pág. 28; Vid M. BESON, *Le crédit agricole*. Sirey. Paris, 1939, págs. 28 y sigs.

(20) Los fisiócratas y el mismo ADAM SMITH, son en realidad los *primitivos* de la Ciencia Económica. En esa época existía una estabilidad entre rentabilidad de la agricultura y el artesanado, pero al surgir nuevos impulsos de la actividad creadora del hombre frente a la limitación de la tierra y a la inaccesibilidad de las asociaciones gremiales, surgió el *homo oeconomicus*. Es decir, el hombre crematístico que realizaba actividades económicas con el fin de obtener la mayor ganancia.

Derecho positivo vigente, puesto que todo el mecanismo funcional de la nación ha de verse afectado por las consecuencias del mismo y aquél no alcanzará la meta propuesta por los obstáculos que representa un sistema ya superado, no adaptado ni adaptable a las nuevas necesidades. Ya hemos dicho que Sociedad y Economía están unidas al orden político, y una y otra son realidades dinámicas. Esa dinamicidad ha de ser más profunda cuando de la agricultura se trata. Para su logro, uno de los instrumentos que estimo más eficaces es el "crédito personal agrario".

C) *Crédito personal agrario.*

Hemos destacado la importancia que va adquiriendo el crédito como forma de desenvolvimiento del comercio, de la industria, hasta el punto de que el cese del crédito sería la ruina. Pero si importante es el crédito para la industria y el comercio, su desenvolvimiento no hubiese llegado al auge actual sin el *crédito de consumo* en su modalidad personal.

La importancia del crédito personal en la agricultura como medio de revitalización del campo es extraordinaria. La idea económica domina en la sociedad actual, impregnada por la ley de la cuantificación, que se extiende a todos los aspectos de la vida, con merma en el orden humano de la jerarquía individual, basada en los valores cualitativos. Es en el crédito personal agrario donde puede desarrollarse plenamente esa jerarquización de valores. Supone un vigoroso estímulo en beneficio de aquellos que reúnen esas cualidades.

A nuestro juicio, dos elementos son los que contribuyen a determinar y graduar la garantía exigible, independientemente de los factores positivos *estáticos* y *dinámicos*, de que ya hemos hablado, aun cuando están íntimamente ligados a los mismos: son, profesionalidad y vocación.

La profesionalidad constituye sistema de vida propio y de la familia, con todas las características que la misma comporta en relación a la empresa agraria de la que, en razón a la profesionalidad, se regenta. La profesionalidad imbuje un sentimiento de responsabilidad, no sólo respecto a la forma de proceder o actuar en rela-

ción con el objeto de su trabajo, sino en relación con las obligaciones que del mismo se deriven. Si a esta idea de profesionalidad se une el espíritu vocacional, la consecuencia en orden a la idea de responsabilidad se intensifica. La observación de esos dos elementos, como concurrentes en el beneficiario del crédito personal agrario, son fácilmente deducibles por el examen directo del predio. El sistema y régimen de cultivo observado permitirá graduar las cualidades concurrentes en el mismo y, por consiguiente, las posibilidades determinantes no sólo de la concesión, sino de la garantía exigible, pues si las condiciones observadas son óptimas, serán suficientes las circunstancias *ad personam* en el mismo coincidente.

Así el crédito personal agrario tiene un doble aspecto: económico y jurídico, interdependientes entre sí. El económico que viene dado en función y razón del objeto que constituye el financiamiento: actividad agropecuaria (21). El jurídico, en razón a la complejidad de la operación de crédito con la cual se hace efectivo el financiamiento de la empresa agrícola (22). Esa complejidad se acentúa como consecuencia de la proyección pública que el crédito ha de tener, ya que el mundo financiero y el rural no se compenetrán. El régimen de explotación agraria no va con el sistema bancario, máxime cuando se trata de empresas rurales de tipo familiar (23).

Esto hace que el régimen jurídico regulador del "crédito agrario" adopte una fisonomía peculiar, como peculiar es la explotación agro-

(21) El artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1946, dice: «Dichos préstamos tendrán por objeto la creación, conservación y regulación de la riqueza agrícola y pecuaria; el establecimiento de mejoras territoriales; el incremento, mejora y sostenimiento de la ganadería; la instalación y perfeccionamiento de las industrias agrícolas y pecuarias; la concentración parcelaria y el saneamiento y protección de la pequeña propiedad rústica» El artículo 1.º de la Ley de 30 de marzo de 1954, amplía el precepto anterior a «...la creación, conservación y regulación de la riqueza forestal» Ambos artículos se refunden en el 2.º del Decreto de 16 de junio de 1954. Véase, también el apartado b) de la Base 5.ª de la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962 y la 10.ª de la misma Ley, que establece y estimula la financiación de operaciones de ventas a plazos para la adquisición de equipo industrial y agrícola; asimismo el artículo 2.º del Decreto-ley de 20 de julio de 1962 regulador del Banco de Crédito Agrícola.

(22) Para el examen del problema referente a la especificación de las características del crédito agrario y las diversas teorías que respecto a su naturaleza se han elaborado vid. mi obra *Crédito personal agrario y sus garantías jurídicas*, Editorial Santillana, Madrid, 1968

(23) ARWED KOCH, obr. cit. pág. 60, dice «...los Bancos son organismos de lucro y no de beneficencia».

pecuaria. Este aspecto ha motivado un conjunto de normas encaminadas a su regulación, que han establecido las facetas precisas y previsibles para que conduzcan a un resultado eficaz, bajo la impronta de *servicio público* (4). La Administración tenía necesariamente que intervenir. La actividad privada se desentendía, peligrosamente, de esta fuente de riqueza. Así, en este supuesto concreto—reglamentación del crédito agrícola—a diferencia de otros sectores económicos, la Administración ha cubierto un importante vacío de la esfera privada.

Contribuye a la calificación de “servicio público” la función social que el crédito agrario cumple. En el ámbito del Derecho privado puede encontrarse una manifestación a través del mutuo simple, pero éste, que es la forma más pura del préstamo, no dedica, por lo general atención al posible destino agrícola—comercial o industrial—de las cantidades prestadas.

A la calificación de *servicio público* (25) contribuye la función social que el crédito agrario cumple. Si sostenemos o hemos expresado la idea de que el crédito agrario, tal como se encuentra regulado por nuestro Ordenamiento positivo, no constituye más que la *fase inicial de consolidación*, es porque estimamos que para su total organización debe descender a los escalones primarios. Es decir, operarse una estructuración periférica de naturaleza esencialmente profesional, bajo la dirección de la política crediticia del órgano centralizado—Banco de Crédito Agrícola—. A estos órganos perifé-

(24) Examinando los diversos autores que colaboran en *Atti della Prima Assemblea del «Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato»*. Firenze, 4-8 Aprile 1960, Volume Terzo, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1962, correspondientes a diversas nacionalidades, se observa el carácter de «servicio público» de que participa el crédito agrícola en el régimen jurídico de sus respectivos países, y se manifiestan claramente en su favor: PIERRE VOIRIN, PIETRO GERMANI, JUSUF SAIN ATASAGUM, EMILIO CAPELLI, ANDRÉ GRACIS, CHRYSOS EVELPIDES, HENRY FRANKEL, ICHIRO KATO, etc.

(25) «Se entiende por servicio público la prestación o actividad que, al menos con cierta continuidad, realiza una persona en favor o beneficio de otra». Vid. AURELIO GUAITA. *Derecho administrativo especial*, tomo III, pág. 64, que toma la noción dada por GARCÍA-TREVIJANO y FOX en *Aspectos de la Administración económica*, en «Rev. Administración Pública», núm. 12, año 1953, páginas 11 a 76. Precizando el concepto, A. GUAITA—obr. antes cit.—dice que «servicio público es la prestación o actividad que la Administración, por consideración directa al interés público, realiza en beneficio de los particulares o administrados», págs. 65 y sigs

ricos habrá que atribuirles facultades decisorias y propia responsabilidad, dentro de un límite cuantitativo.

La necesidad de este escalón profesional, con personalidad propia y progresiva autonomía, hasta que alcance su *mayoría* económica es un hecho reconocido por Su Santidad Juan XXIII (26), al decir: "Abrigamos, no obstante, la firme convicción de *en materia de agricultura*, los autores y promotores principales del desarrollo económico, del progreso cultural y de los avances sociales deben ser los primeros interesados, es decir, los mismos agricultores".

La organización profesional del crédito agrario, permitirá que la ayuda económica alcance a todos, borrando, o al menos atenuando, la situación que el Profesor DE CASTRO prevé: "...se adivina una división de tierras parecidas a las nobles y plebeyas del antiguo régimen. Propiedades privilegiadas, grandes fincas industrializadas ('latifundios' privilegiados), favorecidos con premios y primacía de concesiones y demás ayudas, mercedes y gracias administrativas; empresas en régimen de libertad, reguladas por normas mercantiles; pequeñas fincas, propiedad de campesinos o cultivadores (huerta, patrimonio), sometidas a severas intervenciones burocráticas, incluso en su vida familiar, y entregadas a la discrecionalidad administrativa; fincas de tipo medio, sin privilegios ni especial intervención, abandonadas a la vieja e inadecuada legislación civil" (27).

II

RÉGIMEN LEGAL DEL CRÉDITO PERSONAL AGRARIO

A) *Desenvolvimiento del crédito.*

Perfilado el concepto de "crédito personal agrario" y delimitada la esfera de nuestras inquietudes, es incuestionable que si se pretende obtener un efectivo desenvolvimiento de la empresa agrícola,

(26) *Encíclica «Mater et Magistra»*, Edición bilingüe. cit., pág. 60, núm. 144.

(27) Autor cit., *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, cit., página 391.

ésta pueda llegar a alcanzar la efectividad anhelada por juristas, economistas y sociólogos, a través del crédito (28). Ese crédito debe tener una fundamentación sustancial en la garantía estrictamente personal, ello como consecuencia del fracaso de los sistemas de garantía real. Es decir, aquella concesión de crédito que se ampara en las cualidades morales de su beneficiario, como hemos expuesto: en las circunstancias *ad personam*.

Cuando analizamos el crédito y los elementos que en su concepción intervenían, sintéticamente lo considerábamos como un negocio jurídico por el cual una persona procura a otra un valor presente a cambio de un bien futuro. Es decir como integrado por dos notas fundamentales: la primera caracterizada por *l'acte de foi*, que se encuentra normalmente en el fondo de todo negocio de cambio y de modo especial en el crédito, y la segunda por el factor tiempo.

Según la trascendencia atribuida a estas notas por los autores han surgido dos tendencias doctrinales, que examinan el crédito como concepto genérico. Así la *teoría de la confianza—vertrauens-theorie—*, y la otra, la *teoría de la anticipación—zukunfstheorie—*. En una se valora el elemento subjetivo y, por consiguiente, de orden abstracto; en la otra se atiende al elemento objetivo y por ende de orden concreto.

El aplazamiento es elemento esencial en el contrato de crédito. Los contratantes crean la deuda con el solo fin de aplazarla, pero este elemento no individualiza como especie, al crédito, tipifica al préstamo del cual el crédito es una especie. El factor tiempo—aplazamiento—es el que da nacimiento al riesgo. Es él el que introduce en los actos jurídicos la *incertidumbre*. Así, hipotéticamente, el mayor o menor grado de seguridad estará en relación con su duración. En consecuencia, la forma de garantizar esta incertidumbre vendría determinada por el factor tiempo. Pero al decir “hipotéticamente” es porque no lo tomamos como valor absoluto. Por razón de la persona, objeto y fin, puede un crédito de más breve plazo tener una mayor intensidad en la *incertidumbre* que otro de plazo más largo.

(28) Vid. CASTÁN, *Familia y Propiedad*, cit., págs. 710 y sigs.; EMILIO GARRIGUES, *Más allá de la economía: notas y réplicas*, en «Rev. Estudios Políticos», núm. 124, julio-agosto 1962, págs 204 y 205; FRAGA IRIBARNE, *Política y Economía*, cit., págs 5 y 6.

Por ello al lado de este elemento *tiempo* situamos como factor específico la *confianza*. Noción de orden psicológico—de esencia puramente subjetiva—, encuentra su mejor expresión en el principio de la buena fe. Ya expusimos cómo el principio de la buena fe significaba en el crédito el respeto mutuo de los derechos de cada uno y sumisión estricta a las obligaciones suscritas. Por esta razón estimábamos la *confianza* como elemento natural del crédito (29).

Este elemento *confianza* lo enraizamos con el elemento humano, como noción de orden puramente psicológico, que se traducía en el convencimiento íntimo, adquirido por el concedente, de que las obligaciones contraídas serían cumplidas puntualmente. Por ello, ya indicábamos como precisos la concurrencia de una serie de presupuestos en el crédito—características y elementos integradores del mismo, *confianza* y *solvencia*—para poder valorar la capacidad y la voluntad de pagar en el beneficiario. Es decir, de un lado *solvencia*, que depende esencialmente de su situación material o de sus posibilidades objetivas de pagar, y de otro, el deshonor, que pone en juego la voluntad subjetiva de pagar: relación esencialmente *intuitu personae*. La doctrina alemana insiste en esta nota cuando habla de *kreditfähigkeit* para indicar la “capacidad de contratar un crédito” (30).

Si en el orden económico mercantil se han llegado a consecuencias y resultados altamente positivos, desde la introducción en 1907

(29) «La confianza—en el sentir de GRECO, *Corso di Diritto bancario*, 1936, páginas 14 y sigs.—es la nota que caracteriza la operación de crédito, no de manera esencial, sino como elemento natural».

JEAN DE CAMBIAIRE—*Le crédit agricole mutuel* en «France», cit., pág. 141—siguiendo al Marquis d'Aragon («Connaître la terre», Bloud et Gay, París, 1942) expresa la idea de restauración de la confianza en el campesino con bellas frases: «Restaurer ou instaurer la fierté paysanne, c'est du même coup porter atteinte aux préjugés qui ont entravé l'épanouissement de la classe toute entière. C'est donner à la paysannerie le moyen de s'organiser elle-même dans une pleine possession de ses moyens et de tenir sa place aux côtés des autres éléments économiques et moraux de la communauté nationale».

(30) Vid. PIERRE ANDRÉ GUILLIERON, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, cit., págs. 23 y sigs. Así «el factor personal es al mismo tiempo el elemento primordial de la confianza que ocupa el primer lugar en el crédito». Este factor—continúa—«reviste una importancia decisiva para el acto jurídico en razón de la influencia que es susceptible de ejercer sobre el factor tiempo...» y «...en toda operación de crédito, la obligación personal del deudor representa siempre el elemento capital y decisivo del contrato; la garantía, por el contrario, queda en segundo plano y no representa nada más que una emanación del crédito, o, mejor, un medio técnico de ejecución».

del sistema de ventas de ARTHUR J. MORRIS (31) en Norfolk—Virginia, EE. UU.—existen, a nuestro juicio los mismos principios económicos respecto a la concesión de créditos a los agricultores que no pueden ofrecer más garantías que las derivadas de las virtudes morales que les adornan, pero, con la concurrencia de una circunstancia positiva favorable a los mismos, frente al hombre de la ciudad, derivado de espíritu conservador que anima la forma de actuar y proceder del cultivador, y en razón a la naturaleza del crédito como *crédito de producción* y no de consumo.

El recurso del crédito permite al agricultor *comprar* los medios técnicos, susceptibles de acrecer su producción. Pero no queda aquí limitada la importancia del crédito agrario. El capitalismo comercial y financiero han precedido al capitalismo industrial de final de la era moderna. Así el siglo xx ha contribuido a la formación de estos cuatro grandes grupos: la industria, el salariado, el comercio y la agricultura. En torno a ellas se desenvuelven las ideas políticas, económicas y sociales bajo el arbitraje del Estado. La agricultura es la más débil de todas y sobre ella pretenden los otros acrecentarse. Si el mundo agrícola tiene una cierta cohesión y dispone de crédito fluido y abundante, no solamente mejora su posición, sino que, y esto es lo más importante, asegurará el equilibrio del juego y facilitará el arbitraje del Estado (32) realizable por mediación del Derecho.

(31) Vid EDWIN ROBERT ARTHUR SELIGMAN, *La venta a plazos*, trad por G. FRANCO, J. PÉREZ BANCES y A. FLORES DE LEMUS, Madrid, 1931, págs. 42-56. Las ideas que constituyeron el éxito del *sistema Morris*, fueron: a) Concesión de crédito destinado a la adquisición de bienes de consumo. b) La necesidad de crédito y, por consiguiente, de ayuda, es más intensa en aquellas personas que sólo pueden ofrecer como garantía su propia persona, su integridad moral y su futura capacidad de adquisición basada en el trabajo. c) La posibilidad de reintegro aplazado y fraccionado. d) Intereses módicos en relación con el riesgo de la operación, 6 por 100, de interés y 2 por 100 de recargo, y e) Reembolsos en plazos adaptables a las necesidades y economía de los acreditados que podían alcanzar hasta 50 mensualidades. Vid., asimismo, VÁZQUEZ RICHART, *La compra-venta a plazos de los bienes muebles*, cit., pág. 17.

(32) Lo que protege el interés general, protege los intereses particulares, y viceversa; por ello se sostiene por muchos autores que el Derecho público es el que directamente y en primera línea atiende a la utilidad del Estado, y el Derecho privado el que directamente y de modo primario atiende a los intereses individuales; COGLIOLO, *Filosofía del Diritto privato*, 2.^a edición, págs. 114 y sigs. Pero hemos de tener presente que el fin del Derecho es siempre la persecución del interés general, y por ello tanto uno como el otro contribuyen a ese fin. Por ello, con el Derecho el Estado podrá mantener el equilibrio de las

B) *Protección de la empresa agrícola en el orden económico.*

El fenómeno de la productividad industrial ha disminuido la atención el problema agrícola. No obstante se observa la tendencia paulatina de asimilación y aplicación del crédito a la agricultura, si bien con la reserva natural del sector privado ya que "...los poseedores de capital prefieren colocarlos en otros negocios que en la agricultura" (33). Esta orientación progresiva, se refleja en nuestro Ordenamiento positivo mediante el estímulo creciente que, a través de una sana política agraria, va estableciéndose por el Estado español. Tal actividad, encaminada a la protección de la pequeña empresa agrícola (34), en el orden económico se proyecta sustancialmente en un variado sentido: a) Establecimiento de un régimen crediticio que va adquiriendo mayor agilidad y flexibilidad. b) Fomento de las organizaciones de tipo asociativo en régimen cooperativista, superando la dicotomía entre individualismo y colectivismo. c) Protección de la pequeña empresa, impidiendo los estragos de la división hereditaria; la ejecutividad de los elementos integrantes de la misma, etc... d) Asistencia técnica (Escuelas de Capacitación agrícola, etc...). La necesidad de un trato de favor, se justifica en

relaciones, el orden en las mismas. La «Pacem in terris» afirma que el orden moral es «universal, absoluto e inmutable en sus principios», pero añade que «no se puede establecer de una vez para siempre cual es la estructura mejor, según la cual *deben organizarse los poderes públicos*, ni tampoco se puede determinar el modo más apto según el cual deben desarrollar su propia y específica función, es decir, la función legislativa, administrativa y judicial. La estructura y el funcionamiento de los poderes públicos, no puede menos de estar en relación con las situaciones históricas de las respectivas comunidades políticas», situaciones que, en virtud de la progresión histórica, varían bastante en el tiempo y cambian en el espacio.

(33) *Enciclica «Mater et Magistra»*, edición citada, pág. 56 (134).

(34) PAZOS, en *Política Social y Agraria en España, problemas situaciones y reformas*, Madrid, 1920, en su pág. 26, da un concepto de la pequeña propiedad apto en los tiempos actuales al decir que es «la que puede servir al sostenimiento desahogado de una familia de labriegos que la cultivan por sí, con el auxilio más o menos temporal de criados, jornaleros o vecinos». No podemos olvidar que, «aproximadamente las dos terceras partes de las tierras dedicadas a la agricultura, son explotadas por los propietarios de las tierras y sus familiares. Una gran proporción de las explotaciones agrícolas son pequeñas (más del 25 por 100 tienen menos de 5 hectáreas...)». Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Oficina de coordinación y programación económica, Madrid, 1962, pág. 359.

función de las circunstancias concurrentes en esta fuente de riqueza (35).

No obstante, la reglamentación cada vez más avanzada y favorable al desarrollo del crédito, su real plasmación en la agricultura, ha sido limitado. Obedece a diferentes causas, pero todas ellas responden a la minusvaloración de la agricultura. Hemos de tener en cuenta que al *homo oeconomicus* sucede en la época actual el *homo technicus* (36). De esta concepción salen suficientes principios para la organización de la sociedad, que actúa en virtud de su fuerza creadora.

Su proyección, en el ámbito de la agricultura, se exterioriza en una creciente preocupación del agro, con realidades tangibles alcanzadas en los países de alto grado de desarrollo (Estados Unidos, Canadá, Australia, Alemania Federal, etc.). Esa constante renovadora se exterioriza en una creciente preocupación por la industrialización del campo (37), con aportación de capital privado que, hasta ahora se ha retraído e incluso con la constitución de empresas agrícolas, fuertemente mecanizadas, bajo la forma de personas jurídicas (38).

La evidente correlatividad entre Economía y Política va rindiendo sus frutos. Las Leyes Fundamentales de la Nación (39) han traza-

(35) «En cuanto a los tributos, la reglamentación de los mismos, conforme a justicia y equidad, pide, sobre todo, que se acomode a la capacidad tributaria de los ciudadanos. Pero, en la ordenación de los tributos agrarios, el bien común de todos pide de los gobernantes tengan en cuenta que los réditos en la agricultura se producen con mayor lentitud y están expuestos a mayor riesgo y que, además, es más difícil encontrar los capitales necesarios para incrementarlos». *Encíclica «Mater et Magistra»*, cit., pág. 56 (132-133); Vid. DAUPHIN MEUNIER, *La doctrine économique de L'Eglise* y el número extraordinario de la «Rev. de Política Social», dedicado a la Encíclica cit., núm. 52, 1962, octubre-diciembre.

(36) ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, *La socialización en la doctrina social Católica*, en «Rev. Pol. Soc.», cit., pág. 127; EMILIO GARRIGUES, *Más allá de la Economía...*, cit., pág. 204 dice: «...como la economía no puede tener razón contra la vida, quiere decirse en buena lógica, que el *homo oeconomicus*, esa peligrosa abstracción, sabe ser sustituida, o al menos compensada por el hombre natural que, bien entendido, no es otra cosa que el hombre social».

(37) En Atti della Prima Asamblea, cit., véanse los artículos de: EMILIO CAPELLI, *Il crédito agrario nell "integrazione economica"*; GIOVANNI CARRARA, *Il crédito agrario di miglioramento*; CHRYSOS EVELPIDES, *Le credit agricole Internationale*.

(38) No hemos de entrar en el estudio de esta cuestión, como asimismo reiteramos, eludimos el aspecto de múltiples problemas que se suscitan y que en relación con la materia que desarrollamos sólo apuntamos exclusivamente.

(39) Cfr. los principios IX, X, XI y XII de la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958; los artículos 26 y 30 del Fuero de los Españoles; el artículo 10 de

do la pauta política, que ha iniciado el efectivo movimiento económico en pro del agro. Esa orientación económica en el aspecto que analizamos de “crédito personal agrario”, se recogió por la Ley de 17 de julio de 1946, en cuyo artículo 3.º, párrafo 2.º, establecía que “sólo cuando no existen, o no sean utilizables, las Asociaciones o Entidades—de carácter agrícola o ganadero—podrá el Servicio Nacional de Crédito Agrícola concertar directamente con los agricultores individuales operaciones cuya cuantía no podrá exceder de 50.000 pesetas” (40). En la de 30 de marzo de 1954, modificativa de la anterior y de la de 17 de julio de 1951, se dice que “la cuantía máxima de los préstamos individuales no podrán rebasar de los siguientes límites: 100.000 pesetas cuando se otorguen con garantía personal; 150.000 pesetas cuando el prestatario asegure el cumplimiento de sus obligaciones mediante prenda, con o sin desplazamiento, pignoración de *warrant* o resguardo de garantía, y 500.000 pesetas cuando se conceda con garantía hipotecaria” (41).

III

CRÉDITO PERSONAL AGRARIO CON GARANTÍA “AD PERSONAM”

A) *Presupuesto y ámbito.*

La admisibilidad, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico de los créditos agrícolas con la garantía meramente *a personam*, es objeto de previsión, si bien con una evidente limitación cuantitativa. Aho-

la Ley Cortes Españolas; el artículo 10 de la Ley Cortes Españolas de 17 de julio de 1942, y las declaraciones XI y XII del Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938

(40) Véase el Decreto-ley de la Jefatura del Estado de 21 de julio de 1959, regulador del Plan de Estabilización; Decreto de la Presidencia de 29 de noviembre de 1962 por el que se establece el Plan de Desarrollo Económico, marcando las directrices y medidas preliminares; Ley de 28 de diciembre de 1963, sobre el Plan de Desarrollo para el cuatrienio 1964-1967, y el posterior de 1968; y otras disposiciones complementarias: Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas de 28 de diciembre de 1963; la Ley de 17 de julio de 1946, modificada por la de 30 de marzo de 1954 que extiende los beneficios de la misma a la riqueza forestal; la de 14 de abril de 1962, por la cual se establecen las Bases de Ordenación del Crédito y la Banca; el Decreto-ley de 29 de noviembre de 1962, que autoriza la creación de nuevos Bancos Industriales y de Negocios; el Decreto-ley de 20 de julio de 1962, y la Orden de 8 de noviembre de 1962; etc.

(41) Vid. mi obra *Crédito personal agrario*., cit., págs 185 a 211.

ra bien, su posibilidad viene condicionada por dos factores fundamentales: a) Determinación del régimen jurídico del cultivador, en relación con la empresa que dirige. b) Determinación específica de la garantía *ad personam*, en función del objeto de préstamo y del régimen jurídico del cultivador.

El examen de estas cuestiones nos obligaría al estudio de los distintos supuestos que pueden plantearse en orden a la forma de explotación de una empresa agropecuaria, distinguiendo, en consecuencia, la titularidad y régimen que ostenta el beneficiario, al objeto de coordinar, no sólo su concesión, sino su cuantía. La importancia de estos dos factores es esencial, ya que, bajo el concepto de titular de la empresa agrícola, se comprende, no sólo el propietario cultivador, sino el cultivador no propietario. Dentro de este último, es necesario tener presente los distintos supuestos que atribuyen la posesión inmediata sobre el predio o explotación agropecuaria.

Un estudio justificativo de la tesis que mantenemos, analizando cada uno de los supuestos que pueden plantearse, son objeto de consideración en otro lugar (42). Análisis que efectuamos teniendo en cuenta lo que dice Cossio [(42 bis)]. "Cualquier intento de exposición y crítica de un determinado complejo normativo, exige la reconstrucción de todo el sistema de ideas y conceptos que han servido de base, más o menos consciente, a la ordenación institucional, para de esta manera comprobar hasta qué punto se ajusta cada precepto concreto a las exigencias internas impuestas por la lógica de la propia institución".

B) *Su análisis funcional.*

Un estudio analítico del crédito personal agrario, tal como es objeto de regulación por la actual legislación, nos revela que reúne las características, en principio, funcionales y teleológicas que hemos expuesto. La realidad nos ha evidenciado que hasta el año 1962, el movimiento crediticio no ha experimentado el alza inversionista

(42) Vid. obra cit. en el número anterior. págs. 253 y sigs., al tratar de «Beneficiarios».

(42 bis) ALFONSO DE CONIO: *El concepto de pequeña empresa agraria y la moderna legislación española*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo VIII, fase III, julio-septiembre 1953, núm. 2, pág. 727

que se esperaba. Por el contrario, se va produciendo un retraimiento en la pequeña empresa agrícola, que hace mirar con desconfianza y recelo creciente toda actividad derivada del campo.

Varias pueden ser las causas de esa situación que, conjuntadas, provocan un resultado negativo. Ese efecto no puede ser atribuido en todo al régimen de concesión de los créditos, pues aún centralizados los servicios —artículo 2.º de la Ley de 30 de marzo de 1954—, los "... agricultores individuales que no pertenezcan a Cooperativas, Secciones de Crédito, Cajas Rurales, Grupos Sindicales de Colonización u otras entidades agrícolas de análogo carácter, procurarán utilizar, en calidad de intermediarias, a las Organizaciones Bancarias de Crédito, Ahorro popular, Previsión u Organismos oficiales o sindicales a virtud de convenios que en cada caso habrán de ser sancionados por el Ministerio de Agricultura, a propuesta del referido servicio".

En apariencia, no existe complejidad administrativa (43). Pero hemos de analizar si la creciente intervención administrativa en la agricultura puede provocar ese efecto regresivo.

El Derecho agrario es un derecho en formación (44), que participa cada vez más del Derecho público-administrativo, y esto puede perjudicar su desenvolvimiento: Así lo afirma CASTÁN (45). FEDERICO DE CASTRO (46) pone de relieve los peligros administrativos, es decir, del intervencionismo administrativo, que pueden provocar en el campo de la agricultura. VALLET DE GOYTISOLO lo destaca claramente, al decir que "... el rígido sistema sucesorio impuesto en el Derecho histórico de Castilla—mayorazgos para los grandes patrimonios y legítima larga para los propietarios modestos—ha dejado como secuelas los problemas económicos-sociales planteados por latifundios y minifundios. En cambio, las legislaciones forales, con breves disposiciones netamente de Derecho civil, resolvieron favorablemente desde hace siglos los problemas de la economía agraria,

(43) Vid. mi obra *Crédito personal agrario*... cit., págs. 204 a 211.

(44) Sobre el problema de la autonomía del Derecho agrario, vid. bibliografía reseñada por FERNÁNDEZ BOADO, *El negocio jurídico de crédito agrario*, en «Rev. de Derecho Agrario», tomo I, Zaragoza, 1964, nota 33, y además, la citada en mi obra arriba indicada.

(45) Vid. CASTÁN, *Familia y propiedad*..., cit. en el epígrafe, «Instituciones que van perfilando el cuadro todavía en formación del Derecho Agrario».

(46) Autor: cit., en *Derecho Agrario en España*, cit.

sin necesidad de intervencionismos administrativos, de concentración parcelaria, de parcelación forzosa, ni la de creación imperativa de patrimonios inembargables y unidades mínimas de cultivo" (47). MANUEL SÁNCHEZ ALONSO dice que "... el fenómeno de la disociación entre Administración y particulares se produce en la realidad. Hay desconfianza por parte del público y mutuo desconocimiento: resultando tal disociación un freno para la actividad administrativa. Las causas de la gran separación entre una y otros son varias y complejas, concernientes a una trabada burocracia y a la avanzada estructura administrativa" (48).

Es cierto que la proyección administrativa no podía dejar este importante sector de la actividad de fomento (49) sin que fuera objeto de su atención y regulación (50). Esta se ha manifestado clara en los últimos años con un intervencionismo absorbente extraordinario, pero cuya necesidad está fuera de toda duda. GUAITA expone claramente cómo la "Administración económica alude subjetiva y objetivamente a la rama, zona o sector de la Administración pública que actúa en el campo de la prestación, producción y cambio de bienes y servicios materiales; es decir, *grosso modo*, abarca las actividades monetarias y crediticias, agrícolas, industriales, mercantiles, de abastecimiento y transporte" (51), y ese contacto de la Administración, en frase gráfica del referido Profesor, "administrativiza todo lo que toca" (52).

(47) Autor cit., *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*, en «Rev. del Instituto de Derecho Comparado», Barcelona, julio-diciembre 1954, pág. 45.

(48) Autor cit., *Rumbos de la democracia española*, publicado en la «Revista Seminarios», núm. 19, julio-agosto 1963, pág. 41.

(49) Para el concepto de Administración de fomento puede verse: AURELIO GUAITA, *Derecho administrativo especial*, tomo II, Librería General, Zaragoza, 1962, págs. 9 y sigs., y del mismo autor, *La Administración de fomento*, en «Las Ciencias», núm. 24, Madrid, 1959, págs. 873 a 886, y *Temis*, «Revista de Ciencias y Técnica Jurídica», de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, núm. 4, 1958, págs. 33 a 44; y la bibliografía por él mismo citada.

(50) Vid. A. GUAITA, *Derecho administrativo especial*, cit., tomo III, páginas 163 y sigs.

(51) Vid. la obra antes cit. del Prof. GUAITA, tomo III, 1964, págs. 15 y sigs.; FRAGA IRIBARNE, *Política y Economía*, cit.; GARCÍA-TREVIJANO, *Aspectos de la Administración económica*, en «Rev. Admón. Pública», núm. 12, 1953, págs. 112-176 y bibliografía por ellos cit.

(52) Vid. obr. cit., tomo III, págs. 21 y sigs., en donde se expone ese resultado y la justificación de la expansión de la actividad administrativa. Hemos de hacer constar, independientemente de lo dicho, que tanto el procedimiento como la jurisdicción en el «crédito agrícola» son administrativos.

Esa "administrativización" del Derecho agrario no significa subsumción total y absoluta, trasplante al Derecho administrativo, sino aplicabilidad de los principios propios del mismo a una faceta del Derecho agrario. Así, éste está impregnado por un puro Derecho agrario privado y una legislación agraria de indole administrativa (53). Este doble aspecto esa proyección ambivalente del Derecho agrario, es lo que le da fisonomía propia y le califica como *ius speciale*, como un *ius proprium* de la agricultura que tutela el ejercicio de la actividad productiva sobre la tierra, no la posesión inerte de los bienes (54).

La justificación de esa expansión del Derecho administrativo responde a diversos principios—bien común, subsidiariedad, justicia distributiva...—que se concentran en la necesaria correlatividad entre Política y Economía (55), como medio eficaz de realización de los fines del Estado (56).

Estas razones justificativas de la intervención administrativa eliminan totalmente la pretensión de una actitud abstencionista propia de un sistema económico y político superado por la "aceleración de la historia" (57). La velocidad de los cambios económicos

(53) Vid. CASALS COLLDECARRERA, *Derecho agrario*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1950; BÀDENES GASSET, en *Orientaciones modernas sobre Derecho agrario y propiedad agraria*, Barcelona, 1959, pág. 15, dice: «La heterogénea materia de ámbito poco delimitado, en que se traduce el Derecho agrario, podemos afirmar que es fundamentalmente Derecho privado, si bien es forzoso reconocer que cada vez toman más incremento en él las normas de Derecho público, relativas a la organización agraria, traídas por la preocupación social y económica que matiza esta disciplina; y por otra parte, ya hemos señalado entre sus caracteres la orientación decidida a constituirse en forma preponderantemente como de orden público o Derecho necesario. Ciertamente es que en España no ha dejado de apuntarse una posición avanzada propugnando que el Derecho agrario se integra en el Derecho público. Vid. VILLAR y ROMERO, *Las transformaciones del Derecho privado «en público»*, en «Rev. de Derecho Privado», 1943, pág. 425, «pero ni el Fuero del Trabajo (Declaración XII), de neta inspiración católica consiente este desplazamiento, ni puede decirse que esta doctrina haya encontrado acogida entre los más destacados autores». Vid. HERNÁNDEZ GIL, *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943, páginas 153 a 160; BONET, *Derecho civil, Introducción*, Barcelona, 1948, pág. 166.

(54) JUAN B. JORDANO BAREA, Prólogo a la obra de JOSÉ MARÍA PAZ SUEIRO. *El Derecho de acceso a la propiedad en la legislación de Arrendamientos rústicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1963, pág. 5.

(55) Vid. nota 40.

(56) Vid. mi obra *Crédito personal agrario*... cit.

(57) DANIEL HALERY, en 1948, publicó su *Essai sur l'accélération de l'histoire*.

y políticos ha sido, en lo que ha transcurrido de siglo, de tal naturaleza que su agilización sólo puede alcanzarse a través de un órgano vivo, fuertemente estructurado, que ejecute los fines del Estado. La mutabilidad exigida para la adaptación al *orden nuevo* no puede llegar con la rapidez necesaria a la esfera del Derecho privado. La capacidad y fuerza atractiva de la Administración, unida a su potencialidad absorbente, le habilitan para esa tarea de adaptación a las necesidades planteadas, hasta que se opere la asimilación de las nuevas concepciones por el sector privatístico.

Por ello estimo que no procede los defectos apuntados de la "administrativización" de los problemas agrarios, sino del elemento sujeto, que debe abandonar las antiguas tradiciones, renovando de modo absoluto la manera de encarar los problemas agrícolas (58).

La fórmula que estimo más adecuada para superar esa situación y restablecer el necesario equilibrio, de que tanto precisa el agro, con fuerza suficiente para provocar un efectivo enraizamiento de la familia en la tierra, es una eficaz actividad administrativa—por aplicación del principio de subsidiariedad—dirigida a la regulación del mercado y los precios, a través de las instalaciones adecuadas, pero sobre todo y como medio para la revitalización del agro, mediante el crédito personal agrario.

Así, a medida que la agricultura se integre más estrechamente en el campo de la economía, la solución de los problemas creados por las garantías de los créditos agrícolas, no pueden encontrarse en el Derecho común, puesto que deben tenerse en cuenta las condiciones sociales y económicas propias de la actividad agraria. Esa situación crítica, dentro de nuestro ordenamiento, encontrará su paliativo cuando la conjunción derivada del Plan de Desarrollo llegue a tener efectividad. Es decir, como expresa el eminente jurista Henri NOILHAN, cuando los progresos técnicos, acompañados de una renovación casi completa de los medios jurídicos, puestos a disposición de los interesados, sean asimilados por los mismos.

La conjunción de estos factores hará posible el estudio de las

(58) Vid. SIGUAN SOLER, *Los problemas sociales del desarrollo agrario*, en la «Rev. Nuestro Tiempo», núm. 103, págs. 3 a 26. Vid. JOAQUÍN SAPENA, *En torno a la Ley de Patrimonio familiar*, en «Rev. Derecho Priv.», núm. 438, sept. 1953, páginas 705 a 731; JOSÉ URIARTE, *Derecho agrario español*, en esta REVISTA, 1935, tomo XI, núms. 126, 127, 129, 130, 131 y 132

motivaciones profundas del hombre y la eliminación de los *wishful thinking* o *voeux pieux*, e imprimirá efectividad al crédito personal agrario.

La necesidad de que sobre todos estos valores se construya toda la teoría del crédito personal agrario es básico para la agricultura. Supone un paso decisivo para su desarrollo basado en la confianza depositada en los hombres que cultivan la tierra. "Una sociedad que no va hacia adelante—dice René Dubos, Profesor del Instituto Rockefeller (59)—se deteriora pronto; de hecho, no puede sobrevivir en un mundo donde todo cambia".

Cuando el capital privado adquiera conciencia de la transformación que se va operando en las explotaciones agropecuarias, acudirá a su financiación, facilitando los créditos precisos para su pleno desenvolvimiento, porque llegará a contar con garantías suficientes para su reembolso, y adquirirá conciencia de la rentabilidad de la inversión. Mientras esta transformación se opere se tiene que acudir a la subsidiariedad.

JOSÉ LUIS RUIZ SÁNCHEZ,

Magistrado.

(59) Citado por ETIENNE RIVES, *Pour une politique générale du mouvement coopératif agricole*, «Revue des Etudes Coopératives», núm. 35 (3.ª trimestre 1963), pág. 237.

Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español

Hasta la aparición del Código civil de 1889, en España existen dos instituciones para la guarda de menores e incapaces: la tutela y la curatela. Partidas, inspiradas en el derecho justinianeo, perciben claramente la posibilidad de asimilarlas, pero las regulan como dos vehículos jurídicos diversos, en atención a los distintos supuestos que cubren y cierta diferencia de poderes de que gozan los tutores y curadores. En los proyectos de código civil del siglo xx español—proyectos de 1821 y 1851—se mantienen separadas ambas instituciones, si bien muestran ya indicios ciertos de una muy pronta unión. Es el Código civil de 1889 el que realiza definitivamente la asimilación. Quisiera exponer con brevedad y atendido a sus aspectos esenciales, cuáles son las causas y cuál la técnica de esta simplificación jurídica, que se había realizado—en otro estilo—por el Código civil francés de 1804. Su unificación no respondió tan sólo a una cuestión de nombres, de terminología, sin mayor contenido, sino al cambio de situaciones y a nuevas soluciones y técnicas jurídicas (1).

(1) Este estudio es uno de los temas y resultados de las clases complementarias del cuatrimestre de Historia del Derecho privado, quinto curso, durante el año 1969-1970. Es justo citar aquí a algunos de los alumnos que en ellas participaron, en la imposibilidad de nombrarlos a todos, por el trabajo y ánimos que aportaron en el estudio de éste y otros temas. Quede constancia de los nombres de los alumnos: Selma Ramos, Herrero Guillem, Bolás Alfonso, Rodríguez Mira, Giménez Duart, Valente Edo, Belenguer Prieto, Soto Ibáñez, Toboso Gimeno, Beltrán Oliver y Ferrando Colom.

1. *Sobre la técnica jurídica.*

El concepto de técnica jurídica se ha hecho hoy esencial para una comprensión de la elaboración del derecho, de la actividad de los juristas. Sin embargo, este concepto dista mucho de hallarse precisado enteramente. Se usa con frecuencia, pero sin matizar su exacto significado. Desde SAVIGNY y JHERING, la idea ha expresado felizmente un sentido y un resultado de la activa labor de los juristas, pero sin que pueda delimitarse con precisión su ámbito y alcances. Me servirá—en orden a su comprensión—de las páginas de François GÉNY, en su *Science et technique en Droit privé positif*. La técnica jurídica estriba en una serie de procedimientos, que procuran, dentro del mandato general de las normas, dotarlas de una mayor simplicidad y economía, una lógica y coherencia, una seguridad de resultados, un realismo y adecuación que busquen su “realizabilidad”—según el barbarismo adoptado en las traducciones de JHERING—. La idea en su trazo general parece clara; sin embargo, no es lo suficientemente operativa para poder llevarla a aplicación, sin más, y poder delimitar su contenido. Ni siquiera cuando la define GÉNY, más estrictamente, como “la construcción esencial y ampliamente artificial de los datos, obra de la acción más que de la inteligencia, donde la voluntad del jurista se puede mover más libremente, dirigida sólo por el fin predeterminado de la organización jurídica, que sugiere los medios de la propia realización” (2). En el autor francés el derecho y su elaboración se enfrentan con una serie o cúmulo de datos jurídico-científicos de muy diversa índole, que el jurista—mediante la técnica—procura llevar a la realidad de una aplicación más fácil, más certera y adecuada. Los datos, que son ideas de justicia, realidades históricas, leyes y disposiciones y aspiraciones colectivas, van logrando posibilidad de aplicación, gracias a unos procedimientos técnicos. La técnica del legislador, de los jueces o de los juristas en general, facilitan al derecho una mayor oportunidad de alcanzar una realización segura, justa, simple. Pero—sigo insistiendo—los mecanismos técni-

(2) F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols, París, 1914-1924, III, 23.

cos concretos no logran una formulación precisa, indubitable. Quizá por ello la idea de técnica se obscurece y desvirtúa en los sucesores del profesor François GÉNY, pierde fuerza y uso en la doctrina jurídica actual (3).

Pero ahora nos interesa tan sólo percibir una de las esencias y finalidades más indiscutidas de la técnica jurídica: su búsqueda de mayor simplicidad dentro del derecho. Para GÉNY la tutela y curatela, como cualesquiera otras figuras del derecho, entrarán dentro de las construcciones jurídicas, de las formas de abstracción del derecho. La ciencia jurídica recoge la realidad dada en unos conceptos, lo más cercanos posible a la vida jurídica. Sobre ellos, y a través de ellos sobre convicciones e intereses, la unidad de la mente humana concentra—como recipientes de la realidad—amplias masas de materia jurídica. Después, llegado el momento técnico, el jurista los separa y arranca del trasfondo de que nacen. Olvida que son derivados de una realidad y, desde ellos, la reconsidera y le da un nuevo orden y combinación, para imponerse sobre las mismas realidades. “En efecto—dirá—, la forma característica del procedimiento intelectual, aplicada a las cosas del derecho, consiste en aislar por un esfuerzo de abstracción los conceptos que parecen dominar las realidades jurídicas; después considerarlos en sí mismos, analizarlos, modificarlos, arreglarlos y combinarlos, para crear entidades independientes, capaces, por tanto, de regir los hechos de la vida social en virtud de la idea que los anima. Esto es lo que se llama la *construcción jurídica*, esencialmente realizada por medio de la representación de conceptos y cuyos resultados se traducen en hipótesis y teorías para atender a la sistematización completa del derecho” (4). La construcción jurídica—exacta, coherente realista—economiza pensamiento, al par que brinda posibilidades para nuevas soluciones, en contraste y en contra de los hechos e intereses. Quien haya meditado alguna vez sobre el derecho y la

(3) Puede verse G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris, 1924; G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bons Sens*, Paris, 1925, especialmente, 42, 89, 111 y sigs.; 125 y sigs., G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Paris, 1927; J. DABIN, *La Philosophie de l'ordre juridique, spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, 1929, 112 y sigs., 152 y sigs., 295 y sigs., 315 y siguientes; J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruselas-Paris, 1935.

(4) F. GENY, *Science et technique* .., III, 191; también 198, 207 y sigs.

doctrina jurídica, encontrará muy penetrantes y sugestivas estas ideas de GÉNY, enormemente aptas para entender el mundo de los juristas. Y, desde luego, es evidente que la simplicidad es una de las metas de toda construcción jurídica, aunque no sea, ni con mucho, la más importante. Pues, como él indica, está subordinada a un realismo, a su adaptación a las necesidades prácticas. En la construcción jurídica "su verdadero valor sólo se puede medir en la perfección relativa a su efecto. Y se debe, sin titubeos, multiplicarlas, cambiarlas y quebrarlas para una mejor adaptación a los hechos" (5).

La asimilación de la curatela a la tutela, en una sola figura o construcción jurídica es una muestra de habilidad legislativa. Es un paso técnico de cierta importancia. Analizando cómo se realizó, podemos percibir una simplificación de pensamiento, ensayada a la vista de la realidad, del cambio de circunstancias. Simplificación realista. Concretamente, creo que la asimilación de ambas figuras se debe a una modificación esencial en el mundo jurídico español en los albores del siglo xix. A una importación del norte de los Pirineos de la unificación de la capacidad de obrar en una sola edad y la fijación de ésta hacia los veinte años. Esta edad, unificada para la capacidad, surge como consecuencia de la Revolución francesa, al crearse una esfera de derechos para el hombre y el ciudadano y atribuir su ejercicio a una edad determinada de veintiún años. Si el derecho público—nuevo, pujante—fija una madurez unitaria para el ciudadano, el privado no tardará en imitarle en el Código civil de los franceses. La unicidad de edad para la capacidad se transmite a España y, como inmediata consecuencia, corroe la distinción tradicional entre tutela y curatela, que tampoco mantenía el *Code* napoleónico. Curiosamente—la importación no es del todo coherente—en España se produce una diferenciación entre edad política y edad civil. Pero no quiero adelantar más conclusiones, me propongo mostrar estas influencias y cambios en el derecho hispano.

(5) F. GENY. *Science et technique* ., III, 211; en general, 209 y sigs.

2. *Tutela y curatela en el derecho tradicional español.*

No me remontaré a la regulación de estas instituciones en derecho romano. Sin duda posee gran importancia en el recorrido histórico de ellas, hasta el punto de ser base y lugar donde se halla su origen. Tampoco expondré el derecho local y territorial anterior a Partidas. Me contento con iniciar mis consideraciones en las Partidas, en la sexta primordialmente. Y es porque para analizar la unión de estas instituciones—o la absorción de ambas en la tutela—en nuestro Código civil, basta una perspectiva que nos sitúe en la Edad Moderna, en el siglo XVIII o XIX. Partidas sigue siendo el texto fundamental vigente, cuando escribe Juan GUTIÉRREZ en 1602, como en las obras de ASSO y MANUEL, SALA O GÓMEZ DE LA SERNA (6). En aquel cuerpo de la recepción romanista en España se hallan reguladas la tutela y la curatela, al modo romano justinianeo, y su vigencia las traslada hasta el siglo XIX. Por tanto, un esquema legal—una construcción jurídica—se transmite desde la Antigüedad hasta el siglo XIX, manteniendo ambas instituciones separadas. Luego, tras los titubeos de los proyectos de 1821 y 1851, la regulación cambia radicalmente. Pero, ¿por qué razón?

Empezaré por describir la normativa de Partidas, aunque sea a grandes rasgos. “Tutela tanto quiere dezir en latín—señala el viejo texto (7)—como guarda en romance, que es dada e otorgada al hérfano libre menor de catorze años e la huérfana menor de doze años, que non se puede nin sabe amparar”. Una guarda general para cuidar la persona y bienes del menor impúber, falto de padre

(6) Para el conocimiento de estas instituciones en épocas más antiguas, J. BENEYTO PÉREZ, *Instituciones de Derecho histórico-español*, prólogo de R. Altamira, 3 vols., Barcelona, 1930-1, I, 143 y sigs.; J. LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, 634 y sigs., donde puede encontrarse una selección de la bibliografía Respecto del Derecho romano, en términos generales, puede bastar: P. BONFANTE, *Corso de Diritto romano*, Roma, 1935-30, I, 403 y sigs.; JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römischen Recht*, 3.ª edición, Berlín, 1949, 296 y sigs.

(7) P. 6, 16, 1. Usaré la edición de Madrid, 1789, en la oficina de Benito Cano.

Sobre la definición latina y de Partidas, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de tutelis et curis minorum, deque officio et obligatione tutorum, ac curatorum, et mercede ipsorum*, Salamanca, 1602, I, cap. 1, núms. 1 y sigs., págs. 4 y sigs. Véase, además D 26, 1, 1.

que ejerza la patria potestad. La madre no la tenía, si bien era llamada en primer lugar a la tutela legítima.

Por lo demás, el esquema clásico se conservaba en las tres clases de tutela, testamentaria, legítima y dativa. El tutor testamentario podía ser nombrado por el padre y, en su defecto, por el abuelo; la madre sólo en el caso de que le deje heredero de sus bienes, como cualquier otro extraño que le designe heredero, siempre que el juez acepte estos nombramientos (8). Hay que advertir que el abuelo—todavía se respira la familia romana—ejercía la patria potestad en defecto del padre, por ello puede designarle tutor testamentario y no cuenta en la tutela legítima. Pero, por las leyes de Toro, perdió esta posición y facultades, definitivamente (9). Para la tutela legítima llama Partidas a la madre y, en su defecto, a la abuela, después al pariente más cercano. La madre, o la abuela, no deberían contraer nuevas nupcias, pues entonces han de renunciar a la tutela; asimismo, para acceder a ella, deben renunciar a la protección que le otorga el derecho a las mujeres, al privilegio de no poderse obligar por otra persona. A falta de ellas, o bien cuando no quisieren ejercer la guarda los ascendientes, cualesquiera parientes que heredarían al menor—o los amigos—piden al juez que designen un

(8) P 6, 16., 3 y 5, 6 y 8, en esta última sobre la tutela del hijo natural. Sobre las diversas clases de tutelas y sus problemas, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*. . I, caps. 3 a 15; L. MOLINA, *De Justitia et Jure*. 5 vols., Colonia, 1733. I, trat. 2, d. 220, núms 4 a 23. págs. 517 y sigs

(9) Ley 47 de Toro, en Nov. 3, 5, 10. Esta interpretación se basa en que el padre, al contraer matrimonio, sale de la patria potestad del abuelo, y, por tanto, éste no la recobrará sobre el hijo. A GÓMEZ. *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lyon. 1701. 546 y sigs., en 549, dice: «Septimo, quod licet de jure communi nepos natus ex filio conjugato sit in potestate avi, ut iuribus supra dictis; tamen hodie per istam legem nepos non erit in potestate avi, sed patris». Le siguen J. SALA *Ilustración del Derecho real de España*, 2 vols., 2.ª edición, Madrid, 1820. I. 67; S. DEL VISO, *Leciones elementales de Derecho civil*, 4.ª edición, 2 vols., Valencia 1879, I. 217; P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 8.ª edición, 3 vols., Madrid. 1868-69, I. 371. En cambio, esta doctrina no parece recibida, salvo por GÓMEZ, en épocas anteriores: véase J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*. . I, cap. 3, núm. 1, pág. 22. y cap. 20, núms 34 y sigs., página 227; L. MOLINA, *De Justitia*. . I, trat. 2, d. 220, núm. 3, pág. 517, ni en los comenarios de J. LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *Glossemata legum Tauri*, en «Opera varia», Amberes, 1616. 667 y sigs., o de S. DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario critico-jurídico-literal a las 83 Leyes de Toro*, Madrid. 1827. 118 y siguientes, quien indica su posible apoyo de la Ley 47, en F R 1, 11, 8; los comentarios de L. VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO no alcanzan a esta Ley.

tutor o guardador dativo, o bien puede designarlo el mismo juez de oficio (10).

"E la guarda de cada uno destos guardadores debe durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento o de otra guisa; e de allí adelante deven los judgadores dar e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latin *curator*, tomando tal recabdo del como del tutor. E este atal dévele aver en guarda, fasta que el huérfano sea de edad de veinte e cinco años" (11). He aquí la curatela, que se insinúa en la última ley, específicamente dedicada a tutores del título XVI de la Partida sexta. Y, con toda brevedad, Partidas describe la línea general de esta institución en esta ley. Son curadores los guardadores de los mayores de catorce —o doce— y menores de veinticinco, nombrados siempre que ellos lo pidiesen o tuvieren que intervenir en juicio; asimismo, decía la ley citada, debe dársele curador a los locos y desmemoriados, mientras en otras añade a los pródigos. Finalmente, se establecía la unicidad de la curatela, pues en ningún caso ha de nombrarse un segundo, salvo que fuese persona no aconsejable y se removiese o, transitoriamente, si enfermase o hubiere de ir en romería. Solución distinta a la de tutor, en cuyo cargo pueden coincidir ambos, de cualquiera de las clases testamentaria o legítima, debiendo juntarse todos para decidir acerca de los asuntos de la tutela; salvo los casos en que no sea posible o que no se pusieren de acuerdo, pues entonces, a petición de cualquier de ellos o de oficio, el juez designa al que deba ejercer la tutela (12).

A continuación, Partidas contempla unidas ambas instituciones, en orden a establecer incapacidades o a regular las excusas, describir las obligaciones y actuaciones de los guardadores. ¿Podía

(10) P. 6, 16, 9 y 12; también las 4 y 5 Extensamente sobre la madre tutora y sus segundas nupcias, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*., I, c. 8 y 9, págs. 59 y sigs., 85 y sigs.

(11) P. 6, 16, 12.

(12) P. 6, 16, 11 y 13; véase P. 3, 18, 60 y 5, 11, 2 y 5. Sobre la tutela de varios, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*., I, c. 14, 125 y sigs. y c. 15, 127 y sigs.; cuando la ejercen varios conjuntamente responden—según este autor—solidariamente frente al pupilo, a menos que el testador o el juez divide la tutela en partes determinadas; examina si tienen beneficio de orden, de división, *de cedendum actionum*, etc. Véase también J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia sive Juris responsa*, 2 vols., 1740, II, cons. 177, n. 23, pág. 464

haber suprimido la diferencia entre ambas? A mi juicio, no. Evidentemente la regulación podía ser conjunta y así se redacta en Partidas, pero la conveniencia de dos vehículos jurídicos era indudable, aparte la curatela de incapaces, que pudo dejarse separada o llamársele tutela. La protección del menor conservaba dos formas distintas, porque dos eran las edades centrales para alcanzar la plena capacidad. Hasta los catorce—o doce las hembras—la capacidad de obrar civil es muy limitada, por tanto la tutela. A partir de esta edad es más amplia, pero siempre podría completarse mediante el curador, que es una réplica del tutor, pero más restringido, voluntario. Tan sólo se requiere indispensablemente para ir a juicio, ya que la capacidad procesal no se alcanza hasta los veinticinco años. La pubertad, de acuerdo con el derecho común, se sitúa en los catorce y doce años, representando el momento en que se adquiere una parte de la capacidad. En concreto, se exige en Partidas para el matrimonio, para tener obligación de ir a la guerra los varones, para recibir beneficios eclesiásticos o profesar de religiosos, para la testamentificación activa, para salir de la tutela. etc. Pero, en todo caso, hasta alcanzar los veinticinco años no se sale de la curatela, ni se puede demandar en juicio, ni recibir castillos en guarda, etc. Sin embargo, no sólo existen estas dos edades fundamentales, como quizá podría parecer desde la perspectiva de la guarda del menor. Desde los siete años cabe celebrar esponsales,—desde los diez y medio se posee cierta responsabilidad criminal—o conforme a supuestos romanos ser emancipado, si bien pronto se hace intervenir al Consejo de Castilla en emancipaciones, situándola en edad posterior. En otros supuestos, por ejemplo para manumitir o para ser jueces se requiere veinte años en Partidas y, para la ordenación de presbítero—aparte de señalar edades para las diversas órdenes—se toman los treinta como edad usual. También el consentimiento paterno para el matrimonio jugó con otras edades en su regulación del siglo XVIII, borbónica (13). En definitiva, puede decirse que la mayoría de edad plena era la de veinticinco años y, como en Roma, la patria potestad se prolonga—salvo emancipa-

(13) Sobre los catorce años, P. 4, 1, 6; P. 2, 19, 3; P. 1, 16, 3; P. 1, 7, 4. Los veinticinco. P. 3, 2, 11; 3, 11, 3; P. 2, 18, 5, glosa 1; P. 6, 16, 4. Los veinte en P. 3, 3, 5; P. 4, 22, 1. La responsabilidad penal, P. 6, 19, 4 Véase nota 85.

ción—durante la vida del padre, a pesar de haberse alcanzado la capacidad plena. Por todo ello, si la madurez jurídica se iba confirmando paulatinamente—sin perjuicio de la patria potestad—, especialmente centrada en las dos edades de catorce y veinticinco, no es de extrañar que las instituciones de guarda del menor se doblen también en la tutela y la curatela.

Todavía existía una mayor diversidad de edades, si atendemos a otros textos jurídicos vigentes en Castilla. Textos que además, en virtud del orden de prelación de Alcalá y sus análogos (14) podían interpretarse de anterior aplicación a las Partidas, tales como el Fuero Juzgo o el Fuero Real (15). Pero, en verdad—testigos los prácticos como GUTIÉRREZ o los manuales de los siglos XVIII y XIX—, las edades de Partidas prevalecían (16). Pero, además, en otros territorios regían otras edades, también múltiples. En Aragón, por ejemplo, se sitúa la mayoría de edad en los catorce y en los veinte años.

Mas volvamos ahora a examinar los preceptos dedicados por Partidas a los tutores y curadores. Primeramente, las incapacidades para desempeñar la guarda de menores, para ser tutor o curador. No pueden serlo los obispos, monjes o religiosos, ni los clérigos, salvo de sus parientes, las personas al servicio del rey o los caballeros en el mismo supuesto o cuando sirven a otro señor. Tampoco, por razón de su persona, los pródigos, los mudos, sordos y menores de veinticinco años, ya que ellos mismos están sujetos a guarda; ni las mujeres—salvo las excepciones de la madre y la abuela—. Por fin, se excluyen los deudores del menor, las personas de malas cos-

(14) El problema estriba en la prioridad de los fueros en el ordenamiento de Alcalá de Henares, 28. 1. Para la época más reciente véase el auto acordado de 1713, de los que acompañan a la *Nueva Recopilación*, 2. 1. 1

(15) F. J. 3. 2, 3 y 3. 7. 1: F. R. 1. 2. 7 Sobre la cuestión A. GARCÍA GALLO. *Curso de Historia del Derecho español*, II, 1, Madrid. 1950, 80.

(16) J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*, I. c 1, 5; J. SALA. *Ilustración* .. I, 66; I. JORDÁN DE ASSO, M. DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª ed., Madrid, 1792, 5 y sig., 21; J. M. ALVAREZ, *Instituciones del Derecho real de España*, 1829, I, 89 y sigs.; P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALBÁN. *Elementos* . I, 447 y sigs. También cuando lo examinan en forma retrospectiva, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 10 vols., 2.ª ed., 1899-1910 con apéndices, V. 2, 1.275 y sigs., jurisprudencia en 1284 y sigs.; V. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., 5 vols., Valladolid, 1925-26, apéndice 1932, IV, 585 y sigs.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, 27 vols., Madrid, 1902 y sigs., IV, 169 y sigs.; J. M. MANRESA NAVARRO. *Comentarios al Código civil español*, 4.ª ed., 12 vols., Madrid, 1914 y sigs., II, 130 y sigs.

tumbres y las que no pudieren atender a la tutela (17). La doctrina, apoyada en el derecho común, extendía un tanto estas incapacidades, no pudiendo ser tutor quien es acreedor del menor o el fiador de su deudor o quienes poseen alguna cosa en común con él. En cambio, era tolerante cuando la deuda es de escasa cuantía, pues la controversia que pudiera originarse sobre ella no importa (18). Asimismo, es posible excusarse de la tutela en juicio por una serie de causas y motivos, también recogidos del derecho romano, y que se van transmitiendo hacia la época presente. Algunas excusas se refieren a incapacidades personales, como el que no sabe leer ni escribir o es tan necio o simple, que no resulta oportuno que ejerza la guarda. Otras aluden a la imposibilidad de desempeñarla por diversas circunstancias, tales como tener cinco hijos, tener ya tres guardas a su cargo, hallarse enfermo o ser tan pobre que no le es posible atenderla. O bien por razón de los oficios que desempeñan, como recaudadores de rentas, mensajeros o jueces y oficiales de la justicia, caballeros al servicio del monarca, maestros de gramática, retórica, dialéctica y física, así como los maestros en leyes al servicio real y los filósofos. Por fin, en otros supuestos se contempla una incompatibilidad con los intereses del menor, por tener pleito con él o haber tenido gran enemistad con su padre; a este apartado pertenece la prohibición de que el marido sea tutor de su mujer menor, porque ella "por amor que ha a su marido, non le demandaría emienda del daño o del menoscabo que fiziesse... e que gelo perdonaria todo de ligero" (19). También podría excusarse el tutor de ser curador del mismo menor, cuando éste alcance los catorce años. Aparte retoques doctrinales, también parece frecuente como excusa la dispensa concedida por el rey a algunas personas humildes, para poder rechazar la tutela, cosa que después—quizá se abusaba—fue suprimida (20).

(17) P. 6, 16, 14 y 4; la Ley 20 que no sea su heredero en caso de muerte.

(18) Sobre incapacidades J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*..., I, c. 1, n. 26 y sigs., páginas 11 y sigs., I, c. 20, n. 2, 5, 9, 13, págs. 218 y sigs., también el excomulgado, el judío, en n. 23 y sigs., 29, págs. 224 y sigs.; L. MOLINA, *De Justitia*..., I, trat. 2, d. 221, págs. 521 y sigs., al principio se ocupa del siervo, que se permite ser tutor testamentario según P. 6, 16, 7.

(19) P. 6, 17, 2 y 3, sobre procedimiento 1 y 4.

(20) Nueva, G. 14, 21 Otra cosa es que el marido es curador *ad litem* de su mujer y el padrastro puede serlo de sus hijastros, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*..., I, c. 20, n. 32, pág. 226 y c. 8, n. 77, págs. 78 y sigs.

Tutela y curatela, incapacidades y excusas. El esquema legal de la guarda de menores clásica va delineándose ante nuestros ojos, con base en Partidas. El orden sistemático adoptado en estas páginas es distinto, pero los rasgos de la institución son éstos. Falta por describir las obligaciones del tutor y del curador, la extinción de la guarda y la responsabilidad de los protectores del menor. Incluso haré una mínima referencia a la *restitutio in integrum* en favor del guardado, tan esencial en el mecanismo antiguo de defensa de los menores.

La protección del menor se atiende al cuidado de su persona y bienes. Procura educarle de acuerdo con su rango, en todo caso enseñarle a leer y escribir y el correspondiente menester u oficio, darle de comer y vestirlo, conforme señale el juez; también éste determinará el lugar donde ha de criarse el menor o mozo, si no lo hicieron en testamento el padre o el abuelo; la madre y la abuela, también participan, si viven, en estos extremos (21).

En lo referente a bienes las disposiciones de Partidas son más amplias y minuciosas. Como medida de precaución, el guardador debe inventariar, con intervención de juez y escribano, todos los bienes que pertenecen al menor, así como dar fiadores que garanticen su gestión. "E después que esto oviere fecho—siguen Partidas—deven los guardadores endereçar las casas del huérfano que non cayan e fazer labrar las heredades e criar los ganados que fallaren en los bienes del finado. E esto deven fazer a buena fe e lealmente" (22). Una economía rural y agrícola se trasparenta en este precepto. Si acudimos a GUTIÉRREZ y otros autores más modernos per-

(21) P. 6, 16, 16; P. 6 16, 20 y 19, en esta última que puede dejarse al cuidado de la madre si existe y no se vuelve a casar. Sobre el sentido de la tutela como protección de la persona e indirectamente de los bienes, J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia*, I, cons 36, n. 17, pág. 262; J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 1. n. 4, pág. 5, sobre educación del pupilo. II. c. 3 y 8, 203 y sigs. y 362 y sigs.

(22) P. 6, 16, 15; P. 6. 18. 1. La doctrina, además del inventario ve una hipoteca. J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*, II, c. 1 y 16. págs. 249 y sigs. y 430 y sigs.; J. GUTIÉRREZ, *Repetitiones sex, et quatordecim iuris allegationes*, Madrid, 1604 acompaña a esta obra sus *Consilia*, con igual paginación, *R. nemo potest*, n. 404, página 101. sobre inventario; sobre el juramento del tutor, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Madrid, 1597, I, c. 73. n. 1, págs. 246 y sig.; J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia* ... cons 148, n. 1, pág. 277; J. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Opera omnia*, 11 vols Lyon, 1725-1726. VIII, c. 45, n. 28. También sobre juramento, L. MOLINA, *De Justitia*... I, trat. 2. d. 223, págs. 525 y sigs.; J. SALA, *Ilustración...*, I, 81

cibimos un panorama económico distinto. Dejan bien sentado que no pueden prestar para usura las rentas del menor, pero podrán emplearlas, además de en comprar inmuebles, en darlas a un mercader, honesto, no usurero, por un módico rédito, o emplearlas en censos, en cambios, etc. El tutor no responde de la posible pérdida del capital, salvo que lo hiciese sin garantías, fuera negligente en reclamarlo o casos semejantes. En cambio, si respondería de haber mantenido inactivo el dinero. Una economía más ágil, comercial y burguesa aflora en los textos más tardíos de la doctrina (23).

No pueden los guardadores enajenar inmuebles del menor, salvo que traten de pagar sus deudas o para casar al menor o alguna de sus hermanas u otra razón justificada, siempre con otorgamiento del juez. Tampoco enajenar siervos que estaban ya en la casa del padre, "porque estos atales suelen ser provechosos en la casa e son sabidores de los bienes del finado". Le defenderá en juicio cuando haya de proponerse demanda o tuviere que defenderse en algún pleito; curiosamente se establece que pueda hacerlo el tutor por sí solo, sin consultar a otros tutores, cuando el menor fuere mayor de siete años (24). Puede apreciarse que la edad de siete años también comunica algunos matices a la tutela.

(23) J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 9, págs. 371 y sigs., contrasta con L. MOLINA, *De Justitia*..., I, trat. 2. d. 223. n. 17, págs. 530 y sig.; que se mantiene en la antigua postura de comprar predios y no caer en usura, que la Ley portuguesa prohíbe expresamente: de obtener lucro honesto hablará. J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia*..., II, c. 148, n. 8 y 13, pág. 278; sobre la usura y la colocación del dinero por el tutor, D. COVARRUVIAS, *Opera*, 2 vols., Ginebra, 1723-24, II, 267 y sigs., en especial 275, que son los capítulos 1 y 2 y sigs. de sus *Variarum Resolutionum*. Del mayor interés es A. AIERBE DE AIORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, Ed. novissima Cura et studio J. Marin, Valencia, 1766, I, c. 4, págs. 49 y sigs., también 59 y sigs.; A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTÓYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1641, c. 7, 188 v.º ss. se ocupa de la rendición de cuentas e indica que el tutor pagará intereses si no ha empleado el dinero «en bienes raíces o censos», 189 v.º.

(24) P. 6, 16, 17. Sobre administración y enajenación, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 5, 6 y 7, págs. 315 y sigs., 345 y sigs. y 351 y sigs.; F. MUÑOZ ESCOBAR, *De ratiociniis administratorum et computationibus variis aliis tractatus praegnantissimus*, Lyon, 1733, en general, sobre la forma de llevarla y darla. Sobre la prohibición de comprar los bienes del menor y la representación en juicio, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*..., II, c. 15 y 4, 419 y sigs. y 308 y sigs.; J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia*..., II, cons. 109. n. 16 y sig., pág. 48; J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de iuramento...*, I, c. 40, n. 1, págs. 152 y sigs.; J. GUTIÉRREZ, *Repetitiones...*, cons. 52, pág. 730, el problema de la representación del tutor extensamente en B. ROBLES SALZEDO, *Novus et methodicus tractatus de representatione in tres libros divisus*, Madrid, 1624, en especial, 3, 2, 329 y sigs.; acer-

Por último, veremos la extinción de la guarda y la remoción de quienes la ejercen, para terminar con esta visión genérica de la normativa de Partidas, que prolongará su vigencia a vísperas de la codificación. Porque las leyes posteriores no alcanzan a modificar decisivamente estas materias, si bien la completan en algún extremo importante; así en la prohibición—del siglo xiv—de que los guardadores no puedan adquirir bienes de sus pupilos y algunos otros menores, que veremos después (25). La extinción se contempla en Partidas desde la tutela primordialmente. Se mencionan una serie de causas como muerte, desterramiento o serviñumbre de tutor o tutelado, cumplimiento de término o condición, porfijamiento—adopción—de cualquiera de ellos, excusa aceptada y, por último, remoción del tutor por causa de sospecha. Todas ellas aplicables, sin duda alguna, a ambos tipos de guarda (26). La remoción del guardador, por otro lado, se regula ampliamente, estableciendo las causas que pueden provocarla y las personas que pueden solicitarla. Son causas el gastar, con mala administración, los bienes de los huérfanos, las malas costumbres, el haber desempeñado mal con anterioridad una guarda, la enemistad con el menor o sus parientes, no hacer inventario, no amparar los bienes del menor en juicio y fuera de él, esconderse y no presentarse a ejercer la guarda, decir al Juez que no posee bienes para dar de comer al tutelado y, a continuación, descubrirse que era mentira. La acción para reclamar la remoción es pública, correspondiendo a la madre, la abuela, la hermana y “otra persona qualquier. También muger como varón, que se mueva a fazerlo por razón de piedad”, incluso el mismo huérfano si es mayor de catorce años, con consejo de sus parientes, puede actuar contra el curador; y, por fin, el juez de oficio (27).

Por lo demás, el guardador debe dar cuentas y resarcir de cuantos daños hubiese ocasionado en su gestión, quedando en los su-

ca de su acción en juicio, que puede continuar tras haber fenecido la tutela. A. DE AZEVEDO, *Tractatus de cura pisaná*, Lyon, 1737. II. c. 18. n. 35. pág. 72. Sobre casamiento del pupilo. J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*, II. c. 11 y 12, 391 y sigs. y 395 y sigs.; D. COVARRUVIAS, *Opera*, I, 231.

(25) Nueva. 5, 11, 23; Nov. 10, 12, 1. De Alfonso XI y Enrique III en el Ordenamiento de penas de Cámara.

(26) P. 6, 16, 21 Véase L. MOLINA, *De Justitia*, I, trat. 2, d. 225, 535 y sigs. y J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*, II. c. 18, págs. 442 y sigs.

(27) P. 6, 18, 1 y 2.

puestos más graves infamado, no pudiendo desempeñar cargos que requieren buena fe. Y, por su parte, aunque Partidas nada dice, en virtud de disposiciones del Fuero Real tiene derecho a cobrar una décima parte de las rentas, como retribución de sus tareas. Partidas, más romanizada, la reputó quizá gratuita. Los prácticos hicieron hincapié en este aspecto. GUTIÉRREZ, el más extenso en esta materia, le dedica muchos folios, toda la tercera parte de su *Tractatus de tutelis et curis minorum*. Tal vez era la parte que más podía interesar a sus posibles lectores, a los que aconsejaban a los tutores o curadores. Su casuismo no es posible traerlo aquí, pero está previsto todo, las personas que han de percibirlo y su cuantía, su determinación y los supuestos en que nace (28). Aparte la dación de cuentas y el resarcimiento, existe un mecanismo jurídico fundamental para la protección del menor, la restitución o vuelta a la situación anterior, que puede esgrimirse contra terceros para defensa del menor.

“*Restitutio* en latín—aclaran Partidas, tan aficionadas siempre a etimologías y definiciones—, tanto quiere dezir en romance como demanda de entrega que faze el menor al Juez, que le torne algún pleyto o alguna postura, que ha fecho con otro a daño de si, en el estado primero en que antes estava; e que revoque el juyzio que fuesse dado contra él e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta entrega a los menores, ca por ella son guardados de daño que les podría venir por su liviandad o por engañio que les oviessen fecho” (29). Después, en forma muy casuística, se establece los casos en que es posible y necesaria la restitución y cuáles no. Pero termino aquí la exposición de Partidas, del derecho tradicional castellano en materia de tutela y curatela.

La legislación posterior apenas retoca este cuadro general, que

(28) F. J. 4. 3. 3 y F. R. 3. 7. 2. J. GUTIÉRREZ, *Tractatus*..., toda la parte tercera, L. MOLINA, *De Justitia*... I. trat. 2, d. 224, pág. 535, en cambio, lo trata muy de pasada, con distancia de la realidad que los prácticos tan bien conocen. J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia*..., II cons. 179, n. 70, pág. 480. reconoce el carácter gratuito de la tutela pero puede asignársele un salario por justa causa; véase también F. MUÑOZ ESCOBAR, *De ratiociniis*... c. 29, páginas 197 y sigs.

Sobre las cuentas, A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política*..., 188 v.º sigs.

(29) P. 6, 19 1. Véase las leyes 4 y siguientes y el procedimiento en la Partida tercera.

llega en vigor hasta el siglo XIX. Es la base de nuestro derecho para la protección de menores, hasta que la influencia francesa trastorquó el derecho patrio. Las recopilaciones—las leyes de Toro en ellas insertas—apenas establecen algunas modificaciones. Las leyes de Toro, en 1505, establecieron que el menor que contrae matrimonio, quedaba emancipado, y por interpretación derivada se consideró que la patria potestad no pertenecía al abuelo, en defecto del padre, con lo que los abuelos pasaron a primer lugar en la tutela legítima, de ascendientes; también prohibieron que el comisario para testar pudiera dar tutor a los menores, hijos del difunto, a no ser que éste les hubiera encomendado especialmente esta materia (30). Otra disposición—más antigua—recababa como de competencia real el nombrar tutor o curador a los Grandes de España, en su caso, pues correspondía al monarca hacer este nombramiento, no dejándoselo a Jueces ni a las Audiencias (31). En suma, éste era el esquema general de nuestro derecho histórico, en materia de tutelas y curatelas: Partidas, con algunos retoques menores, complementada, por la interpretación romanista de la doctrina.

3. *La originalidad del Código francés de 1804.*

A fines del siglo XVIII y principios del pasado se produjo un hecho fundamental para el derecho, para sus leyes y doctrinas. Los movimientos e ideas revolucionarios franceses condujeron a la aparición de un auténtico derecho público, así como a la sistematización y codificación racionalista del privado. El ciudadano fue obsequiado con una serie de derechos fundamentales que conferían y mantenían su esfera de libertad y actuación política en la declaración de derechos francesa de 1789 y las subsiguientes constituciones. Y entonces, para el disfrute de aquel conjunto de derechos públicos, se opta por la determinación de una edad unitaria—la clásica de veinticinco años en la constitución de 1791—. El derecho

(30) Sobre la modificación de las leyes de Toro, véase la nota 9. Sobre el comisario testador en relación con tutela, *Nueva*, 5, 4, 5 y *Nov.* 10, 19, 1.

(31) *Nueva*, 2, 5, 14 y 6, 1, 17. Sobre la tutela del rey, J. GUTIÉRREZ, *Tratatus...*, I, c. 18, págs. 190 y sigs.

anterior jugaba con infinidad de edades para ir estableciendo posibilidades y capacidad a las personas; la influencia romana, el origen paulatino de las instituciones antiguas, no hacía extraño la existencia de múltiples edades en el derecho civil; la diversidad de territorios o zonas jurídicas históricas reforzaba esta variedad. Pero ahora se ha producido un acontecimiento tajante, de enorme trascendencia. Ha salido a luz—de pronto—una nueva área de posibilidades para el hombre, para el ciudadano. También la edad se centrará prontamente en veintiún años, por sencillez racionalista. Es verdad que existían precedentes civiles en las costumbres de Normandía, Bretaña y otras, pero el establecimiento de esta edad, con carácter general, se hace por la Convención, a efectos políticos y civiles, por Ley de 20 de septiembre de 1792, cuyo artículo 2.º del título cuarto preceptúa: “Toda persona será mayor a los veintiún años cumplidos”. Y de aquí partirán las constituciones francesas, desde el proyecto girondino de 1793 y, sobre todo, la constitución de 24 de junio del mismo año; esta determinación pasará asimismo al Código civil, manteniendo la armonía de una sola edad en el derecho galo. La edad política y civil queda idéntica y, además, centrada en un solo momento de la vida de los individuos (32).

El Código civil de los franceses pone esta edad, como único grado y límite de capacidad civil, en su artículo 488: “La mayoría de edad se fija a los veintiún años cumplidos; a esta edad se es capaz para todos los actos de la vida civil” (33). Como lógica consecuencia, la

(32) Sobre la Ley de 1792, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, 31 vols., París, 1880-82, en el *Traité de la minorité, la tutelle et de l'émancipation*, VII, 9; C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5.ª ed., 15 vols., París, 1830-34, I, 308 y sigs.; también G. BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 29 vols., París, 1907 a 1909 y apéndices, V, 359.

Para las constituciones, L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 6.ª ed., París, 1943 art. 2, sect. II, tit. III, de 1791, pág. 204; art. 1, tit. II del proyecto girondino de 15-16 de febrero de 1793 (año II), pág. 232, que dice: «Tout homme âgé de vingt et un ans accomplis, qui se sera fait inscrire sur le tableau civique d'une assemblée primaire, et qui aura résidé depuis, pendant une année sans interruption sur le territoire français, est citoyen de la République»; art. 4 de la constitución de 24 de junio de 1793, pág. 260, dice: «Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis»; se continúa en el artículo 8 de la constitución de 5 de fructidor del año III—22 de agosto de 1795—, página 271; y en el art. 2 de la constitución del año VIII—1799—, pág. 304.

(33) *Code civil*, art. 488. Uso edición *Les trente-six codes français*, Marsella, 1845. Acerca del *Code*, A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code*

dualidad entre tutela y curatela pierde su significado en la guarda del menor, que todavía en POTHIER (34) se halla vivo, operante. Está abierto el camino para una unificación de ambas instituciones o aspectos de la protección de menores y, llevando más adelante las cosas, para hacer la unión total de las mismas. Esta es la aportación del Código francés, respecto de nuestro derecho, pues su modelo será conocido e imitado en España. Si bien, por el contraste con nuestro derecho tradicional o por meditación de quienes codificaron, se varía hondamente sus esquemas a la hora de recibirlos en las páginas de nuestra codificación civil.

La regulación francesa contrasta ciertamente con el esquema clásico de Partidas. En ella, la patria potestad se quiebra en su significado continuo, ilimitado. Un artículo dejaría como último vestigio de aquella patria potestad romana un deber moral genérico: "El hijo, en toda edad, debe honor y respeto a su padre y madre" (35). Cesa la patria potestad por la mayoría de edad—pensemos que el ciudadano era cada individuo—, así como por emancipación, por matrimonio o hecha por el padre tras alcanzar los quince años el hijo. Los padres ejercen la autoridad paterna sobre la persona y bienes de sus hijos hasta que fueren mayores o emancipados. Y, además, ejercen la tutela sobre ellos, pues el *Code des français* denomina así la administración de bienes de los hijos menores por el padre y, en defecto de él, por la madre, auxiliada por un Consejo que puede nombrarle el padre para determinados actos, bien por testamento o por su declaración ante el juez. Sin embargo, la madre puede renunciar a la tutela, nombrándose entonces otra per-

civil français. Paris, 1969. Otras edades, para el matrimonio, art. 44, 148 y sigs. para disposición de bienes, art. 903.

Es frecuente entre los comentaristas aludir a la necesidad de unificar, aunque en distinto sentido a la supresión de las edades escalonadas. «L'âge où l'homme n'a plus besoin de secours ni de conseils pour se conduire, où il peut sans danger être abandonné à lui-même, et devenir maître de sa personne et de ses droits, n'est point le même pour tous les individus; mais la loi civile, qui ne peut consulter ces diversités, a déterminé cette époque d'une manière uniforme...», C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil...*, II, 307; C. DEMOLOMBE, *Cours...*, VII, 8, V. MARCADE, P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7.^a ed., 22 vols., Paris, 1873-1874, II, 190 y sigs.; 191

(34) POTHIER, *Oeuvres, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. BUGUET*, 10 vols., Paris, 1845-48, I, 203 y sigs., al hablar de la costumbre de Orleans y IX, 55 y sigs., 74 y sigs.

(35) *Code civil*, art. 371

sona que la desempeñe y, si contrajere nuevas nupcias, el Consejo de familia decidirá si puede continuar en ella o cesar; en el primer supuesto, el nuevo marido actuará de cotutor (36). El sistema tradicional, romanista, ha variado. La madre ocupa un lugar intermedio, pues se le concede cierta autoridad paterna a la viuda y se llama tutores al padre y a la madre; las nuevas nupcias no determinan automáticamente el fin de la tutela de la madre. En suma, hay bastante distancia entre el sistema vigente en España a comienzos del xix y el novísimo Código de los franceses.

Después, en sus clases se conservan los cauces tradicionales para acceder a la tutela, pero con la aparición de un organismo central y decisivo, del Consejo de familia. En primer término, pueden nombrar tutor el padre y la madre, el último que de ellos viviere, por testamento o declaración ante el juez. La madre, si se hubiere casado de nuevo, sólo podrá nombrarlo si hubiere sido mantenida en la tutela y, además, el Consejo de familia confirma al designado (37). La tutela legítima se establece a favor de los ascendientes masculinos tan sólo, con especificación de a quienes corresponde. Por último, a falta de éstos, será nombrado el tutor por el Consejo de familia, organismo integrado por seis parientes, los más próximos y equilibrados en ambas líneas de parentesco, y presididos por el juez de paz. Salvo cuando concurren un número suficiente de hermanos, que deben ser siempre preferidos para integrar el Consejo de familia a otros parientes. El Consejo de familia no era novedad en la legislación anterior francesa, aunque es transformado, precisado y ampliado en sus atribuciones; en cambio, lo será cuando se importe a nuestros códigos. Otra novedad— la constituirá el

(36) *Code civil*, arts. 371 y sigs., 389 y sigs., 476 y sigs.; 394 y sigs. Téngase, además, en cuenta, en esta mezcla de patria potestad y tutela, que sólo la primera se considera de derecho natural en la época. BURLAMAQUI, *Elementos del Derecho natural*, Madrid, 1820, 352-381.

Sobre los comentarios a la tutela, C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil*, II, 310 y sigs., 333 y sigs., con referencias al Derecho romano; V. MARCADE, P. PONT, *Explication...*, II, 314 y sigs., 327 y sigs.; C. DEMOLOMBE, *Cours...*, VII, 16 y sigs. M. DURANTON, *Cours de Droit civil suivant le Code français*, 12 vols., Bruselas, 1841, II, 136 y sigs. Más reciente, M. PLANIOL, J. RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Trad. de M. DÍAZ CRUZ, 14 vols., Habana, 1945, I, 416 y sigs.; la primera visión sistemática aunque muy sucinta es la de C. S. ZACHARIAE AUBRY ET RAU, *Cours de Droit français*, 3 vols., Bruselas, 1850, I, 89 y sigs.

(37) *Code civil*, arts 397 y sigs.

tutor subrogado, que actúa cuando los intereses del menor se hallan en oposición con los del tutor, y que es nombrado, a la vez que éste, por el Consejo en la persona de un hermano o un pariente de la línea a que no pertenezca el tutor (38).

En cuanto a la imposibilidad de ejercer la tutela o las causas de eludirla, siguen distribuidas en el *Code* en dos sectores diversos, recordando el derecho anterior. Se habla de incapacidades y dispensas, en correspondencia con lo anterior, con nulidad en el primer caso y posibilidad de aducir la dispensa al Consejo, para que le excluya de su desempeño. No pueden ser tutores—son incapaces—los menores, a excepción del padre y la madre, las mujeres, salvo la madre y ascendientes, los interdictados, los condenados a pena aflictiva o infamante, los que ellos o sus padres tienen proceso frente al menor acerca de su estado civil o gran parte de su fortuna, y, en general, las personas de mala conducta notoria o que en su gestión dan muestras de incapacidad o deslealtad. Dichas incapacidades son también aplicables a los posibles miembros del Consejo familiar. Por su parte, servirá de excusa o dispensa para la tutela el desempeño de una serie de cargos públicos—no nos interesa su precisión—, el ser extraño cuando existan parientes del menor en un radio de 40 kilómetros, la edad de sesenta y cinco años, una enfermedad grave, hallarse ya encargado de dos tutelas, ser padre de cinco hijos. Las excusas se ventilan ante el Consejo de familia, con intervención de quien la presenta, pudiendo, si se le desestima, acudir a tribunales (39). Muchas de las incapacidades y excusas es evidente que recogen derecho romano, aunque con modificaciones.

Para terminar esta breve exposición del Código francés, que intenta precisar sus rasgos y estructura genérica en la materia, me referiré a la administración del tutor y restantes órganos de protección del menor, así como al fin de la tutela. Son primeras obligaciones del tutor la de hacer inventario y vender todos los muebles

(38) La legítima, *Code civil*, arts. 402 y sigs.; Consejo de familia y tutor en los arts. 405 y sigs., 420 y sigs. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique...*, V, 464, se expresa en estos términos: «Nous devons l'institution du *Conseil de famille* à notre ancien droit coutumier. Mais le code civil l'a transformée et en a précisé et élargi les attributions».

(39) *Code civil*, arts. 442 y sigs., 427 y sigs.

que el Consejo de familia no le haya permitido mantener *in natura*—de lo que, naturalmente, se exceptúan el padre y la madre, aun cuando sean tratados como tutores, según la ley francesa—. El Consejo decide, asimismo, la cantidad que debe gastar anualmente en el menor, y señala administradores especiales, en su caso. Por lo demás, “el tutor cuidará de la persona del menor y le representará en todos los actos civiles. Administrará sus bienes como un buen padre de familia y responderá de los daños e intereses que pudieran resultar de una mala gestión. No puede comprar los bienes del menor...” (40). Los tutores, incluso los padres, no pueden enajenar los bienes inmuebles, ni hipotecarlos, sin contar con la anuencia del Consejo, que sólo lo admitirá en casos de necesidad extrema, revisando cuentas y señalando cuáles deban alienarse; la venta será pública, con asistencia del tutor subrogado—subtutor o protutor—. Por último, se determinan las facultades del tutor en orden a la aceptación y renuncia de herencias, donaciones, actuaciones en juicio, particiones, transacciones, etc (41). Al final de la tutela da cuentas de su gestión—y durante la misma por periodos al tutor subrogado—, debiendo satisfacer cuanto debiere al tutelado; los tribunales entenderán de las diferencias que pudieran surgir en la rendición de cuentas. Por lo demás, la restitución por lesión se conserva en favor de los menores, respetando el sistema anterior en cierta parte (42).

He aquí suprimida la distinción entre tutela y curatela. No parece hacer falta en el esquema del Código francés, pues los menores de veintiún años disfrutan de la tutela por su falta de capacidad, y entre los veintiuno y veinticinco, en donde podría parecer necesario complementarla, recordando el derecho romano, no es necesario, ya que son ciudadanos en el pleno disfrute de los derechos políticos. Tampoco la curatela especial de dementes se halla en el texto napoleónico. El imbecil, el demente o el furioso están sujetos a interdicción o inhabilitación judicial, con informe del Consejo de familia, idéntico al de los menores. El interdictado, luego es do-

(40) *Code civil*, art. 450.

(41) *Code civil*, arts. 461 y sigs.

(42) *Code civil*, arts. 469 y sigs., art. 1.305.

tado de un tutor, que será el marido, la esposa—con algunas excepciones—, o el pariente nombrado por el Consejo. Su actuación es semejante, con iguales requisitos y prevenciones, que las de tutores de menores. Por su parte, los pródigos, para evitar sus dispendios en actos dispositivos, se colocan bajo la vigilancia de un Consejo especial, nombrado por el juez (43). No es menester, por tanto, la curatela para estas dos categorías, quedando prácticamente, de hecho, desterrada del *Code civil*.

Aun con buena dosis de romanismo, no hay duda de que el texto francés está lejos del sistema clásico o antiguo, que hemos podido examinar—en tanto nos interesaba—sobre Partidas. Es verdad, que se conserva—aproximadamente—las tres clases de tutela: las incapacidades y excusas, las reglas de administración y enajenación—me refiero en sus líneas generales—. Pero ha desaparecido la curatela de menores, como la de enajenados y pródigos. Prescindiendo del estudio detallado de las fuentes del Código francés, no me es posible precisar bien el adelanto que significa; respecto de POTHIER, sin discusión alguna. En conjunto, se advierte que la solución francesa se sitúa en una línea de evolución y simplificación más retrasada que nuestro código actual. Es anterior en su cronología; pero, además, al conectar demasiado la patria potestad con la tutela—para situar a la madre a la altura o nivel del padre—muestra una solución más complicada, más tosca. En todo caso, la supresión de las dos formas de guarda quedaba ya realizada en los comienzos del XIX, disponible un espejo en donde reflejarse a los futuros codificadores españoles. Las traducciones del Código francés son muy precoces y son muestra del gran interés que despierta en la época, en que el francés es—como tantas otras veces—el segundo idioma de todo español culto. ¿Cómo aprendieron la lección los codificadores españoles?

(43) *Code civil*, arts. 489 y sigs., art. 509, en general 504 y sigs., arts 513 y sigs. Véase sobre la tutela de hecho, M. PLANIOL, J. RIPERT, *Tratado práctico*, I, 486 y sigs.

4. *La codificación española. El proyecto de 1821.*

A partir de 1808 se origina en España el clima indispensable para que la codificación pudiera comenzarse. Códigos y constituciones son las nuevas formas jurídicas que provienen de las ideas revolucionarias francesas, del liberalismo, en suma. Instaladas las Cortes de Cádiz, existía ya el órgano necesario para propulsar una codificación de nuestras leyes. Entre las primeras comisiones que se crean aparecen tres que habrían de dedicarse a la legislación civil, criminal y de comercio. Respondían a aquella famosa propuesta de Espiga y Gadea en 9 de diciembre de 1810 para adelantar la sistematización y ordenación liberal de nuestra legislación. Su opinión prevalecerá en punto a la composición de las comisiones, que, frente a Argüelles, quiere que sean mixtas, con individuos de las Cortes y otros de fuera de ellas, para mayor amplitud de conocimientos, incluso de representación (44).

Estas comisiones no pudieron—falta de tiempo, problemas más acuciantes—avanzar en su labor. La constitución de 19 de marzo de 1812 fue la única compilación extensa de las nuevas ideas liberales. En su artículo 258 se condensaba la aspiración liberal de que “el código civil, y criminal y de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes” (45).

Tras el paréntesis absolutista, las Cortes del trienio llevarán más adelante la codificación. Un código penal aprobado, sendos proyectos de código civil, de procedimientos criminales y de sanidad son un balance muy elevado para los tres años escasos de poder de los liberales entre 1820 y 1823. Concentrémonos en el proyecto inaca-

(44) Sobre la codificación española. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*., I, 510 y sigs. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2 vols., Madrid, 1952. I, 185 y sigs. Sobre la labor en las Cortes de Cádiz. *Diario*, 1810-1813, ses. 9 diciembre 1810, 5 febrero, 9 y 18 abril. 22 septiembre de 1811, 14 abril 1813, I, 153, 500, II, 849; 880, III, 1.897, 1.901 y sigs., VII, 5.055 y sigs.; *Diario*, 1813-1814, 1 de octubre, 6, 15 y 29 de noviembre de 1813, 24 de enero de 1814, 9 s., 205, 247, 326 y 379; *Diario*, 1814, ses. 17 de marzo de 1814, 128. Tengo en prensa, M. PESET REIG, *La primera codificación liberal en España (1808-1823)*. «Anuario de Historia del Derecho español», XL (1971).

(45) Art. 258 de la Constitución de 19 de marzo de 1812, D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969, I, 198 s. Sobre la discusión del mismo. *Diario*, 1810-1813, ses. 21 de noviembre de 1811 III, 2.305 s.

bado de código civil de 14 de octubre de 1821. Una comisión formada de miembros de las Cortes se preocupó de su elaboración, llegó a darle lectura parcial en el seno del organismo parlamentario y, también, imprimió una parte del mismo. De él hemos de partir para comprender la influencia francesa y el camino hacia el Código civil actual, en la materia que nos interesa (46).

En verdad, el proyecto de 1821 tiene una marcada influencia francesa. Todavía no han sido estudiados suficientemente los textos de la codificación española, en sus relaciones con el derecho patrio y extranjero. Ahora aportaré algunos datos sobre los proyectos oficiales de 1821 y 1851, que exponen la trayectoria de las instituciones de tutela y curatela. En ambos, la influencia esencial de Francia viene temperada por una amplia utilización del derecho anterior hispano. Por ello, no se suprime la dualidad entre ambas formas de protección del menor e incapacitados hasta el Código civil vigente de 1889.

En la recepción del derecho francés por el proyecto de 1821 hay cierta timidez, por lo que se recoge en algunos extremos y se conserva lo anterior en otros. Ello da cierta inconsecuencia al sistema; la coherencia de las distintas partes de un sistema jurídico necesita a veces de años para realizarse, sobre todo, si representa la entrada de influencias extranjeras sobre un fondo distinto. El proyecto civil del trienio adopta una edad central para la capacidad de veinte años, cercana a la francesa, pero con alguna raigambre en Castilla y Aragón. Pero establece todavía una serie de edades para ir alcanzando la plena capacidad, por pasos, según los negocios y tipos de actos; no pueden olvidar sus redactores el sistema romanizado de Partidas, en las que se han formado. No hay, pues, una sola edad, sino varias, aunque la de veinte años funcione decisivamente en la mayor parte de los casos. Por otro lado, el soporte de una edad poli-

(46) *Proyecto del Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820*. Impreso de orden de las mismas. En la imprenta nacional. Año de 1821. La comisión la componían—según el mismo—Cano, Silves, Hinojosa, Cuesta, San Miguel, Navarro (Felipe) y Garelli. Se había propuesto que se empezase la codificación en 16 de julio de 1820, por el diputado de Murcia Damián de la Santa, sobre esta propuesta y formación de las comisiones, *Diario*, 1820, I, 168, 205, 468 y sigs. 530; comisiones I, 610; véase, II, 1.021, III, 2.050, 2.115 sigs.

Las lecturas de la parte del proyecto que se redactó, *Diario*, 1821, I, 255, 273, 276, 293, 332, 357.

lica unitaria—decisivo en Francia—no existe en España. La Constitución de 1812, entonces vigente, establecía la romana de veinticinco años para ser elector, es decir, para adquirir la capacidad política (47). Es verdad, que se determinaba una edad unitaria en nuestro primer texto político, pero su conservación de la romana podía permitir la interpretación de que era una edad más, la última, en la paulatina adquisición de derechos.

El proyecto, en su preliminar, argumentaba desde una posición más antigua, que la ley sería notoriamente injusta si diese derechos y exigiera obligaciones con una igualdad aritmética. La Constitución niega al menor de veinticinco años ciertos derechos que concede al mayor; niega al simple español todos los que atribuye al ciudadano..." (48). La posibilidad de una edad unitaria—estilo francés—era negada. El proyecto consagra la edad de veinticinco años para obtener cargos públicos de justicia y de gobierno, e, indirectamente, al hacer referencia a ciudadanos y a la constitución, sin duda acepta los dictados de aquella en cuanto a edad política (49). Pero, en conjunto, sigue las tendencias de edad escalonada, de capacidad paulatina. En lo criminal, son incapaces de delinquir los menores de siete años y sólo a los mayores de catorce se les aplicarán penas no correccionales. Para el matrimonio coloca la capacidad en los dieciséis y catorce, según el sexo, aceptando la misma para poder hacer testamento. Pero los veinte años es el momento en que se sale de la tutela, se les puede emancipar, pueden obligarse por contrato, cuasicontrato y cuasidelito, así como hacer testamentos y contratos. Sin embargo, la patria potestad, aunque no indefinida, persiste hasta los veinticinco, y se requiere esta edad para desempeñar el cargo de tutor o curador (50). En suma, varias edades que apuntan hacia un núcleo fundamental de los veinte años para adquirir la capacidad civil de obrar.

En cuanto al esquema de protección del menor y del incapaci-

(47) Art. 45 de la constitución de 1812 que ya estaba en la instrucción para elección de diputados de 1 de enero de 1810; en el art. 21 de la constitución, se les escapa—sin duda por influencia francesa—una edad de 21 años, al tratar de ciudadanía; por lo demás, el Rey sería mayor a los 18, D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones*, I, 168, 72, 164 y 190.

(48) *Proyecto*, 1821, pág. 18.

(49) *Proyecto*, 1821, arts. 34 y 66

(50) *Proyecto*, 1821, arts. 57 y sigs., 378, 381 y 382

tado, también se aparta del Código francés, pero con su ayuda modifica sustancialmente la regulación tradicional española. Por de pronto, distingue con claridad la patria potestad—que confiere al padre y a la madre—de la tutela, sin concebir entrelazada a ella la protección de los padres sobre los hijos. La patria potestad dura hasta los veinticinco años, a no ser que emancipe antes el padre. o el rey por justa causa a solicitud del hijo, o por matrimonio del mismo (51).

Cuando han fallecido los padres o caso de que la madre contraiga nuevo matrimonio, el menor, desamparado, entra en las vías de la tutela o curatela si todavía no ha cumplido los veinte años. Y en este punto hay que advertir necesariamente que el ejemplo del Código francés y el deseo de no abandonar senderos centenarios del derecho español, lleva al proyecto de 1821 a una defectuosa estructuración de ambas formas de protección del menor. La tutela es encargo de cuidar y proteger las personas y bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y madre, o cuando esta última ha contraído de nuevo matrimonio. La curatela, la curaduría como él la llama siguiendo la denominación tradicional, se ejerce sobre “los mayores de veinte años, huérfanos, y los mayores de veinticinco años de la potestad patria, cuando unos y otros se hallan incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral” (52). ¿Qué quiere decir? Sin duda hay cierta redundancia—extraña al espíritu de precisión jurídica—al repetir junto a los mayores de veinte a los de veinticinco, si en todo caso se exige esa incapacidad que completa inmediatamente refiriéndose a los locos, los mentecatos y los habitualmente disipados o pródigos. La razón estriba en que los comprendidos entre ambas edades, están todavía bajo la autoridad paterna; pero mejor hubiera sido decir simplemente “mayores de veinte años” y hacer la salvedad o llamar en primer término a esta curatela al padre que está ejerciendo la potestad sobre el incapaz. En Partidas, la curatela continúa a la tutela como protección de menores, aquí todavía queda este rastro, si bien cuando los huérfanos tienen algún impedimento

(51) *Proyecto...*, 1821, arts. 370 y 378 y sigs.

(52) *Proyecto...*, 1821. la cita art. 394 véase para tutela 386, las causas de incapacidad, art. 395.

físico o moral, pues en otro caso no es necesaria al haber elevado la edad de salida de la tutela a los veinte años. En definitiva, la tutela de menores quedaba separada de la curatela de incapacitados—por influencia francesa diluida en la tradición española—, y esta solución se conservará en el proyecto de 1851, más afrancesado.

En las formas de la tutela se mantiene la testamentaria, conferida por el padre o, en su defecto, por la madre viuda y la que el proyecto del segundo período liberal llama tutela legal, que engloba las otras dos, legítima y dativa (53). Si el Código francés había establecido una tutela del padre o la madre, otra designada por éstos—en testamento o declaración judicial—, la tercera de ascendientes y la cuarta nombrada o dada por el Consejo de familia, el proyecto español de 1821 es más sencillo y, también, más tradicional. En él se unen la legítima de los abuelos y parientes y la dativa, en la que a falta de parientes el alcalde, con el procurador síndico y el regidor más antiguos del municipio—es decir, dos concejales—designan al tutor (54). La curaduría para enajenados y pródigos posee un orden legal: la mujer—o el marido—, hijos mayores de veinticinco años, padres, abuelos, parientes más cercanos y, a falta de estas personas nombrado como el tutor. Nótese, en conexión con las consideraciones que antes hice, que si llama a los padres—aquí referido a los mayores de veinticinco años—podía haber redactado con mayor elegancia la definición de curaduría. También se admite la designación testamentaria de los padres, siempre que el incapacitado no tuviere mujer ni hijos mayores de veinticinco (55).

En incapacidades y excusas pone al día y modifica un tanto las de Partidas. Son incapaces las mujeres, salvo de sus nietos o de su marido o hijo incapacitados, los menores de veinticinco años, los obispos y personas que ejerzan la cura de almas, los religiosos y los clérigos, salvo que para éstos se trate de parientes; los empleados en la inmediata recaudación o custodia de rentas públicas, los secretarios de despacho, jefes políticos, jueces de primera instancia y los militares en activo; los que tuvieren pleito pendiente, cuentas o intereses en oposición con el menor, los que no tengan empleo o for-

(53) *Proyecto...*, 1821, arts. 387 y sigs.

(54) *Proyecto...*, 1821, arts. 387 y sigs.

(55) *Proyecto...*, 1821, arts. 398 y sigs., procedimiento 396 y 397.

ma de vivir conocida y, por último, los que tuvieren malas costumbres o fueren ineptos para desempeñar una tutela o curatela. Adaptación de Partidas a tiempos coetáneos del proyecto. Otro tanto cabe decir de las excusas o causas de exoneración, que el futuro tutor puede aducir. Son estas: tener cuatro hijos bajo patria potestad, estar desempeñando otra tutela o curatela, la pobreza, la enfermedad, el traslado a otra provincia distinta de la en que se halla la mayor parte de los bienes, tener setenta años o hallarse ejerciendo empleo o cargo público que impida el cabal desempeño del encargo o protección (56).

En la regulación de la actividad del guardador el proyecto de 1821 es muy ordenado. Primero la admisión en la tutela y la curaduría; después, el ejercicio de estas funciones; por último, la extinción y cese en ellas. El nombrado tutor o curador debe aceptar con palabras expresas el cargo y jurar su buen y fiel desempeño, así como dar fiadores para sus resultas, salvo que sea el cónyuge o los parientes en línea recta del menor o incapaz, o hubieren sido nombrados por los padres. El alcalde, a continuación discierne el cargo, una vez cumplidas ante él las formalidades exigidas (57). Después ha de formular inventario al mismo alcalde, pudiendo ya entrar en el cuidado de la persona y bienes del protegido. Posee los poderes del padre para la corrección del menor, sus mismas obligaciones de educarlo y alimentarlo, conforme a las instrucciones del alcalde, regidor y procurador síndico aludidos (58). Los tutores y curadores poseen facultades de administración, pero naturalmente no pueden disponer de inmuebles, ni de los muebles que pueden conservarse sin menoscabo, salvo casos especiales, con intervención del juez de primera instancia y en subasta pública. En esta zona, la dependencia con el Código francés se hace más transparente, a mi entender. El artículo 431 del proyecto, por ejemplo, resume una serie de disposiciones de aquel, sigue sus pautas: "Se entiende por enajenación prohibida al tutor o curador todo acto de venta, permuta, donación, cesión, imposición de servidumbre o hipoteca; la tolerancia de la prescripción, la transacción, el desistimiento de un pleito, la

(56) *Proyecto* .. 1821, arts. 403, 404, procedimiento de exoneración, 406 y siguientes, mientras la lleva un tutor interino. art. 413.

(57) *Proyecto*.., 1821, arts. 414 y sigs., 418, 421 y sig.

(58) *Proyecto*.., 1821, arts. 423 y sigs., en conexión con 371 y sigs. y 377.

renuncia de una herencia y, en general, todo desprendimiento absoluto y todo gravamen afecto a las cosas". Como aquel Código, y con la anuencia de las Partidas, continúa la restitución por lesión a los menores (59).

La protección de menores, pródigos y alienados cesa—según el proyecto—por cumplir veinte años o contraer matrimonio y, en las dos últimas categorías, por haber cesado el impedimento o incapacidad. Por parte de los tutores o curadores por muerte natural o civil, por exclusión o exoneración previas—en caso que ya se hubiesen nombrado—y por remoción en caso de hacerse sospechoso durante el desempeño de la guarda. De nuevo, muy nitida, una línea de influencia de Partidas. Y termina con extensa regulación de las cuentas, con mayor desarrollo que en el Código francés; se especifica cómo deben hacerse, qué partidas deben estar documentadas, la responsabilidad y posible resarcimiento del tutor, la intervención del procurador síndico en ellas, etc.; también fija la remuneración del tutor entre el 4 y el 10 por 100 del producto anual de los bienes (60).

En suma, tras esta exposición de los preceptos de 1821, que no llegaron a vigor, nos queda la convicción de que GARELLI y los otros redactores no pretendieron separarse excesivamente del derecho de Partidas. Traen cosas del Código francés, detalles y mejoras, pero no su esquema fundamental. Sigue en el derecho tradicional y hemos de esperar a 1851 y 1889 para que la recepción del Derecho francés se haga plenamente en estas materias. La descripción de estas instituciones en el proyecto civil del trienio nos permite apreciar que no ha variado su esquema básico, ni tampoco ha importado la pieza central del sistema francés, el Consejo de familia. Edades múltiples, tutela separada de la curatela. Pero cabe percibir que la edad para la capacidad se va centrando en torno de los veinte años y, con esta edad más avanzada como fundamental, la curatela de los menores desaparece y queda relegada a institución para los incapacitados por su estado mental o sus costumbres de dilapidación o prodigalidad. Hay una amplia cuña de influencia francesa,

(59) *Proyecto...*, 1821, cita del artículo 431, sobre restitución art. 112 y siguientes; 127 y sigs.: 434 y sigs.

(60) *Proyecto*, 1821, arts. 438 y sigs., 444 y sigs., 454.

siquiera se mantenga el espíritu y estructura de las viejas Partidas, que llevaban entonces cerca de cinco siglos de vigencia. Eran la normativa vigente para los autores del proyecto y, aunque ellos tengan espíritu y ánimos de una época nueva, no pueden olvidarlas, dejar de utilizarlas. En el preliminar se expresan así sobre las Siete Partidas y los otros cuerpos vigentes: "Sin duda se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y de utilidad tan notoria e inalterable, que no podrían ser desatendidas, sino por la frivolidad o por el espíritu inquieto de innovarlo todo. La comisión se honrará prohibiéndolas; porque 'en las cosas que se hacen de nuevo debe ser catado en cierto la pro dellas, ante que se parta de las otras'. Para no dejar ilusorio este principio, la comisión hubo de entrar en el penoso examen de todas las leyes no derogadas. Esta operación prolija le dio resultados generales; y sin descender ahora a pormenores minuciosos se puede asegurar, que las bases político-legales de nuestras compilaciones son esencialmente distintas de las que la constitución ha sentado. Penetrada la comisión de estas verdades, que sólo indica, conoció que cualquiera sea el mérito de los códigos actuales, ninguno de ellos podía aplicarse al sistema constitucional, ni satisfacer la justa impaciencia del poder judicial, que suspira por la publicación de uno que le sirva de pauta y guía, ni ofrecer siquiera a la comisión un modelo de imitación" (61).

Pero parten de lo que está vigente. Por ejemplo, saben trasladar el sistema de varios tutores anterior al de uno solo. Sin forzamientos, con suavidad. El proyecto no reconoce más que un solo tutor—o curador—, pero "si hubiere muchos nombrados por los padres o si fueren muchos los parientes llamados a la tutela o curaduría, deben convenirse entre sí para designar la persona que haya de ejercer el encargo; y si no se convienen, se hace esta designación por el alcalde en unión con el regidor y procurador síndico más antiguos" (62). Pero admite que sean varios cuando los bienes se hallan dispersos en varios lugares, nombrándose para cada distrito y debiendo dar cuentas separadas cada uno de ellos al término de su gestión.

(61) *Proyecto* . . , 1821, pág. 11.

(62) *Proyecto* . . , 1821, arts 419 y 420, 452. Véase P. 6, 16. 12 y la interpretación de J. SALA, *Ilustración* . . I. 71 y sig.

5. *Tutela y curatela en el proyecto de 1851.*

En el proyecto de 1851 se impone, definitiva, la influencia francesa. El anterior que he descrito, el de 1821 guardaba un cuidadoso equilibrio y, si recoge preceptos y soluciones nuevos, no cabe duda alguna de que la trama fundamental de su articulado conserva lo anterior. No innova demasiado. El proyecto de la comisión presidida por GARCÍA GOYENA, en cambio, da entrada franca a las influencias exteriores, en un intento de alcanzar un texto acompasado a la legislación mundial. Es una obra más meditada y reposada, más técnica; es un código hecho por quienes conocen y tienen a la vista los diversos códigos europeos, hijos y nietos del francés. Las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, publicada por FLORENCIO GARCÍA GOYENA en 1852, nos muestra ese contacto directo con la legislación del mundo civilizado del momento, la cantidad de materiales tenidos a la mano, la intención de que el derecho patrio tradicional quedase subsumido en soluciones sacadas de muy diversos lugares, que, en general, responden al Código francés. El derecho patrio está anticuado y es múltiple—ya han surgido las reivindicaciones forales—, pero el derecho extranjero no puede introducirse, sin más, en la vida jurídica española. Por ello la orden de 12 de junio de 1851 (63) prevé un periodo de espera y consulta antes de publicar y aprobar el texto de la comisión. Y, después, quedará sin vigor, inútil, salvo en lo que sirve de paso o transmisión hacia el Código civil actual.

Nos interesa examinar su tratamiento de la tutela y la curatela, distinción que mantiene, a pesar del Código francés, como dos vehículos de protección para menores e incapaces, respectivamente. Como en el proyecto de 1821, establece la tutela para los menores de veinte años y para los incapacitados la curatela. La razón que pre-

(63) F. GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 4 vols., Madrid, 1852, I, págs. 7 y sig. A partir de esta publicación se tendrá en cuenta por la doctrina aunque no esté vigente, por ejemplo, véase S. DEL VISO, *Lecciones...*, o B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos*.

No he tenido en cuenta, por su carácter privado a P. GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos de derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832, 2.^a ed., Tolosa, 1846.

senta GARCÍA GOYENA es doble, a la hora de justificar la solución del proyecto, es decir, la separación de la tutela y curatela. Se basa en la supresión de la curaduría respecto de menores y, en consecuencia, dejarla sólo para los incapacitados. La razón o fundamento jurídico es doble; por un lado, precedentes del derecho nacional se refieren—Fuero Juzgo o Fuero Real—tan sólo a la tutela de menores, aunque se habían oscurecido por una práctica dimanada de Partidas y una teórica romanista que seguía centrada en la pubertad; por otro, que “el acortamiento de la menor edad por los citados Fueros y códigos—aquí hace ver que ha sido suprimida por todos los códigos afrancesados, con excepción del de Luisiana—es otro motivo para recomendar su desvío del derecho romano...” (64). En suma, el derecho patrio y el ejemplo de las nuevas codificaciones, al suprimir la curatela de menores autorizaría a prescindir de la distinción, pero el proyecto en lugar de unificar la terminología, como el Código francés o el español actual, prefiere—y no es tan desacertado como podría creerse—mantener la denominación de curaduría para los órganos de protección de incapacitados. Sigue, sin cita alguna, el proyecto de 1821.

El artículo 276 del proyecto de GARCÍA GOYENA establecía que “la mayor edad empieza a los veinte años cumplidos” (65). Ya estaba presente una edad unitaria para la capacidad civil de obrar, con algunas leves referencias en otros puntos a mayorías diversas, por ejemplo para matrimonio, consentimiento paterno, salida de la casa paterna para las hembras mayores, etc. (66). Pero se alcanza una edad unitaria central en el derecho español. Los redactores del proyecto—pulcramente—pasaron revista a las diversas soluciones de la codificación moderna y encontraron amplia variedad: los veintidós años del Código francés inspira a muchos, otros, también de influencia francesa, prefieren los veintitrés; algunos más antiguos—austriaco, prusiano, bávaro—llegan a veinticuatro o veinticinco, más cercanos al recuerdo romano. A la hora de decidir, opta por veinte, en que le acompañan los Fueros Juzgo y Real, el derecho de Aragón e, incluso, algunas costumbres francesas. Son, dice, “la

(64) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I. pág. 184.

(65) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I. art. 276

(66) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I. art. 142. art. 277, art. 273.

venerable autoridad de *Fueros verdaderamente españoles*" (67). A mi juicio, como tanto da un año más o menos, el aragonés GARCÍA GOYENA y la comisión, encontraban en esta edad la solución francesa con apoyos de derecho propio, castellano y aragonés. Lo importante fue el establecimiento de una edad sola y ésta, además, un tanto elevada respecto de la pubertad del romanismo clásico y justinianeo. Con ello pueden prescindir de la curatela de menores, participando de la unificación que se está realizando en toda Europa y América, por influencia de la Revolución francesa y la aparición de un nuevo derecho público; una edad unitaria y, en consecuencia, un solo vehículo para la protección del menor; sobra la tutela o la curatela. "La tutela y la curaduría—escribe GARCÍA GOYENA—han sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia una misma cosa; sus motivos y objetos son los mismos, *la incapacidad y la beneficencia*... Así es que algunos códigos, como el francés, el napolitano y sardo han conservado las palabras *tutor y tutela* en la materia de este título, otros, como el de la Luisiana, bávaro, austriaco y prusiano, las han convertido en las de *curador y curaduría*, pero todos están acordes en el fondo" (68).

Todos, menos el propio proyecto, que mantendrá la curatela para los incapacitados. Veamos cómo estructura ambas instituciones. La tutela es la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto a patria potestad. Se ejerce por un tutor único, que ha de aceptar necesariamente el cargo, auxiliado y controlado por el protutor y el consejo de familia, organismos nuevos ahora, afrancesados, por más que GARCÍA GOYENA quiera ver precedentes en el derecho anterior español (69).

(67) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* ..., I, cita en pág. 265, ver las 263 y sigs.

(68) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* ..., I, pág. 267.

(69) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* ..., I, arts 171 y sigs, sobre medidas previas por el alcalde, 174 y sigs., el apoyo en Fuero Real y Fuero Juzgo, pág 186, en F. R. 3, 7, 3 y F. J. 4, 3, 3.

La insistencia en el origen hispano—con todas las reservas—del consejo de familia se inicia en J. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular*, 2 vols., Barcelona, s. a., 2ª ed., al referirse al Consejo de familia en el Alto Aragón, I, 48-80; en pág 48 dice: «Tiénese comúnmente el Consejo de familia por institución de origen moderno, y aun ha sido atribuido a la revolución: pero le sucede a ésta lo mismo que a las demás instituciones de derecho: aquella que más nueva parece, ha pasado por un alumbramiento secular y dejado huellas de una larga infancia en la historia», véase también, 59, 53 y sigs., 73 y sigs. Entre los historiadores del derecho, J. BENEYTO PÉREZ, *Instituciones* ...

Las clases de tutela son las tradicionales, sin que se atreva a admitir la tutela del padre y la madre—estilo francés—, por considerarla depresiva de la patria potestad y contraria a la esencia de la tutela, que es subsidiaria, para huérfanos. La testamentaria es concretada por el padre y, en defecto, por la madre; nunca por un extraño, como en Roma o nuestro derecho de Partidas; por otro lado, la madre podrá hacerlo sólo en caso de que sea depositaria de la patria potestad, que puede perder por tener hijo ilegítimo o contraer segundas nupcias (70). En la tutela legítima la solución es intermedia entre el amplio llamamiento que hace Partidas a los parientes y la restringida de ascendientes del Código francés. Este, con mayor lógica, consideraba que, salvo ascendientes, masculinos, el consejo familiar que reunía a los parientes más cercanos podría y debería decidir quién era el más apto para conferirle la tutela. El texto de 1851, desde una postura ecléctica, amplía los llamamientos de la tutela legítima a los abuelos, paterno y materno, las abuelas, paterna y materna, y, por fin, los hermanos varones, con preferencia del doble vínculo y la mayor edad. Idéntica al Código civil actual (71). Por fin, la tutela dativa se establece—a falta de los anteriores o por su cese—por decisión del Consejo de familia. Se hallaba este formado por cuatro parientes, dos de cada línea, avunculados en el lugar o a distancia menor a seis leguas; entre ellos se cuentan los maridos de hermanas, mientras éstas vivieron. Todo ello, por razón del punto de origen de la importación, está extraído del Código galo, con menudas alteraciones. Son cuatro los parientes, la distancia de vecindad se alarga un poco, de los afines sólo son admitidos los cuñados, porque la afinidad es vínculo de menor fuerza que la consanguinidad. La razón de variar el número y ampliar la distancia, aclara el comentador GARCÍA GOYENA, es porque nuestro

I, 154 y 155 y sig. O entre los civilistas cercanos al código, C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...* IV, 579 y sigs.; con toda claridad lo vio, como totalmente ajeno al derecho hispano, Q. MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil...* V, 316, como «edificio construido de buena fe en terreno propio (Derecho civil común) con materiales ajenos»; y no admite las apreciaciones de GOYENA, sino más bien se quiso traer para que la familia tuviera mayor preponderancia que los extraños en sus propios asuntos, V, 336, y sig.; al parecer, tras el proyecto de 1851, se estableció también en la junta de parientes de la Ley de 20 de junio de 1862

(70) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* I, arts 177 y sigs., en relación con 175 y sigs., y 165 y sigs.: sobre la unidad de la tutela arts. 179 y 180.

(71) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* I, arts. 181 y 182.

país está menos poblado. El Consejo de familia, naturalmente, se regula siguiendo muy de cerca el modelo francés, tanto en las personas que serán miembros de él preferentemente, como en las formas de su convocatoria y funcionamiento (72).

En materia de incapacidades para la guarda—creo que el detalle no interesa—sigue muy directamente al Código francés, salvo en algunas, por ejemplo, el deudor de cantidades considerables al menor y alguna otra. Bien es verdad, que a la hora de comentarlas se cuida de hacer las referencias a Partidas y al derecho romano; no se olvide que el código de la Revolución francesa poseía también grandísima dosis de derecho romano en esta materia de incapacidades y excusas. Junto a las incapacidades—rompiendo la continuidad del texto francés—establece las causas de separación de la tutela, en forma más lógica, más técnica. Pero, con alguna modificación, están sacadas de él: podrán ser separados por el Consejo de familia, cuando no reúnan a éste antes de empezar la tutela, el testamento y el legítimo; el que entre a desempeñarla antes de otorgar hipoteca legal o hacer el inventario, los que se conducen mal respecto de la persona o bienes del menor y los que, con posterioridad, son declarados inhábiles (73). La distinción entre incapacidades y causas de separación—remoción en Partidas—creo que remonta su sistemática a nuestro derecho tradicional. Las excusas, por su parte, puede afirmarse que están muy conectadas con el proyecto de 1821—que se cita, además, en el comentario para seguirlo en un punto—, si bien se vuelve a retomar el Código francés para completarlas y mejorar su redacción (74). La exposición de estas comparaciones que he ido haciendo a lo largo de estas páginas exigiría traer a doble columna el cotejo de los textos. Aunque lo he realizado, no creo que al lector le interese todo el detalle de la comparación y me contento con darle los resultados a que he llegado, resultados no definitivos, pero sí orientadores de las líneas de evolución del derecho de tutelas y curatelas. Intento sólo explicar los rasgos ge-

(72) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 190 y sigs., procedimiento, 194 y sigs. también 183 y sig. y 196 y sig.

(73) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 202 y sigs., procedimiento, 205 y sigs., sobre inventario e hipoteca, arts. 225 y sigs.

(74) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 220 y sigs.

nerales del cambio paulatino de estas instituciones en la legislación española, hacer ver el sentido que tiene la asimilación última de las dos instituciones, a la luz de unas nuevas concepciones de la mayoría de edad, por razones políticas o de derecho público, que pesan en modo decisivo sobre los movimientos codificadores de Francia, más directamente, y de España, por reflejo.

A este respecto, resulta iluminador el contemplar cómo en España sigue manteniéndose en estos años y hasta el siglo **xx**, una diferencia sustancial entre la edad política y la civil. Francia, en un esfuerzo de racionalismo liberal, ha señalado una edad de veintiún años para toda la amplitud de su derecho, público y privado. España no recoge esta idea central, unitaria. En materia civil se está intentando variar a través de los proyectos de 1821 y 1851, pero subsiste la edad de Partidas, o mejor las edades variadas. La codificación mercantil optó por los veintiún años franceses, la penal usó de otras edades. La idea de sencillez y de unidad, de coherencia, no parece encarnarse en las vicisitudes diversas de la codificación española. En materia política la divergencia era más curiosa. La Constitución de 1812 adoptó los veinticinco años, lo vimos. Era la edad civil entonces vigente. En adelante, los diversos textos políticos españoles—constituciones o leyes electorales—siguen esta senda marcada por los primeros liberales gaditanos. En civil, en los proyectos, se está debatiendo el tema de la edad, pero las disposiciones políticas no parecen tener ningún interés en rebajarla o en unificarla. Solamente en la época de la primera República española, a pesar de no existir un Código civil aprobado, parece verse clara la importancia de una unificación en la edad. Los textos de aquella época, la constitución de 1869 y la ley electoral de 1870, requieren para ser elector el ser “mayor de edad”, o que se hallen en pleno goce de los derechos civiles, conforme a la legislación de Castilla. Idéntica tendencia puede descubrirse en la constitución de 1876, tras la Restauración, o en su primera ley electoral. Pero pronto se vuelve a los veinticinco años, que no se modificarán ni con la aparición del Código civil. Cuando Cánovas concede el sufragio universal en 1890 también toma esta edad. Seguramente no le convenía a los conservadores el voto de los que se hallaban entre los veinti-

trés y veinticinco (75). Mas volveré al examen del proyecto de 1851, en materia de tutela.

En la administración tutelar sigue al Código francés y sus derivados, procurando GARCÍA GOYENA hacer ver en sus comentarios que sus soluciones no están muy lejos del derecho romano y de nuestras leyes patrias. El tutor cuida de la persona del menor y le representa en todos los actos civiles. Le alimentará y educará conforme a su clase y fortuna, fijando el Consejo de familia estos extremos, así como el destino que debe darse al sobrante de sus rentas (76). Los actos de enajenación y gravamen de inmuebles requieren especial y detallado permiso del consejo, se venden en pública subasta y se refrendan por el juez de primera instancia, oído el ministerio público—como en el francés—. El tutor no puede adquirir bienes del menor, ni en éste ni en ningún otro caso. Además, se le ponen cortapisas para los arrendamientos, particiones, retirar capitales invertidos, recibir cantidades, aceptar o renunciar herencias y legados, donaciones, gastos extraordinarios, transacciones, demandas, et-

(75) La edad política de veinticinco años campea por todos nuestros textos políticos y electorales, puede verse en el Real Decreto de 20 de mayo de 1834, en el art. 5 del Estatuto Real de 1834, en los arts. 4, 44 y 70 del Real Decreto de 24 de mayo de 1836, en el art. 23 de la constitución de 1837, en el art. 7 de la Ley electoral de 28 de julio de 1837, en el art. 22 de la constitución de 1845, en los arts. 4 y 14 de la Ley electoral de 18 de marzo de 1846, en el art. 1 del proyecto de Bravo Murillo sobre organización del Senado, en el art. 33 de su proyecto para elecciones de diputados a Cortes, art. 26 de la constitución de 1856, en los arts. 8 y 15 de la Ley electoral de 18 de julio de 1865, en el art. 1 del Decreto de 9 de noviembre de 1868, concediendo el sufragio universal, en el art. 4 y en el 11 de la Ley electoral de 20 de julio de 1877, en los arts. 7 y 15 de la de 1878, en los arts. 1 y 3 de la Ley electoral de 1890—que concede el sufragio universal—, y en los arts. 1 y 4 de la Ley electoral de 8 de agosto de 1907. En cambio, parecen querer unificar con legislación civil el art. 66 de la constitución de 1869, que dice «mayor de edad», la Ley electoral de 23 de junio de 1870 dice «que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles», así como los hijos de españoles que sean mayores de edad conforme a la legislación, de Castilla, así como—tras la Restauración—la constitución de 1876, en su artículo 29 sigue diciendo «mayor de edad» y su primera Ley electoral de la misma, en su art. 3 se referrá a la legislación de Castilla. D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, I, 254, 271, 298 y sig., 328; 339; 374; 383 y sig.; 403; 466; 505 y 507, 511, 625 y 627, 631 y 632, 635 y sig. La otra tendencia puede verse en los textos citados, páginas, 532, 545, 604 y 614. En todos estos textos aparecen otras edades, para ser senadores o bien a veces para ser diputados, más elevadas, que no interesan al problema.

El problema no se solucionó, mientras que el Código suizo adaptó la edad política para lograr la unificación, según J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios...*, II, 754.

(76) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*. I, arts 218 y sigs., art. 228.

cétera. En numerosas ocasiones interviene en estos y otros casos el protutor, en especial cuando existe oposición de intereses con el menor (77). Se modifican detalles, soluciones a veces, pero siempre dentro del esquema legal del más viejo e importante de los códigos liberales europeos: el Código de Napoleón. La remuneración del tutor, en cambio, es una aportación hispana; Fuero Juzgo y Fuero Real señalaron una décima parte de las rentas anuales, frente a la gratuidad romana; el Código francés calló y algunos de sus descendientes admitieron un premio o indemnización, sin fijar cuanto, mientras el proyecto de 1821 concretaba entre el 4 y el 10 por 100 de las rentas de los bienes. Pues bien, el de 1851 le siguió, rebajando el tope máximo a un 8 por 100, pudiendo fijarlo los padres en el testamento y, en su defecto, el Consejo. Todos sabemos cómo ha quedado en el código actual (78).

Después un solo artículo se refiere a la extinción de la tutela, en un epígrafe propio que no existía en el Código francés. Sin embargo, no añade apenas nada al contenido de la institución. Es una mejora de sistemática, como cuando distingue entre incapacidades y causas de separación de la tutela. Es un recuerdo de aquella parte tan extensa dedicada en Partidas a la remoción y de un epígrafe del proyecto de 1821. En suma, es un artículo auxiliar, como son las definiciones o estos que ordenan mejor la materia ya tratada desde otros puntos de vista, asegurando mejor una sistemática. "Acábase la tutela—dice—: 1.º Por muerte del tutor, su separación o excusa superviniente declarada legítima. 2.º Por muerte, emancipación, adopción, mayoría de edad y casamiento del menor, salvo en este último caso, lo dispuesto para los que no hubieren cumplido los dieciocho años..." (79). Y termina el proyecto sus disposiciones con las cuentas de la tutela y su rendición, también muy atendidas en el anterior proyecto como en el Código francés, a los que sigue. Debe darse en plazo de dos meses del término de la tutela, al menor, sus representantes o al tutor que le sustituya. Anualmente debe darlas al protutor, que las eleva al Consejo de familia si existe alguna cosa que llame su atención. El tutor anticipa gastos y se resarce después,

(77) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*. . I, arts. 229 y sigs., arts. 185 y sigs.

(78) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* , I, art. 253. Véase la nota 28.

(79) F. GARCÍA GOYENA. *Concordancias*.. , I, art. 254

repara daños y responde de su gestión. Puede llegar a un convenio o arreglo en las cuentas y, en otro caso, el saldo de ellas produce interés; las acciones, en general, prescriben a los diez años de terminada la tutela (80).

Por su parte, la curaduría se da al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, en concreto al loco o demente, al sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, al pródigo y al que está sufriendo interdicción civil. Se establece el procedimiento para solicitarla (81). El mantenimiento y la estructura de esta institución depende del proyecto de 1821, pues se separa bastante del Código francés. Pero mantiene su orden diverso para locos y dementes y para pródigos, introduce el Consejo de familia y el curador-adjunto, semejante al protutor. Pero la fuente para conservar la dualidad entre tutela y curatela es el proyecto de 1821; sin embargo, entonces, se colocó la tutela testamentaria sobre la legítima y la dativa, mientras en 1851 el orden sería: legítima del cónyuge, hijos y padres entre sí y, a continuación, la testamentaria de los padres, quedando, por último, la dativa del Consejo de familia. Respecto de los pródigos, llama primero a los padres y después, confiere al Consejo la facultad de designar al tutor. Por lo demás, artículos de referencia de los pródigos a la curatela de locos y dementes, de ésta a la tutela, nos indican que esta materia no llegó a estructurarse del todo, completa (82). No es, pues, ilógico que el Código civil actual en un intento de simplificación y haciendo más caso del Código francés, optase por una solución distinta englobando toda la materia en la tutela. Me pregunto ¿era viable haber conservado esta solución de 1821 y 1851, separando tutela y curatela, para menores e incapacitados? Ambas estaban muy cercanas ¿por qué dejarlas separadas?

Pero, creo que estas últimas consideraciones pueden hacerse mejor en el siguiente epígrafe, al ocuparme del código actual y de la conclusión de estas páginas.

(80) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* ..., I, arts. 255 y sigs. Prescindo de estas instituciones referidas a hijos naturales, en los arts. 267 y sigs.; en nuestro derecho anterior, P. 4. 16. 8 Su falta en el *Code*, V MARCADE, P. PONT, *Explication*..., II, 195.

(81) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, arts. 278 y sigs.

(82) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, arts. 292 y sigs. 299 y sigs. Véanse las referencias en los arts 299 y 307.

6. *Últimas consideraciones sobre la solución del Código civil actual.*

Tras unos tanteos—unos proyectos—la legislación civil española alcanza su código en 1889. La Ley de bases de 1888 facilitó un cauce predeterminado para la confección del Código civil de 1889, y aunque hubo que hacer dos ediciones, pues no convenció la primera a las Cortes, se llega a la aprobación del primer Código civil liberal en España (83). Veamos qué significa respecto de las Instituciones de protección de menores e incapacitados; veamos cómo une la curaduría a la tutela, estructurando en una sola figura toda la guarda de menores e incapaces. Como es de esperar no describiré la regulación del código vigente, que está en la mente—o al fácil alcance—de cualquiera. Me limitaré a comentar la meta final de la unión de instituciones, que venía preparándose, que estaba ya en el Código francés (84).

Por de pronto, el código actual no podía hacer marcha atrás. Cada tiempo exige unas soluciones y los redactores no podían sentir agrado en una vuelta a Partidas. Además, la mayoría de edad se establecía en los veintitrés años y, por tanto, no quedaba lugar para una curatela de menores. Era una edad unitaria y tardía. Se optó, con un criterio de transacción por situar la capacidad plena en los veintitrés años, siguiendo, al parecer la Ley de 20 de junio de 1862, que había usado de ella para fijar límites del consentimiento paterno. Se recibe en la base 8.^a de la Ley de 1888 y, sin discusión en Cortes, pasa aprobada para redactar el código (85). Para los meno-

(83) Sobre la aprobación del Código civil vigente puede verse, F. DE CASTRO, *Derecho civil.*, I, 193 y sigs.

(84) Sin embargo, la solución del Código es muy diferente de la francesa, posee una intención de mayor unión, pues en el *Code*, se estructura para menores, primordialmente, se adapta un tanto para interdictados y se deja fuera del mecanismo a los pródigos. Lo hemos visto.

(85) El artículo primero de la Ley de 20 de junio de 1862: «El hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años y la hija que no ha cumplido veinte, necesitan para casarse del consentimiento paterno» Sobre esta materia en época anterior Nov. 10, 2, 9 y siguientes, extensamente; sistematizadas en J. SALA, *Ilustración...*, I, 26 y sigs. En la Ley 18 aparece la cifra de 23, para las mujeres, creo que por primera vez en nuestro derecho, en cuestión de edades.

La aludida Base 8.^a empezaba así: «Se fijará la mayor edad en los veintitrés años para los efectos de la legislación civil ». Naturalmente no afecta a los

res, por tanto, bastaba la tutela. Y en la configuración de ella, en sus soluciones se adoptaba el esquema fundamental del proyecto de 1851, con nueva consulta del Código francés y otros europeos. En general, la tendencia sería de simplificar la minuciosidad y extenso detalle del proyecto de 1851, variar algunas de sus soluciones.

Respecto de los incapacitados se renuncia a hablar de curatela. Son también tutelas las del loco o la del pródigo. La variación terminológica permitía construir en un solo bloque toda la institución de la tutela; respetando diferencias—piénsese, por ejemplo, en la de pródigos—, pero con una estructura unitaria. La solución parece, al pronto, más sencilla, más técnica. Pero también presentaba como problema el unificar situaciones y realidades muy distintas. La simplificación siempre corre riesgo de crear soluciones que no sean bastante adecuadas—flexibles—para la realidad. En todo caso, sería cuestión a dejar a los civilistas que se preocupan de la teoría y práctica de estas instituciones el dictamen sobre la unión. A mí me basta con hacer ver el camino hasta ella. En conjunto, el Código español logra en la tutela un tratamiento unitario de variadas situaciones análogas, una construcción más unitaria incluso que la del Código francés.

En general, los autores más inmediatos a la promulgación del Código civil no alaban demasiado la construcción nueva. SÁNCHEZ ROMÁN, por ejemplo, dirá que “subsiste todavía en el código cierta desordenada variedad”, en materia de tutela y se lamenta de que no se haya conservado la curatela con un sentido transitorio y menor, sin haberla incluido en todo el aparato orgánico de la tutela (86). VALVERDE hará ver que con otro nombre—administrador—, y aun a veces con el mismo de curador se ha mantenido en otros lugares del código protectores limitados, que ya no era posible hacer

territorios forales. Su discusión en Cortes, con una enmienda que no le afectaba en *Diario 1887-1888*, V, 2.157 y apéndices 15.º, 2.335 y sig. La cuestión no le parece decidida a algún autor, que propone dejar 23 para varones y exigir 25 para hembras, A. COMAS, *Proyecto de reforma del Código civil español*, 6 vols., Madrid, 1895-1900, art. 362, pág. 103.

(86) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, V, 1.309, 1.313 y sig., se plantea tres cuestiones fundamentales acerca de si se hace bien al introducir en el amplio organismo los casos menores, si se ha logrado, en verdad, ensamblar la institución y—la tercera—si es clara, sistemática y expedita; en general, se muestra reticente.

entrar en la institución de la tutela (87). En general, siempre se ha visto la tutela un tanto demasiado francesa, un tanto demasiado complicada. La práctica, por lo demás, sólo parece encontrar trabas y formalismo en las disposiciones destinadas a la tutela. Pero—repto—no me corresponde hacer estas valoraciones. Nos encontramos en una etapa de síntesis y construcción compleja de la tutela para incapacitados y para menores de veintiún años huérfanos y no emancipados, que es nuestro Código civil vigente. El futuro seguirá completando—en el tiempo—esta evolución, cuyo último paso fue en 1889. Las instituciones civiles, es evidente, cambian con ritmos lentos, seculares.

MARIANO PESET REIG.

(87) C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...* IV, 553, hace ver que se han dejado instituciones muy similares—administradores, curador en algún caso—fuera del mecanismo general de protección en los arts. 70, 73, 129, 165, 317, 324 y 1.794. Esto mismo ocurría en *Proyecto...*, 1821, arts. 85 y sigs.; o en el de 1851, arts. 310, 331, 396, 82, 83, etc.

Puede verse la crítica de la unión, en J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios...*, II, 193 y sigs.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, V, 339 y sigs. Sin embargo, A. COMAS, *Proyecto de reforma...*, III, 167 y sigs., en los arts. 579 y sigs., seguirá cauces similares, con la especialidad de restaurar la curaduría, véase artículos 379 y sigs., III, 105, 108.

Nuevas disposiciones sobre el Registro Mercantil

SUMARIO: 1. Inscripción de las embarcaciones inferiores a 20 toneladas, destinadas a fines deportivos o de recreo.—2 Prohibición de la transformación de los Bancos actualmente operantes en Bancos Industriales y de Negocios. 3. Traslado a territorio nacional de las Sociedades españolas domiciliadas en el Africa Ecuatorial.—4 Inscripción en el Registro Mercantil de las Empresas de Publicidad Exterior—5 Nueva distribución de las inversiones del capital de las Sociedades de Seguros Privados.—6. Coeficiente de caja que han de mantener los Bancos Comerciales y Mixtos.—7. Nueva regulación de los Fondos de Inversión Mobiliaria.

Para completar las materias que se comprenden en el trabajo sobre El Registro Mercantil, publicado en el número 478 (mayo-junio de 1970) de esta Revista, se relacionan a continuación las disposiciones legales dictadas con posterioridad en dicho año.

En las páginas 693 de la Revista y 61 de la Separata (en lo sucesivo Rev. y Sep.), al final de la Inscripción de Buques, debe añadirse:

1. *Por Orden de 30 de diciembre de 1969* (Aranz. 59) se dispone que para la inscripción, matriculación y cambio de propiedad de las embarcaciones cuyo fin exclusivo sea el deporte o recreo, sin ánimo de lucro, cuando no sean superiores a 20 toneladas de registro bruto, en el Registro Administrativo de Buques de las Comandancias y Ayudantías de Marina, será suficiente una solicitud que su propietario o el Club a que pertenezca eleve a la autoridad de Marina del puerto donde desee inscribirla, acompañada de la

factura a nombre del propietario, expedida por el Astillero o Establecimiento donde la haya adquirido, debidamente liquidada de los impuestos vigentes.

Las Comandancias o Ayudantías de Marina entregarán al propietario un documento acreditativo de la inscripción de la embarcación, en el que debe figurar la matrícula y folio que le ha sido asignado.

2. A continuación del último párrafo de las páginas 684 de la Rev. y 53 de la Sep., debe añadirse:

Por Orden de 2 de abril de 1970 (Aranzadi 558) se prohíbe la transformación en Bancos Industriales y de Negocios de los Bancos operantes en la actualidad, salvo que por el Ministro de Hacienda se autorice la modificación de los Estatutos y clasificación de los mismos, siempre que acrediten una anterior orientación predominante hacia el sector industrial y la realización de una labor importante en orden a la promoción de nuevas Empresas y su financiación a medio y largo plazo.

En las páginas 678 de la Rev. y 46 de la Sep., y a continuación del párrafo de la Orden de 17 de enero de 1970, deben añadirse los siguientes párrafos:

3. *Por Orden de 9 de julio de 1970 (Aranz. 1.152) se dispone que las Sociedades españolas domiciliadas en el territorio de anterior soberanía del Africa Ecuatorial, que deseen cambiar su domicilio al territorio nacional, deberán presentar en el Registro Mercantil español oportuno, una certificación del Registro Mercantil de su actual domicilio, acompañada del acuerdo de cambio de domicilio, adoptado en forma legal, en el que se practicarán las correspondientes inscripciones.*

Cuando no pudiera obtenerse dicha certificación, deberá aportarse una declaración jurada en acta notarial o en documento ratificado ante el Registrador Mercantil, o con firmas legitimadas, acerca del hecho, acompañada de las escrituras de constitución de la Sociedad y cualquiera otras modificativas de la misma, así como las de apoderamientos vigentes y las demás que deban ser objeto de inscripción, aseverándose en la expresada declaración no haber-

se omitido acto alguno que pueda alterar las que se reinscriben. En los supuestos de traslado de comerciantes individuales se procederá en forma análoga.

En las páginas 675 de la Rev. y 43 de la Sep., y a continuación del último párrafo del apartado d), debe insertarse la siguiente Orden:

4. *La Orden de 31 de julio de 1970* (Aranz. 1.595) regula la inscripción de las Empresas de Publicidad Exterior y establece que el ejercicio de dicha actividad requerirá la previa autorización administrativa. Las Empresas que pretendan ejercer la publicidad exterior deberán reunir los siguientes requisitos: 1.º Capacidad legal para el ejercicio del comercio. 2.º Cuando se trate de personas jurídicas habrán de adoptar la forma de Sociedad Anónima, con acciones nominativas. 3.º El capital social o patrimonio personal no será inferior a 3.000.000 de pesetas. 4.º La actividad empresarial única consistirá en la utilización permanente de soportes de su propiedad como medio de difusión publicitaria.

Tales Empresas deberán solicitar previamente su inscripción en el Registro General de Publicidad del Ministerio de Información y Turismo, presentando certificación acreditativa de su inscripción en el Registro Mercantil, y además certificación del Sindicato Nacional de Prensa, Radio, Televisión y Publicidad acreditativa de que la Empresa posee suficientes medios para desarrollar adecuadamente las actividades, y que la cifra del capital que su titular afecta a la Empresa es de cuantía no inferior a tres millones de pesetas.

Las Empresas individuales deberán acompañar, además, declaración jurada del titular de la Empresa, comprensiva de los nombres y apellidos de las personas que desempeñan los cargos de Director Gerente, Apoderado General y otros similares.

Las Empresas colectivas igualmente deberán acompañar una certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración o por quien haga sus veces, en la que consten los nombres y apellidos de las personas que desempeñan los cargos antes dichos.

Además de dichos documentos, tanto unas como otras deberán

acompañar otro documento que se relaciona en la Orden y no interesan al Registro Mercantil.

En las páginas 678 de la Rev. y 46 de la Sep., y a continuación de la Orden precedentemente relacionada de 9 de julio de 1970, debe insertarse lo siguiente:

5. *Por Decreto de 12 de septiembre de 1970* (Aranz. 1.657) se establece una nueva distribución de las inversiones de las Sociedades de Seguros Privados, que serán: A) El 30 por 100, como mínimo, de las reservas matemáticas y de riesgos en curso, deducidos los anticipos sobre pólizas, se invertirá en valores públicos del Estado español, domiciliados en España. B) Otro 30 por 100, como mínimo, de la reserva mencionada en el anterior apartado, se invertirá en valores públicos, industriales o comerciales españoles, siempre que estos últimos hayan sido declarados aptos para la cobertura de reservas por el Ministerio de Hacienda, que se hayan cotizado en las Bolsas españolas durante cien días al año, que su cotización media no haya sido inferior a la par, ni la mínima inferior al 90 por 100 de su valor nominal, y que la suma del capital desembolsado y reservas patrimoniales de la Empresa emisora no sea inferior a 500 millones de pesetas. C) El restante 40 por 100 de las reservas aludidas en el apartado A), la totalidad de las reservas para siniestros, capitales vencidos, rentas o beneficios de los asegurados pendientes de pago, y la parte retenida de los siniestros pendientes de liquidación, tanto del seguro directo como del reaseguro aceptado, no podrán estar cubiertos más que por: efectivo en Caja y Bancos, valores mobiliarios de los mencionados en los apartados precedentes, préstamos sobre valores, inmuebles, hipotecas, propiedades forestales y primas pendientes de cobro, con los requisitos que se establecen en los artículos 3.º y 14 del Decreto.

En las páginas 685 de la Rev. y 53 de la Sep., y a continuación de la inserción de la Orden 2 de abril de 1970 (señalada con el número 2), debe añadirse lo siguiente:

6. *Por Orden de 2 de diciembre de 1970* (Aranz. 1.998) se establece que los Bancos Comerciales y Mixtos operantes en España, incluso el Exterior de España, vendrán obligados a mantener, con

el carácter del mínimo, un coeficiente de caja en cuantía equivalente al 7,5 por 100 de su depósito o imposiciones en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo, exclusión hecha en el cómputo de las cuentas acreedoras en moneda extranjera y en pesetas convertibles y de los saldos interbancarios. Dentro de dicho coeficiente se computarán la caja, el saldo de la cuenta corriente en el Banco de España y el crédito disponible de éste.

En las páginas 673 de la Rev. y 41 de la Sep., el apartado c), referente a los Fondos de Inversión Mobiliaria, deberá sustituirse en su integridad por el siguiente:

7. c) Por la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de junio de 1964 se autorizó la creación de Fondos de Inversión Mobiliaria, de cuantía variable, como un paso más en el fomento de las Sociedades de Cartera, como instrumento para impulsar el ahorro y cuyo objeto social tenga por finalidad la adquisición, administración y enajenación de valores mobiliarios admitidos a la cotización oficial, para compensar por una adecuada composición de sus activos los riesgos y los tipos de rendimiento de sus diferentes inversiones. No obstante, no se cumplieron los fines señalados, sino que los fondos se dedicaron a la especulación con los valores que tenían en cartera, provocando los llamados "dientes de sierra" en las Bolsas, y aun más se les atribuye como factor principal la baja acentuada de las cotizaciones en las Bolsas, debido a que la falta de liquidez de los mismos les ha obligado a vender los derechos de suscripción para atender a las peticiones de reembolso, con harta merma en la cotización de las acciones viejas, por el natural impacto que produce el desmerecimiento de los derechos.

Por todo ello, la experiencia sufrida aconseja en la aplicación de su régimen jurídico la introducción de algunas innovaciones, con el fin de dotar a dichos Fondos de una mayor agilidad y flexibilidad en su funcionamiento. A tal fin se ha publicado la *Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de diciembre de 1970* (Aranz. 2.043), que deroga todas las disposiciones dictadas respecto a aquéllos y establece una regulación completa de los Fondos, incorporando básicamente los preceptos de la Orden derogada de 5 de junio de 1964 con algunas modificaciones en cuanto a su contenido y sistemática,

extremando la vigilancia de la Sociedad Gestora y Banco Depositario de los Fondos mediante una mayor intervención de los Inspectores en cuanto a la adecuada aplicación de sus preceptos legales, llegando incluso a imponerse correcciones y sanciones por el Ministerio de Hacienda a propuesta del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo (artículos 35 y 36).

Los Fondos deberán inscribirse necesariamente en el Registro Especial de Fondos de Inversión Mobiliaria obrante en el referido Instituto de Crédito (art. 1.º).

Objeto social.—Su objeto social tendrá por finalidad exclusiva la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios admitidos a la cotización oficial (art. 2.º).

Patrimonio.—El patrimonio de un Fondo en el acto de su constitución no podrá ser inferior a *mil millones de pesetas*, debiendo estar representado por participaciones correspondientes a dicha cuantía de iguales características, sin valor nominal, y su número no será limitado, y en el momento de la constitución del Fondo el precio de suscripción de *cada participación será de cien pesetas*, pudiendo el Ministerio de Hacienda autorizar la suscripción de fracciones de participación, una vez que el Fondo haya quedado constituido (arts. 3.º y 23).

Denominación.—La denominación de los Fondos irá seguida, en todo caso, de la expresión “Fondo de Inversión Mobiliaria”, y su plazo de duración podrá ser ilimitado, debiendo redactarse previamente a su constitución un Reglamento de Gestión del Fondo, con las especificaciones que se establecen en esta Orden, cuyos artículos deberán reproducirse íntegra y literalmente, en dicho Reglamento (artículos 4.º y 5.º).

Certificados de participaciones.—Las participaciones en el patrimonio del Fondo estarán representadas por certificados nominativos, sin valor nominal, pudiendo agruparse varias participaciones a voluntad del adquirente (art. 24).

Sociedad Gestora.—La dirección de los Fondos estará a cargo de una Sociedad Gestora, a cuya denominación social deberá aña-

dirse la siguiente expresión: "Sociedad Gestora de Fondos de Inversión Mobiliaria", y cuyo objeto social será exclusivamente la dirección, administración y representación de Fondos de Inversión Mobiliaria. Su domicilio deberá estar en territorio nacional y, en todo caso, en lugar donde el Banco Depositario tenga oficina abierta. Deberá adoptar la forma de Sociedades Anónimas, y para actuar como Sociedades Gestoras de Fondos habrán de estar debidamente inscritas en el Registro Especial de Sociedades de Fondos de Inversión Mobiliaria (arts. 6.º al 8.º y 10).

El capital social desembolsado de las Sociedades Gestoras *no podrá ser inferior a cien millones de pesetas*, y si el patrimonio total del Fondo o Fondos que administre excediera de mil millones de pesetas deberá incrementar dicho capital a razón de un millón por cada cien millones o fracción de exceso sobre aquella cantidad. El capital social podrá ser invertido en activos líquidos, valores, inmuebles o cualesquiera otros activos. Podrán adquirir participaciones en los Fondos que administre, así como valores mobiliarios cotizados en Bolsa, siempre que estos últimos no formen parte de la cartera de dichos Fondos, pero no podrá realizar operaciones de compraventa de valores con los Fondos que administre ni invertir en participaciones de otros Fondos de Inversión. En ningún momento podrá emitir obligaciones u otros títulos análogos, ni recibir créditos de terceros, excepto aquellos que se deriven de aplazamientos de pago de los inmuebles sociales, el material y los equipos directamente ligados a la actividad de la Sociedad (art. 9.º).

Administradores.—La mitad más uno, como mínimo, de los Administradores deberán ser españoles, y no podrán serlo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades cuyos títulos estén integrados en la Cartera del Fondo u otras Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión (art. 11).

Son funciones de los Administradores: Redactar el Reglamento de Gestión del Fondo con anterioridad a la creación del mismo, otorgando en unión del Banco o Caja de Ahorro Depositarios la correspondiente escritura de constitución del Fondo en la que se contendrá el propio Reglamento del mismo, como, en su caso, las escrituras de modificación o liquidación del Fondo, todas las cuales

deberán ser inscritas en el Registro Mercantil; ejercer los derechos económicos y políticos derivados de los títulos integrados en el Fondo; llevar la contabilidad al día del Fondo, debidamente diferenciada de la de la Sociedad Gestora; determinar el valor de las participaciones; emitir en unión del Banco Depositario los certificados de participación del Fondo; autorizar el reembolso de las participaciones, señalando su valor al Banco; acordar la distribución de los resultados del ejercicio, y seleccionar los valores que deban integrar el Fondo (art. 12).

Como remuneración de sus servicios, la Sociedad Gestora podrá percibir del Fondo una comisión de gestión, e independientemente de ella otra de los partícipes por suscripción o reembolso. Una y otra en la forma que se determine en el Reglamento del Fondo, pudiendo el Ministerio de Hacienda establecer límites máximos a dichas comisiones, y en cuanto a las que perciban por suscripción o reembolso se aplicarán con arreglo a escalas que serán notificadas previamente al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo (art. 13).

Además de la sustitución de las Sociedades Gestoras acordada de oficio por la Administración por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, en virtud de expediente instruido a propuesta del referido Instituto de Crédito y aprobado por el Ministerio de Hacienda la Sociedad Gestora podrá pedir su sustitución como tal si así lo estima pertinente, a cuyo efecto deberá dirigirse escrito razonado a dicho Instituto por el Banco Depositario del Fondo y las Sociedades Gestoras cesante y la que haya de sustituirla, interesando la correspondiente autorización (arts. 14 y 36).

Banco Depositario. — Podrá serlo cualquier Banco o banquero inscrito en el Registro de Bancos y Banqueros o Cajas de Ahorros legalmente autorizadas, pero no podrá utilizar la denominación de Depositario de Fondos de Inversión más que en relación con las funciones de Depositario.

Son sus funciones: redactar el Reglamento del Fondo y otorgar las escrituras de constitución, modificación o disolución en unión de la Sociedad Gestora; asumir la vigilancia y garantía ante los partícipes, poniendo en conocimiento del Instituto de Crédito cualquier anomalía que observare en las decisiones de la Sociedad Ges-

tora y la mecánica de funcionamiento del Fondo; emitir, en unión de la Sociedad Gestora, los certificados de participación en el Fondo; cumplimentar las suscripciones y abonar su importe en la cuenta del Fondo; satisfacer por cuenta del mismo los reembolsos de participaciones autorizados por la Sociedad Gestora; efectuar por cuenta del Fondo las operaciones de compra y venta de valores, y recibir y custodiar aquellos valores y activos líquidos que se determinan en el artículo 21.

A partir de la publicación de esta Orden, ningún Banco podrá ser depositario para más de un Fondo, salvo que el total de sus recursos propios y ajenos sean más del doble del patrimonio de los Fondos a administrar (arts. 15 al 20).

En la misma forma que la Sociedad Gestora, el Banco Depositario podrá ser sustituido bien de oficio o a petición suya y del Banco que haya de sucederle (artículos antes citados).

Patrimonio del Fondo.—El patrimonio del Fondo, que estará invertido en valores de renta fija o variable cotizados en Bolsa o en efectivo, aumentará o disminuirá en todo momento por la suscripción o reembolso de participaciones, y el porcentaje de dichos valores no podrá ser inferior al 70 por 100 del activo total del Fondo. El porcentaje promedio mensual de saldos diarios del patrimonio total que deberá mantenerse en cuenta bancaria a la vista, con libertad de tipos de interés, no podrá ser inferior al 10 por 100. Los valores industriales o mercantiles que adquieran los Fondos tienen que haber sido emitidos por Empresas que cuenten al menos con un año de existencia. No podrán formar parte de la cartera del Fondo, valores que no estén admitidos a cotización oficial en Bolsa, ni certificados de participación en otros Fondos, salvo aquellos emitidos por el Estado o con su aval. El Fondo no podrá estar integrado en más de un 10 por 100 por valores emitidos por una misma Empresa, ya se trate de acciones, obligaciones u otros valores. El Fondo no podrá poseer más de un 5 por 100 del capital desembolsado de cada una de las Sociedades en que esté interesado. Tampoco podrá poseer obligaciones convertibles por un importe nominal que, sumado al valor nominal de las acciones, hiciera exceder el total de las inversiones en la misma Empresa del 10 por 100 de su capital

social desembolsado. Tratándose de acciones adquiridas por derecho de suscripción en las ampliaciones de capital, el Fondo vendrá obligado a acomodar sus inversiones a los límites antes expuestos. La suma de las inversiones en acciones y obligaciones convertibles de una Empresa detentadas por el conjunto de los Fondos administrados por la misma Sociedad Gestora, no podrá exceder nunca del 10 por 100 del capital desembolsado de la referida Empresa. Los valores mobiliarios del Fondo deberán estar entregados a la custodia del Banco Depositario, así como la cuenta corriente a la vista deberá estar abierta en el mismo.

Los títulos integrantes del Fondo no podrán ser pignoralos y su adquisición o enajenación habrá de hacerse a cambio no superior ni inferior, respectivamente, al oficial de la cotización del día en que tuviere lugar o, en su defecto, del anterior más próximo. A efectos de valoración del patrimonio se considerarán cuentas acreedoras los saldos exigibles en favor de terceros y los que existan a favor de partícipes, salvo los representativos de las propias participaciones y de los resultados pendientes de distribución (arts. 21 y 22).

De las participaciones.—El número de las participaciones no será limitado y su suscripción o reembolso dependerán de la demanda o de la oferta que de los mismos se haga. Podrán ser propiedad de españoles residentes o no en España, de Sociedades españolas o de súbditos o Sociedades extranjeras, sin limitación alguna, y serán transmisibles por todos los medios que la legislación establezca para los valores mobiliarios. El valor de la participación será el resultado de dividir el patrimonio del Fondo, evaluado de acuerdo con las normas señaladas en el artículo 22 por el número de participaciones en circulación. La suscripción de participaciones implicará la aceptación del partícipe del Reglamento por el que se fije el Fondo, debiendo entregarse a aquél por la Sociedad Gestora un ejemplar de dicho Reglamento. El precio de las participaciones, a los efectos de suscripciones o reembolsos que se soliciten, será el valor de liquidación fijado, conforme anteriormente se dice, por la Sociedad Gestora, correspondiente al cierre del día bursátil anterior a la solicitud. Sin embargo, la Sociedad Gestora podrá señalar como precio el correspondiente al de la sesión bursátil siguiente al día de la solicitud (art. 23, párrafos 1.º al 9.º).

De los reembolsos.—El pago de los reembolsos se hará por el Banco Depositario en el plazo máximo de cinco días a partir de la presentación de la solicitud. Sin embargo, cuando el importe de los reembolsos exceda de diez millones de pesetas se exigirá para su plena efectividad el preaviso a la Sociedad Gestora con quince días de antelación a la fecha de presentación de la solicitud de reembolso. Cuando la suma total de lo reembolsado a un mismo partícipe, dentro de un período de quince días, sea igual o superior a diez millones de pesetas, podrá la Sociedad Gestora exigir el requisito del preaviso para las nuevas peticiones de reembolso, cualquiera que sea su cuantía, que le formule el partícipe, dentro de los quince días siguientes al reembolso últimamente efectuado.

La Sociedad Gestora podrá, en casos de fuerza mayor, y previa aprobación del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, suspender temporalmente la admisión de suscripciones de participaciones o la de peticiones de reembolsos, poniéndolo inmediatamente en conocimiento del Banco Depositario, de las Juntas Sindicales de las Bolsas y de la Junta Central de los Colegios de Corredores de Comercio, exponiendo las razones de la decisión; pero dicha suspensión no podrá alcanzar a las solicitudes presentadas con anterioridad a la Comunicación al Banco Depositario de la decisión adoptada. El Instituto de Crédito, de aprobar la suspensión, podrá señalar un plazo máximo de validez para la misma. Asimismo el Instituto podrá autorizar, en caso excepcional, que el reembolso de participaciones se haga en títulos-valores que constituyan parte integrante del Fondo, y en tal supuesto por el propio Instituto de Crédito se fijarán las condiciones y plazos en los que podrá hacerse uso de esta facultad excepcional.

Será preceptiva la intervención del Agente de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio en la suscripción de participaciones, a cuyo efecto el Arancel aplicable será el establecido para las emisiones, suscripciones o colocaciones de valores industriales o mercantiles, percibiendo solamente el que correspondiera satisfacer al suscriptor.

Para el supuesto de reinversiones pactadas con carácter automático, el precio aplicable será el vigente en la fecha de la exigibilidad del dividendo. Las restantes solicitudes de reinversión se regi-

rán por el valor de liquidación fijado conforme a lo que anteriormente se ha dicho (art. 23, párrafos 10 al 17).

De los resultados.—Los resultados serán la consecuencia de deducir de la totalidad de los ingresos la comisión de gestión prevista en el Reglamento del Fondo.

Los ingresos estarán constituidos por las partidas siguientes: rendimientos normales de los valores; los beneficios de la enajenación de valores en relación con su coste; los rendimientos por enajenación de derechos de suscripción, y los de sus activos líquidos.

Será distribuida obligatoriamente entre los partícipes, dentro de los sesenta días contados a partir del fin del ejercicio, que será el año natural, los rendimientos normales que procedan de los valores del Fondo; los de otros activos líquidos que lo constituyan; y las plusvalías procedentes de enajenación de valores con menos de un año de permanencia en la cartera del Fondo. No será obligatoria la distribución de las plusvalías que procedan de la enajenación de valores con más de un año de permanencia en dicha cartera, ni las procedentes de la venta de derechos de suscripción (arts. 25 al 28).

Para la determinación de los resultados económicos anuales, la Sociedad Gestora deberá formalizar dentro de los seis primeros meses de cada año el balance de comprobación y saldos cerrados el 31 de diciembre del ejercicio anterior, y además la cuenta de resultados; relación de valores que integren en dicha fecha la cartera del Fondo; relación de valores adquiridos y enajenados durante el ejercicio, y el inventario de los restantes activos. Estas cuatro documentaciones complementarias, con sus justificantes pertinentes, deberán ser puestos a disposición de dos miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, cuyos miembros serán nombrados por un año: uno designado por el Banco o Caja de Ahorro Depositarios, y otro por el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo.

Todos los días en que haya sesión de Bolsa, la Sociedad Gestora deberá comunicar a la Junta Sindical de la misma el valor de la participación y el valor total del patrimonio, determinados en función de las cotizaciones de cierre del día bursátil anterior (arts. 29 al 31).

Exenciones fiscales.—Las Sociedades Gestoras que constituyan fondos podrán solicitar las exenciones fiscales previstas en el Decreto-Ley de 30 de abril de 1964, por medio del Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, y en virtud de expediente instruido por éste serán aprobadas por el Ministerio de Hacienda. Dictada resolución favorable, se comunicará a dicho Instituto para la inscripción del Fondo en el Registro Especial de Fondos de Inversión que se lleva en referido Instituto.

Los Fondos que por Resolución ministerial hayan quedado acogidos a dicho Decreto-Ley, disfrutarán de los siguientes beneficios fiscales:

1.º Exención del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades jurídicas, incluso por el gravamen especial a que se refiere el artículo 104 de la Ley de 11 de junio de 1964.

2.º Exención de tributar por el Impuesto sobre las Rentas del capital para los beneficios que perciban sus partícipes.

3.º Exención del Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por los actos, contratos y documentos necesarios para la formalización de su constitución, disolución y modificaciones, y de capital que efectúen.

4.º Bonificación de un 40 por 100 en el Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales, respecto a las prórrogas, modificaciones y transformaciones a que se refiere el número 6 de la tarifa de dicho Impuesto.

5.º Exención de cualquier gravamen exigible por las Entidades Locales que recaiga sobre los mismos supuestos de hecho a que se refieren los tributos estatales enumerados en los anteriores apartados.

Otras exenciones.—Quedan exentos del Impuesto General sobre la Renta de las personas físicas los ingresos que obtengan los partícipes de Fondos y que procedan de la enajenación de los valores de éstos, siempre que los valores enajenados hubieren formado parte de la cartera del Fondo durante más de un año.

Igualmente quedan exentas de los Impuestos sobre Sociedades y de las Rentas del capital las transmisiones por una Sociedad a

sus accionistas, en proporción al número de sus acciones, de participaciones en Fondos constituidos con arreglo al Decreto-Ley de 30 de abril de 1964, incluso por las plusvalías que por tal motivo se pongan de manifiesto, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1.^a Que las participaciones transmitidas fueran propiedad de la Sociedad que los distribuya, bien por suscripción directa mediante aportaciones dinerarias al constituirse el Fondo, bien como consecuencia de la incorporación de acciones de su cartera al Fondo. 2.^a Que el precio por el que se transmitan, en su caso, no sea superior al resultante del cambio oficial de cotización el día de la transmisión o, en su defecto, el anterior más próximo si no hubiese publicado cambio en ese día, ni inferior al de su coste para la Sociedad transmitente. El precio de la transmisión libremente fijado por la Sociedad transmitente, dentro del límite últimamente señalado, se entenderá por valor real de las participaciones transmitidas a todos los demás efectos fiscales (arts. 32 y 33 y 39 al 41).

Una vez constituido el Fondo, la Sociedad Gestora presentará en el Instituto de Crédito la escritura pública de su constitución debidamente inscrita en el Registro Mercantil y el Reglamento del Fondo, que de ser conforme con el dictamen del Ministerio dará lugar a la inscripción del Fondo en el Registro Especial de Sociedades Gestoras y Fondos de Inversión Mobiliaria (art. 34).

Disposición adicional.—Para que los certificados de participación en Fondos de Inversión Mobiliaria puedan alcanzar la condición de cotización calificada en Bolsa, a que hace referencia el artículo 22 del Decreto-Ley de 1964, antes referido, será preciso que el patrimonio del Fondo de Inversión sea igual o superior a 3.000 millones de pesetas, a cuyo efecto deberán considerarse sustituidos por este requisito los índices mínimos de frecuencia de cotización y volumen de contratación exigidos en los números 1.º y 2.º de la Orden de 28 de noviembre de 1966. En lo demás regirán las normas contenidas en dicha Orden sobre cotización calificada, en cuanto resulten aplicables a los referidos certificados de participación en Fondos de Inversión Mobiliaria.

Disposiciones transitorias.—Lo dispuesto en los números 1 y 2 del artículo 9.º no será aplicable a las Sociedades Gestoras que en el momento de entrar en vigor la presente Orden ya estuvieran administrando uno o más Fondos de Inversión inscritos en el Registro Especial. (Se refieren dichos números al capital mínimo de cien millones de pesetas y que si el patrimonio total del Fondo o Fondos administrados excediera de 1.000 millones deberá incrementar dicho capital a razón de un millón de pesetas por cada cien millones o fracción de exceso sobre aquella cifra). Estas Sociedades seguirán rigiéndose a dicho efecto por la legislación vigente en el momento de su inscripción, salvo que solicitaran y obtuvieran la administración de un nuevo Fondo, en cuyo caso habrían de sujetarse a lo que en esta Orden se dispone.

A partir de la entrada en vigor de esta Orden los Fondos de Inversión que no alcancen el mínimo de Tesorería previsto en el número 2 del artículo 21, o sea, que el porcentaje promedio mensual de saldos diarios del patrimonio total deberá mantenerse en cuenta bancaria a la vista, con libertad de tipos de interés, no podrá ser inferior al 10 por 100, deberán destinar el 30 por 100, como mínimo, de sus entradas netas semanales de fondos de suscripción de participaciones a tal fin, hasta alcanzar dicho límite. En cualquier caso dicho mínimo de Tesorería deberá haber sido alcanzado por los Fondos al 31 de diciembre de 1971.

La limitación que en cuanto al reembolso de participaciones se establece en el número 14 del artículo 23 no será de aplicación a las participaciones actualmente en circulación.

Las participaciones de Fondos anteriores a la publicación de esta Orden, que hubieran obtenido la condición de cotización calificada en Bolsa, seguirán disfrutando de tal privilegio, aunque el patrimonio del Fondo no haya alcanzado el mínimo de 3.000 millones de pesetas establecido en la disposición adicional.

Dentro de los veinte días siguientes a la entrada en vigor de la presente Orden (el 11 de diciembre de 1970), las Sociedades Gestoras de Fondos de Inversión actualmente en funcionamiento presentarán al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo para su aprobación el proyecto de reforma de sus Estatutos, con el fin de adaptarlo a lo que en esta Orden se establece.

Con dicha finalidad, y en el mismo plazo, las Sociedades Gestoras y los Bancos o Cajas de Ahorros Depositarios de Fondos de Inversión inscritos y en funcionamiento presentarán conjuntamente el proyecto de reforma del Reglamento de Gestión del Fondo con el fin de adaptarlo a la nueva normativa.

Disposición final derogatoria.—Se derogan las Ordenes ministeriales de 5 de junio de 1964, 24 de junio de 1967, 4 de febrero de 1969 y 14 de febrero de 1970, sobre la regulación y funcionamiento de los Fondos de Inversión Mobiliaria, que queda sustituida en su total integridad por la presente Orden de 1 de diciembre de 1970.

Madrid, 23 de enero de 1971.

JOAQUÍN CHACÓN YERÓN,
Registrador de la Propiedad
y Mercantil de Madrid.

NOTAS

Expropiación de bienes hereditarios comenzada antes de fallecer el causante y existiendo herederos menores de edad

DEDICATORIA: A SARA.

I

INTRODUCCIÓN

El caso a estudiar es el siguiente: abierta una sucesión *mortis causa*, existe un procedimiento de expropiación forzosa en marcha, sin finalizar, sobre uno de los bienes hereditarios, y unos herederos son mayores y otros menores de edad. Existe, además, albacea-contador partidór, con facultades, según el testamento, para administrar, cobrar créditos y retirar depósitos.

El problema que se plantea es si el órgano expropiante debe depositar el justiprecio de la expropiación a disposición del Juez, aplicando el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, o, si, por el contrario, debe entregarlo a los herederos o al albacea, entendiendo que no se aplica a tal supuesto el citado artículo 6.º.

Estamos, pues, ante una cuestión de ámbito del artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, que dice así: "Los que no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial los bienes que administren o disfruten, se considerarán, sin embargo, autorizados para verificarlo en los supuestos de la presente Ley. Las cantidades a que ascienda el justo precio se depositarán a disposición de la autoridad judicial para que les dé el destino previsto en las Leyes

vigentes". Y el artículo 51 del Reglamento de la Ley, de 26 de abril de 1957, completa este artículo, diciendo que la consignación se realizará en la Caja General de Depósitos y que procederá la consignación: "d) Cuando comparezcan personas que no puedan enajenar sin permiso o resolución de la autoridad judicial, a que se refiere el artículo 6.º de la Ley".

Para dejar resuelto este problema, que puede darse en la práctica, y me consta que se ha dado (1), aunque no ha trascendido a la jurisprudencia ni a la doctrina (2), se deben distinguir las dos situaciones de herencia dividida y herencia sin dividir, pues en el supuesto de herencia ya dividida cuando el órgano expropiante va a realizar el depósito, no procede aplicar el artículo 6.º de la Ley, y, en cambio, en el caso de herencia sin dividir, sí, como ahora veremos.

II

HERENCIA SIN DIVIDIR

El modo de entender la comunidad hereditaria (cuestión de naturaleza jurídica), tiene, en esta ocasión, importancia práctica para decidir el problema concreto aquí planteado, consistente en si el depósito se debe hacer a disposición del Juez o no. Interesa, por ello, decir la tesis que se sigue en este punto.

Desde luego que es opinión ya consolidada la que mantiene que, cuando la herencia está sin dividir, no existe una pluralidad de

(1) Precisamente hace unos días un contador-partidor de una herencia me planteó esta cuestión.

(2) No existe jurisprudencia sobre el asunto. Y en cuanto a la doctrina, no se ocupan de este problema ni los monografistas del *albaceazgo*, ni los del artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa. Entre estos últimos, hay que citar a TOMÉ PAULE, en su trabajo publicado en la «Revista de Derecho Privado», año 1964, número 1, titulado *Procedimiento para la percepción del precio en la expropiación de bienes administrados por quienes no pueden enajenar sin permiso o resolución judicial*, y a FRANCISCO PERA VERDAGUER, en su libro *Expropiación forzosa*, 2.ª edición, año 1970, en el que comenta los artículos de la legislación vigente.

comunidades romanas (con cuotas matemáticas) (3) sobre cada uno de los bienes de la herencia. Por tanto, no puede decirse que a los herederos menores corresponde sobre el bien expropiado una cuota matemática y concreta.

Sigo la idea, por el contrario, de que en tal caso, hay una comunidad romana sobre todo el patrimonio hereditario (lo cual supone admitir cuotas precisas y concretas sobre todo el bloque de la herencia), y de que esa comunidad romana general alberga comunidades germánicas sobre cada uno de los bienes hereditarios, es decir, comunidades, en las que no hay precisión de cuotas sobre los bienes concretos de la herencia (4).

Puede concluirse, entonces, que, sobre el bien que se está expropiando, los herederos, en lugar de tener cuotas precisas, no tienen más que un derecho eventual a obtener, en su caso, todo o parte de la finca (o de su equivalente indemnizatorio, por subrogación real), según el resultado de la partición.

(3) En este sentido de pluralidad de comunidades romanas se pronuncia CHAMORRO, según es de sobra conocido, en su trabajo *Los derechos hereditarios*, publicado en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1941, páginas 324 y sigs.

(4) Así creo que debe resolverse esta cuestión que, más que terminológica (como opina LACRUZ, en pág. 347, de su obra *Derecho de sucesiones* (Parte General)), es pedagógica, en este caso, sobre si la comunidad hereditaria es romana o germánica. Admito, pues, pluralidad de comunidades germánicas sobre cada bien de la herencia, sin perjuicio de una comunidad romana sobre el patrimonio. Creo que así queda bien explicada la doble situación de cuotas precisas sobre el patrimonio e imprecisas sobre los bienes, no estuando como carácter decisivo de la comunidad germánica el que deba recaer siempre sobre un patrimonio. Da base a estas ideas ROCA SASTRE y la sentencia de 6 de mayo de 1958, que, aunque sólo emplea los términos «comunidad romana», se produce en este tono mixto, pues dice: «La comunidad hereditaria, en cuanto recae directamente sobre la herencia en su totalidad patrimonial, constituye una comunidad de tipo romano o por cuotas, ya que éstas se hallan configuradas como elementos patrimoniales y son negociables; mientras que, respecto de las cosas o elementos singulares integrantes del patrimonio relicto, dicha comunidad de tipo romano no se reproduce sobre cada una de ellas, pues tales cosas, en su individualidad propia, son irrelevantes dentro de la división patrimonial, de modo que cada una de ellas pertenece plenamente, en bloque o sin configuración de cuotas, al mancomún de herederos, precisamente por el hecho de producirse las mismas, en este aspecto, como simples partes de un todo, y registrado el Derecho hereditario, el asiento lo publica en su propia naturaleza, o sea, como cuota de un patrimonio, del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes, hasta que por la partición se transforman las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto, en titularidades concretas sobre bienes determinados» (tomada de BONET, *Código civil comentado*, pág. 789).

Y podemos ya preguntar: en esa situación de comunidad germánica, con derechos imprecisos y eventuales de los menores y, además, habiendo comenzado la expropiación antes de fallecer el causante, ¿se aplica el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, que exige depositar el precio a disposición del Juez?

En hipótesis, caben tres soluciones:

Primera solución.—Entender que no procede aplicar el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, sino que procede entregar el precio al albacea-contador partidor, por uno de estos dos razonamientos:

a) *Primer razonamiento.*—Consiste en decir que el artículo 6 se aplica a la expropiación comenzada cuando los menores eran herederos, no a una expropiación, como es la aquí estudiada, que comenzó y se desarrolló, en parte, cuando el causante, mayor de edad, vivía todavía.

Pero, si se razonara así, entonces habría que decir que no hay rastro alguno en la Ley para esta distinción entre expropiación comenzada o no comenzada al fallecer el causante. Y además, hay que rebatir tal razonamiento, por lo siguiente:

1.º El artículo 6.º de la Ley se aplica al caso de sujetos expropiados menores de edad, sin distinción. Y como el artículo 7.º de la propia Ley de Expropiación dice que “las transmisiones de dominio o de cualesquiera otros derechos o intereses no impedirán la continuación de los expedientes de expropiación forzosa, ello quiere decir que considera como sujeto expropiado al nuevo titular por transmisión. Y entonces al ser sujeto expropiado, se debe aplicar el artículo 6.º. Ciertamente que el artículo 7.º termina diciendo que “se considerará subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derechos del anterior”. Pero esto no puede interpretarse en el sentido de que la situación y estado del nuevo titular no cuenta para nada, interesando sólo la del anterior, sino que lo que quiere decir es que los derechos y obligaciones ya existentes quedan intactos, pero respecto a los que surjan posteriormente habrá que atender a la situación del nuevo titular, pues, aunque el artículo alude a la subrogación en los derechos y obligaciones ya nacidos, no excluye

otros derechos y obligaciones posteriores, como se desprende del término “continuará”, que emplea dicho artículo.

2.º El artículo 51 del Reglamento, que desarrolla el artículo 6.º de la Ley, aclara definitivamente la cuestión, pues exige la consignación o depósito del precio cuando “comparezcan” personas que no pueden enajenar conforme al artículo 6.º sin autorización judicial. Esta comparecencia se refiere al momento del depósito o consignación, pues el Reglamento se refiere aquí a dicha fase del procedimiento. Por tanto, lo que interesa es si el sujeto expropiado es menor de edad en el momento de hacerse el depósito, prescindiendo de si el anterior sujeto lo era o no.

Carece, pues, de fundamento, la idea de excluir la aplicación del artículo 6.º a las expropiaciones comenzadas antes de fallecer el causante.

b) *Segundo razonamiento.*—También se podría pretender excluir este caso, del ámbito del artículo 6.º, diciendo que si los albaceas-contadores partidores están facultados por el testador, como ocurre aquí, para retirar depósitos y para administrar y cobrar créditos de aquél, el depósito debe hacerse a disposición de los albaceas, no del Juez, pues en realidad se trata del cobro de un crédito cual es el precio de la expropiación, comenzada antes del fallecimiento del testador (5).

Pero frente a esto, basta decir lo siguiente:

1.º El artículo 901 del Código civil, ciertamente dice que “los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador”; pero añade: “y no sean contrarias a las Leyes”. Y en este caso, tal depósito a su favor y cobro del crédito directamente por los albaceas, va contra el artículo 6.º de la Ley de Expropiación.

2.º El párrafo 2.º del artículo 903 del Código civil dice que “si estuviere interesado en la herencia algún menor... la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las Leyes para tales casos”. Pues bien, una de esas formalidades, en caso de venta

(5) Sobre las facultades de los albaceas, ver, por ejemplo, el completo libro de MANUEL ALBALADEJO, *El albaceazgo en el Derecho español*, año 1969, páginas 231 y sigs.

forzosa, es el depósito del precio a disposición del Juez, no a disposición de los albaceas, según el repetido artículo 6.º.

Segunda solución.—Si se aceptara la tesis de que la comunidad hereditaria supone una pluralidad de comunidades romanas, con cuotas matemáticas sobre cada uno de los bienes de la herencia, la lógica consecuencia sería entender que, en tal caso de herencia sin dividir, el órgano expropiante, por aplicación de la teoría de la subrogación real, bastaría que depositase a disposición del Juez, solamente la parte del precio correspondiente a la cuota matemática que tuviesen los herederos menores, entregando el resto a los herederos mayores o al albacea.

Ahora bien, rechazada aquella tesis sobre la comunidad hereditaria, según hemos visto al principio, procede también rechazar esta solución, aunque tengo entendido (sin que pueda confirmar esta apreciación) que hay quien en la práctica procede de este modo.

Y es que no sólo sería un error de concepto, ya superado por la doctrina y jurisprudencia el proceder así, sino que, además, si el órgano expropiante hiciera tal depósito parcial del precio, desconocería el derecho eventual (según el resultado de la partición) de los menores a TODA LA FINCA (y, por tanto, por subrogación real, a todo el importe del justiprecio), y, aparte de ello, el órgano expropiante se arrogaría de esa forma una facultad de partir los bienes que sólo corresponde a los contadores-partidores (6).

Tercera solución.—Excluida la primera solución (consistente en no depositar ninguna cantidad a disposición del Juez) y excluida la segunda (consistente en depositar sólo una parte del precio), queda como única vía legal la tercera solución, consistente en que, en esta situación de herencia sin dividir, el órgano expropiante debe depositar todo el precio a disposición del Juez, conforme al artículo 6.º de la Ley, por existir herederos menores de edad, y ello, aunque también concurren herederos mayores.

Esta solución se deriva de la tesis de la comunidad germánica. Esta implica una situación de propiedad imprecisa, pero propiedad

(6) Piénsese, por ejemplo, en el caso de que luego los contadores-partidores estimen que no conviene adjudicar dinero a los herederos menores.

al fin y al cabo. El artículo 6.º parte del supuesto de personas que no pueden enajenar bienes que administren sin autorización judicial, y uno de estos supuestos es el de bienes "propiedad" de menores de edad. Luego debe aplicarse a todos los supuestos de propiedad de menores, al no distinguir la Ley, y, por tanto, a la propiedad individual, a la comunidad romana y a la comunidad germánica.

A ello conduce también el repetido principio de subrogación real, pues la única manera de que queden salvaguardados los derechos eventuales de los menores a toda la finca o precio, es realizando ese depósito total a disposición del Juez.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, aunque se ponga todo el justiprecio a disposición del Juez, el artículo 6.º dice que éste debe darle "el destino previsto en las Leyes". ¿Y cuál es este destino?

En este supuesto de herencia sin dividir, cabe pensar que existe un destino próximo y otro ulterior del metálico depositado, debiendo el Juez procurar que se cumplan ambos destinos.

El destino próximo consiste en el destino que resulte de la partición practicada por el contador-partidor. Según el artículo 1.057 del Código civil, el contador es el único que tiene facultades particionales, sin prever la intervención del Juez, aunque existan menores. Por tanto, el contador determinará, como operación particional, a quién debe adjudicarse ese dinero depositado. Si decide que se adjudique íntegramente a los herederos mayores, el Juez debe dar autorización para que se pueda retirar el depósito, pues no puede alegar ningún obstáculo para defender a los menores, ya que no puede intervenir en la partición, y, además, ha de dar al precio el destino previsto en las leyes, que es el destino señalado por el resultado de la partición hecha por el contador.

Respecto al destino ulterior, destino también previsto en las Leyes y que el Juez debe tener muy en cuenta, hace su aparición en el caso de que el contador-partidor adjudique todo o parte del metálico depositado en favor de los herederos menores. Entonces, el Juez no agota su cometido procurando que se cumpla el destino próximo, estando al resultado de la partición y permitiendo que se entregue sin más el precio a los adjudicatarios, o, mejor dicho, a los representantes legales, por ser menores, sino que ha de

atender y defender el destino ulterior de lo adjudicado. Así se desprende del artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dice que en caso de venta de bienes de menores, el Juez, bajo su responsabilidad, cuidará de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización judicial. Hay base para entender que esto, que está previsto para la venta voluntaria, debe aplicarse a la expropiación forzosa por analogía (7). Por lo cual, el Juez cuidará de que quede debidamente garantizado el precio de la expropiación, y sólo en caso de necesidad o utilidad de los menores podrá permitir la disposición del mismo por el representante legal.

III

HERENCIA DIVIDIDA

Si, con anterioridad a que el órgano expropiante verifique el depósito del precio, el contador-partidor ha realizado ya la partición, la situación cambia completamente, pues la titularidad imprecisa que supone la comunidad germánica se ha convertido en una titularidad dominical individual de bienes concretos. Este es precisamente el efecto de la partición, que da lugar, a su vez, en nuestro caso, a varias consecuencias, según las hipótesis:

Primera hipótesis.—Que el bien expropiado (o su equivalente monetario) haya sido adjudicado, como consecuencia de la partición, a herederos mayores exclusivamente, dejando para los menores de edad otro tipo de bienes o fincas.

En esta hipótesis, ya no sería aplicable el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que el órgano expropiante, caso de

(7) El fundamento del artículo 6.º de la Ley exige aplicar esa analogía. Tal fundamento consiste en que la expropiación forzosa suple las garantías que se persiguen con las limitaciones establecidas en las ventas voluntarias por el artículo 164 del Código civil. Así, ver FRANCISCO PERA VERDAGUER (ob. cit., pág. 64) Por ello, cuando el procedimiento expropiatorio termina con el depósito del precio, el tratamiento legal de las ventas voluntarias y forzosa responde a la misma idea de protección a los menores o incapacitados.

presentársele el título particional, carece de facultades para depositar cantidad alguna a disposición del Juez. ¿Y por qué no se aplica entonces el artículo 6.º de la citada Ley? Por los siguientes argumentos:

1.º Si se hiciera tal depósito a disposición del Juez, se haría caso omiso del artículo 1.068 del Código civil, que dice que "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que hayan sido adjudicados". Ya que si CONFIERE LA PROPIEDAD, ello quiere decir que los herederos mayores adjudicatarios del bien expropiado, son, en este supuesto, los únicos propietarios de la finca o del dinero equivalente por subrogación real, y, según opinión autorizada (8), tal propiedad se produce con efecto retroactivo desde la muerte del causante, sin intermediario alguno, por todo lo cual, el supuesto del artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa, que se refiere a un sujeto expropiado menor de edad, no se daría (9).

2.º Si el órgano expropiante depositara alguna cantidad a disposición del Juez, haría también caso omiso del artículo 1.057 del Código civil, que prevé que la partición y adjudicación sean hechas exclusivamente por el contador-partidor, pues si hace el depósito judicial es que considera que la propiedad del bien que se expropia es, en todo o en parte, de menores de edad (supuesto del artículo 6.º). Pero esta consideración supondría que el órgano expropiante

(8) Sin entrar en la discusión de las teorías declarativa, traslativa y especificativa de la partición, baste decir que comparto plenamente la idea de la retroactividad (punto central de la primera teoría citada) En este sentido, BATLLE (citado por LACRUZ, ob. cit., pág. 464) dice que «el que la partición confiera la propiedad exclusiva de los bienes, no quiere decir que la propiedad señalada tenga efectos *ex nunc*; nada obsta para que, una vez conferida, los produzca *ex tunc*, es decir, con efecto retroactivo, porque el artículo 1.068 no deroga, explicita ni implícitamente, el artículo 399 y el 450, que se pueden fácilmente conciliar con aquél; es perfectamente compatible que se confiera para lo sucesivo la propiedad exclusiva y se mantenga la presunción legal de que cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiera durante todo el tiempo que duró la indivisión».

(9) Refuerza esta consideración la expresión del artículo 51, apartado d), del Reglamento, antes citado, que alude al depósito en el caso de que «comparezcan» las personas a que se refiere el artículo 6.º. Es decir, si en el momento del pago o consignación, que es el momento al que se refiere dicho artículo 51, no «comparecen» las personas del artículo 6.º de la Ley, sino herederos mayores, no cabe aplicar este último artículo.

hace por su cuenta una adjudicación imaginaria de bienes, prescindiendo de la adjudicación practicada por el contador-partidor, que tiene facultades excluyentes en tal sentido, según el artículo 1.057 del Código civil.

3.º Además, en tal hipótesis, el órgano expropiante infringiría igualmente el artículo 399 del Código civil, que la doctrina y la jurisprudencia (10) han considerado aplicables a la comunidad hereditaria, y que dice que el efecto de la enajenación estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad. Por tanto, en el supuesto de enajenación forzosa, si no se adjudica nada a los cotitulares menores de edad, no se produce ningún efecto referente a éstos (conforme al citado artículo 399), ni por ello, el efecto del artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa consistente en el depósito del justiprecio a disposición del Juez.

4.º Otro argumento indiciario de la tesis que aquí se mantiene, es el artículo 450 del Código civil (11), ya que supone que los que no reciban la finca después de la división, no la han poseído nunca. En nuestro caso, es como si los menores de edad no hubieran poseído nunca la finca expropiada y ello nos aleja del artículo 6.º de la Ley de Expropiación.

Segunda hipótesis.—Que el bien expropiado (o su equivalente monetario por subrogación real) haya sido adjudicado en la partición a los herederos menores de edad. Entonces, la solución es la contraria a la que se acaba de dar en la primera hipótesis, ya que como la propiedad ha sido “conferida” a los menores (artículo 1.068, Código civil), el órgano expropiante tiene que depositar el dinero equivalente a disposición del Juez, conforme al artículo 6.º de la Ley. Y el Juez dará al dinero depositado el destino previsto en las Leyes. En relación con este destino, vale aquí lo que se dijo al tratar de la situación de herencia sin dividir, con la particularidad de que

(10) Así, **ROCA SASTRE, BATLLE** (citados por **LACRUZ**, ob. cit., págs. 462 a 464) y la sentencia de 5 de julio de 1958 (citada por el mismo autor, pág. 465, nota 15).

(11) El artículo 450 del Código civil dice: «Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la división. La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos»

ahora sólo ha de tenerse en cuenta el destino que llamamos "ulterior", que en este caso se convierte en destino único, pues el otro destino, es decir, el que llamamos "próximo" (que consistía en estar al resultado de la partición), es evidente que sobra en esta situación, pues la partición ha sido ya realizada con anterioridad al depósito. En resumen, el Juez, bajo su responsabilidad, debe tomar las medidas necesarias para evitar que el dinero se dilapide en perjuicio de los menores, exigiendo al representante legal de los mismos las garantías necesarias, si bien podrá concederle autorización para la disposición de aquel dinero en caso de necesidad o utilidad para los menores, conforme al artículo 164 del Código civil y al artículo 2.023 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercera hipótesis.—Que la finca expropiada haya sido adjudicada, como consecuencia de la partición, a herederos mayores y menores en proindivisión. En tal caso se produce una comunidad de tipo romano, con cuotas matemáticas y precisas que representan la porción ideal de cada heredero en la finca. Aquí sí que es posible traducir matemáticamente en cifras monetarias el derecho que tienen los menores, si se sabe ya la cuantía del justiprecio, pues no hay más que hacer la correspondiente operación a la vista de las cuotas y del número de herederos. Por ello, entiendo que en esta hipótesis, el órgano expropiante debe cumplir lo ordenado en el artículo 6.º de la Ley de Expropiación, depositando a disposición del Juez la parte matemática proporcional que corresponda a los menores, entregando el resto a los herederos mayores de edad. Puede aplicarse en esta hipótesis, al ser mixta, y con objeto de completar su normativa, lo dicho en las hipótesis primera y segunda, según se trate de la participación de los herederos mayores o menores de edad, respectivamente.

Únicamente convendrá añadir que en este supuesto, al hacerse el pago o consignación del justiprecio, entiendo que se produce la extinción de la comunidad romana, y puede plantearse si el órgano expropiante tiene o no facultades para ello. Pero creo que en realidad, no debe plantearse así la cuestión, pues la extinción de la comunidad romana se produce aquí de forma automática por el hecho de transformarse la finca en dinero, que es un bien fungible.

Por lo cual, estimo que no se plantea aquí la cuestión de si el órgano expropiante tiene o no facultades para extinguir la comunidad, pues no es él quien la extingue, sino la expropiación forzosa misma, pues al producirse la subrogación real del dinero en el lugar de la finca, aquél elimina automáticamente la indivisión (12). Concluyendo, el órgano expropiante puede depositar el dinero correspondiente a la cuota de los menores, a disposición judicial. No sólo puede, sino que debe hacerlo conforme al artículo 6.º de la Ley. Ello sin perjuicio de los recursos que pueden entablarse contra dicho depósito, si se estima que por error aritmético o de cuenta, no se adapta a la proporcionalidad de los derechos existentes.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
Registrador de la Propiedad

(12) Esta fuerza divisoria, automática, del dinero que se subroga en el lugar de la finca, se observa claramente también en el artículo 404 del Código civil, que prevé la extinción de la comunidad sobre un bien indivisible por la venta del mismo y consiguiente reparto del precio. Esta forma de producirse el artículo 404 revela que no hay que plantear ningún problema sobre el reparto del precio, pues es algo tal elemental y anejo a la venta, que, teniendo facultades para ésta, se tienen también para aquel reparto. Por ello, en principio, creo que un poder para vender lleva consigo el de entregar el precio a cada uno de los condóminos. En nuestro caso de expropiación forzosa, si el órgano expropiante tiene facultades para efectuar la expropiación de un bien que pertenece en proindivisión a varios, debe tener facultades para el reparto que implica la existencia de herederos mayores y menores, para así cumplir con lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de Expropiación Forzosa.

VIDA JURIDICA

Seminario de técnicas registrales en Puerto Rico

Durante los días 20, 21 y 22 de enero de 1971, se ha celebrado en Puerto Rico el Seminario de Derecho Registral, bajo los auspicios del, al parecer, recientemente creado, aunque aún no difundido, Instituto de Derecho Registral de Puerto Rico.

El Instituto, plasmación formal de los esfuerzos desplegados por la licenciada MARÍA LUISA B. DE FUSTER, Registradora de la Sección Sexta del Registro de la Propiedad de Puerto Rico, ha rendido su primer fruto con la organización y celebración del Seminario.

Por asunción espontánea, pude asistir al aludido Seminario en sus dos últimas sesiones, auténticamente interesantes, en las que intervinieron los profesores TOLEDO ALAMO, disertando sobre "La calificación de Documentos Judiciales", y MARTÍNEZ IRIZARRY, quien trató el tema "La anotación preventiva y su enfoque en el Proyecto de Código Hipotecario" (1). En estas dos últimas sesiones, la brillante intervención de don EDGARDO SCOTTI (2), con su exposición del actual sistema registral existente en la capital argentina fue, obviamente la médula del Seminario.

La razón de ser de este Seminario de Derecho Registral, o de sus técnicas, como mejor expresa su denominación oficial, deriva de la necesidad, profundamente sentida, de acometer, de modo decidido, la reforma del, más que sistema, régimen vigente; viejo legado es-

(1) B. DE FUSTER ofreció el primer día el tema «Hacia el mejoramiento del sistema registral de Puerto Rico». En esa misma sesión, MÓJICA expuso «El Registrador y el Principio de Legalidad».

(2) Director General del Registro de la Propiedad Inmueble en la capital federal, Buenos Aires, y Profesor de Derecho Registral de la Universidad Notarial de Buenos Aires; co-autor de la novísima Ley del Registro de la Propiedad Federal de Argentina. El Profesor SCOTTI ha sido, prácticamente, el diseñador de la primera computadora registral del mundo.

pañol que, no respondiéndolo a la circunstancia económica del país, ha sido carcomido, cuando no prostituido, por grupos de presión de gran potencia, quienes exigen criterios más viables, ahora sólo existentes—y más *de facto* que *de iure*—por la abstracción operada sobre varias partes del Derecho en vigor y del desentendimiento existente hacia las más elementales reglas del sistema, considerado en cuanto tal. Los poco afortunados intentos de reforma, ninguno plasmado, han creado conciencia de un mayor avejentamiento de la Ley de 1893 y urgido aún más el cambio, que, naturalmente, desea instaurarse velozmente, cuando, precisamente por función de lo indicado, debiera advenir bradycinésicamente.

No sería equivocado hipotetizar que, originalmente, el Seminario se diseñó como un pequeño congreso, con intervención de destacados juristas de diversos países (3), lo que, imagino, no se pudo realizar por dificultades presupuestarias. En función de éste y de otros factores, el ciclo de trabajo se ajustó, pues, alrededor del tema que más preocupa al Registrador de la Propiedad puertorriqueño, el modo de acelerar la tramitación en el Registro, la mecánica para dotarle de rapidez (4), fin para el cual la técnica del Registro de la capital federal de Argentina es excelente (5).

La simpática intervención de algunos estudiosos locales fue, como era de esperarse en función de la finalidad buscada, absorbida, si no absorbida, por la intervención del Profesor SCOTT, quien, ilustrando las conferencias con la proyección de más de cien diapositivas, expuso con sencillez, claridad y rigor el sistema bajo su dirección.

* * *

Un sistema de folio real, un catastro parcelario, una fotocopidora rápida, un fichero y una computadora, han convertido el Registro

(3) Existían contactos para, por ejemplo, la venida de mi buen amigo, por su generosidad, don Manuel Amorós Guardiola, cuya brillantez y capacidad hubiesen sido tan convenientes en este Seminario.

(4) Según expresiones de B. DE FUSTER, sólo en la Sección Primera, de San Juan, «hay unos cuatro mil documentos atrasados en su registro». En todo el país, sólo el Registro de la Sección de Ponce estaba, para 1968, al día en el despacho (con excepción de las certificaciones, expedidas en plazo brevemente superior al reglamentario).

(5) La posibilidad de despachar más de diez documentos por minuto es allí una realidad.

de la Propiedad argentino de Buenos Aires, de uno dotado con todos los inconvenientes y deficiencias del registro francés, español e italiano, en uno que, gozando de la eficacia de los regímenes tabulares germánicos, no ha requerido sustanciales modificaciones de un sistema de Derecho esencialmente latino. Absoluta exactitud, plena seguridad, rigurosa confiabilidad, enorme rapidez, extinción de problemas substantivos típicos (6), refortalecimiento de la constatación, minimización de espacio, total limpieza de trabajo, facilitación del archivado, mejoras en la retribución del personal y ni una sola baja en el mismo, y el impacto de todo esto en el tráfico inmobiliario, han sido, entre otras, las consecuencias del nuevo sistema.

El tradicional cosmopolitismo argentino (7) ha sido, también aquí, un factor positivo. Con permanencia en el Derecho patrio, la modificación del régimen registral se ha facilitado, al tomar de diversos países, otros tantos elementos técnicos. El folio real, germánico; el abandono del viejo e incómodo legajo por la ficha, del registro Torrens de la ciudad de Londres; idéntica valoración de título y modo, matizado éste en la inscripción, propia de los regímenes suizo y bajo alemán; el establecimiento de un generosísimo *numerus clausus* (8), que, por cerrado, es alemán y, por su amplitud, latino; una instrumentación técnica, norteamericana; una investigación amplia—seis años—y un criterio progresivo, argentinos. He aquí los instrumentos del cambio.

Desde luego, y conviene resaltarlo, el nuevo sistema hubiese sido difícilmente alcanzable sin la calidad del Notariado argentino.

El método de inscripción manual ha sido suprimido por el más adecuado de la máquina de escribir, que, al tiempo que fija en la ficha, con escritura normal, la inscripción procedente, taladra la cinta de la computadora. El serio problema del archivado de protocolos, la complicada red de referencias entre tomos (9), las difícil-

(6) Cual la doble venta, hoy imposible de producirse en Argentina, y una innumerable variedad de los derivados de la discordancia entre vida y Registro.

(7) Que, fundadamente, llevó a decir a alguien que Argentina el único país europeo, pues sólo allí se dan la mano lo francés, lo alemán, lo español, lo inglés, lo italiano, etc., bien adoptado.

(8) El catálogo codificado de instituciones reales registrables comprende seiscientas modalidades.

(9) En Argentina el viejo sistema era de folio personal.

tades de conservación y seguridad de los libros, todos estos aspectos han sido resueltos, simplificados y extinguidos, respectivamente. El fichado permite que una sola persona controle cómodamente 400.000 fichas inmobiliarias, cómoda y sencillamente. Las referencias en ficha anulan la tremenda búsqueda. La reconstrucción del contenido registral queda asegurada por una triple fuente: la ficha o folio real, la memoria computadora y el archivo microfilm (10). Junto a lo indicado, la no pequeña ventaja de que, diariamente, la computadora ofrece información de caducidades, cancelaciones, etcétera, pudiéndose así, regular, clara y automáticamente, limpiar el contenido registral; o, si se desea, disponer en pocos minutos de todo el contenido registral.

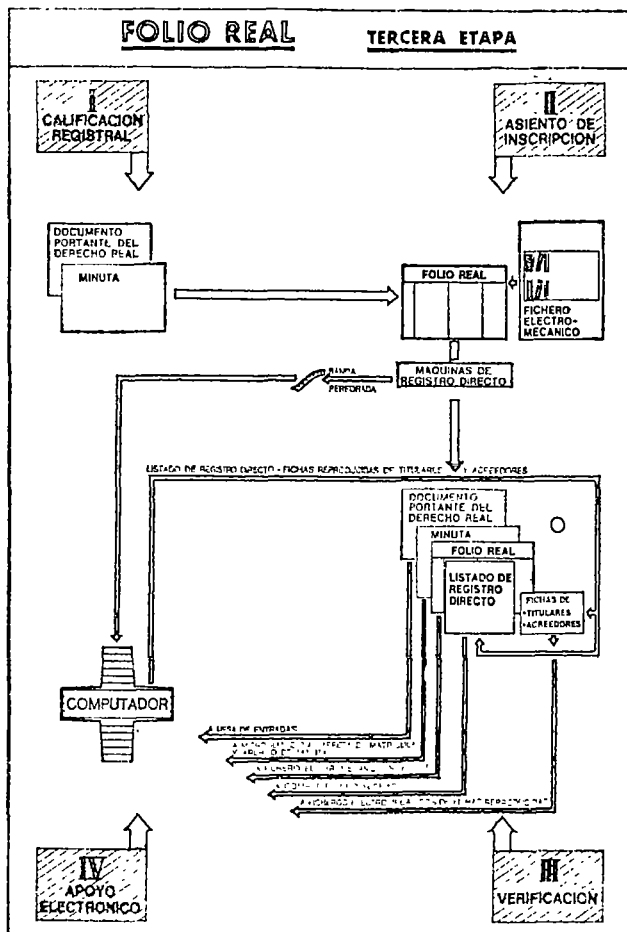
En vigor el principio de rogación, la registración se inicia con la petición, cuyo momento se fija con un reloj impresor—o un vulgar fechador cronológico—, que expide al peticionario una reserva de prioridad por quince o treinta días (11), plazo durante el cual debe otorgarse el documento. En dicha acreditación de la rogación se produce la plena identificación del Notario (12), autorizante en su día, número del documento e información sobre el inmueble objeto del negocio, así como, mediante relación con la tipificación, naturaleza de la inscripción. Si transcurrido aquel plazo no se presentó el documento, la rogación debe iniciarse de nuevo, extinguiéndose la reserva de prioridad; con cuyo método se impide la doble venta, se conoce exactamente la situación del inmueble al momento del otorgamiento, impidiéndose, asimismo, la doble inmatriculación; también se consigue así que la publicidad resulte, fácticamente, *iures et de iure*. Si transcurrido aquel plazo, regresó el documento al Registro (13), se continúa el proceso de calificación, facilitado en la mayoría de los casos por la tipificación y la minuta registral, e inscripción, que se ficha mecánicamente, electrónicamente y por filmación, seguida del archivo, memorización y clasificación (ver gráfico).

(10) Que, por seguridad adicional, se conserva en otro edificio.

(11) Según la localización geográfica del letrado. Las enormes distancias de la República explican el fenómeno.

(12) Con lo cual se logra, a la vez, que el documento público sea público, y no prácticamente secreto.

(13) Resalta ya el documento, por función de la tipificación real, el objeto de cada inscripción, codificado en la minuta a efectos registrales.



La gráfica ilustra la operación de un Folio Real en el sistema de Registro de propiedad inmueble, según diseñado y operado en Argentina, por el doctor Edgardo B. Scotti. El documento portante del derecho real es entregado al Registro donde se graba de inmediato al Folio Real, tarjeta que es conservada en un fichero electromecánico. La información es luego pasada a máquinas de registro directo (a la vez grabada en cinta), pasa entonces por varias otras fases hasta la fase de verificación donde es enviada a la computadora para registro permanente.

Evidentemente, mecanización simplificada y exactitud rigurosa sólo han sido posibles con la ayuda inicial del Catastro (14), y por la constante y posterior colaboración entre Registro y Catastro, con los saludables efectos sobre alteraciones de cabida, etc. Es así que, también como cuestión de hecho, la publicidad registral está acreditando la exactitud fáctica.

Otro aspecto importante, la función informativa, se cumple a cabalidad por procedimiento inverso, con total rigurosidad y mecánicamente, o, si el interesado lo desea, por exhibición directa. Pero, normalmente, es la memoria la que proporciona la información; y, para caso de suspensión de energía eléctrica, una fotocopidora, con resultados autenticados por el Registrador, ofrece la oportuna certificación (15). Y, siempre, sin errores de copia y con rapidez inusitada.

Ningún principio del sistema registral que, en reducido articulado, legó España, ha sido modificado. Por el contrario, todos se han robustecido, superándose muy satisfactoriamente, la clásica discordancia entre vida tabular y vida real.

El costo de la reforma no ha sido elevado. Con excepción del periodo de tres años que tardó en montarse el nuevo sistema, en que, por coincidencia de lo nuevo y de lo viejo, el gasto fue mayor, el precio puede considerarse ridículo en comparación con sus ventajas. Una máquina de escribir y perforar, una fotocopidora y unos ficheros de ascensor, autorizan el sistema. Y el material más oneroso, el electrónico, sólo alcanzó el millón de dólares, precio, y mantenimiento, que se amortizan con el recargo por urgencia (16).

La reforma, sin desplazar personal, ha mejorado la situación económico laboral del mismo, por la previa capacitación especializada. Y el sistema facilita el acceso de la pequeña propiedad, sin

(14) La parcelación e identificación catastrales han hecho imposible la discordancia física entre Registro y realidad extrarregistral, mediante un sencillo régimen de superposición de planos.

(15) También en previsión de suspensión de dicha energía, el Registro puede funcionar con máquinas de escribir manuales, sin que el proceso de llevanza del archivo o la filmación se afecten, salvo, de modo circunstancial e interino, la memoria electrónica.

(16) El despacho de varios miles de documentos por días (sobre todo, certificaciones) y el facilitar la información en cuarenta y ocho horas o, en caso extremo, en tres horas, hace que el recurso a la urgencia sea general. Lo que, además, hace que el recargo sea mínimo.

necesidad ni justificación para vivir de espaldas al registro. No sería extraño, por lo que a España se refiere, que, por fin, la mecanización registral hiciera posibles en cuanto reales las palabras del preámbulo del Decreto Real que ordenó, en el pasado siglo, la reforma hipotecaria.

Y, para tranquilidad absoluta, sépase que, no sólo no ha podido la máquina sustituir al hombre, sino que, y esto es un triunfo para el jurista, el técnico no ha podido diseñar la computadora, sino que fue el Registrador, y en el caso argentino el profesor SCOTTI, el que, previo conocimiento del sistema de computación, dio las pautas esenciales.

Hasta aquí, la breve referencia sobre la reforma argentina. Cabe aprovechar la amabilidad de esta REVISTA, felicitando a Argentina por su espíritu emprendedor y por disponer de hombres de la valía del Profesor SCOTTI.

* * *

En cuanto a las implicaciones del Seminario en Puerto Rico, es indudable que, cuando se den los presupuestos básicos que existían en Argentina, el mismo régimen podrá, no copiarse, pero sí adaptarse. Y, en el interin, alguna mecanización será factible. El cuerpo de Registradores necesita la reforma.

Estaremos al tanto de sus derroteros.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE.

JURISPRUDENCIA

PEQUEÑA JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, de 7 de diciembre de 1970, firme. Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por error material, al consignar el domicilio del acreedor en una inscripción de segunda hipoteca. Condena a indemnizar daños y perjuicios.

La Demanda que inició el litigio decía:

H E C H O S :

1.º El día 13 de marzo de 1965, don Juan S. F., mediante escritura pública, otorgó un préstamo de 275.000 pesetas a los cónyuges don Miguel B. P. y doña Juana A. C., garantizando los prestatarios la devolución del préstamo, con hipoteca sobre la finca de su propiedad, chalet correspondiente al núm. 21 de la calle del Sol Naciente, en el término municipal de Canillas de esta capital.

2.º Precedentemente la referida finca se hallaba gravada con una primera hipoteca en garantía de un préstamo de 75.000 pesetas de principal, constituida a favor del Banco Hipotecario de España, según escritura autorizada en Madrid el día 8 de septiembre de 1959 ante el Notario don

3.º Según la escritura de hipoteca constituida a favor de don Juan S. F., éste figura domiciliado en Virgen del Sagrario, núm. 19 (Madrid). Así se acreditó con el documento correspondiente.

4.º Al inscribirse la escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad número de Madrid, que por aquel entonces desempeñaba el señor éste incurrió en error al transcribir el domicilio del señor S. F., haciéndolo figurar en Virgen del Sagrario núm. 29 en lugar de Virgen del Sagrario núm. 19. Error, decía el demandante, que si a simple vista parece inocuo y no generador de graves efectos, sin embargo, añadía, ha ocasionado a don Juan S. F. serios perjuicios, que más adelante demostraremos.

5.º El Banco Hipotecario formuló contra don Miguel B. P. y doña Juana A. C. demanda en ejecución del crédito hipotecario de 75.000 pesetas que a éstos había otorgado, según queda dicho. La ejecución solicitada por el Banco dio lugar a los autos correspondientes.

El día 13-1-67 se anotó en el Registro el secuestro de la finca, y el 17-1-67 se expidió por el Registrador el certificado de cartas, en el que consta el domicilio del señor S. F., segundo hipotecante, en Virgen del Sagrario número 29.

El día 15 de febrero de 1967 se pretende notificar el procedimiento a don Juan S. F. en el domicilio erróneamente figurado en el Registro y consiguiendo en el certificado de cargas, y al no hallarse en tal domicilio, se hizo

entrega a la portera de tal casa, doña Isabel García, de la correspondiente cédula de notificación, cédula, que cinco días después, el 20 de febrero de 1967, fue devuelta al Juzgado por don José Angel A., quien diciéndose ser esposo de la referida portera, manifestó que el señor S. F. nunca estuvo domiciliado en Virgen del Sagrario, núm. 29, creyendo que sí lo estaba en el 19 de esta misma calle, y que por aquellas fechas dicho señor se hallaba en Salamanca.

Al no haber ya constancia segura del domicilio de don Juan S. F., el Juzgado procedió a citarlo por edictos, que se publicaron en el «Boletín Oficial de la Provincia».

El día 22 de agosto de 1967 se celebró la subasta de la finca, que fue adjudicada en la suma de 125.000 pesetas.

6.º Don Juan S. F. no tuvo conocimiento del error padecido en el Registro ni del procedimiento seguido contra el señor B., dice la demanda, hasta «octubre del pasado año», en virtud del certificado expedido por el Registro de la Propiedad. Desconocimiento fomentado por la inalicable conducta del señor B. quien, en trámite el procedimiento, de ejecución contra él, iniciado por el Banco Hipotecario, escribe a don Juan S. F., agradeciéndole la prórroga en la hipoteca que éste le concede, y prometiéndole pagar, cuando venda la finca hipotecada.

Pero más inalicable es aún, que el día 30 de octubre de 1967, y desde Bilbao, cuando ya se había celebrado la subasta y adjudicado la finca (22 de agosto), el señor B. insiste en vender la finca a un señor de Venezuela para así cancelar la hipoteca y recuperar don Juan S. F. la cantidad pendiente de abonarle.

Todos estos hechos revelan, sigue argumentando el demandante, a más de unos turbios designios del señor B., que éste tenía constancia del desconocimiento por parte de don Juan S. F. del procedimiento seguido por el Banco Hipotecario, desconocimiento motivado por el error mencionado en que incurrió el demandado al inscribir en el Registro la segunda hipoteca constituida a favor de don Juan S. F.

El día 6 de noviembre de 1967 le comunica B. que la fecha de la total liquidación, tanto de la hipoteca como de los intereses atrasados, será en breves días. «sintiendo mucho no poder precisar cuántos». Y aun el día 14 de diciembre de 1967, la sociedad ATF, S. A., gira al señor S. F. la cantidad de 16.500 pesetas, a que ascienden los intereses atrasados del préstamo, debido por B.

7.º El día 7 de octubre de 1968, ante los silencios del señor B., temiendo don Juan S. F. la existencia de cualquier anomalía que pudiera perjudicar la garantía de su crédito, solicitó del Registro de la Propiedad certificación literal de la inscripción de la referida hipoteca, constituida por el señor B. a favor del actor.

La certificación del Registro aparece expedida el día 15 de octubre de 1968, y de su contenido es interesante resaltar los siguientes datos, sigue diciendo la demandada:

a) Que el domicilio de don Juan S. F. aparece alterado en relación con el que figura en la escritura notarial, designándose como tal el de Virgen del Sagrario, núm. 29 en lugar del 19.

b) Que el procedimiento seguido a instancia del Banco Hipotecario, de que se ha hecho mención, finalizó con la adjudicación de la finca a la sociedad ATF, S. A., sociedad ésta, que, según los documentos números 9 y 10 que se adjuntan, pagó al señor S. F. los intereses vencidos de la hipoteca a su favor constituida, sociedad de la que, según los textos de las cartas documentos números 9 y 10, era cliente el señor B. y que se adjudica la finca por la irrisoria suma de 125.000 pesetas, sociedad que conjuntamente con el señor B., su cliente, denuncia al señor S. F. la existencia del procedimiento seguido por el Banco Hipotecario Véase cómo en la carta de 14 de diciem-

bre de 1967 la sociedad ATF, S. A., después de haberse adjudicado la finca el 22 de agosto de 1967, habla al señor S. F. de los intereses de *la hipoteca que grava el chalet de su cliente*.

Todo ello nos induce a sospechar en una convivencia entre el señor B. y ATF, S. A., para, aprovechándose del desconocimiento del señor S. F. sobre el procedimiento seguido por el Banco Hipotecario, eludir toda sospecha que pudiera asaltarle, a fin de que no acudiera, como segundo hipotecante, a usar en el procedimiento los derechos que le conferían la Ley, y así poder adjudicarse ATF, S. A., por la suma de 125.000 pesetas, la finca de su *cliente*, cuyo valor en venta era superior al millón de pesetas.

8.º El letrado que este escrito firma (seguimos con la exposición de la demandada), una vez conocida por el señor S. F., a través de la certificación que acompañamos (documento núm. 3), las desastrosas consecuencias que para éste supuso el error registral cometido, se puso en contacto con el Registrador demandado, por carta de 23 de octubre de 1968, cuya copia se adjunta (documento número 11) a fin de poder llegar a una solución amistosa sobre el contenido económico de la responsabilidad por el Registrador contraída.

Recibida esta carta, el demandado escribió al señor S. F. (documento número 12) el día 7 de noviembre de 1968, así como a este letrado —carta de 6 de noviembre de 1968 (documento núm. 13).—En la primera carta, el registrador no se considera responsable del perjuicio cometido, aduciendo: 1.º Que el error padecido en la inscripción se *suscitó y se puso de manifiesto en el procedimiento*. 2.º Que dicho error se desvaneció, ya que la autoridad judicial, *consciente de tal error —29 por 19—*, ordenó las notificaciones en estrados y por edictos. 3.º Por ello como el error desapareció, toda vez que el señor Juez ordenó la notificación, el actor fue notificado del procedimiento, como se infiere del mandamiento de cancelación.

Efectivamente, como dice en su carta, este punto de vista fue expuesto telefónicamente a este Letrado. Punto de vista que fue respetado, pero no compartido, ya que hemos de hacer constar que en las conversaciones, entrevistas y correspondencia epistolar, que sostuvimos con el señor Registrador siempre presidió la corrección. Lo que ocurrió y ocurre es que nuestros respectivos argumentos contradictorios no fueron recíprocamente convincentes y los de esta parte no lo fueron, por desgracia, ni para el señor Registrador ni para el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, como se deduce de la carta de 2 de diciembre de 1968, que el señor Vicedecano dirige al señor Registrador y que éste a su vez remite a esta parte.

El día 22 de mayo de 1969, en un último intento de solucionar el asunto, nos comunicamos nuevamente con el señor Registrador, y ambos con el señor Vicedecano del Colegio de Registradores tuvimos una entrevista, para hacer llegar a la Junta del Colegio, cuando ésta se reuniera, las pretensiones del señor S. F.

Justo es decir, que el fundamento de tales pretensiones no fue nunca compartido por el señor Vicedecano ni por el demandante; de ahí que en esta entrevista con el señor Vicedecano manifestara que veía muy pocas posibilidades para solución amistosa. La Junta desestimó, en definitiva, la posibilidad de cualquier vía de arreglo.

9.º El señor S. F. pudo reintegrarse tan sólo con la suma de 21.874,90 pesetas, remanente existente en el Jurado del precio de la subasta, una vez cobrado el Banco Hipotecario el importe de su crédito, intereses y costas.

10. Los daños y perjuicios ocasionados al señor S. F., a consecuencia del error registral cometido, son evidentes, ya que al desconocer el procedimiento, no pudo ejercitar los derechos que la Ley le otorgaba de subrogarse en el lugar del primer acreedor o de participar en la subasta.

Hemos de hacer constar, y se acreditará en su día, que el señor S. F. accedió al préstamo a título de inversión en virtud de la garantía hipotecaria so-

bre la finca del señor B. El valor de la finca superaba, con creces, la deuda que había contraído con el Banco Hipotecario (75.000 pesetas) y también el importe del segundo préstamo otorgado por el señor S. F. (275.000 pesetas)

Al quedar cancelada la segunda hipoteca, dada la insolvencia del señor B., el señor S. F. prácticamente ha perdido el crédito, porque éste sin la hipoteca, dada la insolvencia del deudor, carece de valor alguno.

Como más adelante argumentaremos en los fundamentos de derecho, la relación causal entre el error del Registrador y el daño experimentado por el señor S. F. es palmaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Artículos 260 a 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establecen la regulación legal de las notificaciones. Estos preceptos prevén, con diferente regulación, los distintos supuestos determinantes de las diversas formas en que las notificaciones han de practicarse:

A) *Si el interesado tuviere domicilio conocido.*—La notificación habrá de llevarse a cabo, o bien mediante comunicación inmediata y directa con el interesado, a tenor del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien, si a la primera diligencia no fuere hallado en su habitación —«cualquiera que sea la causa y el tiempo de su ausencia»—, dicha notificación se llevará a cabo por cédula, según el artículo 266, y entregada a las personas relacionadas en el artículo 268, conteniendo las menciones del artículo 267.

B) *Si el notificado no tuviere domicilio conocido.*—En este supuesto cabe la aplicación del artículo 269, en cuyo caso la notificación se hará fijando la cédula en el sitio público de costumbre e insertándola en el diario de avisos donde lo hubiere, y si no en el «Boletín Oficial de la Provincia». También podrá acordar el Juez que se publique la cédula en el «Boletín Oficial» cuando lo estime necesario.

Como vemos, dos distintos supuestos son regulados de forma diferente por la Ley.

El único domicilio conocido del señor S. F., a disposición de las partes, era el figurado en el Registro y constante en el certificado de cargas: VIRGEN DEL SAGRARIO, núm. 29. Y fue en este domicilio en consecuencia donde se intentó llevar a cabo la notificación, entregando la cédula a la portera de dicha casa. Pero a partir del momento en que este domicilio dejó de ser exacto, al resultar que en Virgen del Sagrario, núm. 29, nunca vivió ni estuvo domiciliado el señor S. F., el Juez se encontró en el supuesto de domicilio desconocido, previsto en el artículo 269 de la Ley de E. Civil, mandando practicar la notificación conforme a las normas previstas para tal evento.

No ocurrió que el juez desvaneciera el error del Registro, ya que tal error (29 por 19) se hubiera subsanado, volviendo a notificar al actor en Virgen del Sagrario, núm. 19. El Juez no tenía constancia de que el verdadero domicilio del actor fuera éste, ya que lo que don J. A. A. manifiesta es que cree que el señor S. F. tenía su domicilio en Virgen del Sagrario, núm. 19. Creencia y no certeza, manifestada por quien no era parte en el procedimiento y no susceptible de vincular al Juzgado. El único domicilio a tener en cuenta era el figurado en el Registro, constante en el certificado de cargas (documento público). En defecto de éste, al no ser indicado otro por la parte actora, dejó de haber domicilio conocido siendo ya procedente la notificación de acuerdo con el precepto del artículo 269.

El no haberse llevado a cabo la notificación en el domicilio del señor S. F., figurado en la escritura de hipoteca, es decir, en Virgen del Sagrario, núm. 19, se debió al error en la inscripción, error que no fue subsanado mediante la notificación por edictos o por avisos, porque este último tipo de notificación no tie-

ne por objeto subsanar errores cometidos en la notificación practicada cuando el interesado tuviera domicilio conocido, sino comunicar una resolución en un supuesto distinto: cuando el interesado no tenga domicilio conocido.

En definitiva, don Juan S. F. no fue notificado del procedimiento seguido contra don Miguel B. P. y esposa por el Banco Hipotecario de España. La procedencia de la notificación por aviso del artículo 269 se debió, repetimos, al error en que se incurrió en el Registro. Error no desvanecido, porque constante la situación de domicilio conocido, no es dable, ni con carácter subsanatorio ni otro cualquiera, proceder a la notificación por edicto.

Ello implicaría quebrantar las normas del procedimiento, según sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1909. Normas que no creemos fueran quebrantadas, porque la situación de domicilio desconocido fue provocada por el tan repetido error de inscripción. El Juzgado procedió de acuerdo con una realidad equivocada, basada en el contenido erróneo de la certificación de cargas. Así, don Juan S. F. no fue citado adecuadamente —como debía haberlo sido de haber figurado exacta la mención de su domicilio en el Registro— y si privado de las garantías de exacta comunicación que prevén las normas procesales para el supuesto de domicilio conocido. Garantías que para tal supuesto establece el artículo 262 de la Ley de E. Civil; íntegra lectura de la notificación digo resolución notificada y que para mas constatar el conocimiento de lo notificado, obliga a la simultánea entrega de la cédula de notificación. Por otra parte, a la Ley no le basta con la garantía de que el funcionario que realice la notificación haga constar haberlo verificado, firmando con fe judicial el desenvolvimiento de tal diligencia, sino que el artículo 263 exige que firme también, si supiera y pudiera, el notificado. Además, el artículo 267 cuida de precisar el contenido de la cédula notificatoria, que se ha de entregar al notificado, y que en síntesis exige que allí se relacione el proceso, los intervinientes, que se inserte literalmente la resolución a notificar, las circunstancias personales del notificado y la hora en que se practica. De todas estas garantías de comunicación se vio privado el señor S. F., y ello motivó su desconocimiento del proceso.

No es admisible la tesis contraria de que ya se le comunicó por edictos el procedimiento, subsanándose el error cometido. No es admisible porque, como ya argumentábamos antes, la notificación por edictos no tiene por fin salvar los errores padecidos en el supuesto de domicilio conocido, y porque este tipo de notificación no guarda las garantías de comunicación y conocimiento que prevén los artículos 262, 263 y 267 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que hubieran sido guardadas de haber figurado en el Registro el exacto y verdadero domicilio del señor S. F. No cabe suplir una forma de notificación por otra —la de los preceptos inmediatamente citados por la del artículo 269—, argumentando sin más, que de todas formas el interesado se daría por notificado, ya que ello, repetimos, quebrantaría las formas del procedimiento, por cuyo cumplimiento la Ley celosamente vela, imponiendo a los infractores las sanciones disciplinarias e indemnizatorias, previstas en los artículos 279 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si estas sanciones se predicán para el Actuario y para el auxiliar o subalterno de la administración de justicia que quebrantaren las formas del procedimiento en las notificaciones, no vemos por qué, aunque en otro orden, no ha de ser sancionado el funcionario administrativo, que con su error motiva que sea aplicada una forma de notificación por otra.

Segundo.—Al privarse al señor S. F. de las garantías de comunicación provenientes en los artículos 262, 263 y 267 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, provocando su desconocimiento del procedimiento, se le privó, en consecuencia, de la facultad de ejercitar los derechos que la Ley confiere al segundo hipotecante en el procedimiento seguido contra el deudor común por el primero, ya que se le impidió fundamentalmente ejercitar el derecho a mantener la vigencia de su gravamen, pagando al Banco Hipotecario la suma de 75.000 pesetas, intereses y costas —suma irrisoria habida cuenta del crédito del señor S. F.

y del valor de la finca—, subrogándose en el crédito de éste, obteniendo la desaparición del primer gravamen con la consiguiente mejora de rango. Por otra parte, y ya en la fase de ejecución propiamente dicha, su derecho a tomar parte en la subasta.

Facultades éstas, que a favor del segundo hipotecante son consignadas en los artículos 131 de la Ley Hipotecaria, regla 5.ª, y 225 del Reglamento Hipotecario, que estimamos de aplicación al procedimiento seguido por el Banco Hipotecario de España contra don Miguel B. P.

TERCERO.—Artículo 296 de la Ley Hipotecaria, prescribiendo que «los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo con sus bienes, de todos los daños y perjuicios que se ocasionen»: «2.º Por error e inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales»

La responsabilidad prevista en el precepto es la integral que previene asimismo el artículo 1902 del Código Civil, según doctrina científica y jurisprudencial en torno al precepto, ya que el Registrador responde de *todos los daños y perjuicios que se ocasionen* y no de los limitados en la contractual a los previstos o previsibles según dicción del artículo 1.107 del Código Civil.

El artículo 300 de la Ley Hipotecaria preceptúa: «El que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo, podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido. El que por las mismas causas pierda sólo la hipoteca que asegure una obligación, podrá exigir que el Registrador, a su elección, le proporcione otra hipoteca igual a la perdida o deposite, desde luego, la cantidad asegurada para responder en su día de dicha obligación».

El artículo 301 de la misma Ley establece: «El que por error malicia o negligencia del Registrador quede libre de alguna carga o limitación inscritas, será responsable solidariamente con el mismo Registrador del pago de las indemnizaciones a que éste sea condenado por su falta.»

Por último, el artículo 302, párrafo primero, determina: «Siempre que en el caso del artículo anterior indemnice el Registrador al perjudicado, podrá repetir la cantidad que por tal concepto pagare contra el que por su falta haya resultado favorecido.»

El señor S. F., a consecuencia del error cometido en el Registro, al inscribirse la segunda hipoteca a su favor constituida, perdió no sólo la acción real sobre la finca hipotecada, sino también la hipoteca que aseguraba su crédito.

Al desconocer el procedimiento se vio privado de la facultad, no sólo de mantener su derecho real sobre la finca del señor B., sino también de hacer desaparecer el primer gravamen constituido a favor del Banco Hipotecario, mejorando de rango y robusteciendo su garantía.

Los artículos 296 y siguientes de la Ley Hipotecaria son supuestos específicos del principio general que obliga a indemnizar, consignado en el artículo 1902 del Código Civil. La responsabilidad extracontractual surge según el precepto del artículo 1089 de dicho Código, que establece las fuentes de las obligaciones, «de los actos y omisiones ilícitos o en que intervienen cualquier género de culpa o negligencia». Según este último precepto, carece de virtualidad la graduación de la falta en la responsabilidad extracontractual, debiendo responder el causante del daño aunque su falta fuera mínima («cualquier género»).

Estas faltas, leves omisiones, que pueden acarrear desastrosas consecuencias, y que cualquier Registrador puede estar a ellas expuesto, dada la dinámica de ciertos Registros, intensísimas como los de Madrid, han sido previstas, así como sus efectos, mediante la creación de una Mutua, que cubre estos previsibles riesgos de responsabilidad civil en que pueden incurrir los Registradores en el ejercicio normal de sus funciones.

Según el artículo 301 de la Ley Hipotecaria que hemos transcrito, la responsabilidad del Registrador es solidaria con la de aquél que se viere libre de

la carga, consignándose en el siguiente precepto la acción de repetición del primero contra el segundo.

Cancelada la segunda hipoteca constituida a favor del señor S. F., procede, no ya el depósito por el Registrador de la cantidad asegurada para responder en su día de la obligación, sino el pago de la indemnización consecuente al perjuicio del crédito por aquél experimentado, que a consecuencia del reintegro parcial del mismo (21.874,90 pesetas), ciframos en la suma de 253.125,10 pesetas, cuya cantidad podrá repetir el demandado contra el señor B.

CUARTO.—Es competente el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que por reparto corresponda conocer de esta demanda, a tenor de lo prevenido en el artículo 303 de la Ley Hipotecaria, ya que a esta capital corresponde el Registro en el que se cometió la falta.

QUINTO.—Artículo 460, apartado 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exceptuándose el intento de la conciliación previa en los juicios que se promuevan contra personas que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba entablarse la demanda. El demandado reside en

En virtud de lo expuesto,

SUPlico AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito, documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo todo, tenerme por parte en la representación que ostento, y previos los trámites procesales prevenidos para el juicio de menor cuantía, se dicte sentencia en su día, por la que se condene al demandado don (el Registrador) a pagar al actor, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la suma de DOSCIENTAS CINCUENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTICINCO PESETAS CON DIEZ CENTIMOS (253 125,10), todo ello por ser de justicia que pido en Madrid a

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que por interesar a esta parte acreditar los hechos alegados, procede, y solicitamos, sea recibido a prueba el presente pleito

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que a efectos de prueba dejamos señalados los archivos del Juzgado núm. . . de los de Primera Instancia de esta capital, los del Registro de la Propiedad núm. . . de Madrid, los del Ayuntamiento de Madrid (Sección de Estadística) y el protocolo del Notario de esta capital, don o el que, en su caso, le sustituya.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que a efectos de emplazamiento del demandado, procede, y solicitamos, se libre exhorto dirigido al Juzgado de Primera Instancia . . .

SUPlico AL JUZGADO: Tenga por hechas estas manifestaciones a los fines que se interesan, por ser de justicia, que reitero en el lugar y fecha *ut supra*.

La Contestación a la demanda que se acaba de relacionar, casi copiar, fue,

HECHOS :

- 1.º Conformes con el correlativo de la demanda
- 2.º Igualmente conformes en lo fundamental con el del mismo número contrario.
- 3.º Conformes también con el correlativo contrario.
- 4.º Admitimos el Hecho cuarto del demandante; excepto el último párrafo. *Negamos* que el error haya ocasionado perjuicio alguno al demandante
- 5.º El Hecho quinto de la parte actora contiene la verdad, pero a medias. Es muy interesante completarlo con lo efectivamente sucedido, que es lo siguiente:

Se practica la notificación de la existencia del procedimiento hipotecario instado por el Banco Hipotecario de España a la portera de la casa núm. 29 de la calle Virgen del Sagrario, en vez de hacerse la notificación en el número 19 de la misma calle. A los pocos días, antes que el trámite tuviera consecuencias, el esposo de la portera comparece en el Juzgado, devuelve la cédula de noti-

ficación y dice. el señor S. F. y esposa tuvieron su domicilio en el número 19 de dicha calle y «que en la actualidad creen vivían en Salamanca»

Desde ese momento, el error padecido en el Registro se ha puesto de manifiesto, ha salido a la luz. Ya no puede producir perjuicio alguno porque se sabe. Ya sabe el señor Juez que en el número 29, no ha vivido el demandante: que ha sido en el número 19 y sabe más aún. que reside a la sazón en Salamanca.

El señor Juez decidirá cómo y dónde tiene que citarlo, pero la decisión que tome ya no está viciada por el error del Registro, ya no está condicionada por el error del Registro, por la sencilla razón de que el error se ha puesto al descubierto.

Es muy lamentable que se haya padecido ese error, pero ya da lo mismo, ya se ha descubierto, ya el señor Juez decidirá lo más justo, lo más conveniente para la notificación.

Y se da además la circunstancia, de que el demandante no tiene su domicilio en el número 19, de la calle Virgen del Sagrario cuando se le va a notificar. Está domiciliado en Salamanca, Avenida del Líbano, número 14.

En las cartas presentadas por él, cartas a él dirigidas (documentos números 4, 6, 8, 9 y 10), así consta, y en el poder que ha presentado su Procurador, expone el señor S. F. que tiene vecindad y domicilio en Salamanca Avenida del Líbano, número 14.

En el corto plazo que tenemos para contestar no podemos obtener certificación de la Tenencia de Alcaldía del Distrito octavo acreditativa de que en la fecha de la notificación, 15 de febrero de 1967, no residía en calle Virgen del Sagrario, número 19, el actor.

Dejamos señalado el archivo de dicha Tenencia de Alcaldía a los efectos procesales oportunos.

Pero hay algo más contundente aún, en defensa y apoyo de la conducta del Registrador. Es lo que sigue:

Cuando se pide por vez primera la cancelación de la hipoteca del demandante, no se accede a la cancelación. El Registrador *suspendió* la cancelación; y *sólo se practica* cuando el Juzgado dirige un mandamiento al Registrador fechado el 28 de junio de 1968, comprensivo de un auto razonadísimo de fecha 27 de mayo de 1968, dictado por el mismo Juzgado de Primera Instancia número 18, de esta capital. Acompañó copia simple del mandamiento y señaló el archivo del Juzgado citado a los efectos procesales oportunos.

O sea el Registrador extremó sus precauciones. Sólo cuando el Juez, soberano en los detalles del trámite, insiste en que las notificaciones están correctas y vuelve a ordenar la cancelación, es cuando el Registrador cancela la hipoteca que tenía el actor constituida a su favor.

Pero nótese, además, dos circunstancias de mucho interés. Son:

a) Que el domicilio de los titulares de cargas posteriores a la que se ejecuta, no está reglamentado, señalado de una manera solemne o especial *no es ni mucho menos*, como el domicilio a que se refiere el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, el que ha de fijar el deudor para requerimientos y notificaciones: cuyo señalamiento tiene importantes consecuencias procesales.

b) Que el señor demandante, Abogado, que había trasladado su domicilio a Salamanca, que recibía cartas de su deudor pidiendo aplazamientos, etc., no tuvo la elemental prudencia de acudir al Banco Hipotecario para informarse de cómo andaba la hipoteca de éste en cuanto a amortización, o de enterarse, antes, en el Registro, si constaba la nota marginal que publica la existencia del procedimiento judicial sumario.

6.º y 7.º En los correlativos contrarios se relatan una serie de actuaciones con el deudor hipotecario señor B., y con ATF, S. A., ajenas por completo a esta parte.

Mi representado no ha tenido ni tiene relaciones con el señor B., ni con esa sociedad, ni los conoce ni entra ni sale en todo lo que contiene el relato.

Si el actor entiende que ha sido perjudicado por la conducta de ese señor y de esa entidad ¿por qué no acciona contra ellos?

No podemos aceptar que la finca en cuestión valga más de 1.000.000 de pesetas. En la propia escritura la hipoteca (documento número 2) se tasa, a efectos de subasta, en 400.00 pesetas, (cláusula 6.^a). Valor que no aceptamos. La subasta ha demostrado cuál es el verdadero.

8.º Ciertamente que ha habido intentos por parte del actor de una solución extrajudicial; y cierto también que en todo momento la correspondencia y entrevistas se han desarrollado dentro de la mayor corrección. De veras nos felicitamos por ello y deseamos que cualquiera que sean las incidencias de este pleito la corrección no se pierda.

Estudiadas serenamente las pretensiones del actor se ha entendido que no tenían fundamento moral ni legal.

Por eso no se ha accedido a sus peticiones en vía extrajudicial o amistosa. Ignoramos lo que haya cobrado el señor S. F. como remanente de la subasta.

9.º Mi mandante no ha causado ningún perjuicio al actor por las siguientes razones:

Primera.—El error de número de la casa se puso de manifiesto a tiempo. Dejó de ser error a tiempo. No pudo tener consecuencias. Una equivocación que se conoce a tiempo deja de ser equivocación.

Segunda.—No se han probado los daños y perjuicios.

Un segundo acreedor hipotecario sabe siempre a lo que se expone.

La adjudicación de la finca se hizo siempre con todos sus trámites legales.

Nadie pagó más por la finca a pesar de la subasta realizada con toda la publicidad y garantías legales sencillamente porque no valdrá más, no ha valido más.

Es muy corriente creer que una finca vale tanto y cuanto y a la hora de la verdad, a la hora de venderla pagan por ella la décima parte de las «cuentas de la lechería» que se había echado su dueño.

Tercera.—El Registrador, cumplidor de su deber, y celoso de la custodia de los derechos de los titulares registrales, extremó, si cabe, en este caso su actuación en defensa del actor, ya que, repetimos, sólo canceló cuando se le ordenó de manera terminante, después de que el Ilmo. señor Juez hubiera razonado y estudiado el detalle de la citación, todo lo cual se comprueba en el mandamiento y auto antes citados.

Cuarta.—En cualquier supuesto, no existe nexo causal entre el desvanecido error y los pretendidos daños y perjuicios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Rechazamos el correlativo contrario, en cuanto a todo el razonamiento que se hace sobre los preceptos legales que cita.

La casa número 19, no es el domicilio señalado solemnemente con efectos especiales legales. Es, sencillamente, el que dijo el actor que tenía cuando otorgó la escritura de hipoteca, domicilio que luego trasladó a Salamanca, como queda dicho.

El domicilio del señor S. F., se puso bien de manifiesto por el portero de la casa número 29: «Era el 19 y ahora vive en Salamanca».

Si el señor Juez ordenó la notificación por edictos, mi parte no tuvo ninguna intervención en tal resolución ni tenía posibilidades de modificarla. Repetimos que el Juzgado de manera expresa estudió dicho extremo.

Aunque nosotros no tengamos que calificar la decisión del señor Juez, que le es bien claro que estábamos que obro con toda corrección legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto: El Juzgado se informó de que el señor demandante tuvo su domicilio en la casa número 19, pero que ya no lo tenía; que lo tenía en Salamanca, sin que se supiera la calle. Luego estaba ante el supuesto previsto en ese artículo cuando dice «... o por haber mudado de habitación se ignore su paradero», y aplicó el procedimiento de notificación previsto en dicho artículo.

Vamos a suponer, *sólo a suponer*, que la notificación se hubiera hecho defectuosamente. Pues la solución es muy sencilla. El actor tiene el camino abierto para pedir una nulidad de actuaciones, *puede conseguir que se anule todo lo actuado a partir de la notificación*. Nunca, en cambio, será viable la acción que ejercita.

Segundo.

Rechazamos el del mismo número contrario, por todas las razones antes explicadas.

Tercero.

Rechazamos y negamos que los preceptos citados en el correlativo contrario sean aplicables a este caso.

El demandante no ha perdido nada como consecuencia del error tan citado, porque tal error se desvaneció a tiempo: quedó aclarado y subsanado.

Suponiendo, *sólo suponiendo*, que el error no se hubiera advertido a tiempo tampoco puede decirse que el actor perdiera por él la hipoteca. Perdió la hipoteca porque era una segunda hipoteca, siempre a resultas de la primera.

El Registrador no tiene ese derecho del artículo 302 de la Ley Hipotecaria, de repetir contra el señor B, sencillamente porque no se da el supuesto que contempla ese artículo

Si se diera ese supuesto, si el Registrador pudiera repetir contra el señor B., como dice el demandante (supuesto que negamos), estaría *mal constituida la relación procesal*, puesto que, existiría un interesado en ella (el señor B.) que no ha sido llamado a la «litis», y en su consecuencia la demanda no es viable. Es sabido que la Jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que el actor tiene que citar a todos los que pueden ser afectados por la sentencia que ponga fin al pleito. Si así no lo hace la relación procesal está mal constituida y la demanda no puede prosperar: sentencias de 3 de julio de 1968, 20 de enero, 13 de abril, 20 de junio de 1966, 26 de noviembre de 1964, etc

Cuarto.

Venimos rechazando con reiteración el supuesto de que el error, subsanado a tiempo, haya producido perjuicio alguno

Admitiendo, *sólo a efectos dialécticos*, que haya tenido consecuencias, la verdad es que nunca los perjuicios pueden ser los que dice el demandante.

¿Por qué si hubiera concurrido al procedimiento ejecutivo de la primera subasta, la segunda hipoteca se hubiera salvado?

¿Que más prueba de lo que valía la finca, de verdad, en el mercado normal, que la resultante de una subasta anunciada y practicada según las normas legales y usuales?

Supongamos que el demandante se hubiera adjudicado la finca en el procedimiento ejecutivo de la primera hipoteca, previos los pagos correspondientes, ¿qué hubiera pasado con la segunda hipoteca de la que era titular-acreedor? Pues la contestación es bien clara. Que se hubiera cancelado sin que por ella percibiera *ni una sola peseta*, ni siquiera esas 21 874,90 pesetas que dice que ha cobrado.

En resumen, no se ha probado ni se probará la realidad del daño, ni por consiguiente su cuantía, ni la relación de causa a efecto entre el error (que no fue error porque se subsanó) y las pretendidas consecuencias, según exige la Jurisprudencia (sentencias de 5 de julio y 28 de mayo de 1961, 23 de mayo y 6 de febrero de 1958, 14 y 29 de octubre de 1957 entre otras).

Quinto.

Las costas deben imponerse al actor por su temeridad.

Por ello, al Juzgado:

Suplico.—Tenga por presentado este escrito en tiempo y forma, a mi por comparecido con la representación que ostento, y se entiendan conmigo las sucesivas diligencias; se digne tener por contestada la demanda, seguir los trámites de Ley, con recibimiento a prueba, y en definitiva dictar sentencia en la que se absuelva a mi representado de la demanda con condena en costas para el actor.

Según otrosí digo: Que señalo el archivo de la Tenencia de Alcaldía distrito....., según queda expuesto y el del Juzgado de Primera Instancia número....., de Madrid para obtener en su día testimonio de los documentos que ordenaron la cancelación de la hipoteca del actor, obrantes en los autos sobre secuestro de finca promovidos por el Banco Hipotecario de España para la efectividad del préstamo hipotecario de los cónyuges Juana A. C. y Miguel B. G.; pues sólo tenemos a la disposición la copia simple que se adjunta.

Suplico.—Tenga por hecho tal señalamiento a los efectos procedentes.

Prevía la práctica de la prueba y demás trámites también procedentes

El Ilmo. señor don Manuel García Miguel, Magistrado-Juez de Primera Instancia, número 29, de Madrid, dictó Sentencia, por la que se desestimó la demanda y absolvió al Registrador demandado, razonando el fallo así:

CONSIDERANDO: Que son hechos básicos la decisión del tema litigioso cumplidamente acreditados, incluso por reconocimiento expreso de ambas partes, los siguientes:

Primero.—Con fecha de 13 de marzo de 1965, el actor don Juan S. F. y los cónyuges, don Miguel B. G. y doña Juana A. C. otorgaron una Escritura Pública autorizada por el Notario de Madrid, don, en la que entre otras cosas, se hacía constar que el actor concedía un préstamo de 275.000 pesetas a los mencionados cónyuges, en garantía de cuya devolución constituían una hipoteca sobre la finca de su propiedad al efecto descrita en la Escritura.

Segundo.—En la parte Expositiva de dicha Escritura se hizo constar que la finca descrita se hallaba anteriormente gravada con una hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario de España en garantía de un préstamo de 75.000 pesetas.

Tercero.—Que el Banco Hipotecario de España promovió el oportuno procedimiento tendiente a obtener la realización de su crédito del que correspondió conocer al Juzgado de Primera Instancia núm. ... de esta Capital.

Cuarto.—Que en dicho procedimiento, por el Juzgado se acordó hacer saber la existencia del mismo al actor y su esposa como acreedores posteriores al sólo efecto de que pudieran intervenir en la subasta.

Quinto.—Que debido a que según la Certificación que obraba en los autos, expedida por el Registro de la Propiedad, número ... , figuraba como domicilio del actor el de Virgen del Sagrario, número 29, en vez de número 19, que se había hecho constar en la Escritura, por el Juzgado se hizo la oportuna notificación por medio de cédula que fue entregada a la Portera de la casa número 29, de la calle Virgen del Sagrario, el día 15 de febrero de 1967, la que con fecha 20 del mismo mes, fue entregada en el Juzgado por el marido de dicha portera, quien advirtió que los destinatarios de la notificación en donde tenían su domicilio era el número 19 y no en el 29 de la misma calle, aunque creía que en la actualidad se hallaban viviendo en Salamanca.

Sexto.—Que instruido de ello el Banco Hipotecario, solicitó que al no haber podido averiguar el domicilio del segundo acreedor hipotecario, fuera citado por Edictos a lo que accedió el Juzgado, practicándose la notificación en estrados y por medio de Edictos publicados en el «Boletín Oficial» de la Provincia.

Séptimo.—Que continuó el procedimiento por sus trámites legales hasta llegar a la subasta, en la que fue adjudicada la finca al rematante en la can-

tividad de 125.000 pesetas, quedando después de satisfecho el primer acreedor, un sobrante de 21.874 pesetas con 90 céntimos, que fue entregado al segundo acreedor hipotecario y actor en estos autos, ocasionándosele como consecuencia de ello el daño cuya indemnización reclama.

CONSIDERANDO: Que con base en tales hechos, y, especialmente en que el mentado error material en la consignación del número de la casa fue causa de que se hubiese originado al actor el daño que invoca, se ejercita por éste una acción tendente a obtener la indemnización de la cantidad que se concreta en la Súplica, con base en la culpa extracontractual del mandado

CONSIDERANDO: Que, la doctrina ha mantenido la opinión de que en materia de responsabilidad extracontractual los Tribunales no pueden entrar en las discusiones filosóficas acerca de la causa operante, o de la razón suficiente, del pacto predominante, ni adoptar en general a ninguno de los diversos criterios propuestos por la teórica, sino que de que debe dirigirse la actuación hacia la valoración de todas las circunstancias de hecho concurrentes en el caso concreto para adoptar los criterios que el buen sentido señale como determinantes de responsabilidad, criterio que fue el seguido por la Jurisprudencia al proclamar como lo hizo, en reiteradas Sentencias, que es de libre apreciación de los Tribunales la concurrencia de la culpa o del hecho generador del daño.

CONSIDERANDO: Que, por ello, es necesario ponderar las circunstancias concretas del caso de autos en relación a los requisitos a cuyo concurso subordina la Jurisprudencia la procedencia de estimar las pretensiones indemnizatorias de la naturaleza de la que en la demanda se produce.

CONSIDERANDO: Que salvo aquellos casos de excepción en que de nuestro Ordenamiento broten deberes de indemnización con substantividad propia por actos no culposos, el principio general es el tradicional de la culpabilidad que informó el desarrollo histórico doctrinal y legislativo de la responsabilidad aquiliana, de suerte, que es menester que la acción u omisión sea ilícita, o sea, que implique el quebrantamiento de un deber jurídico y esta circunstancia no puede apreciarse como concurrente en el actuar del Registrador demandado por las razones siguientes:

Ni de los artículos 9.º de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario que determina las circunstancias que en general debe contener cada inscripción, ni de los específicos referentes a la hipoteca, resulta que el Registrador venga obligado a consignar en el asiento el dato relativo al domicilio del acreedor hipotecario, de donde resulta pues, que si la omisión completa del dato no supone ilicitud alguna ni quebrantamiento de deberes, no va a atribuirse mayor trascendencia al posible error material cometido al consignarlo, por lo que no es posible emitir un juicio de reprochabilidad a título de negligencia inexcusable, sino que por el contrario, el supuesto más bien cae dentro del error inexcusable excluyente del requisito de la antijuricidad.

CONSIDERANDO: Que por otra parte, tanto del párrafo primero del artículo 214 del Reglamento Hipotecario relativo a la rectificación de errores materiales en los asientos, como del párrafo segundo del 437, que establece normas para lograr el paralelismo o concordancia entre el Registro y la realidad cuando hubiesen variado el nombre de las calles o el número de los edificios por decisiones de la Autoridad Municipal, aparece claro el espíritu legal de que sea el propio interesado el que procure de solicitar la oportuna rectificación por lo que a él son imputables, las consecuencias que puedan derivarse de su falta de diligencia en la actuación y vigilancia de sus derechos.

CONSIDERANDO: Que por lo que respecta al requisito del daño, si bien es indudable que el actor sufrió el inherente a la pérdida de su derecho real de garantía, lo que no quedó probado es que lo haya sido en la extensión que se dice en la demanda, en cuanto que no se articuló la prueba conducente a demostrar la insolvencia del deudor y la consiguiente imposibilidad del acreedor de resarcirse, en todo o en parte, de su crédito aún subsistente.

CONSIDERANDO: Que ya en el orden del nexo causal, al estar acreditado que el Portero de la Finca número 29, de la calle Virgen del Sagrario, compareció en el Juzgado y dio a conocer que el actor no vivía en el número 29, sino en el 19, aunque creía que se hallaba viviendo en Salamanca, es claro que el error quedó subsanado, de forma que el que no se hubiese hecho la citación en forma personal, fue debido a circunstancias y decisiones ajenas al demandado, que rompieron la relación causal. Pero a mayor abundamiento, la notificación sólo fue hecha en una de las formas admitidas por la Ley, como viables para cumplir el efecto pretendido por el acto de comunicación procesal, cual es, la posibilidad de que el conocimiento de su objeto llegue al destinatario del mismo, sino que la propia subasta fue anunciada en forma legal por procedimiento que constituye un medio de publicidad o notificación con eficacia «erga omnes».

CONSIDERANDO: Que por todo ello, procede DESESTIMAR la demanda.

CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes a efectos de una especial imposición de costas.

Apelada la sentencia, la Sala 1.^a de lo Civil de la Excm. Audiencia de Madrid, falló con fecha 7 de diciembre de 1970, que, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda formulada por don Juan S. F. «debemos condenar y condenamos a don (el Registrador) a que abone a aquel la cantidad de 253.125 pesetas con 10 céntimos, sin hacer especial condena de costas en ninguna de ambas instancias».

Los Considerandos de esta segunda y definitiva sentencia dicen así:

1.^o CONSIDERANDO: Que del detenido examen de las actuaciones y admitiendo los hechos que como probados se establecen en el primero de los Considerandos de la sentencia recurrida, el Tribunal estima que las cuestiones básicas a considerar por ser las que contra lo debatido en esta «litis», se reducen a las siguientes: 1.^a si aceptado por los litigantes y acreditado fehacientemente (folio 16) que al inscribir la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se sufrió por el Registro de la Propiedad número, de Madrid, el error de consignar como domicilio del demandante el de Virgen del Sagrario, número 29, en lugar del 19, que constaba en la escritura, tal error quedó o no subsanado en el procedimiento judicial instado por el Banco Hipotecario; 2.^a si tal error causó o no un perjuicio real al actor; y 3.^a cual, en caso afirmativo, pudo ser la cuantía patrimonial de dicho perjuicio.

2.^o CONSIDERANDO: Que sobre la primera cuestión señalada, que es la primordial litigada, el Tribunal no cuenta, ni tiene a su disposición otros elementos de juicio que los aportados por las partes, y entre estos la certificación del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm., de Madrid, en 27 de mayo de 1968, aducida por el demandado y reconocida por el actor, en cuyo tercer Resultando se dice literalmente que éste fue notificado «en principio en el domicilio que como de ellos constaba, que fue calle Virgen del Sagrario, número 29, de esta capital, que se hizo el 15 de febrero de 1967, por medio de cédula en forma, al que dijo ser el portero de la finca y llamarse doña Isabel García, cuya cédula fue devuelta el 20 de igual mes por el que dijo ser el portero de la casa y llamarse don José Andrés Iraola, quien manifestó que si bien se hizo cargo de la cédula su esposa doña Isabel García, lo fue por existir un inquilino que tenía el apellido FERRER y que los interesados tuvieran allí su domicilio, es decir, en el 19 de dicha calle, y que en la actualidad creen vivían en Salamanca, y unida a autos la cédula devuelta se instruyó de todo ello al Banco acreedor ejecutante, y por este se solicitó y así se acordó, que se hiciera tal notificación por medio de edictos, ya que no había podido averiguar su actual domicilio, lo que se hizo además de en los estrados del Juzgado, por medio de edictos en el «Boletín Oficial» de esta provincia del día 7 de marzo de 1967», de cuyo texto exacto transcrito, ni se deduce, ni puede deducirse que el error del número de la casa hubiera quedado

subsano y por consiguiente esclarecido, sino que continuó persistiendo a los fines legales debatidos, por las, entre otras, razones siguientes: a) porque ni el Banco Hipotecario solicitó al ser instruido, ni en consecuencia el Juzgado pudo acordar, que la nueva citación se hiciera en Virgen del Sagrario, número 19, que era lo correcto, por no haber constancia cierta de ser este el domicilio del actor; b) porque en la fecha en que se hizo la notificación por edictos, el actor tenía su residencia y domicilio legal en este último lugar, según se acredita de las certificaciones del Ayuntamiento de Madrid, aportadas en periodo probatorio (folios 77 y 80); c) porque el procedimiento seguido por el Juzgado número, era el previsto legalmente al no existir constancia cierta del domicilio y haberlo instado así el Banco ejecutante, dado el carácter rogado de la jurisdicción civil; y d) porque para que el error de referencia hubiera quedado eliminado, habría sido preciso que la nueva notificación se hiciera en el domicilio indicado en la escritura registrada, a tenor de lo dispuesto en los artículos 266, 267, 268 y 270 de la Ley procesal civil, sin que por analogía fuera aplicable lo dispuesto en el artículo 269 de dicho cuerpo legal, al ser supuestos diferentes y distintos, según sea o no conocido el domicilio, como reiteradamente ha venido afirmando la doctrina jurisprudencial en Sentencia de 29 de octubre de 1900, 7 de abril de 1951 y 25 de marzo de 1954, razones todas ellas que inducen al Tribunal a no reputar subsanado el inicial error de inscripción por el resultado del procedimiento seguido con el número 411/66 ante el Juzgado de Primera Instancia núm., de Madrid por el Banco Hipotecario.

3.º CONSIDERANDO: Que respecto a la segunda de las cuestiones enunciadas, o sea si tal error causó o no perjuicio al actor, es claramente notorio que así fue, como incluso se reconoce en el 7.º de los Considerandos de la Sentencia apelada, al quedar privado de los derechos que como segundo hipotecante le otorgaban los artículos 131 de la Ley Hipotecaria y 225 de su Reglamento, de subrogarse en el crédito del Banco ejecutante satisfaciendo su importe, obteniendo la desaparición de la primera hipoteca y consiguiendo la mejora de rango de la suya propia, así como de ejercitar el derecho a tomar parte en la subasta por la que finalizó el procedimiento instado por el repetido Banco.

4.º CONSIDERANDO: Que en cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas, relativa a la cuantía patrimonial del perjuicio, el Tribunal deduce que habiéndose cancelado, como legalmente procedía, el crédito hipotecario del actor por valor de 275.000 pesetas, del que sólo fue reintegrado en 27.874,90 pesetas, cantidad remanente de la finca subastada, el perjuicio asciende como mínimo al resto de aquel crédito hipotecario o sea a 253.125,10 pesetas, que es concretamente lo postulado en la demanda, siendo procedente conocerla como indemnización que definitivamente liquida y deja ultimada la reclamación esencial de la que derivan los presentes autos.

5.º CONSIDERANDO: Que la indemnización antes mencionada corresponde satisfacerla al demandado a tenor de lo dispuesto en los artículos 296 y 300 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 1089 del Código civil, habida cuenta que la inscripción de la escritura de 13 de marzo de 1965, no se realizó en el Registro regentado por aquél con la necesaria prevención, diligencia y cotejo originando la persistencia del error cometido en el número del domicilio del actor, sin que la relación litigiosa a que se contraen estos autos aparezca defectuosamente constituida, como se alegó al contestar la demanda, en razón a lo establecido en los artículos 301, 302 y 303 de la repetida Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.144 del Código civil común.

6.º CONSIDERANDO: Que no es de apreciar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a los fines de hacer expresa condena sobre costas procesales.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHEN BENÍTEZ y
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.

I. PROPIEDAD Y DERECHOS REALES

REGISTRO DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. Tercería de dominio de máquina cosechadora instada por el vendedor que había vendido a plazos, con reserva de dominio. No prospera porque la venta no estaba inscrita en el Registro de Venta a plazos de bienes muebles. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Antecedentes: El Procurador don en representación de la entidad mercantil «Seven, S. A.», formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de V demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad mercantil Ajuria, S. A., y contra don ANTONIO y don HERMINIO S. S., declarados éstos dos últimos en rebeldía, sobre tercería de dominio, estableciendo en síntesis los siguientes:

1.º Que la entidad «Ajuri, S. A.», tenía promovido ante ese Juzgado juicio declarativo número 90.967 contra don HERMINIO y don ANTONIO S. S., en reclamación de 358.500 ptas. de principal, 1.912 ptas. de gastos de protesto y 65.000 ptas. más propuestas por intereses legales y costas.

2.º Que con fecha 14 de diciembre de 1967, se practicó diligencia de embargo en dicho ejecutivo trabándose, entre otros bienes, una máquina cosechadora marca BM Volvo, chasis 711 462, con motor Perkins, número 7082068, en buen estado de conservación.

3.º Que esta máquina es de la propiedad de la Entidad «Sevens, S. A.», y se identifica además por los datos que figuran en la diligencia de embargo, porque tiene el número ST 257, teniendo ensacador, si bien tiene 2,40 de corte, en vez de 2,50 que figura en el informe de valoración de 8 de abril de 1968, obrante en el juicio ejecutivo mencionado.

4.º Que en fecha 30 de mayo de 1967, y mediante contrato de compromiso de compraventa, fue entregada al demandado don ANTONIO S. S. la máquina cosechadora ahora embargada, consignándose como precio de la misma la cantidad de 415.00 ptas. pagaderas mediante una letra de cambio de 126.666 pesetas, con vencimiento el 30 de septiembre de 1967, el resto en otras dos letras

de cambio, con vencimiento el 30 de septiembre de 1968, y 30 de septiembre de 1962; que en dicho contrato de compromiso de compraventa se hizo constar la reserva de dominio a favor del vendedor, mientras que la máquina no hubiese sido pagada en su totalidad, que el demandado don HERMINIO S. S. no solamente había cumplido el pago de los plazos vencidos consignados en el contrato, ya que está sin pagar hasta la fecha; sólo había entregado a «Sevens, Sociedad Anónima», la cantidad de 80.833 ptas y que como consecuencia de la reserva de dominio establecida, la expresada máquina es propiedad de «Sevens, Sociedad Anónima», hasta que don ANTONIO S. S. no haya pagado en su totalidad las 415 000 ptas. en que se fijó el precio de la máquina cosechadora, que unió a este escrito copia simple del contrato de compromiso de venta aludido, cuyo original, firmado por don ANTONIO S. S. se encuentra en unión de otro expediente de tercera de seguido ante el mismo Juzgado por «Sevena, S. A.», contra el mismo don ANTONIO S. S., y otro, en relación con la máquina cosechadora embargada también el juicio ejecutivo número 66, de 1968, expediente que designaba a efectos de prueba correspondiente.

5.º Que esta parte había tenido conocimiento de que con fecha 22 de diciembre de 1967, en el Juicio Ejecutivo de que es consecuencia esta Tercería, fue dictada sentencia de remate y que fue iniciado el procedimiento de aprecio. Suplicó al Juzgado tuviese por interpuesto la Tercería de dominio que formulaba, ordenando suspender el procedimiento de apremio sobre la máquina mencionada, que fue embargada en el Juicio Ejecutivo y que seguido el procedimiento por sus peculiares trámites se fallase en su día, declarando que la máquina cosechadora embargada y a que esta de Tercería se refiere, es la de reserva de dominio establecido sobre la misma, con imposición de costas a los mandados.

En la contestación se alegó la excepción de efecto legal en el modo de proponer la demanda, prevista en el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 83 y 38, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, 77 y 83 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y 175 1.º del Reglamento de la Ley Hipotecaria vigente. Fundamentó esta excepción dilatoria de en base a que promovida en nombre de «AJURIA, S. A.», acción y juicio Ejecutivo o contra don ANTONIO S. S. y don HERMINIO S. S., en autos seguidos en este mismo Juzgado con el número 1.967, cuyos archivos señalaba a efectos de la correspondiente prueba, se practicó diligencia de embargo, entre otros bienes, sobre una máquina cosechadora, marca Volvo con motor Perkins 7082068, y para la efectividad legal de dicha traba se dirigió a la Jefatura Agronómica provincial de Ciudad Real, al objeto de practicar en el Registro de dicho organismo la oportuna anotación como efectivamente así se hizo y consta, a cuyo efecto designaba expresamente los archivos de referida Jefatura Agronómica Provincial, que supuesto lo anterior, habría de tenerse en cuenta que las inscripciones se cancelarán en la forma prevenida en los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria, artículo 77 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, y que conforme al artículo 38, párrafo 2.º de la vigente Ley Hipotecaria, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmueble o derechos reales inscritos a nombre de persona o Entidad determinada, sin que previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad, o cancelación de la inscripción correspondiente, que en el escrito de demanda Tercería, puede observarse la total ausencia de petición alguna relativa a la cancelación del asiento de Inscripción efectuada en el Registro de la Jefatura Agronómica de esta Provincia sobre embargo de la cosechadora marca Volvo, que dice ser la misma que fue vendida por «Sevens, S. A.», a los restantes demandados, que tan insoslayables deficiencias puede equipararse y así lo viene haciendo la jurisprudencia, con el defecto formal constituido de la excepción dilatoria alegada, oponiéndose a la demanda con la súplica de que fuera absuelto de la misma.

El Juez de Primera Instancia de V. dictó sentencia, con fecha 28 de

marzo de 1969, por la que desestimó la excepción dilatoria de efecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por la representación de la Entidad demandada «Ajuria, S. A.», y estimando la demanda de Tercería de dominio, declaró que la máquina cosechadora embargada en dicho juicio Ejecutivo y a que esta Tercería se refiere, es la de la propiedad de la Entidad actora, «Sevens, S. A.», condenando a la Entidad «Ajuria, S. A.», y a don ANTONIO y a don HERMINIO S. S. a estar y pasar por esta declaración sin hacer expresa imposición de costas causadas.

Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia dictó sentencia por la que se revocó la de Primera Instancia, desestimó la demanda de Tercería y absolvió a los demandados.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación; es decir, confirmó la de la Audiencia.

Son sus considerandos:

Considerando: Que admitido el párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965, reguladora de la venta a plazos de bienes, muebles que para que sean oponible a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se insertan en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro, a que se refiere el párrafo siguiente, y justificado en autos que el contrato que ha de dar origen a esta «litis» no fue inscrito en el Registro, el recurso en sus cuatro motivos, queda falto de base, pues ellos tratan de justificar la existencia del contrato, que resulta inoperante, pues el mandar de modo expreso el artículo citado, que para que pueda oponerse a tercero tal contrato, es necesario su inscripción, si aquí no se hizo, aunque exista, no tiene eficacia frente a tercero, porque es requisito constitutivo de la acción de Tercería que el título sea hábil y si por faltarle la inscripción en el Registro no lo es la Tercería no puede prosperar.

Considerando: Que por ello, aunque por otras pruebas esté justificada la existencia del contrato, como afirma el primer motivo del recurso no estando inscrito, no se puede oponer al derecho de «Ajuria, S. A.», que por no haber intervenido en la operación, ha de estimarse el tercero a que se refiere el artículo 23 citado y sin que tampoco pueda considerarse trascendencia alguna al motivo cuarto, que con amparo en el número 1.º de 1692 de la Ley, que a más de unir dos conceptos de infracción, violación e interpretación errónea, de los artículos 6, 7 y 23, de la Ley de 17 de julio de 1965, lo que ya lo hace desestimable, tampoco puede apreciarse en cuanto a su fondo, puesto que el carácter general con que el artículo habló de que el contrato no inscrito no puede oponerse a tercero, no permite distinciones entre actos de disposición voluntaria del comprador o ejecución contra el mismo, todo lo que hace obligada la desestimación del recurso.

Lógica, legal, triunfal llegada a la Jurisprudencia del Registro de venta a plazos de bienes muebles.

El vendedor de la cosechadora no inscribió y por esa omisión, la Tercería no triunfa.

El razonamiento del Tribunal Supremo es terminante: Es requisito constitutivo de la acción de Tercería que el título sea hábil y si, por faltarle la inscripción en el Registro no lo es, la Tercería no puede prosperar, no prospera frente a tercero.

Ya la sentencia de la Audiencia Territorial hizo un detallado estudio de tal requisito, sentando que del texto de la Ley se deduce «una gran legalidad y formalidad».

La certificación del Registro de Venta a plazos acreditativa de que el contrato en cuestión no tuvo acceso al Registro, fue, según

se deduce de la sentencia de la Audiencia, de importancia decisiva para el fallo.

El tercero aludido es, claro está, el tercero del Derecho Civil; el que no ha sido parte en el contrato de compraventa a plazos, y después ha venido a entrar en el ámbito de las relaciones jurídicas creadas por él; ha llegado a tener relaciones jurídicas con los contratantes.

B. M. B.

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO RUSTICO *La naturaleza del recurso de revisión, muy similar a la del de casación, impone a la Sala la limitación del análisis y decisión de las cuestiones dentro del ámbito en que se plantea en esta alzada* (1). (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1970.)

Demanda.—Las actoras son dueñas por indiviso de una finca de unas siete hectáreas de extensión, sita en las afueras de la ciudad de Burgos, que está arrendada al demandado desde 1938, arrendamiento que, tras varias vicisitudes se formalizó por nuevos contratos mediante acto de conciliación con efecto desde 1.º de julio de 1958, tal arrendamiento no podía calificarse de protegido y se pretendía la resolución del contrato porque: 1.º el demandado había causado daños dolorosos en la finca al realizar obras en su exclusivo beneficio, con dichas obras se había roto la continuidad de una parcela y se pretendía crear una servidumbre; 2.º dicha finca había perdido su condición de rústica (conforme al artículo 20, párrafo 2.º número 3 del Decreto de 29 de abril de 1959); el arrendamiento había de regirse por el Código civil y conforme al artículo 1.577 este arrendamiento terminaría en 31-12-1968, (puesto que en dicha fecha concluía el año agrícola para las fincas de regadío) y 3.º subsidiariamente, como arrendamiento no protegido y en aplicación de los artículos 9.º y 10.º del Decreto de 29 de abril de 1959, en 31 de diciembre de 1969, habría transcurrido el plazo máximo legal de 12 años.

Suplico.—La resolución del contrato y el desahucio: 1.º por daños causados a la finca; 2.º por expiración de plazo a 31-12-1968, en consideración a la calificación de urbana de esta finca, y 3.º a 31-12-1969, por expiración del plazo legal máximo y con expresa imposición de costas.

Contestación.—Se reconocía como propietario al padre de las actoras y los arrendatarios eran el demandado y su esposa; se referenciaba un contrato calificado erróneamente de «precario», con fecha 1955 y el arrendamiento regulado por la conciliación de 1960; las obras habían mejorado la finca; los actores calificaban la finca urbana y pedían la resolución acogiéndose a la legislación del arrendamiento rústico; el contrato tenía vigencia desde el 18 de enero de 1960 y estaba dentro de la prórroga legal; aun suponiendo que las actoras fueran propietarias se presentaba documento de su padre y causante que configuraba un arrendamiento rústico especial en que el arrendador había prometido prorrogar hasta el fallecimiento de la esposa del arrendatario.

Suplico.—No haber lugar a la demanda y con expresa imposición de costas a la parte actora.

Primera instancia. Resolución del contrato, con efectos a 31-12-1968 y sin declaración especial sobre costas.

Apelación. Revocación del fallo declarando la nulidad de lo actuado sin entrar en el fondo del asunto y sin expresa imposición de costas

(1) No es forzoso que el técnico (perito) detalle las fuentes de su conocimiento como tal.

Revisión.

De la parte actora.:

Unico motivo.—Al amparo de la causa 3.^a del apartado 4.º del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959. Se alega injusticia notoria, por supuesta infracción y violación, de lo dispuesto en el párrafo inicial del artículo 51, de la ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 y apartado 1.º, de igual artículo 51, del Decreto de 29 de abril de 1959 y Disposiciones concordantes.

De la parte demandada.

El recurso se articula en VI motivos:

Primero.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 y fundado en la causa segunda de dichos párrafo y precepto: Se denuncia quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, productor de indefensión.

Segundo.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento, de 29 de abril de 1959, y fundado en la causa 3.^a de dicho párrafo y precepto. se alega injusticia notoria, por infracción en concepto de violación, del precepto legal contenido en el artículo 615, de la Ley de Enjuiciamiento Civil supletoria del citado Reglamento de Arrendamientos Rústicos

Tercero.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959, y fundado en la causa de dichos párrafo y precepto; se denuncia injusticia notoria por manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas

Cuarto.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959, y fundado en la causa 3.^a de dichos párrafo y precepto; se alega injusticia notoria por infracción, en concepto de violación, del párrafo 1.º del número 3, inciso dos, del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959.

Quinto.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1958, y fundado en la causa 3.^a de dichos párrafo y precepto; Se alega injusticia notoria por infracción, por aplicación indebida, del párrafo 1.º del número 3.º, inciso dos, del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, por entender que no se dan los supuestos exigidos en tal precepto para poder negar el carácter de rústica a la finca discutida y hacer posible la aplicación del mismo, en el sentido negativo indicado.

Sexto.—Autorizado por el párrafo 4.º del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, de 29 de abril de 1959, y fundado en la causa 3.^a de dichos párrafo y precepto; Se denuncia injusticia notoria por infracción en concepto de violación, del artículo 51, párrafo 2.º, apartado a), del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en relación con la norma 3.^a, párrafo 4.º del propio artículo reglamentario, en cuanto la sentencia recurrida estima inadecuado el procedimiento seguido en el juicio.

Considerando: Que la razón de método impone el examen preferente del recurso interpuesto por el demandado que, en forma correcta de amparo procesal, denuncia: a) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que producen su indefensión, en cuanto para la práctica de la prueba pericial acordada para mejor proveer se violó el artículo 615 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria en virtud del número 6 del artículo 51 del Reglamento, pues la valoración del inmueble por el factor de «situación» corresponde a

los Arquitectos, o al menos, a un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no a un Perito Agrónomo, conforme a los Reales Decretos de 22 de julio de 1864 (artículo 5.º y 1 de diciembre de 1922 (tarifa 10) y al Decreto de 6 de abril de 1951; b) la misma impugnación por la vía de la causa 3.ª párrafo 4.º, artículo 52 del Reglamento, en concepto de violación del artículo 615, insistiendo en las razones del precedente; c) manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, indicando al efecto el primero de los informes del técnico agrícola, el de la Jefatura Agronómica y la escritura pública de 20 de diciembre de 1968, d) violación del párrafo 1.º, número 3, inciso dos, del artículo 2.º del Reglamento, en cuanto al informe del técnico agrícola, acordado para mejor proveer, silencia las fuentes del conocimiento y hace la comparación de valores en relación a una de las fincas aledañas no a una pluralidad de fundos; e) aplicación indebida del mismo texto, resultado de la falta de prueba, según los anteriores; de las condiciones exigidas para excluir el contrato de la normación especial arrendaticia; f) violación del artículo 51, párrafo 2.º, apartado a) del Reglamento, en relación a la norma 3.ª, toda vez que el tema cuestionario versa sobre aplicación e interpretación de un texto de la legislación especial incluido en su esfera jurisdiccional y procesal.

Considerando que no es admisible la tesis de los motivos 1 a 5 inclusive, tendentes a una misma finalidad, en virtud de los preceptos citados; descartando la supuesta violación del artículo 615 de la L. E. C., a que aluden los dos primeros motivos, se rechaza el motivo 3.º articulado sobre el informe del técnico agrícola de la Jefatura Agronómica y la escritura de la división de herencia: el 4.º se desestima porque no es forzoso que el técnico detalle las fuentes de su conocimiento y «no es imprescindible a la certeza de la conclusión la frecuencia de enajenaciones en la zona a las que pueda remitirse el informe pericial», esto lleva a la desestimación del 5.º motivo «consecuencia del éxito de los precedentes no alcanzado».

Considerando: Que la simple lectura del artículo 51 del Reglamento revela que las controversias en orden a la aplicación e interpretación de la normativa sobre arrendamientos rústicos están sometidas a las reglas de competencia y de procedimientos en él estatuidas, figurando como general —equivalente al ordinario de la ley común— el de la norma 3.ª, y como en el caso litigioso es tema central el de la aplicación o no del número 2.º, párrafo 3.º, artículo 2.º del Reglamento, al objeto de determinar si el arriendo de la finca con destino a explotación agrícola, está o no exceptuado de la legislación especial, no es dudosa la adecuación del proceso elegido al efecto de obtener un pronunciamiento declarativo sobre la exclusión del contrato de aquella normación, no obstante el destino, en cuyo sentido merece acogida el último de los motivos del recurso del demandado, que denuncia infracción de los mencionados textos.

Considerando: Que lo expuesto en el anterior es aplicable para decidir en la misma forma el único motivo del recurso interpuesto por las demandantes, correcta la forma procesal de amparo, que acusa idéntico vicio «in iudicando», pero no con los efectos o consecuencias que de ello pretende derivar, porque si es incontrovertible la adecuación del proceso elegido al fin de establecer la pura declaración de que el nexu jurídico entre las partes está excluido de la legislación especial, no lo es menos que la lógica impide que las normas comunes materiales a que está sometido en cuanto a las causas de resolución y las adjetivas subsiguientes, determinantes las últimas de recursos distintos, y éstos a su vez de la competencia jerárquica de último grado, no atribuida a la Sala Sexta, jueguen en el proceso arrendaticio especial; razones prevalentes sobre el principio de economía procesal, obstativas a pronunciar el desahucio del colono en esta vía, no apta mas allá de la pura declaración de que el contrato está exceptuado de la legislación especial: pronunciamiento netamente declarativo, con valor de «actio iuducati», a partir del cual pueden agitar las demandantes la acción resolutoria, en base a normas substantivas

reguladoras distintas a las del Reglamento y en procedimiento de la ley común, inconveniente de dualidad de procesos, originado en la profusión actual de los especiales, que no es posible evitar en la correcta aplicación de los textos

Fallo.—Admite los recursos de revisión por injusticia notoria, interpuestos por las actoras y el demandado y declara:

a) Que el contrato de arrendamiento entre las partes, de la finca «La Berlandina», con destino a explotación agrícola, está exceptuado de la legislación especial de arrendamientos rústicos; b) que no es adecuado el proceso arrendaticio seguido para decidir sobre la resolución del contrato por expiración del término según el derecho común, absteniéndose de pronunciar sobre el desahucio del arrendatario por tal causa; Sin costas

RETRACTO DE FINCA RUSTICA. EL PROBLEMA DE LA VALORACION DE LAS PRUEBAS EFECTUADAS POR LA SENTENCIA DE INSTANCIA. *Para que pueda triunfar el tema del error de derecho es condición indispensable que se cite el precepto legal valorativo de la prueba, cuyo desconocimiento por parte del juzgador de instancia, se revela como evidente (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1970).*

Demanda en 15 de septiembre de 1965, la Compañía Española, S. A., dio en aparcería al actor una finca de su propiedad. En el contrato de aparcería se estipulaba que el plazo de duración era de un año, pero verbalmente se garantizó al arrendatario que el contrato seguiría en vigor por tiempo indefinido y después se le ratificó por carta de 6 de noviembre de 1967. En la actualidad no se le había hecho al aparcerero notificación alguna, por lo que la misma continuaba en vigor y el arrendatario la tenía en su mayoría sembrada y habitaba aún en el cortijo donde se había trasladado para ocuparse mejor de sus intereses. El actor tuvo conocimiento de que el demandado había adquirido un trozo de tierra de la finca que llevaba en aparcería, el trozo donde el actor tiene su vivienda e hizo las oportunas gestiones a fin de enterarse de la veracidad de tales afirmaciones. Por carta de 15 de noviembre de 1968, averiguó que el demandado había adquirido por subasta en procedimiento seguido por el Banco de Crédito Agrícola contra la Compañía Española, S. A. El comprador no comunicó al actor su compra impidiendo el correspondiente ejercicio del retracto. El actor demandó de conciliación al comprador y le ofreció, en el acto del juicio, el precio pagado, haciendo formal ofrecimiento de reembolsarle los gastos efectuados, según lo determinado en el artículo 1518 del Código civil. El acto de conciliación se celebró sin avenencia y la presente demanda de retracto se ejercita en tiempo hábil, ya que el plazo deberá contarse a partir de la fecha de recepción de la carta en que se le comunicaba la venta realizada. El comprador no había comunicado jamás las circunstancias de su adquisición, incluso los había silenciado, a pesar de que ambas partes eran convecinos y tenían sus domicilios en las pocas casas que constituían la Barriada Diputación Z de R. En cumplimiento de la ley, el actor consignaba en la mesa del juzgado el precio de la venta y hacía formal ofrecimiento de reembolsarle de los gastos necesarios y útiles a la compraventa. El actor, sin perjuicio del pronunciamiento que contenga la sentencia dictada, se obligaba, desde ahora y para cuando adquiriese la propiedad de la finca, a no enajenarla total ni parcialmente, ni gravarla por ningún concepto, no cederla en aparcería o arrendamiento, ni realizar actos que menoscabasen el pleno dominio de ella, hasta pasados 6 años de la fecha y se hacía constar que sobre tal finca no existía ningún otro procedimiento de retracto, al menos que conozca el actor.

Suplico.—Sentencia declarativa del derecho de retraer del actor y condena al demandado para que dentro del tercer día otorgase escritura de compraventa en favor del demandante, bajo apercibimiento de otorgarla de oficio en otro caso e imponiendo al demandado las costas de este juicio.

Contestación.—Negaba los hechos del actor, en lo no reconocido expresamente en la contestación o en lo opuesto a lo articulado, e impugnaba los documentos privados presentados. Negaba la realidad del contrato porque: 1.º no era lógico que una Sociedad Anónima diera una finca en aparcería por medio de mandatario verbal y sin formalidad alguna; 2.º aun admitiendo tal contrato, la aparcería era por término de un año, o sea una rotación de cultivo y era lo natural que la posterior prórroga indefinida fuera pactada por el miembro de la entidad que tuviera facultades para ello; 3.º el demandante no era labrador, ni aparcerero, ni arrendatario, sino guarda particular jurado; se negaba que el actor habitara la casa a que se refiere este pleito, con fines de aparcerero o agricultor, ya que esta casa era un gran edificio, con vivienda de tipo señorial, construida en una pequeña cantidad de tierra. De haberse celebrado las conversaciones alegadas, entre el demandante y el Presidente de la Compañía Española A., lo natural sería que el propio Presidente diera resguardo, por escrito, de la referida prórroga, en vez de hacerlo sistemáticamente quien no ostenta poder ni autorización alguna para ello. El demandado adquirió la finca de autos en pública subasta en Madrid, para lo que se desplazó a la capital de España, siendo conocido de todos los vecinos de Z de R, y concretamente del demandante, el motivo de su viaje, la adquisición del predio, el precio, condiciones y detalles de la venta, en segunda subasta que había sido publicada dos veces en el «Boletín Oficial» de la Provincia. El demandado no había hecho notificación alguna al actor porque no era aparcerero ni tenía derecho alguno del que pudiera nacer una acción de retracto. En lo referente al acto de conciliación el demandado se opuso por las razones que se relataban en el escrito. La fecha de la carta alegada de adverso no indicaba nada digno de tenerse en cuenta a efectos de cómputo de plazo, porque era obvio que «cuanto más tardase el actor en dirigir su carta preguntando lo que ya sabía perfectamente desde mucho tiempo antes, tanto más tardaba en recibir la contestación, es decir, que aceptando su sistema, dependería de la exclusiva voluntad del demandante el darse por enterado» y resultaba absurdo que para entenderse de una compra realizada por su convecino y publicada de modo oficial tenga que escribir a Madrid. En resumen alegaba las excepciones siguientes: a) falta de acción en el demandante que no era labrador, aparcerero de la finca de autos; b) la tal finca era urbana y no cabía retracto por el procedimiento de legislación arrendaticia rústica; c) caducidad de la acción que negaba asistía al demandante, y d) también como perentoria, incompetencia de jurisdicción, porque en el improbable supuesto de que resultase auténtico el contrato, en este documento se someten las partes expresamente a los Juzgados y Tribunales objetivamente competentes de la ciudad de Almería.

Suplico.—Desestimación, en su totalidad, de la demanda y libre absolución al demandado, con todos los pronunciamientos favorables y con expresa imposición de costas al demandante.

Primera Instancia.—Absolución al demandado y sin expresa imposición de las costas originadas.

Apelación.—Confirma la de instancia en todas sus partes, sin expresa imposición de costas de esta alzada.

Revisión

Considerando.— Que el primer motivo de revisión en que se fundamenta el recurso, que con amparo procesal en la causa 3.^a del número 4 del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959, alega injusticia notoria por infracción de los artículos 1, 43, 44 y 49 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos no puede ser favorablemente acogido y ello porque, aparte de la defectuosa formulación del mismo, que al hablar de las infracciones que alega, no precisa el concepto en que ellas hayan sido cometidas, en la forma que al efecto dispone el artículo 1720 de la supletoria ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco concreta al referirse a los mentados preceptos legales en que consisten las infracciones que denuncia, pues por tales no pueden ser estimadas las vagas alusiones que se hacen al fundamentar el tema, a frases aisladas de los artículos reglamentarios citados, pero sin ponerlos en contraste con lo dispuesto en el fallo recurrido, que pudiera estar en desacuerdo con aquellos; del mismo modo resultan inoperantes las afirmaciones que se contienen en apoyo del motivo de que las infracciones denunciadas han consistido precisamente en que, tanto la sentencia recurrida como la apelada, han partido de la premisa de considerar objetivamente la naturaleza urbana de la finca objeto de la «litis», desligándose de toda otra consideración, que sin embargo —a su juicio—, puede influir decisivamente para «incardinar la relación contractual dentro de la legislación especial rústica»; pero aparte de la propia vaguedad con que se expresa este razonamiento, es evidente que no se puede apoyar en la cita parcial que se hace del artículo 1.^o número 2 que se invoca, pues a continuación de este artículo figura el 2.^o, del que no puede prescindirse para una armónica interpretación del conjunto del Reglamento, y este último precepto, en su número 2, para determinar o señalar el ámbito de aplicación de aquél, enumera las fincas que no tendrán el carácter de rústicos, delimitando por consecuencia el referido campo y dando con ello a entender la necesidad de resolver, previamente, cuando se plantee, como aquí sucede, cual sea la naturaleza que deba atribuirse a la finca de que se trate, como condición esencial para decidir sobre la aplicación a ella de los preceptos contenidos en este Reglamento.

Considerando: Que el segundo motivo, que se fundamenta en la causa 4.^a del número 4 del propio artículo 52, antes citado, alega injusticia notoria por manifiesto error de derecho en la apreciación de las pruebas documentales obrantes en los autos, plantea el problema de la valoración de las pruebas efectuadas por la sentencia de instancia, para cuya resolución, como ha declarado tantas veces la Sala en diversas sentencias que por ser tan conocidas, no es necesario citar, que para que pueda triunfar el tema del error de derecho, es condición indispensable que se cite el precepto legal valorativo de la prueba, cuyo desconocimiento por parte del juzgador de instancia, se revele como evidente, por ello cuando, como sucede en el motivo que aquí se examina, se citan en su apoyo el artículo 1215 del Código civil, que no es sino la simple enunciación de las clases de prueba de que pueden valerse los litigantes; el 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no es sino la enumeración de las mismas y el 596 del mismo cuerpo legal que se limita a expresar cuáles son los documentos que merecen la denominación de públicos, es preciso reconocer que ninguno de dichos preceptos contiene normas valorativas de prueba, a que antes se aludía y que por ello, no sirve para fundamentar el tema del error de derecho que, fatalmente ha de decaer en consecuencia.

Fallo.—Desestima el recurso interpuesto. Sin expresa imposición de costas.

DESAHUCIO DE FINCA RUSTICA. Sin intención (*animus novandi*) de extinguir el negocio sustituyéndolo, de modo absoluto, por las modificaciones

posteriores no se da el juego de la novación extintiva (2) (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1970).

Demanda.—Por documento privado de 1956 se arrendaron los aprovechamientos agrícolas de las fincas que se describen y en 1968 se requirió al demandado (para que se diera por notificado de la próxima expiración de la prórroga del contrato de arrendamiento y se aviniera, en consecuencia, a entregar las fincas en el día de su vencimiento).

Suplico.—Sentencia que declarase haber lugar al desahucio.

Contestación. Con carácter previo alegó la incompetencia de jurisdicción, por declinatoria, y como excepción dilatoria, al amparo del artículo 79, en relación con los artículos 72, 73 y 78 de la Ley de Enjuiciamiento civil, haciendo constar, expresamente, no haber hecho uso de la inhibitoria, fundamentando esta pretensión y se opuso al fondo de la demanda alegando que admitía la existencia del primitivo contrato pero novado por el de 1959, único vigente entre las partes.

Suplico.—Se estimara la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción o se absolviera al demandado de la demanda meritada con expresa condena en costas al actor.

Primera Instancia.—Rechaza la excepción propuesta y declara haber lugar al desahucio, sin expresa declaración en cuanto a las costas.

RECURSO DE REVISION

Motivos.—(Recogidos en el Segundo Considerando).

Considerando.—Para mayor claridad de la resolución conviene establecer previamente que: a) entre actor y demandado, con fecha de 27 de octubre de 1956, se concertó el arrendamiento unitario de varias fincas rústicas propiedad del primero, con destino a explotación agrícola; vencimiento al término de seis años en la indicada fecha de 1962; sumisión a los Tribunales de Madrid; posibilidad de renovar el contrato, de mutuo acuerdo, con otros precios y condiciones; b) en 12 de noviembre de 1956 rectifican el inventario de bienes entregados al colono y en el siguiente día aclaran, modifican y convierten el contrato con las variaciones que detalla el documento de esta última fecha; c) en 27 de octubre de 1959 convienen que «el actual contrato de arrendamiento queda renovado por seis años más de plazo, a contar de la fecha en que termina la vigencia del presente contrato de arrendamiento» (27 de octubre de 1962).

Considerando: Que el arrendatario impugna la sentencia de instancia en tres motivos, correcta la forma procesal de apoyo: a) novado el contrato de 27 de octubre de 1956 por el de 1959, con efectos extintivos del primero, sin que se incorpore al último la cláusula de sumisión a los Tribunales de Madrid, al desestimar la Sala de la Audiencia, al igual que el Juzgado, la excepción de incompetencia territorial para conocer del asunto, dado que la mayoría de las fincas radican en Lillo (Toledo), así como el domicilio del colono, infringió el artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regla 13 del artículo 63 de la misma, que atribuyen la competencia para conocer del juicio de desahucio al Juez del lugar de situación de la cosa litigiosa o al del domicilio del demandado; b) infracción de los artículos 1.203, apartado 1.º, 1.204 y 1.543 del Código civil, arguyendo que el convenio de 1959 extinguió, por novación, el de 1956, al sustituirlo en los particulares del nuevo plazo y renta y eliminación de la fianza personal de tercero; c) infracción del número 1.º del artículo 10

(2) La alteración del factor renta y otros secundarios no presuponen la renovación extintiva y se declara prevalente la novación meramente modificativa.

del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en relación al antecedente concordante del artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940, por entender que le asiste el derecho de prórroga «ex lege» el arriendo por seis años más, a partir del 27 de octubre de 1968, a cuyo efecto le hizo saber el arrendador a comienzos de 1967.

Considerando: Que el núcleo del litigio, en el doble aspecto de la competencia y de la prórroga legal del contrato, se centra en orden a la novación extintiva en virtud del convenio de 1959, en opinión del recurrente, pero no es admisible la tesis porque: a) los antecedentes de hecho revelan, con claridad, que las partes excluyen la intención «animus novandi» de extinguir el negocio sustituyendolo de modo absoluto por las modificaciones posteriores, lo que descarta el juego de la novación extintiva como pensada y querida por los contratantes, quienes omiten la declaración terminante en tal sentido, que para esta clase de la novación dispone el artículo 1.204 del Código civil; b) la modificación de la cuantía de la renta, a partir del comienzo de la prórroga contractual, no determina que la prolongación del negocio, así convenida, sea de todo punto incompatible con la situación precedente, como exige el mencionado texto para suponer la novación extintiva, pues la alteración del factor renta y otros secundarios no implica eliminación de los pactos y condiciones del arriendo de origen no afectados por las modificaciones introducidas, antes por el contrario surge forzosa la necesidad de integrar el convenio posterior con el anterior, nada menos que en lo principal de los bienes arrendados, extremo esencial que no detalla o incorpora la prórroga convenida en 1959, por la razón, obvia, de que las partes entendían la subsistencia del arriendo inicial en todo aquello que no fuera modificado para el caso de la prórroga pactada, conforme al principio en que se informa nuestro sistema, puesto de relieve por la jurisprudencia y la doctrina científica dominante, de la prevalencia de la novación meramente modificativa, según los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil.

Considerando, Que establecido lo anterior, decae el recurso porque: a) a tenor del artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente en el proceso de arrendamiento de fincas rústicas (número 6 del artículo 51 del Reglamento de 29 de abril de 1959) la competencia territorial (es prorrogable a juez que la tenga para conocer de la misma clase de negocio) se defiende en primer término en virtud de sumisión expresa de los interesados, lo que hicieron éstos en el contrato de 1956 a favor de los Tribunales de Madrid, sin que desvie la aplicación del texto la naturaleza especial del proceso en la materia, toda vez que ni la jurisdicción se atribuye a órgano distinto a los jueces ordinarios ni existe norma singular prohibitiva de la sumisión expresa o tácita, antes por el contrario está admitida la prevalencia sobre la regla 13 del artículo 63 de la Ley Adjettiva común, que alude al lugar de situación de la cosa o al domicilio del demandado, a elección del actor, en los juicios de desahucio, en defecto de sumisión, conforme al párrafo 1.º del artículo 63 y en igual línea se mantiene el artículo 1.563, que remite a la mencionada regla 13; tema ya decidido reiteradamente por esta Sala en el sentido expuesto; b) la interpretación lógica, sistemática y finalista de los artículos 9, 10 y 11 del Reglamento citado enseña que cumplido el propósito del legislador en lo que se refiere a la duración mínima del arrendamiento y de la prórroga legal en su caso (doce años en total para las fincas del apartado a)) del artículo 9, bien por haberse establecido un plazo inicial superior o por efecto de prórrogas contractuales, con o sin modificación de las estipulaciones de origen, no trascendentes como novación extintiva, el arrendador puede recabar la entrega de las fincas al expirar el término superior al total de duración mínima del arriendo sin la limitación a que se refiere el número 1 del artículo 11, según el artículo 24, núm. 1, toda vez que la finalidad de ley está ya cumplida y la prórroga contractual o la superior duración inicial, sobre los doce años, tiene la ventaja para el colono de vincular al arrendador

respecto del plazo convenido, sin que pueda resolverse el contrato antes del vencimiento pactado, en atención al propósito y compromiso de explotar directamente los fondos arrendados

. Considerando: Que no existen méritos para especial mención en las costas del recurso.

Fallo —No da lugar al recurso de revisión, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el presente recurso.

DESAHUCIO DE FINCA RUSTICA. *La Sala persevera en su criterio de no extremar el rigor formalista. Se exige prueba del «uso local» alegado. La imprecisión del planteamiento es impedimento, para el Tribunal de Casación, del examen de la modalidad de injusticia notoria alegada. El documento privado donde constan la percepción de una suma y su causa no tiene, con rigor técnico, valor constitutivo de un negocio jurídico ya de aparcería, ya de arrendamiento rústico.* (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Demanda.—Las demandantes son dueñas pro indiviso de la finca rústica que se describe y, a mayor abundamiento, se designan a efectos probatorios, los libros del Registro de la Propiedad de Lérida. En virtud del contrato que se acompaña el demandado podía explotar agricolamente una parcela de tierra sita en dicha finca, cuya cabida, descripciones y linderos se detallan en el mencionado contrato, que fue suscrito por el demandado y el administrador de la propiedad, debidamente autorizado por las demandantes, las cuales ratifican el otorgamiento de dicho contrato. El contrato establece que «terminaría el 31 de octubre de 1960, sin necesidad de previo aviso, siendo improrrogable». A primeros de noviembre de 1960 el administrador ofreció, en nombre de las actoras, al ahora demandado, un nuevo contrato exactamente igual al que acaba de vencer. El demandado contestó que tenía que pensarlo y, para evitar malentendidos, se repitió la oferta por acto de conciliación, con resultado negativo. Se instó nuevo acto de conciliación, dando un año de aviso para la definitiva desocupación de los bienes, que se celebró con resultado negativo y todavía se celebró un último aviso, también en forma de acto de conciliación, al que ni siquiera acudió el demandado.

Solamente la paciencia de las demandantes ha motivado tan larga espera en hacer uso de sus indudables derechos dominicales. Según el contrato, no es necesario dar ninguna clase de preaviso para considerarlo acabado. La continuación «de facto» de esta situación de aparcería ha beneficiado al cultivador pero no puede perjudicar los derechos de las demandantes que han expresado reiteradamente su voluntad. Los recibos librados reflejan esta constante voluntad al expresar que «este recibo no significa una renovación ni una prórroga del extinguido contrato de aparcería». Esta situación de aparcería ha durado, sin interrupción, mucho más de los 15 años, a que tiene derecho, con todas sus prórrogas, el arrendamiento más protegido. Esto sólo bastaría para desvirtuar cualquier ejercicio del derecho de opción a la conversión en arrendamiento que, además, sería ahora extemporáneo y no es aplicable la tácita reconducción a un contrato como el planteado.

Suplico —Condena en costas al demandado y «a dejar libre, vacua y expedita, a disposición de las demandantes, la tierra que cultiva así como la casa que ocupa aparcibiéndole de lanzamiento, en su caso».

Contestación.—Se opone la falta de legitimación activa, porque no se demuestra el título de propiedad. Se confunde la relación normal extrajudicial con las acciones ejercitables en juicio y tanto el artículo 1.590 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil o el 730 de la misma ley, como el artículo 30 de las normas de Justicia Municipal exigen la presentación del título de propiedad, como condición indispensable para la viabilidad de la demanda. El demandado mmaba esta «aparcería contractual escrita» en 31 de octubre de 1963 No es reseñan linderos ni datos que permitan su identificación. El demandado inició su aparcería el año 1956 mediante contrato, del que se desprende que terminaba esta «aparcería contractual escrita» en 31 de octubre de 1960. No es verdad que fuera demandado en conciliación la vez primera, ya que de la simple lectura se ve que no figura el demandado. En el acto de conciliación de 1961, sí que fue citado el demandado y la actora demostró su voluntad de dar por terminada la parcería para el final del año agrícola 1962 y ello provocó la extinción de la meritada aparcería escrita. A partir de 1963 o 1964 la aparcería quedó extinguida y están conformes ambos litigantes en que el contrato de aparcería no quedó renovado ni prorrogado y por consiguiente está extinguido. Es una relación terminada de común acuerdo entre partes. El demandado trabaja en la misma finca pero no como arrendatario (porque no pagaba una cantidad alzada) ni tampoco a precario (pero sí viene pagando como aparcerero).

La situación actual es la siguiente: existe un aparcerero que tenía un contrato escrito de aparcería que se ha extinguido y no ha sido renovado ni prorrogado. Después el mismo aparcerero entrega una cuarta parte, todos los años, de los frutos de toda la finca, «con otro contrato verbal, pero por completo diferente del anterior, que se rige por la costumbre del lugar, a falta de pacto escrito, que no existe». Por prescripción legal es necesario el año de preaviso para resolver este último contrato verbal de aparcería y este preaviso no consta en ninguna parte. Hasta la propia actora reconoce que el último preaviso realizado fue con referencia al contrato escrito y que provocó su extinción, mutuamente aceptada. La actora no puede eludir la existencia de otro contrato, porque no es posible un pago sin un previo pacto y al aceptar los pagos el demandado, después de la extinción del contrato escrito, ha aceptado otro contrato verbal, que son la mayoría en esta provincia y que «es por completo diferente del anterior y debe resolverlo en su caso, conforme a derecho, con el mínimo plazo de preaviso del que no puede excusarse de ninguna forma».

Suplico—Sentencia alternativa, estimando la excepción de falta de legitimación activa o de desestimación del fondo del asunto y con expresa imposición de costas en ambos casos.

Primera Instancia. Condena a dejar libre y expedita, a disposición de las actoras, la tierra y cultivos y la casa que ocupa, apercibiéndole de lanzamiento en su caso y sin especial declaración respecto a costas.

Apelación. Confirma en todas sus partes la sentencia dictada. Sin expresa imposición de costas.

Revisión.

Considerando: Que el primer motivo de revisión, amparado en la causa tercera del artículo 52-4 del Decreto de 29 de abril de 1959: injusticia notoria por infracción de precepto legal que, se dice, existe en la sentencia, respecto del artículo 44 apartado 2.º de dicho Decreto o, alternativamente, de su artículo primero número 2; es formulación no acorde con el artículo 1720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la alternatividad que el motivo enuncia refiriéndola a dos preceptos legales, supuestamente infringidos, exige la expresión, en párrafos numerados y separados, ya que, en rigor, cada uno de los términos de la proposición alternativa son otros tantos fundamentos o motivos del recurso.

Considerando: Que, así precisada la deficiencia procesal en la estructura del motivo, esta Sala perseverando en su criterio de no extremar el rigor formalista puede adentrarse en el examen de las cuestiones suscitadas diciendo

que ninguna de ambas normas, a las que conjuntamente se refiere el motivo, han sido infringidas por la sentencia impugnada; la del artículo 44, 2.º del Decreto citado, porque falta en las actuaciones prueba —ni siquiera intentada— en torno a que sea «uso local donde la finca está situada» el de hacerse con un año de antelación el requerimiento previo de desalojo, ni poder inducirse aquel uso de los requerimientos reiterados, hechos en actos de conciliación por las propietarias, tendentes a obtener una declaración de voluntad del aparcerero, reconocedora de haber expirado el contrato en 31 de octubre de 1960, y a que declare definitivamente si le interesa suscribir otro; propósito no logrado al responder el requerido desear suscribir nuevo contrato «siempre que sea en términos de justicia y razón de igualdad para todos», manifestaciones en las que está ausente cualquier referencia a una costumbre local; como también lo está de las papeletas conciliatorias, donde se avisa al aparcerero «con un año de antelación para la terminación definitiva de dicha situación de aparcería», pero sin constancia cierta de si ello se hace por respeto a una norma consuetudinaria, aun sin aludirla, o por el contrario la antelación del aviso y el fijar un término final se hicieron con voluntad espontánea tendente a hallar una solución conciliada a intereses contrapuestos, y sin duda posible dentro de los márgenes dispositivos trazados por el último inciso del artículo 1.º 1 del Decreto de 29 de abril de 1959, aplicable al cedente del disfrute y al cesionario —«las partes»—; norma esta del artículo 1.º cuyo párrafo segundo tampoco infringe la sentencia recurrida que contempla, con toda exactitud, una específica relación contractual de aparcería, no discutida en su esencia por ninguno de los contratantes.

Considerando: Que desestimado el primer motivo y viniendo al examen del segundo, importa reproducir literalmente su formulación: «por injusticia notoria, por manifiesto error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, acreditando éste de la documental obrante en autos», con lo que de nuevo se impone la referencia al artículo 1.720 de la Ley procesal civil y al criterio de la Sala en orden a las exigencias formales, pues sólo extremando ese criterio liberalizador cabe avanzar en el examen del motivo donde se citan los recibos sobrantes para argumentar que «no han sido valorados adecuadamente», pero sin concretar qué normas legales evidencian el manifiesto error, ni concretar qué hechos acreditan aquellos documentos ni, supuestos unos individualizados y específicos, por qué a ellos no son aplicables los preceptos en que la sentencia se apoya, o cuáles dejó ésta inaplicados; imprecisión de planteamiento impeditiva para el Tribunal de Casación del examen de la modalidad de injusticia notoria alegada; obstáculo no apartado diciendo que, al no haberse dado a tales documentos el valor de «constituyentes de una relación ya de aparcería, ya de arrendamiento rústico, se ha producido infracción de los preceptos substantivos mencionados en el primer motivo», pues haciendo caso omiso de este inesperado regreso a un motivo anterior, es claro que el documento privado donde constan la percepción de una suma y su causa no tiene, con rigor técnico, valor constitutivo de un negocio jurídico «ya de aparcería, ya de arrendamiento rústico», dualidad de posibilidades sin selección razonada de alguna, que no abre cauce a la casación y por todo ello se desestima también en este segundo motivo, cuyo final alude a los actos de conciliación, analizados al examinar el primer motivo.

Sin pronunciamiento respecto a costas.

Fallo.—No ha lugar al recurso de revisión interpuesto

E. I. M.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LOS PROBLEMAS DE DERECHOS TRANSITORIOS QUE PLANTEA EL ARTICULO 149 DE LA LEY DEL SUELO, ANTE LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN.

Es un hecho incuestionable las dificultades cada día mayores para delimitar el ámbito de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa.

En un último término, el problema se traduce en el más amplio de la delimitación de las distintas ramas del Derecho. «La naturaleza del Derecho aplicable—dira RIVERO—determina el orden de la jurisdicción competente; no se ve la posibilidad de dar otro fundamento al sistema, y las dificultades que el mismo comporta hoy no tienen otra causa que la progresiva interpretación de los dos Derechos, que tienden a reemplazar la frontera antigua por una zona de transición» (1).

Por otro lado, la mayor intensidad de la acción administrativa en todas las esferas sociales, determina que cada día sea mayor el número de actos administrativos con efectos en Derecho privado. Esta categoría de actos, en los que ya dedicó un capítulo FERNÁNDEZ DE VELASCO en su monografía sobre *El acto administrativo* (2), ha adquirido plena carta de naturaleza en el Derecho administrativo, y son cada día más los actos administrativos que producen el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas civiles (3). El fenómeno se da con especial frecuencia en el campo del urbanismo. Uno de los actos administrativos que, desde esta perspectiva, ha merecido la atención de la doctrina, es el acto de inscripción de un terreno en el Registro Municipal de Solares.

Por esta razón, en esta materia se produce una confluencia de jurisprudencia civil y de la contencioso-administrativa, por lo que un estudio de la doctrina de la jurisprudencia no puede prescindir de una o de otra. Debe, necesariamente, para ser completo, referirse a los fallos de la Sala Primera y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Esto explica que, en este comentario, pese a ser de la jurisprudencia contencioso-administrativa, tenga hoy como motivo las sentencias de la Sala Primera (las sentencias de 24 de diciembre de 1970 y 4 de marzo de 1971), si bien en él se hará referencia a algún fallo anterior de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

El estudio de esta doctrina jurisprudencial pondría de manifiesto uno de los defectos más graves de que puede adolecer una doctrina jurisprudencial: la falta de seguridad motivada por las contradicciones existentes entre los fallos.

(1) Cfr. RIVERO, prólogo a la obra de FROMONT, *la repartition des competences entre les Tribunaux civils et administratifs en Droit allemand*, Paris, 1960, pág. III.

(2) Madrid, 1929, págs. 301-318.

(3) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 551-557.

II. PLANTEAMIENTO.

El problema que los fallos que suscitan este comentario plantean es, ante todo y sobre todo, un problema de Derecho intertemporal o transitorio. Se reduce a determinar la normativa aplicable, la Ley del suelo de 12 de mayo de 1956 o la anterior, a los procedimientos de inclusión incoados según una normativa y resueltos por otro.

La diferencia entre una y otra normativa es sustancial: con arreglo a la reglamentación anterior a la Ley del Suelo los arrendatarios cuyos contratos se extinguían con motivo de la inclusión de una finca en el Registro de Solares tenían derecho de retorno; con arreglo a la Ley del Suelo (artículo 149), los arrendatarios carecen de este derecho.

Ahora bien, dada la lentitud de los procedimientos administrativos, es frecuente que, solicitada la inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares antes de la vigencia de la Ley del Suelo, la resolución administrativa decidiendo el procedimiento y acordando la inclusión se produjese mucho después. Este es el supuesto de hecho de que se parte en la sentencia de 4 de marzo de 1971: solicitada la inclusión de la finca en el Registro de Solares antes de entrar en vigor la Ley del Suelo, la inclusión de la finca en el Registro tuvo lugar mucho después.

La sentencia entiende que el mero hecho de haberse solicitado la inclusión de una finca en el Registro de Solares determina la aplicación de la normativa vigente en aquel momento al acto dictado años—muchos años—después y a las consecuencias jurídicas derivadas de dicho acto. En sus tercero y cuarto considerandos, dice:

«Que aunque los artículos 2º de la Ley sobre ordenación de solares de 1945 y los 14, 46, 47 y 56 de su reglamento parece que subordina la extinción de los arrendamientos al hecho de que se realice por el propietario «la edificación... en el plazo de retención» —artículo 2º aludido—, o a la inclusión del inmueble en el Registro especial —artículo 14 del Reglamento—, o al pago del precio y otorgamiento de la escritura —artículo 46—, o a la autorización por la Alcaldía, de las obras a realizar —artículo 47 de dicho Reglamento—, sin embargo, lo cierto es que en el artículo 15 de éste, se atribuyen efectos retroactivos a la inscripción en tal Registro, por lo que, en armonía con las reglas de Derecho intertemporal imperantes en nuestro Ordenamiento jurídico civil, habrá que entender que los efectos de la inclusión se retrotraen a la fecha de la representación oficial de la solicitud en que se ha instado tal inclusión.

Que partiendo de este razonamiento, se comprende que tienen que parecer los dos motivos del recurso, que propugnan tesis contraria; el primero, porque denuncia la inaplicación del artículo 149 de la Ley sobre Régimen del Suelo, que no regía cuando se solicitó la inclusión de la finca litigiosa en el Registro de Solares; y el segundo motivo, porque la aplicación de la Ley de ordenación de solares y del Decreto de 5 de septiembre de 1952, que se reputan indebidamente aplicados, constituían la legalidad vigente en la fecha en que se solicitó la inclusión, siendo de destacar, también, que en este segundo motivo, se citan en bloque una Ley y un Decreto que contienen multitud de preceptos, sin especificar, como era obligado, los que se reputan mal aplicados al caso controvertido, lo cual, por sí solo, sería bastante para producir la repulsa de ese motivo».

III CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Parece que la doctrina de la sentencia no es correcta:

En efecto:

1) Es necesario partir de algo tan elemental como el principio general sobre la vigencia en el tiempo de las normas jurídicas.

La regla general sobre vigencia en el tiempo de una norma es clara y terminante.

Una norma jurídica se aplica ineludiblemente a todas las relaciones jurídicas que nazcan después de su entrada en vigor

Y no puede aplicarse a las relaciones jurídicas nacidas antes de ese momento. Lo impide el principio de irretroactividad que consagra el artículo 3.º del Código civil. No afecta a relaciones jurídicas nacidas, a actos perfeccionados, a derechos adquiridos antes de entrar en vigor. Las disposiciones transitorias del Código civil no pueden ser más expresivas.

Este es el criterio básico y decisivo para aplicar unas normas u otras:

—Acto nacido, existente en Derecho, con todos los requisitos.

—Relación jurídica perfecta.

—Derecho *adquirido*.

Cuando exista ésto, a ese acto, a esa relación, ese derecho adquirido no se aplica la norma jurídica

Cuando no exista ésto se aplica la norma:

Cuando únicamente existen esperanzas, expectativas de derechos, pero no situaciones jurídicas perfectas, se aplica la anterior normativa.

Asimismo cuando el acto jurídico ha nacido, antes de entrar en vigor la nueva reglamentación, no puede aplicarse ésta; pero si el acto no se ha producido al entrar en vigor la nueva norma, sólo puede nacer con arreglo a los nuevos preceptos, que se aplicarán también a todas las consecuencias del acto.

2) En la realidad jurídico-administrativa es necesario distinguir distintos tipos de actos. Principalmente, por lo que aquí interesa, desde el punto de vista procedimental, se dan los siguientes:

a) Actos de trámite. Son los que integran un procedimiento. De los mismos no se derivan efectos jurídicos substantivos. Cuando se incoa una petición ante un órgano administrativo, exigirá unas actividades de instrucción preparatorias. Pero nada más.

En tanto no recae la resolución del procedimiento, no puede hablarse de que exista relación jurídica, derecho subjetivo, derecho adquirido, ni acto jurídico-administrativo.

Por tanto, al no existir ninguno de estos límites básicos, en el supuesto de un cambio normativo, no hay razón alguna para que la nueva norma no se aplique al acto jurídico y sus efectos.

Ejemplo: hoy día para abrir una farmacia, hace falta que se den ciertas distancias y pedir permiso. Supongamos que se pide un permiso con arreglo a esta normativa y se cambia la legislación modificando las distancias exigidas. ¿Es que el hecho de que se solicitara el permiso antes del cambio obliga a aplicar la normativa vigente en el momento de incoarse? No.

Los ejemplos podrían multiplicarse.

En todos los supuestos, *salvo que la norma prevea expresamente lo contrario*, —la excepción es la que exige que así se exprese—, se aplican las reglas vigentes al producirse el acto.

b) El acto básico, la resolución, es el acto que pone fin al procedimiento. Este es el que determina el nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica.

c) Por último, existen actos de ejecución. Estos últimos se regirán por la misma normativa que el acto definitivo Salvo que tengan autonomía a determinados efectos.

3) En aplicación de los principios anteriores ¿cuál será la regla aplicable en los supuestos de inclusión de fincas en el Registro de Solares?

Es evidente que el acto definitivo a todos los efectos es el dictado por el órgano municipal competente acordando la inclusión de la finca en el Registro.

Antes no existía nada: ni situación jurídica, ni relación jurídica, ni derecho adquirido.

Por tanto, en principio este es el momento básico a efectos de definir el derecho de retorno: si el acto se ha producido antes de entrar en vigor la Ley del suelo, existe derecho de retorno; si se produce después, *no hay retorno*.

Mejor dicho: podría entenderse que aún cuando el acto se hubiera producido antes de regir la Ley del suelo, podría no existir derecho de retorno.

Porque, en efecto, el derecho de retorno es un derecho que nace a favor del arrendatario, al extinguirse la relación arrendaticia. Y ¿cuándo se produce la extinción de los arrendamientos?

No por la simple inclusión de la finca en el Registro de Solares. Para que la extinción se produzca es necesario que después de la inscripción de la finca en el Registro de Solares, el propietario obtenga la licencia de edificación. El artículo 149, párrafo 2.º de la Ley del Suelo, dice:

«Si fuere el propietario quien se propusiere acometer o terminar la edificación, producirá el mismo efecto el otorgamiento de la licencia, aunque la solicitare transcurrido el plazo dispuesto por los artículos 142 y 143, pero antes de existir solicitud de adquisición por un tercero».

Luego si entonces es cuando nace el derecho de retorno, habrá que estar a la legislación vigente en ese momento del otorgamiento de la licencia.

Pero, en todo caso, lo que es incuestionable es que de no admitirse este momento como decisivo, habría que estar al de la inclusión de la finca en el Registro de Solares. Pues, en definitiva, de él dimanar los efectos jurídicos, uno de los cuales es la extinción de la relación arrendaticia, una vez obtenida licencia

IV LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

La doctrina de la sentencia de 4 de marzo de 1971 no es, ni mucho menos, unánime. Por el contrario, pueden encontrarse fallos en los que se mantiene la aplicación de la normativa vigente en el momento de la inscripción

Así, una sentencia de la Sala Cuarta de 13 de mayo de 1961, afirma:

«Que es por tanto, evidente, y reconocida por el propio actor, la fundamental premisa de hecho de la inscripción de la finca de que se trata en el Registro de Solares, en 30 de enero de 1957; hecho que engarza incuestionable el caso de autos a la Ley de 12 de mayo de 1956: y dado el contenido termi-

nante y expreso del párrafo 1.º del artículo 149, respecto al llamado derecho de retorno o reserva de locales pretendido por el hoy apelante, hay que convenir que es conforme a Derecho el fallo de la Sentencia del Tribunal «a quo» y atinados y juídicamente correctos los fundamentos en que tal fallo se apoya. tanto más cuando que al básico acto administrativo de la inclusión de la finca en el Registro de Solares, hay que estimarlo consentido por el apelante, ya que no recurrió contra él en vía contenciosa».

La Sala Primera también ha mantenido doctrina análoga. Por ejemplo, una sentencia de 26 de enero de 1966, dice:

«Que proclamado que el procedimiento seguido era el adecuado, se hace preciso determinar si la Ley aplicable a la relación jurídica controvertida es la de ordenamiento del suelo de 12 de mayo de 1956, como propugna la parte recurrente fundándose en que hasta el 2 de noviembre de ese año no se practicó la inscripción de la finca en el Registro de Solares, o, por el contrario por haberse iniciado el expediente de inclusión en 9 de octubre de 1955, y haberse acordado dicha inclusión en la sesión del 29 de febrero de 1956, la norma aplicable era la Ley del suelo de 15 de mayo de 1945 y su Reglamento de 23 de mayo de 1947, en relación con el Decreto de 5 de septiembre de 1952, como sostienen los demandantes y la sentencia recurrida»

Que admitiendo por las partes litigantes, que el día 2 de noviembre de 1956, se practicó la inscripción de la finca litigiosa en el Registro de Solares es evidente que dicha fecha será la que determine cual es la Ley aplicable a esa situación jurídica que no puede ser otra que la que en ese momento estaba en vigor, o sea la Ley de ordenación del suelo de 12 de mayo de dicho año, publicada en el «B. O. E.» de 14 de igual mes, que había comenzado a regir el día 12 de julio, o sea a los dos meses de su publicación.

Que el artículo 149 de dicha Ley, dispone que la obtención por el propietario, de la licencia para construir, o la enajenación de la finca incluida en el Registro de Solares verificada con arreglo a la Ley especial, «producirá la extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma, sin que repercutan en ningún modo sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse en ellas locales o habitación a los antiguos ocupantes», y «si no hubiere expirado el plazo a prórrogas contractuales», y procediera por la naturaleza de la obligación «los aludidos derechos serán indemnizados con cargo al propietario, como máximo en la cuantía señalada por la legislación de arrendamientos».

Que, por tanto, al no aplicar esa norma la sentencia recurrida, y conceder a los antiguos ocupantes un derecho de retorno que aquel precepto rechaza, comete su infracción por violación, que «supone falta de aplicación como el segundo motivo denuncia, y tiene que ser éste estimado».

Ahora bien, entre las más recientes, una sentencia de 24 de diciembre de 1970, trata de ofrecer un resumen de la doctrina jurisprudencial, resumen que pone de manifiesto la falta de precisión. Así, en sus considerandos, establece:

«Que lo que ha declarado esta Sala a propósito de la eficacia temporal del artículo 149, 2 de la llamada Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, es que los efectos jurídicos-privados dimanantes de la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares y de la subsiguiente licencia de edificación se regirán por el Derecho anterior si el asiento o, incluso, la solicitud de la inscripción, tuvo lugar antes de la entrada en vigor de aquella Ley (sentencias de 9 de diciembre de 1961, 1 de marzo de 1962, y 3 de mayo de 1966), o la correspon-

diente solicitud (sentencia de 19 de abril de 1968) se verificó bajo el imperio de la citada Ley especial.

Que, en cambio, no ha declarado esta Sala que la irretroactividad de dicho precepto legal debe ser entendida en el sentido de que la extinción prevista en el mismo no alcanza a los arrendamientos y derechos personales constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley de 12 de mayo de 1966, ya que a esta inteligencia se opondría: Primero. Que integrado únicamente por dos factores sucesivos el supuesto al que conecta la Ley el efecto extintivo, a saber, la inclusión en el Registro administrativo y el otorgamiento de la licencia de edificación, basta para que el efecto se produzca que esos dos factores tengan realidad en virtud de una solicitud de inscripción formulada durante la vigencia de la Ley nueva, pero no es necesario para la aplicación de la norma, que las relaciones jurídicas o derechos que como objeto pasivo sufren la extinción, hayan nacido bajo el imperio del nuevo derecho. Segundo: que las palabras de la Ley deben ser entendidas en el sentido más conforme con su naturaleza y en el más adecuado para que produzcan el efecto perseguido por ella, y se contrariaría paladinamente el carácter público-administrativo, reconocido por las sentencias de esta Sala de 6 y 22 de marzo de 1969, a la ordenación urbanística, la cual, según su artículo 1.º, constituye el objeto de la Ley del suelo, aunque sus efectos repercutan hondamente en las relaciones jurídico-privadas, así como su finalidad reformadora, presente en todos sus preceptos, si se estimara que, en particular, el ámbito de los referentes al fomento de la edificación que, conforme a su artículo 2.º, apartado d), constituye uno de los aspectos de la actividad urbanística, entre cuyos preceptos se halla el mencionado artículo 149, debiese quedar constreñido a las fincas adquiridas, edificaciones levantadas, situaciones físicas o urbanísticas surgidas, arrendamientos concertados o derechos personales nacidos a partir del día 12 de julio de 1956.

Que al entenderlo de otro modo, incide la sentencia incurrida en la violación del precepto y doctrina legal que se invocan en el motivo primero, el que, por tanto, merece ser acogido, y, con él, el recurso sin necesidad de entrar en el examen del motivo segundo y último».

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS).

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

o

1. **TERRENOS ACOGIDOS A LA LEGISLACION SOBRE SANEAMIENTO Y MEJORA INTERIOR DE POBLACIONES, EXENCIONES, DERECHO TRANSITORIO:** *Los beneficios fiscales que dicha legislación establecía, omitidos a partir de la ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, no son aplicables a actos o contratos posteriores a esta fecha, sin perjuicio de los derechos ya consolidados al amparo de la legislación fiscal anterior* (RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 1970).

A) *Hechos*—El Ayuntamiento de Sevilla vendió a «Inmobiliaria del Sur, S. A.» una parcela de terreno que, según se hacía constar expresamente en la escritura, estaba acogida a los beneficios concedidos por el artículo 13 de la Ley de 18 de marzo de 1895, modificada por la de 8 de febrero de 1907, sobre urbanización y mejora interior de poblaciones, conforme a lo preceptuado en el artículo 56 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924.

La Abogacía del Estado giró liquidación por el núm. 1 de la Tarifa al 7,40 por 100, confirmada en la alzada por el Tribunal Provincial correspondiente en base a que la exención invocada no aparecía reconocida en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 (ni en la normativa precedente de 1964 y 1958), y tampoco podía tener apoyo en derechos adquiridos, como declaró el Tribunal Supremo para un caso análogo en Sentencia de 10 de abril de 1967.

En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Central, cuya argumentación extractamos seguidamente.

B) *Doctrina*.—Que la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, omite la expresada exención, por lo que en cuantas cuestiones de derecho intertemporal surjan habrá de estarse a lo previsto en su cuarta Disposición transitoria, según la cual quedan sin efecto cuantas exenciones y bonificaciones no figuren mencionadas en sus artículos 3.º y 4.º, a cuyos preceptos habrá que estarse exclusivamente para determinar la extensión de las en la ley recogidas, todo ello sin perjuicio de los derechos ya consolidados individualmente al amparo de las disposiciones anteriormente en vigor.

Que la regla 2.^a del artículo 184 de la Ley de 11 de junio de 1964, cuya invocación constituye todo el fundamento de la tesis recurrente, no es de aplicación al caso, ya que no fue tal ley, la que dejó sin efecto la exención que se postula, por lo que es obvio que sus normas de derecho transitorio hacen referencia a los conflictos intertemporales creados por la derogación de beneficios fiscales establecidos en la legislación inmediata precedente, pero en ningún caso a las exenciones o bonificaciones que conforme a la Ley de 21 de marzo de 1958 quedaron sin efecto.

Que es de evidente aplicación al recurso la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1967, dictada en proceso de lesividad, según la cual la exención que concedía al artículo 3, núm. 3, de la Ley de 7 de noviembre de 1947, quedó sujeta a revisión y habría de ser proclamada de nuevo, según dispuso el artículo 84 de la Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, y al no ser recogida en la de 21 de marzo de 1958, se creó un problema de derecho intertemporal al que es aplicable la Disposición transitoria cuarta de esta última Ley, que al exigir la existencia de derechos consolidados procedentes de la legislación anterior hace preciso que bajo ella se hubiesen originado y perfeccionado.

El artículo 14 de la Ley de 18 de marzo de 1895, sobre Sanjeamiento y Mejora Interior de Poblaciones con más de 30.000 habitantes, declaraba exentas del Impuesto de Derechos reales, las adquisiciones de fincas sujetas a expropiación forzosa, y la primera enajenación de los solares resultantes. Dicha exención, no recogida por la Ley del Impuesto de 2 de abril de 1900, fue declarada subsistente por el artículo 2.º de la Ley de 8 de febrero de 1907, y expresamente enunciada en el artículo 6.º del Reglamento de 20 de abril de 1911, y en el artículo 3.º número 3 de las leyes de 1927, 1932, 1941, 1948, que sucesivamente han regulado el Impuesto de Derechos reales. Sin embargo, las leyes posteriores de 1958, 1964 y el vigente Texto Refundido de 1967, suprimieron (dado que no la recogían expresamente), la exención citada, lo que planteó el problema de Derecho Transitorio, de declarar sujetas o no, aquellas relaciones jurídicas que realizadas en parte bajo la vigencia de la legislación anterior, se consumaron bajo la que vino a sustituirla.

La argumentación de los vendedores radicaba, a nuestro juicio, en que la inclusión de los terrenos en la Ley de 1895, ocurrió estando en vigor la Ley del Impuesto de 1947, por lo que desde ese momento el Ayuntamiento «adquirió el derecho» a que todas las primeras enajenaciones que hiciera se declararan exentas, aunque tuvieran lugar, como en este caso, una vez desaparecidos los beneficios fiscales reconocidos por aquella Ley. La tesis del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de que se hace eco la Resolución que comentamos, se basa en la necesaria concurrencia de todos los requisitos bajo la misma legislación, y así dice que «el hecho de realizarse la primera enajenación, después de derogada la norma de 1947, durante cuya vigencia se cumplieron los restantes requisitos, impidió fatalmente que los derechos proclamados en los preceptos repetidos, naciesen con la plenitud que aquella ley exigía y lógicamente la consolidación de los mismos adolecía de un impedimento insoslayable: que la 'conditio iuris' que esta primera enajenación representaba, hubiera completado el derecho, para lo cual hubiese sido necesario que se realizara antes del 1 de mayo de 1958» (1). Y es que, cuando la Ley habla de derecho adquirido (a la exención), es evidente que se refiere al comprador, que es sobre quien gravita el Impuesto; y en este caso, el comprador entró en escena cuando la exención ya había desaparecido.

(1) Ver Sentencia de 10 de abril de 1967.

2 **BIENES DE PERSONAS JURIDICAS.** *Su sujeción al Impuesto, no depende de que produzcan renta, sino de que sean susceptibles de producirla. CUESTION DE PROCEDIMIENTO: Los órganos de gestión no pueden dividir el contenido de los actos administrativos tipificados y normados específicamente como unitarios* (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1970).

A) **Hechos.**—Con fecha 21 de septiembre de 1968, la Oficina Liquidadora de San Fernando, notificó al Ayuntamiento de dicha ciudad, la base resultante en el expediente de comprobación de valores correspondiente a los bienes de aquella Corporación. En 28 de octubre de 1968 se giraron liquidaciones sobre las bases antes notificadas, acto administrativo que fue asimismo notificado. El Ayuntamiento recurrió alegando que debió deducirse el valor de determinadas fincas (concretamente la núm. 2 del inventario en la que se habían construido 14 viviendas de renta limitada para maestros, y las números 3, 14 y 16 también viviendas de esta clase vendidas a sus ocupantes por el precio legal en gran parte aplazado), pues no producían renta y respondían a realizaciones municipales de contenido social, en desarrollo de los fines de su competencia.

El Tribunal Provincial, desestimó la reclamación porque la sujeción al Impuesto de las cuatro fincas que el Ayuntamiento estimaba exentas, fue cuestión decidida «en virtud del acto administrativo notificado a la entidad reclamante el 21 de septiembre de 1968, con traslado íntegro del acto e indicación correcta de los recursos procedentes, sin que en plazo legal se interpusiera reclamación alguna», por lo que debía tenerse por firme y consentido. Consecuente con este pronunciamiento, no entró en el fondo de la reclamación.

En la alzada ante el Central, se argumentó por los concurrentes que la notificación hecha el 21 de septiembre de 1968 era improcedente, por constituir un injustificado desglose del acto administrativo siguiente al de aprobación del expediente de comprobación de valores, que es el de liquidación del Impuesto, por lo que deducida reclamación económico-administrativa contra tal liquidación, no podía estimarse que existiera aceptación de la base notificada en la fecha antes referida.

Veamos la doctrina del Tribunal Central.

B) **Doctrina.**—Que en orden a la primera de las cuestiones antes acotadas, y dando por sentado la aplicación al Impuesto sobre bienes de las Personas Jurídicas del Reglamento fiscal de 1959, y concretamente sus artículos 85 número 6 y 123 número 4, es obligado distinguir como actos administrativos independientes el de aprobación del expediente de comprobación de valores y el de liquidación del Impuesto, sin ningún otro intermedio de fijación de base liquidable.

Que las declaraciones de exención corresponden a la fase de liquidación del Impuesto (2), y forma parte del acto administrativo de liquidación, acto unitario que no es dable desdoblar (como hizo la Oficina gestora), en fijación de base liquidable y liquidación propiamente dicha, cada uno con sus recursos pertinentes, porque ello implicaría romper los principios que informan el procedimiento económico-administrativo.

Que en orden a la cuestión de fondo planteada, el artículo 163 de la Ley de 11 de junio de 1964 (hoy artículo 49 del Texto Refundido vigente), declara exentos del Impuesto los bienes de las Corporaciones locales cuando por su naturaleza no sean susceptibles de producir renta, y ello sentado, resulta que si bien el edificio destinado a viviendas de maestros no la produce, esta gratuidad no deriva, ni de la naturaleza de la cosa, ni de obligación legal, de la que ya fue relevado el Ayuntamiento (3), y en cuanto al resto de los edificios

(2) Ver solución de 26 de junio de 1969.

(3) Decreto de 18 de diciembre de 1953, Disposición Adicional 2ª.

la Corporación recurrente no ha probado la transmisión de su propiedad a terceros, por todo lo cual es necesario concluir según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (4), que la sujeción al Impuesto no depende de que los bienes produzcan renta, que en definitiva es la tesis recurrente, sino de que sean susceptibles de producirla.

La precedente Resolución plantea dos cuestiones: una de forma consistente en si la notificación realizada al Ayuntamiento, el 21 de septiembre de 1968 se refería a un acto de gestión unitario e independiente que al no ser impugnado devino consentido y firme, impidiendo entrar en el fondo del asunto, y otra substantiva o de fondo, sobre si debían declararse exentos, determinados edificios de la Corporación reclamante, por tratarse de viviendas de Renta Limitada, destinado uno de ellos a vivienda (hay que suponer, gratuita), de maestros, y el resto vendidas con precio aplazado, por cuyas razones, tales inmuebles no producían renta

En cuanto al primer punto, como señala el Tribunal Central, el procedimiento de liquidación del Impuesto se integra de dos actos administrativos independientes: la elaboración y aprobación del expediente de comprobación de valores, y la práctica de la liquidación en base a los datos numéricos que dicho expediente arroja. Ambos deben notificarse también independientemente, pues son actos de naturaleza distinta; el primero es una operación puramente contable, el segundo implica una calificación jurídica de los bienes, a efectos de su sujeción al Impuesto, y de las distintas situaciones de hecho que sirven de base en cada caso a la liquidación de aquél. De ahí que la notificación hecha por la Oficina Liquidadora en cuestión, solo debió comprender la primera de estas dos operaciones, sin involucrar en ella cuestiones propias de la segunda, como la determinación de que bienes debían quedar, o no exentos.

En cuanto al tema de fondo, es de tener en cuenta que los edificios cuya exención se pretendía, eran bienes de Propios, susceptibles de producir renta y por tanto excluidos de aquélla en la Ley de 21 de marzo de 1958, (cuyo artículo 70 no los citaba), y en la vigente, cuando de modo general excluye los que gocen de esa cualidad, que como decimos es determinante de la no exención. De otra parte, los beneficios fiscales concedidos a las viviendas de Protección Oficial, no alcanzan al Impuesto que grava los bienes de las personas jurídicas (5). Finalmente, en cuanto a los edificios destinados a la venta, si efectivamente se habían vendido, lo procedente no hubiera sido pedir su exención, sino su baja, por el procedimiento del artículo 283 del Reglamento, esto es, aportando el documento público de enajenación.

3. POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION: *No procede denegar la exención prevista en el artículo 146, número 38 de la Ley de Reforma Tributaria (hoy artículo 65 número 37 del Texto Refundido), en base a la imposibilidad física o técnica, no demostrada, de construir un edificio en un plazo tal que permita considerar la venta del mismo como primera transmisión. (RESOLUCIÓN DE 12 DE FEBRERO DE 1970).*

A) Hechos — Por escritura pública otorgada el 4 de enero de 1966, en la que se solicitó expresamente la exención prevista en el artículo 146, número 38 de la Ley de Reforma Tributaria, don R adquirió cuatro apartamentos en un edificio integrante de un Plan de Urbanización aprobado por la Comisión Provincial correspondiente, cuya transmisión tuvo lugar antes de transcurrir tres años desde la terminación de las obras.

Denegada la exención por la Oficina gestora, el Tribunal Provincial desestimó el recurso con base en que de los datos aportados por el interesado, no

(4) Ver sentencia de 7 de noviembre de 1967

(5) Ver en este sentido Resoluciones de 25 de mayo de 1954, 10 de julio de 1962 y 16 de abril de 1969

resultaban acreditados los requisitos precisos «por cuanto, si la compra del terreno por la Sociedad constructora se verificó el 15 de marzo de 1965, era evidente que el edificio no podía estar terminado el 30 de agosto, fecha en que se declaró la obra nueva, de donde resultaba que la transmisión efectuada el 4 de enero de 1966, a favor del reclamante, no era la primera transmisión del edificio terminado» Presumía pues el Tribunal, la existencia de una enajenación intermedia, por considerar materialmente imposible que el edificio hubiera sido construido en cinco meses y medio.

El Central acoge la reclamación, en base a la doctrina siguiente.

B) *Doctrina*.—Que la reclamación económico-administrativa en la que se ha promovido el presente recurso de alzada plantea la exclusiva cuestión de si a la adquisición de los cuatro apartamentos-viviendas, operada a favor del reclamante le es, o no, aplicable la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que el número 38 del artículo 146 de la Ley de 11 de junio de 1964, concedía a la «primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o separadamente por viviendas, que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, cuando no se hubiese terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años desde la terminación del edificio».

Que de la prueba documental aportada por el interesado, claramente se deduce que concurren todos los requisitos que impone el invocado precepto para la concesión del beneficio fiscal pretendido, ya que se trata de un edificio construido en Polígono de nueva urbanización, cuyo proyecto fue definitivamente aprobado por la Comisión provincial de urbanismo, tratándose, de un Plan municipal comprendido en el artículo 12-3 de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956.

Que la resolución de primera instancia basa la denegación del beneficio fiscal en la presunción de que haya podido existir una enajenación intermedia, de todo o parte de lo edificado, del dueño del terreno a favor de la Sociedad constructora «Santa Agatha», por lo cual la operada a favor del hoy recurrente resultaría una segunda transmisión; pero aparte de que las presunciones no establecidas por la Ley han de deducirse, según el artículo 1.253 del Código civil, de un hecho demostrado, por las reglas del raciocinio humano, y no hay prueba de la imposibilidad física o técnica para construir un edificio en cinco meses y medio, lo cierto es que lo supuesto implicaría un caso de fraude fiscal, para cuya declaración el artículo 24 de la Ley General Tributaria exige la incoación de un expediente especial en el que se aporte por la administración la prueba correspondiente y le de audiencia al interesado.

4. *POLIGONOS INDUSTRIALES. DERECHO TRANSITORIO*: Omitida en el artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria, toda referencia a la exención prevista en el artículo 193, apartado d) de la Ley del Suelo, los actos y contratos causados o celebrados en fecha posterior a la entrada en vigor de aquella, no pueden gozar de dicha exención. (RESOLUCIÓN DE 5 DE MARZO DE 1970)

A) *Hechos*.—Comprada a la Gerencia de Urbanización una parcela situada en un polígono industrial de un Polo de Desarrollo, se pidió exención del Impuesto, invocando el artículo 193 de la Ley del Suelo, el artículo 7 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, el artículo 5 del Decreto de 30 de enero de 1964, y la Orden de 18 de junio de 1965.

Según la tesis de los recurrentes, una cosa era la creación de polígonos, su parcelación y la venta de terrenos urbanizados para instalar industrias, a los que la Ley de 28 de diciembre de 1963, concede anticipadamente y de forma imperativa todos los beneficios de la Ley del Suelo; y otra muy distinta, la creación y puesta en marcha de industrias acogidas a los beneficios de los

Polos de Desarrollo, para las cuales se prevé la simple posibilidad de concesión de determinados beneficios.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso porque las disposiciones citadas por el recurrente, al ser anteriores a la reforma tributaria de 11 de junio de 1964, quedaron derogadas por esta, que solo concede exención a la primera venta de «edificios», no a la de «solares»; y en cuanto a la Orden de 1965 porque se refiere a empresas acogidas a los beneficios de los Polos de Desarrollo, situación que en el presente caso no era invocada ni probada.

El Tribunal Central resuelve en el siguiente sentido.

B) *Doctrina*.—Que la pretensión en orden al disfrute de la exención invocada, cabe fundamentarla en las dos afirmaciones siguientes: a) concesión inicial de la exención al amparo de los preceptos en vigor con anterioridad a la publicación de la Ley de 11 de junio de 1964, para las actividades a desarrollar en el polígono industrial donde están situados los terrenos vendidos; b) calificación del derecho al disfrute de tal exención como uno de los derechos adquiridos a que hace referencia el artículo 184 de la Ley de 11 de junio de 1964.

Que a pesar de las racionales dudas, que la aplicación al presente caso de la Ley del Suelo, fundadamente provoca por los literales términos del artículo 5 del Decreto de 30 de enero de 1964, en el que se habla de polígonos industriales, sin mencionar para nada a los titulares de las Empresas Industriales en los mismos establecidas, es de tener en cuenta respecto a tal calificación del derecho adquirido, tratándose de adquisición posterior a 1 de julio de 1964, la regla 2.ª del párrafo 2.º del artículo 184 de la Ley de 11 de junio de 1964, que considera como tales, únicamente los que se acredite que efectivamente han comenzado a ejercitarse antes de la entrada en vigor de la Ley, sin que la mera expectativa pueda reputarse derecho adquirido, aclaración y precisión de concepto que no se contenía en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley de 1958.

Que, a la misma conclusión se llegaría aplicando el presente caso, por analogía, la doctrina expuesta por las Sentencias de 10 de abril y 26 de junio de 1967, acatada por este Tribunal en interpretación de la legislación transitoria en materia del Impuesto de Derechos reales razones todas que refuerzan la conclusión denegatoria del recurso.

El criterio expuesto, es reiteración del mantenido por el Tribunal Central en la Resolución de 22 de enero de 1970, antes extractada. Ambas son aplicación al caso concreto del concepto de «derecho adquirido» que formula el artículo 184 de la Ley de Reforma Tributaria atribuyendo a la norma fiscal una retroactividad de grado medio, por cuanto se aplica a los derechos que hayan comenzado a ejecutarse estando ya vigente el nuevo Ordenamiento, aunque su nacimiento fuese anterior a él.

El artículo 5.º del Decreto de 30 de enero de 1964, dispone que las «actividades económicas y sociales» que tengan lugar en los Polígonos industriales enclavados dentro del ámbito territorial de los Polos, gozarán de los beneficios de la Ley del Suelo, y concretamente de exención en el Impuesto de Transmisiones para los actos y contratos referentes a terrenos, solares y edificaciones que afecten a proyectos de ordenación urbana. La Orden de 18 de junio de 1965, citada por los recurrentes, contiene la convocatoria de concurso para la concesión de beneficios en determinados Polos de Desarrollo, cuya Base 1.ª apartado D) remitía al artículo 5.º del Decreto antes citado. Este no era el caso de los recurrentes, que no habían obtenido los beneficios del concurso, o al menos no lo probaron en el expediente. El fundamento de su exención solo podía estar, por tanto, en el artículo 193 de la Ley del Suelo, pero el hecho de haber tenido lugar la transmisión después de entrar en vigor la Ley de Reforma Tributaria de 1964, les impidió disfrutar de aquella.

F. M. C.

LIBROS

ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil*. Librería Bosch, Barcelona, 1970, volumen I: 700 págs., volumen II: 364 págs.

Sobre la base de la inexistencia de unos cánones fijos a los que deba ajustarse toda recensión de una obra, entendemos que son cuatro las cuestiones fundamentales a tratar: Semblanza del autor, estructura sistemática de su obra, contenido de la misma, y juicio crítico que merece al que la comenta.

Ciñéndonos a este esquema mental, desarrollaremos sucesivamente cada uno de estos apartados.

I.—EL AUTOR:

La personalidad del profesor ALBALADEJO, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid y uno de nuestros más destacados publicistas, es suficientemente conocida para requerir presentación.

II.—ESTRUCTURA:

La obra que comentamos consta de dos volúmenes:

El primero lleva por título «Introducción y Parte General» y el segundo «Derecho de Obligaciones» (Parte general).

El volumen primero, como su rúbrica indica, está dividido en dos partes: «Introducción», en la que se estudia el Derecho civil objetivo, y «Parte general», que lo hace con la persona, la relación jurídica, el objeto, y los hechos jurídicos.

El volumen segundo contiene, a su vez, dos partes: La primera, dedicada a la Obligación en general, y la segunda, a las distintas fuentes de obligaciones en particular.

Dentro de cada volumen las materias se ordenan en capítulos, secciones y subsecciones.

III —CONTENIDO:

VOLUMEN I—INTRODUCCION Y PARTE GENERAL

INTRODUCCION: DERECHO CIVIL OBJETIVO

Capítulo primero: El Derecho civil. Comienza el Profesor ALBALADEJO con una referencia al Derecho Natural, base e inspiración del Derecho positivo, concebido éste como el conjunto de reglas o normas jurídicas positivas por el que se rige una comunidad. Pasa a continuación al es-

tudio de la norma jurídica, sus caracteres y clases (destaquemos en esta materia que, al tratar de las normas «excepcionales», se muestra partidario —con apoyo de argumentos legales y jurisprudenciales— de su interpretación extensiva, aunque no de la aplicación analógica), y concluye con la clásica distinción entre Derecho público y privado, si bien apunta la posible existencia de normas constitutivas de un *tertium genus* como las que integran el Derecho de Trabajo.

En sección aparte, se ocupa del concepto del Derecho civil, entendido éste —adscribiéndose a las fórmulas sintéticas— como derecho privado general. Justifica la necesidad de una ordenación estructural en las materias que comprende, expone los planes más usuales al respecto, y aclara que el seguido en su obra es el de SAVIGNY, pero anteponiendo el Derecho de obligaciones al de cosas, para atemperarse al plan de estudios de nuestras Facultades de Derecho.

Inmediatamente después analiza el movimiento codificador, sus orígenes, ventajas e inconvenientes, y las distintas etapas de la codificación civil española. Siguiendo la exposición tradicional, señala dos etapas fundamentales: La que culmina con el Proyecto de 1851 (esencialmente centralista en materia foral), y la representada por la Ley de Bases y el Código civil (igualmente insuficiente por lo que respecta a las legislaciones forales, a causa de su vicioso sistema de Apéndices). Creemos, sin embargo, que hoy puede hablarse de una tercera etapa, como el propio autor parece intuir más adelante al tratar de la cuestión foral: La que arranca del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946, pasando por el movimiento compilador (todavía no concluido) y orientada a un Código general de Derecho civil, que recoja las instituciones del común y del foral, teniendo en cuenta sus peculiaridades y arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la vida jurídica moderna.

Siguiendo un orden lógico, desemboca en el estudio del Código civil: Estructura, contenido, juicio crítico (benevolente), y concluye con el examen del artículo 1.976, la revisión periódica del Código, y las leyes modificativas y complementarias del mismo.

Termina el capítulo con la problemática del Derecho foral: Territorios aforados, compilaciones, el carácter supletorio del Derecho común, y el orden de prelación de fuentes en las distintas regiones españolas.

Capítulo segundo: Fuentes de Derecho civil.—Parte el autor de considerar que en nuestro Derecho únicamente existen tres fuentes —y por este orden— de Derecho: La Ley, la costumbre y los Principios generales de Derecho.

A continuación estudia cada una de estas fuentes. En primer lugar, se ocupa de la Ley, a la que considera en un cuádruple aspecto: como fuente formal, como fuente material, como norma jurídica estatal de primer orden y como norma jurídica en general. Después hace un breve examen de su proceso formativo: distingue la ley de otras normas estatales, y concluye con el orden jerárquico de las disposiciones administrativas de carácter general.

En la sección siguiente analiza la costumbre, sus requisitos para que tenga la consideración de tal, clases (en cuanto a la costumbre *secundum legem* le niega el valor de fuente de Derecho, y sólo la admite como mera interpretación de la ley), prueba de la misma para su admisión por los Tribunales, y distinción entre usos y costumbres propiamente dichas.

Los principios generales del Derecho son tratados con gran minuciosidad. Comienza por exponer las diversas teorías en orden a su naturaleza, y se adscribe personalmente a la civilista; estudia su aplica-

bilidad (admite el que puedan servir de base para la casación, señalando los requisitos necesarios para ello), y por último, se ocupa de la analogía, de la equidad y de las reglas y máximas jurídicas en que frecuentemente cristalizan dichos principios.

Concluye con un estudio de la jurisprudencia y de la doctrina a las que rechaza como fuentes de Derecho, sin perjuicios de su indudable valor interpretativo, la primera, y como fuente de conocimiento, la segunda.

Capítulo tercero: Interpretación de las normas jurídicas civiles.—Para aplicar la norma es necesario conocer su sentido, lo que se consigue mediante la interpretación. Pero este sentido puede buscarse adoptando diversos criterios, surgiendo así las distintas teorías sobre la interpretación, que sucesivamente expone: Teoría de la interpretación literal, de la voluntad del legislador, de la voluntad de la ley (la idónea, según el autor), de los intereses en juego y del Derecho libre.

Pasa revista después a los diversos elementos interpretativos —gramatical, lógico, histórico y sistemático—, y concluye con clasificaciones de la interpretación por sus resultados y por el autor (tratándose de interpretación auténtica entiende que la disposición interpretadora no debe ser de rango inferior a la interpretada, porque lo contrario podría implicar una derogación encubierta en cuanto a los otros sentidos no recogidos en aquellas).

Capítulo cuarto: Eficacia de las normas civiles y límites de la misma.—Es característica esencial de la norma jurídica el tener fuerza obligatoria, fuerza que proviene de su carácter imperativo y no del hecho de ser conocida por el obligado, pues su ignorancia no le exonera del deber de cumplirla. Esta peculiaridad de la norma produce una consecuencia: La nulidad de los actos ejecutados contra su contenido, salvo que ella ordene otra cosa.

Dentro de la categoría general de los actos ejecutados contra la norma, hay que destacar los en fraude de la misma: A ellos alcanza la sanción de nulidad acabada de aludir. A continuación señala los requisitos necesarios para que exista el fraude a la ley, planteando, por último, el problema de si es o no necesario, para apreciar el fraude, el propósito de burlar la norma (entiende que no es requisito imprescindible, aunque, en la práctica, el acto fraudatorio suele realizarse con la finalidad de eludir la ley).

Por lo que respecta a los límites de la fuerza de obligar de la norma, los clasifica en límites en el espacio (límites territoriales) y en el tiempo (lapso entre la entrada en vigor y la cesación de la norma), para terminar con los problemas de Derecho transitorio: Retroactividad o irretroactividad de la ley (dentro de la retroactividad distingue —siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas— tres grados, y estima que cuando la ley tenga carácter retroactivo, pero no señale expresamente el grado en que lo es, habrá que —mediante la oportuna interpretación— fijar a cuál se refiere).

PARTE GENERAL: LA PERSONA, LA RELACION JURÍDICA, EL OBJETO Y LOS HECHOS JURÍDICOS.

Capítulo quinto: La persona.—Entiende el autor que persona, en sentido jurídico, es todo ser a quien el Derecho reconoce como miembro de la Comunidad (concepto que abarca tanto las personas físicas como las jurídicas). Tras unas consideraciones generales al respecto, se ocupa de cada una de ellas por separado.

Por lo que se refiere a las personas físicas, el Profesor ALBALADEJO sitúa el comienzo de su personalidad en el nacimiento, siempre que el nacido sea un ser vivo y con figura humana (frente a los que critican este último requisito, estima que sirve para impedir el que se reconozca personalidad a aquellos seres humanos que tienen tal tipo de irregularidad que, según la opinión común, su figura no es humana), y el fin de la misma —desaparecidas la muerte civil, la esclavitud, etc.—, en la muerte natural. Las cuestiones relativas a la protección del concebido en el orden civil, su representación, y la prueba del comienzo y fin de la personalidad física, son tratadas con gran profundidad (en cuanto a la naturaleza jurídica de la protección al *nasciturus*, entiende que, más que la creación de una personalidad o de una capacidad condicionales o ficticias, se trata de que todos los derechos o relaciones que serían favorables al concebido, perteneciéndole si ya fuera persona, quedan en situación de pendencia pero sin modificarse su titularidad actual hasta ver si el concebido llega o no a ser persona).

Distingue a continuación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y dentro de ésta entre la general y las especiales, si bien estima que, por lo que respecta a las últimas, mejor habría que hablar de requisitos especiales que se exigen para la validez de ciertos actos. Concluye con una referencia a la capacidad limitada y a la legitimación.

En la sección siguiente se ocupa del estado civil de la persona. La expresión «estado civil» tiene dos sentidos: En el primero, se considera como tal ciertas situaciones de Derecho, de especial carácter, permanencia y relevancia, en los que puede encontrarse la persona; en el segundo, el «estar» en cada uno de ellos imprime a la persona una cualidad o condición que también se denomina estado. Para precisar qué situaciones son constitutivas de estados civiles, más que a criterios doctrinales, hay que estar a lo determinado por los distintos Derechos positivos. Sobre esta base, analiza los admitidos en el Derecho patrio, los caracteres del estado civil, el contenido del mismo, y por último, el título de estado en su doble aspecto de título de atribución y título de legitimación.

La diferencia de sexo no da lugar a que haya un estado de hombre y otro de mujer, pero determina, en diversas cuestiones, un trato jurídico distinto. Esta discriminación entre varón y mujer ha sido muy fuerte en otras épocas, pero en la actualidad y tras la reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, se ha dulcificado. Subsisten, no obstante, por razón del sexo: Una prohibición que alcanza a la viuda y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, relativa a la celebración de nuevo casamiento dentro de ciertos plazos, y algunas diferencias en materia de las llamadas capacidades especiales. Advierte, por último, que si bien el sexo, en sí, no provoca diferencias notables de capacidad entre varón y mujer, dentro de algún estado, y concretamente del de matrimonio, puede determinar que las haya verdaderamente importantes.

La edad, en relación con el estado y la capacidad del sujeto, reviste especial importancia para el Derecho civil: Distingue al respecto entre la capacidad del mayor de edad, la del menor (frente a la tesis mayoritaria en nuestra Patria, que lo considera, en principio, incapaz de obrar, siendo excepcional la capacidad que se le reconoce para ciertos actos, el autor opina que es capaz, aunque su capacidad sea más restringida que la del menor emancipado o que la del mayor) y la del menor emancipado en sus diversas formas.

El estudio del parentesco, sus clases y grados —entiende el Profesor ALBALADEJO— pertenece al Derecho de familia. Por ello, en esta parte, se limita a señalar las posibles repercusiones que tenga en la capacidad del sujeto.

El matrimonio afecta a la capacidad de obrar en un triple aspecto: 1.º Por el hecho del matrimonio en sí (altera la capacidad de ambos cónyuges por igual en cuanto que por él quedan emancipados); 2.º Por la autoridad marital que, como consecuencia de haberlo contraído, corresponde, normalmente, al marido sobre la mujer; y 3.º Por el régimen patrimonial que rija el matrimonio (en estos últimos casos, es la capacidad de la mujer la que suele resultar limitada, pero aclara que se trata más de una prohibición o de una falta de legitimación que pesa sobre ella, que de una verdadera incapacidad con excepciones, como propugna algún autor).

Dentro del concepto genérico de incapacitación distingue entre defectos y enfermedades físicos —que no afectan al estado ni a la capacidad general de obrar, sino que implican, únicamente, incapacidades especiales para aquellos actos cuya realización requiere la aptitud física de la que la enfermedad o defecto privó— y perturbaciones mentales, que sí afectan a la capacidad general de obrar, suprimiéndola o disminuyéndola. Como causas de incapacidad, con más o menos extensión según los casos, enumera las siguientes: La locura o demencia; la sordomudez, cuando el sujeto no sabe leer ni escribir, la prodigalidad y la interdicción civil. A continuación estudia por separado cada una de ellas, señalando los casos en que procede su declaración, las personas que pueden o deben solicitarla, el procedimiento a seguir, actos a que afecta, la extensión y la cesación de la incapacitación. Concluye esta sección con un breve análisis del concurso y la quiebra.

Justifica el autor el estudio de la nacionalidad en este lugar por ser uno de los estados civiles de mayor trascendencia en el campo del Derecho civil. Tras pasar revista a su concepto y derecho vigente en la materia, distingue los distintos supuestos de adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la nacionalidad, para terminar con dos apartados relativos a la unidad familiar y a la doble nacionalidad. (Por nuestra parte entendemos que la causa de pérdida de la nacionalidad española por entrar al servicio de las armas en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado español, está hoy afectada por el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que prohíbe a los españoles prestar voluntariamente servicio de armas en país extranjero, produciendo la prestación o continuación de dicho servicio la pérdida de pleno derecho de la nacionalidad española. No queremos decir con ello que se suprima el requisito de la «prohibición expresa», sino que, al estar dicho Decreto firmado por el Jefe del Estado, viene a suponer una declaración de voluntad del mismo de prohibir expresamente a todos los españoles la entrada al servicio de las armas extranjeras).

Con una sistemática similar a la seguida en materia de nacionalidad, la sección siguiente está destinada al estudio de la vecindad civil (Únicamente queremos resaltar en esta cuestión, un punto de vista con el que estamos totalmente de acuerdo con el Profesor ALBALADEJO: Una de las formas de ganar la vecindad civil consiste en adquirir la nacionalidad española. Esto es, cuando un extranjero se hace español o el español que perdió nuestra nacionalidad vuelve a recuperarla, adquiere una vecindad civil. Pero, ¿cuál?: A su juicio, la respuesta no puede ser unitaria. El que recupera la nacionalidad, debe pasar a tener la vecindad que gozaba cuando la perdió; el que adquiere la nacionalidad *ex novo*, debe también adquirir la vecindad de determinada región, por lo menos, si la causa adquisitiva de la nacionalidad tiene conexión interna con alguna de aquellas en particular, y en otro caso adquirirá la vecindad común. Esta tesis progresiva choca, sin embargo, —como advierte el mismo autor—, con la mantenida por el Tribunal Supremo, cuando entiende que en todo caso quedará sujeto al Derecho común, sin perjuicio de que, obtenida la nacionalidad, pueda ampa-

rarse en lo dispuesto en el artículo 15 para conseguir la condición de aforado. Pero quizá, —y ésto es opinión nuestra— no esté lejano el día en que el Supremo cambie de dirección: Obsérvese, por ejemplo, que al determinar el artículo 2.º del Código de Comercio que los actos de esta naturaleza se rigen, en defecto de disposiciones del mismo y de usos de comercio, por las reglas del Derecho común, el Alto Tribunal venía declarando aplicables exclusivamente las normas del Código civil, mas últimamente ha cambiado de orientación, en el sentido de considerar también aplicables las disposiciones forales cuando el acto de que se trate esté conexionado con un territorio aforado).

A continuación, tras pasar revista a los estados civiles no acogidos hoy en nuestro Derecho positivo (piénsese en la diferencia de estados y de derechos entre personas libres y siervos, entre nobles y plebeyos, etc.), se centra en el estudio del domicilio: Concepto, clases (en orden a la determinación del domicilio real, entiende que debe prescindirse del elemento espiritual o *animus*, es decir, del propósito o intención de la persona para residir en un lugar de forma permanente); importancia de la fijación del domicilio; adquisición y pérdida; el problema de la falta o pluralidad de domicilios generales, y la diferenciación entre los conceptos de residencia y paradero. Finaliza con una serie de precisiones en orden al llamado «domicilio electivo».

La materia de la ausencia está tratada con gran rigor sistemático. En sentido técnico —dice el autor—, una persona está ausente, no cuando simplemente deja de estar presente o falta de su domicilio o residencia, sino cuando, habiendo desaparecido, se carece de noticias suyas. Desde entonces hay ausencia, pero dentro de ella, puede hacerse la siguiente subdistinción: 1.º Persona simplemente desaparecida; 2.º Persona cuya ausencia, en sentido estricto, pueda ser declarada judicialmente, y 3.º Persona de la que se puede declarar el fallecimiento. A continuación examina cada uno de estos estados, señalando los requisitos, efectos en los distintos órdenes y cesación de dichas situaciones.

La última sección destinada a la persona física recoge un detenido estudio sobre el registro civil: Concepto, precedentes, legislación vigente, organización, hechos inscribibles, competencia, diversas clases de asientos y su valor, concordancia entre el Registro y la realidad, medios para obtenerla, terminando con lo relativo a la publicidad formal.

En cuanto a las personas jurídicas, tras exponer el concepto, justifica su razón de ser en la existencia de fines que interesan, no a un solo hombre, sino a una pluralidad de ellos, o que únicamente son conaseguibles —o, al menos, lo son más fácilmente por organizaciones humanas—. En orden a su naturaleza jurídica prescinde de las clásicas teorías, para recalcar dos cuestiones: Que la personalidad es una categoría jurídica, y que yerran los que niegan toda realidad a la persona moral (teorías de la ficción legal o doctrinal). Ahora bien, que los antes morales tengan una realidad existencial, no determina que puedan obrar por sí mismos, sino que, al carecer de un substrato corporal, necesita valerse de personas físicas (órganos) para la formación de la voluntad social, para la exteriorización de ésta para su ejecución, y para relacionar el ente con terceros.

A continuación establece las clases de personas jurídicas: Públicas y privadas (el criterio diferencial radica en que las primeras están encuadradas en la organización estatal, formando parte de la misma en uno u otro sector); asociaciones y fundaciones (según el substrato personal o real que les sirva de base); y de interés público o de interés privado (por el fin de utilidad general o particular que persigan).

Se ocupa después del nacimiento del ente moral, hecho que situa en la atribución de personalidad o reconocimiento (distingue las diversas

clases), para terminar con una referencia general al substrato y al fin de la persona jurídica.

En las secciones siguientes profundiza sobre las asociaciones y fundaciones en particular, señalando su concepto, normativa vigente, acto constitutivo, requisitos y funcionamiento.

Concluye el capítulo con una serie de consideraciones sobre la personalidad jurídica en general: Domicilio, nacionalidad, capacidad, responsabilidad por los actos u omisiones de sus órganos (sin perjuicio de la posible repetición contra el causante del daño o lesión), modificación, extinción y destino del patrimonio, para abordar, por último, el problema de las asociaciones y fundaciones sin personalidad jurídica.

Capítulo sexto: La relación jurídica.—Como base previa para ulteriores precisiones se inicia el capítulo con las nociones de relación jurídica, institución y deber jurídico. Inmediatamente después, el autor se centra en el estudio del derecho subjetivo, al que concibe como un poder respecto a determinado bien, concedido inicialmente por el Ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección. Destaca, por tanto, esta definición el doble elemento que lo integra: Elemento interno, o posibilidad de hacer o querer algo, y elemento externo, o posibilidad de exigir de otros el oportuno respeto, garantizado por la norma legal. Posteriormente contempla la estructura del derecho subjetivo, señalando un triple aspecto: Sujeto, contenido y objeto (incidentalmente, al tratar del primero, examina el problema de los llamados «derechos sin sujeto», negando su posibilidad, y configurando los supuestos tradicionalmente incluidos bajo esta rúbrica como casos de derechos con sujeto transitoriamente indeterminado).

A continuación aborda el problema de la clasificación de los derechos subjetivos, y tras aludir algunos tipos que, a su juicio, carecen de relevancia práctica, estima que el criterio para obtener aquella debe basarse en lo fundamental de los mismos, y no en las facultades secundarias que encierran. Según esto, distingue entre derechos subjetivos absolutos y relativos; patrimoniales y no patrimoniales; y atendiendo al objeto, en derechos de la personalidad, de familia, y corporativos. Concluye esta materia con una referencia a los derechos potestativos.

Luego, estudia el ciclo vital del derecho subjetivo: Nacimiento, adquisición —originaria y derivativa—, modificación y extinción (al tratar de la renuncia —forma de pérdida de derechos y no de extinción de los mismos— entiende que el derecho renunciado, desde luego siempre lo pierde el renunciante, pero su suerte posterior dependerá de cuál sea dicho derecho. Seguidamente pasa revista a las diversas hipótesis —derecho de propiedad, derechos reales en cosa ajena, una parte de cotitularidad—, afirmando que si se tratase de un derecho de crédito, se extinguiría y el deudor quedaría liberado de su correlativa obligación. No estamos, sin embargo, totalmente conformes, con esta afirmación: A nuestro juicio, no existe la figura de la renuncia en los derechos de crédito; el acreedor, unilateralmente, sólo puede limitarse a no exigir el cumplimiento de la obligación, mas para que ésta se extinga, es necesaria, además, la aceptación del deudor. En definitiva, por lo que respecta a estos derechos, no cabe la renuncia sino sólo la condonación, y ésta es bilateral). Termina la sección con dos cuestiones: El ejercicio del derecho, con sus límites tanto extrínsecos como intrínsecos, y su protección preventiva y represiva.

Las relaciones jurídicas colocan a las personas en situaciones de muy diverso carácter. Frente a la situación creada por el derecho subjetivo, existen otras provisionales en las que se protegen, no derechos perfectos, sino derechos en fase de formación. Desemboca así en el

análisis de las situaciones jurídicas secundarias, entre las que encuadra las expectativas de derecho, y los supuestos de protección jurídica sin otorgamiento de derecho subjetivo. El capítulo concluye con una serie de consideraciones sobre el poder jurídico de la persona, tanto en la esfera patrimonial como en la no patrimonial.

Capítulo séptimo: Las cosas.—El objeto del derecho subjetivo es la entidad sobre la que recae el poder en que aquél consiste. De entre los posibles objetos de derecho, el capítulo está destinado exclusivamente al estudio de las cosas, y en sentido jurídico, considera el Profesor ALBALADEJO como tal «toda entidad material o no, de naturaleza impersonal, que tenga propia individualidad y sea susceptible, como un todo, de dominación patrimonial constitutiva de un derecho independiente». A continuación examina por separado cada uno de los elementos que integran este concepto y hace una breve alusión a las nociones de cosa y bien, destacando en este último la nota de susceptibilidad de apropiación que lo diferencia de la primera. Concluye la sección con una referencia a las cosas fuera del comercio privado, y a las de tráfico libre y restringido.

Seguidamente estudia las distintas clases de cosas: De dominio público y de propiedad privada; cosas sagradas (advierte que éstas no están fuera del comercio, ya que pueden ser objeto de actos de tráfico jurídico, con la única limitación de que tales actos deben realizarse, si fuera menester, con las oportunas licencias canónicas, y que dichas cosas no pueden ser sustraídas, salvo por la autoridad eclesiástica competente, a su destino, ni dedicadas a usos profanos); cosas dentro y fuera del patrimonio; corporales e incorporeales; consumibles, inconsumibles y deteriorables; fungibles y no fungibles; muebles e inmuebles (construye una noción de «finca», poniendo de relieve su trascendencia en la vida jurídica); simples, compuestas —distingue entre partes integrantes, pertenencias y cosas accesorias— y universalidades de cosas (con respecto a estas últimas niega que el conjunto constituya una cosa aparte de las singulares que lo componen, de forma que sea objeto de un derecho nuevo distinto de los que recaían sobre aquellas), y cosas divisibles e indivisibles, finalizando el capítulo con el examen de los conceptos de frutos, gastos y mejoras.

Somos de la opinión que debiera haberse incluido en esta materia la distinción entre cosas registrables y no registrables porque cuando sólo los inmuebles podían tener acceso al Registro, con la clasificación de muebles e inmuebles era suficiente; pero hoy, que también ciertas cosas muebles pueden gozar de los beneficios de la publicidad registral, tal vez hubiera convenido sentar unas bases generales que permitieran perfilar los respectivos conceptos.

Capítulo octavo: Los hechos jurídicos.—Para el Profesor ALBALADEJO, hecho jurídico es todo acontecimiento o estado al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo. Tras formular una serie de clasificaciones de los hechos jurídicos, destaca la de «naturales» y «voluntarios», con lo que incide en el campo del acto jurídico en sentido estricto.

La sección siguiente está dedicada íntegramente al estudio del negocio jurídico. Después de exponer una serie de generalidades sobre el mismo, analiza su esencia, elementos, contenido y los momentos del ciclo negocial (distingue al respecto entre formación, eficacia y consumición). A continuación examina las diversas clases de negocios: Típicos y atípicos; solemnes y no solemnes; *inter vivos* y *mortis causa* (entiende que estos últimos son aquellos que tienen por función regular

para después de la muerte del sujeto, relaciones o situaciones que se originan esencialmente por tal muerte, siendo necesario que ésta se produzca para que dichas situaciones o relaciones nazcan, pero sin que la eficacia al momento de la muerte y precisamente por ésta, sea nota esencial del negocio); familiares y patrimoniales; de atribución patrimonial y no atributivos; de disposición y de obligación; de administración ordinaria y que exceden de ella; principales y accesorios; onerosos, gratuitos y neutros (considera como tales los que pueden ser indistintamente y a voluntad de las partes, en cada caso concreto, oneroso o gratuitos) y, por último, unilaterales y plurilaterales.

Se ocupa después de lo que tradicionalmente se viene denominando elementos esenciales del negocio jurídico, comenzando por la declaración de voluntad: su concepto, clases (recepticias y no receptivas; expresas, tácitas y presuntas —contempla el problema del silencio como declaración de voluntad— y directas e indirectas), la perfección de la misma según sea o no recepticia y los vicios que pueden afectarla (distingue entre vicios en la formación —intimación, dolo y error—, en la emisión —reserva mental, declaración no hecha en serio o *iocandi causa* y simulación— y falta de declaración procedente del sujeto negocial, bien sea por no mediar declaración sino sólo una apariencia de la misma —casos de violencia o de falta de conciencia del valor de declaración— o bien porque aún habiéndola, no procede del sujeto del negocio).

Trata seguidamente las cuestiones relativas al sujeto, objeto y causa del negocio jurídico. En lo que se refiere a esta última, el autor expone en primer lugar las diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, para luego hacerlo con la causa en nuestro Derecho y, concretamente, en el negocio, finalizando el análisis de esta materia con el examen de los negocios indirectos, en fraude a la ley, fiduciarios, y causales y abstractos (para el Profesor ALBALADEJO se llama abstracto el negocio que es válido independientemente de la causa de la atribución que por él se realiza, y causal aquél cuya validez depende de esa causa. Ahora bien, siendo independiente de la causa la validez del negocio abstracto, no importa que aquella falte o sea ilícita, pues, en cualquier caso, los efectos se producen igualmente; sobre esta base entiende que los negocios abstractos no pueden existir, ya que la validez del negocio depende de la causa en nuestro Derecho).

Después de exponer lo relativo a los elementos esenciales del negocio jurídico, se ocupa ahora de los accidentales (condición, término y modo), pues los llamados elementos naturales, en su concepción, mas que de verdaderos elementos negociales, se trata de efectos normales aunque puedan ser excluidos por la voluntad de los interesados.

Siguen detenidos estudios sobre la forma (para el autor no es un elemento más del negocio, sino que es la vestidura exterior de estos elementos, o las solemnidades que han de observarse para darles vida); la interpretación de la declaración de voluntad, con los principios a que debe ajustarse; el fenómeno de la representación, y la ineficacia del negocio jurídico (dentro del marco general de la ineficacia distingue entre la inicial —supuestos de inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto— y la posterior —casos de anulabilidad, rescisión, revocación y eficacia temporalmente limitada—).

Finaliza el capítulo con una serie de consideraciones en orden a la influencia del transcurso del tiempo en la vida jurídica, perfilando las figuras de la prescripción extintiva, la caducidad, el no uso y la prescripción inmemorial.

VOLUMEN II.—DERECHO DE OBLIGACIONES (PARTE GENERAL)

PARTE PRIMERA: LA OBLIGACIÓN EN GENERAL

Capítulo noveno: La obligación.—Considera que obligación es el vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés suyo digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación integran esta noción los siguientes elementos: El vínculo jurídico, los sujetos, la prestación y la causa.

El vínculo (nexo que liga una persona a la otra) engloba dentro de sí dos componentes: El débito y la responsabilidad. Ambos son separables conceptualmente, pero ¿puede haber obligación sin débito y responsabilidad? Estima el Profesor ALBALADEJO que, en principio, no; y que en aquellos casos en que excepcionalmente la ley permite la existencia de débito sin responsabilidad, es discutible que estemos en presencia de verdaderas obligaciones jurídicas.

Sujetos son las personas ligadas por el vínculo. Toda obligación requiere, por lo menos, un sujeto activo (acreedor) y otro pasivo (deudor), aunque, en puridad, más que de sujetos hay que hablar de partes, deudora y acreedora, pues cada una de ellas puede estar integrada por más de una persona.

El contenido u objeto de la obligación es la prestación, o conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado. Son sus requisitos: Ser posible (frente a los que sostienen que sólo la imposibilidad originaria y objetiva impide el nacimiento de la obligación, el autor mantiene que la imposibilidad originaria, tanto si es objetiva como subjetiva, impide tal nacimiento), lícita y determinada o, al menos, determinable. Entiende, sin embargo, que no es imprescindible la patrimonialidad de la prestación, pues considera que en realidad lo que debe tener una medida pecuniaria es la responsabilidad, no el débito.

El último de los elementos es la causa, o sea, el fin objetivo e inmediato a que la obligación se dirige (en este punto se remite a lo ya dicho al tratar de la causa en el negocio jurídico).

Capítulo décimo: Clases de obligación.—Este capítulo se destina en su totalidad al examen de las diversas clases de obligaciones. En él hace el autor un detenido estudio de las mismas, con arreglo a la siguiente sistemática: Por razón de la prestación (positivas y negativas, transitorias y duraderas, alternativas, facultativas, específicas y genéricas, divisibles e indivisibles, pecuniarias, de intereses y líquidas e ilíquidas); por razón de los sujetos (mancomunadas y solidarias); por su conexión (unilaterales y bilaterales); por razón de su dependencia o independencia (principales y accesorias) y, por último, obligaciones puras, condicionales y a plazo (para el Profesor ALBALADEJO, más que hablar de obligaciones puras, condicionales o a término, habría que hacerlo de obligaciones procedentes de negocios puros, condicionales o a término, dado que como las obligaciones constituyen el efecto del negocio, son ellas las que dependen de la condición o término que afectan a éste).

Capítulo undécimo: Efectos de la obligación.—El fin natural a que tiende toda obligación es proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés mediante el cumplimiento de aquella, y, en su defecto, la

indemnización de los perjudicados que el incumplimiento le reporte. De aquí que puedan llamarse efectos de la obligación tanto su cumplimiento, como las consecuencias que su incumplimiento acarrea.

Sobre la base de esta idea fundamental (el cumplimiento de las obligaciones, más que un simple modo de extinguirlas, es el efecto normal de las mismas; por eso, su estudio corresponde hacerlo, mejor que en la teoría de la extinción, en la de los efectos), comienza por el examen del pago y, una vez expuesto su concepto, naturaleza jurídica y requisitos, aborda el estudio del objeto, lugar, tiempo, forma y gastos del mismo —incidentalmente trata de la imputación de pagos—. A continuación analiza el sujeto activo (distingue según sea el propio deudor o un tercero) y pasivo del pago, precisando sus respectivas capacidades, y contempla dos modalidades de éste: La dación en pago y el pago por cesión de bienes. Concluye la materia con lo relativo a la prueba del pago y, concretamente, con el examen del artículo 1.110 del Código civil.

Expuesto el cumplimiento normal de la obligación o pago, las dos secciones siguientes se destinan al estudio del incumplimiento de los deberes que respectivamente incumben a acreedor y deudor. En efecto, si bien es cierto que el acreedor, en cuanto tal y salvo que la obligación sea recíproca, no queda obligado con el deudor por el contenido de la misma, pesa sin embargo sobre él un deber: Posibilitar que éste quede exonerado de su compromiso, prestando para ello su cooperación cuando ésta fuera necesaria. En consecuencia, el deudor puede conminar al acreedor a que reciba la prestación o ponga de su parte cuanto sea necesario para consumarla, y si, injustificadamente, no lo hace, dará lugar: O a que ello provoque la imposibilidad de realizar la prestación en el futuro —en cuyo caso la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, que queda liberado— o a que se produzca sólo un retraso, llamado mora del acreedor o *mora accipiendi* (expone su concepto, requisitos, efectos y fin de la misma). Ahora bien, en este último caso sería injusto que el deudor quedara indefinidamente obligado por la sola voluntad del acreedor, y de aquí que el Ordenamiento jurídico arbitre otro procedimiento liberatorio para el deudor distinto del pago: La consignación.

Finaliza el capítulo con la teoría sobre el incumplimiento de la obligación por el deudor, examinando las causas de incumplimiento, los tipos del mismo y los efectos que de él se derivan. Por lo que se refiere a las primeras, considera como tales la culpa, el dolo, el caso fortuito y la fuerza mayor (para el autor, la distinción entre estas dos últimas figuras radica únicamente en la mayor o menor gravedad del suceso, independientemente de que sea inevitable o no y externo o no al círculo de la obligación). En cuanto a los tipos de incumplimiento, distingue el total del cumplimiento inexacto, y dentro de éste, entre el cumplimiento puntual inexacto (cumplimiento a tiempo pero mediante la realización de una prestación no exactamente igual a la debida) y el cumplimiento moroso (cumplimiento exacto de la prestación debida, pero realizado con retraso). Por último, clasifica los efectos del incumplimiento en razón a que aun sea posible obtener por el acreedor la prestación debida, o, por el contrario, sea ésto imposible, en cuyo caso el incumplimiento imputable al deudor se traduce en la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Capítulo duodécimo: Garantías de la obligación.—Considera como garantía del derecho del acreedor todo aquello que asegura su satisfacción. Junto a la garantía genérica del artículo 1.911 del Código civil —el deudor responde con su patrimonio del cumplimiento de la obligación—, existe una serie de garantías específicas con las que el acree-

dor refuerza su derecho. Muchas de éstas tienen asignadas una sede especial (así, en el Derecho de cosas se trata de los derechos reales de garantía, como la hipoteca, prenda y anticresis; en los contratos, la fianza, etc.), por lo que en este capítulo únicamente estudia aquéllas que carecen de ese enclave específico. Concretamente: Los privilegios, las acciones subrogatoria, directa y revocatoria, el derecho de retención, la pena convencional y las arras.

Por privilegio entiende la preferencia de que, por disposición de la Ley, gozan ciertos créditos para ser cobrados antes que otros, sobre los bienes del deudor o sobre alguno de ellos en particular. Tales privilegios, si bien están regulados por la ley al tratar de la clasificación de créditos con ocasión del concurso, rigen no sólo cuando se produce éste, sino también fuera del mismo, y, por tanto, pueden ser hechos valer en todo caso por los interesados y deben, asimismo en todo caso, ser respetados por el deudor. Tras estas consideraciones previas, reproduce las disposiciones del Código civil sobre el particular (a nuestro juicio, tal vez hubiera convenido precisar, al tratar del artículo 1.923-1.º que la preferencia consagrada por el mismo ha sido ampliada por leyes posteriores en el sentido de que no es sólo por el importe de la última anualidad vencida y no pagada, sino para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha).

A continuación estudia las acciones subrogatoria, directa y revocatoria. Únicamente destacaremos en esta materia ciertos aspectos: Por lo que respecta a los requisitos para la procedencia de la primera, el autor estima imprescindible —frente a la tesis sustentada por algún sector doctrinal— que el crédito en cuyo ejercicio se subroga el acreedor debe ser exigible; considera —creemos que con indudable razón— como caso de acción directa el artículo 1.597 del Código civil, en contra de lo que aparentemente mantuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de Junio de 1936; y por último, en cuanto a las condiciones para el ejercicio de la acción revocatoria, y concretamente en lo que al carácter fraudulento del acto se refiere, el Profesor ALBALADEJO estima que cuando se trate de una enajenación a título oneroso, para que proceda la acción pauliana resulta preciso que se produzca un perjuicio al acreedor y que sea fraudulenta (es decir, dos requisitos: perjuicio y fraude), mientras que si la enajenación es a título lucrativo, basta uno, el perjuicio. Esta posición suya en orden a que resulte suficiente el simple perjuicio, sin necesidad de fraude, en las enajenaciones a título lucrativo —frente a la mantenida comúnmente por la doctrina y la jurisprudencia— se basa en la consideración de que la presunción del artículo 1.297-1.º no admite prueba en contrario, pues en otro caso se permitiría que el acreedor resultase dañado por la negligencia del deudor).

Otras de las garantías especiales que puede ostentar el acreedor es el llamado derecho de retención, o facultad que en ciertos casos tiene para conservar en su poder, hasta que el deudor cumpla su obligación, una cosa que debería entregar a éste. Tras exponer los casos en que el Código civil concede este derecho y analizar los requisitos para su existencia, plantea la cuestión sobre si son posibles otros casos de derecho de retención además de los expresamente señalados en la ley: En su opinión, es factible el nacimiento por voluntad de los interesados. En cuanto a si puede admitirse que la ley lo conceda, no sólo en los casos específicamente contemplados sino, por analogía, en otros que sean equivalentes, entiende que nuestro Ordenamiento no acoge el derecho de retención como un principio general de modo que su concesión deba admitirse en cualquier caso, establecido o no en la ley. Pero hay supuestos en que procede aceptar la existencia del mismo aunque no lo

conceda la ley de forma singular, si bien tales casos no serian de concesión por analogía sino por estar insitos en el espíritu de la propia ley.

Concluye el capítulo con el estudio de otras formas de garantía: La pena convencional (no cree posible la modificación judicial de la pena si el incumplimiento de la obligación es total) y las arras.

Capítulo décimotercero: Fuentes de las obligaciones.—Considera como tales aquellos hechos jurídicos que dan lugar al nacimiento de éstas. No obstante lo dispuesto por el artículo 1.089 del Código civil, en puridad, y sobre la base del concepto antes visto, se deduce que la ley no es nunca fuente de obligaciones, sino simplemente la que puede crear fuentes, asignando a los hechos el efecto de producir el nacimiento de aquéllas. Por eso, estima que bajo la denominación de obligaciones que nacen de la ley, en realidad lo que se quiere es englobar todo el conjunto heterogéneo de hechos que aun, originando el nacimiento de obligaciones, no sean de los enumerados en dicho precepto (contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos).

Centrada de esta forma la cuestión, entiende que la clasificación científica de las fuentes de las obligaciones hay que efectuarla agrupándolas en dos bloques: Las que producen el nacimiento de la obligación porque lo quiere el sujeto (*ex voluntate*), y las que lo producen porque la ley lo dispone (*ex lege*). Aquéllas, proceden de una categoría de hechos: la constituida por los negocios jurídicos, y éstas surgen de las restantes categorías de hechos: las constituidas por los actos en sentido estricto y por los hechos naturales.

Finaliza esta materia abordando el problema referente a si la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones. En su opinión, la respuesta es en principio negativa, mas, excepcionalmente, ¿puede admitirse en algún caso? Para el autor, el más discutible es el de la promesa pública de recompensa, y, a su juicio, sabe establecer las siguientes conclusiones: En la promesa pública de recompensa, el promitente no queda obligado, por su sola promesa, a realizar la prestación ofrecida. Ahora bien, quien realice el acto por el que aquella se ofrece, puede reclamarla después, pero ello se debe a que entonces hay aceptación —por lo menos tácita ya que el exigir la prestación supone aceptar la oferta de la misma; ésto es, la obligación no nace de la sola oferta, sino de ésta unida a la aceptación.

Capítulo décimocuarto: «Extinción de las obligaciones.—Tras hacer una serie de consideraciones generales en orden a la extinción de las obligaciones, el autor pasa a desarrollar las causas más usuales, prescindiendo del pago que, como ya dijimos, lo incluye en la teoría de los efectos.

Comienza su exposición con la imposibilidad sobrevenida para el cumplimiento de la prestación, y señala los requisitos a fin de que surta el efecto de extinguir la obligación, estudia la problemática de la imposibilidad parcial y de la transitoria, y aborda la cuestión de si resulta comparable a la imposibilidad la dificultad extraordinaria, concluyendo con el tema de la subrogación del acreedor en los derechos que el deudor tenga contra terceros por razón de la imposibilidad sobrevenida.

Examina después, como causa de extinción de las obligaciones, la satisfacción, por otro medio, del interés del acreedor o la imposibilidad de satisfacerlo.

Las secciones siguientes están destinadas al estudio de la remisión (el autor mantiene el carácter unilateral de la misma frente al criterio predominante en la doctrina y jurisprudencia, más como este punto

fue aludido anteriormente omitimos aquí todo comentario), la confusión y la compensación.

Finaliza el capítulo con el análisis del concepto, requisitos, capacidad, forma y clases de la novación extintiva.

Capítulo décimoquinto: Modificación de las obligaciones.—En él se estudia lo relativo a la novación modificativa: Su concepto, obligaciones modificables, requisitos, capacidad y legitimación para modificar, su forma, eficacia de la modificación frente a terceros y clases de modificaciones (distingue al respecto entre objetivas y subjetivas, y dentro de estas últimas, entre modificación subjetiva por cambio de deudor —transmisión de la deuda— y por cambio de acreedor —supuestos de pago con subrogación y cesión de crédito—).

Capítulo décimosexto: La obligación natural.—La doctrina tradicional viene situando al lado de la obligación civil —obligación por antonomasia— la llamada obligación natural. El Profesor ALBALADEJO, como supuestos de la misma en el Código civil señala los de los artículos 1.756 (pago de intereses no pactados) y 1.901 (error en el pago). Por el contrario, no admite como verdaderos casos de tales obligaciones, el de la procedente de juego o apuesta prohibidos, ni el de la obligación de dar alimentos por oficio de piedad, según pretende algún autor.

En orden a la naturaleza de estas obligaciones naturales, frente a quienes la configuran como una obligación no jurídica pero a la que se le atribuye un efecto jurídico (irrepetibilidad del pago) o como una obligación no jurídica inicialmente pero que se convierte en jurídica cuando se paga, mantiene que estas obligaciones, no son verdaderamente tales, sino un hecho que justifica la atribución patrimonial efectuada al «acreedor», o sea, simplemente, una justa causa de tal atribución.

En cuanto a sus efectos, lo característico de las mismas es que el «acreedor» no puede exigir su pago, pero si el «deudor» voluntariamente paga, no le cabe repetir lo pagado.

PARTE SEGUNDA.—LAS DISTINTAS FUENTES DE OBLIGACIONES, EN PARTICULAR.

Capítulo decimoséptimo: El contrato en general.—Tras exponer una serie de generalidades en orden al concepto de contrato, el autor estudia la formación del mismo, comenzando por determinar los elementos esenciales que lo integran (pasa revista al artículo 1.261 del Código civil, para llegar a la conclusión de que sólo las declaraciones de voluntad de los interesados son verdaderos elementos, con exclusión del objeto y la causa); a continuación se centra en el examen de dichas declaraciones, oferta y aceptación, haciendo un breve inciso para analizar el periodo previo a la emisión del consentimiento (tratos que pueden preceder a las mencionadas declaraciones de las partes) y ocupándose, por último, de lo relativo a la forma, perfección, eficacia y consumación del contrato.

Seguidamente el Profesor ALBALADEJO aborda el problema de la capacidad contractual. Existe un punto —ya aludido en el capítulo quinto de su obra— que creemos sería conveniente precisar, pues afirma que los menores no emancipados pueden aceptar por sí solos donaciones puras, y entendemos, sin embargo, que ésto es admisible tratándose de donaciones de bienes muebles, pero no de inmuebles, ya que éstos requieren escritura pública, y la Dirección General de los Registros y

del Notariado tiene declarado que los menores no pueden comparecer por sí solos ante Notario.

Inmediatamente después desarrolla la clasificación general de los contratos, estudiando algunas clases en particular: Típicos y atípicos: unilaterales y bilaterales; consensuales y reales; transmisivos y obligatorios; conmutativos y aleatorios; instantáneos, duraderos y de ejecución periódica; normativos; de adhesión; necesarios de hecho y forzosos; finalizando con el examen de la figura del precontrato.

Los efectos contractuales son diversificados por el autor en efectos generales y efectos respecto de tercero (dentro de éstos últimos y siguiendo la orientación moderna, admite tanto el contrato a favor de tercero como el contrato con estipulación a favor de tercero). Concluye esta materia con la cuestión referente a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas.

Cierran el capítulo las teorías sobre la extinción del contrato (entre las diversas causas que pueden originarla destaca la invalidez, el mutuo disenso y la resolución por voluntad unilateral) y sobre su transmisión (institución distinta del subcontrato, según el autor).

IV.—JUICIO CRÍTICO

Si tuviéramos que resumir en pocas palabras nuestra opinión sobre la obra del Profesor ALBALADEJO serían éstas: Completa, clara y práctica. Completa, porque en su concisión, ha recogido con profundidad la problemática total de nuestro Derecho civil.

Clara, por su perfecta sistemática y porque el autor ha sabido huir de erudiciones innecesarias que sólo conducirían al oscurecimiento del fondo de las cuestiones.

Y eminentemente práctica porque, en todo momento, la opinión particular ha ido refrendada con el fallo jurisprudencial, o, a fin de evitar posibles confusiones, ha hecho constar expresamente la divergencia de criterios.

Para concluir, sólo nos queda resaltar cómo el autor ha sido plenamente fiel con el camino que él mismo marcó en las primeras palabras del Prólogo: «Este libro he procurado escribirlo yendo al grano, discuriendo por el nervio de las cuestiones, y tratando éstas con toda la sequedad y síntesis que, sin omitir nada necesario, me ha sido posible».

DAVID GARCÍA VITORIA

Aspirante al Cuerpo de Registradores de la Propiedad

BETTI, EMILIO: *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969.

Se trata de una obra recogida en dos tomos: El primero de 387 páginas y el segundo de 493, con numerosas citas de preceptos del Código Italiano y adornada de notas de Derecho Español, concisas, generalmente de concordancia remitida a textos legales y sólo las imprescindibles para facilitar la lectura de la obra y la recepción, por el lector, del pensamiento del autor.

Comienza la obra con un prólogo del traductor, destacando la personalidad del autor: El profesor EMILIO BETTI, que ha sido uno de los

más importantes juristas Europeos del siglo xx y seguramente el jurista italiano contemporáneo más universal.

Dentro de la labor fecunda y notable del profesor y jurista italiano, hemos de concretarnos hoy, a su «Teoría General de las Obligaciones», siguiendo la traducción que de dicha obra realiza José Luis de los Mozos, que procura guardar en todo momento la fidelidad del pensamiento y de dicción con el original, respetando, al verter el texto al castellano, la vivacidad de expresión y brillantez, concisa y rigurosa, que cobra el lenguaje del autor.

El primer volumen de los dos que forman la obra, consta de dos secciones: la primera, encuadrada bajo el título «Prolegómenos a una Teoría General de las obligaciones», dividida en varios apartados; y la segunda, que trata de la «Estructura de las relaciones de Obligación».

El primer punto que aborda en la Sección primera de este volumen, es el relativo a la función económico-social de las relaciones de obligación y necesidad de la cooperación ajena; siendo su propósito llegar a precisar el problema social que la constitución de relaciones obligatorias trata de resolver, poniendo en claro la diferencia esencial existente entre el problema práctico de la relación de derecho real y el problema práctico de la relación de obligación, diferencia que hay que encontrarla, según dice, en que en las primeras se resuelve un problema de atribución de bienes, mientras que en la de obligación se resuelve un problema de cooperación o de reparación en las hipótesis de responsabilidad aquiliana; viendo en la cooperación el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de Obligaciones. Después de haber esclarecido esta distinción examina algunos casos de Cooperación, que califica de patológicos, no sin antes destacar que la crisis de cooperación, es hoy, un fenómeno frente al cual el jurista no puede y no debe cerrar los ojos. Examinados los diversos fenómenos anormales en los cuales se advierte, tanto desde el punto de vista jurídico como sociológico, la crisis actual de la cooperación, centra su atención investigadora sobre aquel elemento de la relación obligatoria que se convierte en calificar como «prestación» (o cooperación debida), y en la que distingue un momento subjetivo, que se refiere a la conducta de cooperación requerida al deudor, y un momento objetivo que se refiere a la utilidad que la prestación es llamada a aportar al acreedor, utilidad, que normalmente coincide con la indicada conducta de cooperación.

Fijado el concepto de prestación y examinadas las clases de conducta en que puede consistir, en la variedad de las relaciones obligatorias, la materia que por conexión lógica aborda a continuación en el desarrollo de esta teoría de las obligaciones, concierne a los requisitos fundamentales de la prestación. A este respecto trata de la licitud, posibilidad y determinación de la prestación, completando el examen de estos requisitos con el estudio del carácter patrimonial de la prestación y el carácter no necesariamente patrimonial del interés del acreedor.

Para entender el problema de la cooperación a la que sirve la relación obligatoria, afronta un concepto fundamental que es el de la buena fe, destacando cómo de ella en los artículos del Código civil, se habla en muy diversos sentidos y viniendo a estimar como de mayor importancia en una teoría general de las obligaciones, el que la considere tanto como criterio hermenéutico en cuya medida debe ser interpretado un contrato, como en cuanto criterio de conducta, según el cual deben ser cumplidas las obligaciones nacidas tanto de obligaciones contractuales como de obligaciones que tienen fuente diversa del contrato. La buena fe, es a su juicio esencialmente una actitud de coope-

ración que vincula al deudor a poner las energías propias al servicio de los intereses ajenos a la vista de un cumplimiento del que responde con todos sus bienes.

Agotado el examen de la buena fe, del criterio de la buena fe, en las diversas relaciones jurídicas y fijada la noción del compromiso de cooperación debido en interés ajeno (buena fe contractual) trata también de otro tema que se alinea con éste en una exposición que tiene presente la función de las relaciones de obligación; es decir, el tema del ilícito (daño), ya sea contractual, ya extracontractual o aquiliano.

A continuación enfoca el problema del riesgo contractual y de los varios criterios sobre quien soporta tal riesgo, para terminar la primera sección de este primer volumen, llamándonos la atención sobre el supuesto de que sobrevenga una excesiva onerosidad en la prestación debida y descubriendo una cierta afinidad entre las hipótesis de que sobrevenga una imposibilidad objetiva de la prestación, que plantea el problema del riesgo contractual, y la hipótesis de que sobrevenga una excesiva onerosidad, que plantea un problema de equidad de la cooperación; poniendo así en claro las afinidades y diferencias de ambas cuestiones y llegando a la conclusión de que la *ratio iuris* del remedio a una excesiva onerosidad no se debe buscar ni en una «Voluntad marginal», ni en la «Base del negocio», ni en el «Solo elemento causal del negocio», sino más bien en una exigencia de conservar el coste inicial de la prestación, que responde a la exigencia de equidad en la cooperación entre deudor y acreedor en cuanto a la distribución de los riesgos que exceden del aleas normal del contrato.

La sección segunda del primer volumen de la obra de BETTI se ocupa, como apuntamos, de la estructura de las relaciones de obligación y dentro de ello aborda la cuestión del nexo entre obligación y acción, fijando la diferencia existente sobre este punto entre el Derecho Moderno y el Derecho Romano clásico, donde el nexo resultaba ser más íntimo y profundo que en Derecho Moderno. Hecho esto, atiende a precisar las nociones de responsabilidad y de débito y después de hacer una rápida consideración sobre las relaciones entre una y otra en la obligación romana clásica y en la moderna, las compara para poner de relieve sus principales diferencias de estructura, comenzando por considerar a una y otra bajo el aspecto del débito, para pasar después a considerar la obligación en el aspecto de responsabilidad tal como se manifiesta en su actuación. Examinada la antítesis entre la obligación moderna y la obligación romana, hace un resumen y llega a la conclusión de que el concepto de la obligación como derecho a la satisfacción sobre la persona física del obligado, o sobre el patrimonio considerado como expresión tangible de la persona del obligado, es tanto más adecuado a la obligación romana, arcaica o clásica, cuanto repugna a la obligación moderna. Después de esta conclusión refleja y critica las distintas definiciones de la obligación actual, y cierra estas críticas (y con ello el primer tomo de la obra) enunciando la definición que considera más adecuada de la obligación moderna.

Terminado el primer tomo de su obra, el segundo lo inicia BETTI con la sección tercera, donde afronta en primer lugar el problema de las fuentes y vicisitudes de la obligación. Cree, anticipando sus conclusiones que una orgánica y radical clasificación de las fuentes puede sistematizarse así: a) Obligaciones nacidas de un negocio jurídico, sea éste un contrato dotado o no de una denominación y disciplinas propias o un acto unilateral; b) Obligaciones que la ley anuda a una situación de hecho que es capaz de engendrar un contrato social entre dos esferas de intereses o una relación cualificante; c) Obligaciones nacidas de un desequilibrio patrimonial o de un hecho ilícito que esa causa de un daño injusto para la otra parte.

Con evidente claridad realiza un recorrido histórico sobre el problema de las fuentes en Derecho Romano hasta la clasificación bizantina iluminando por todos los lados el planteamiento del problema en lo que se refiere a la doctrina, hasta llegar al Código de Napoleón y al civil italiano. Comienza por tanto con la clasificación bipartita, hablando del delito y del contrato con su heterogeneidad de significados, continúa con la tripartita de Gayo, trata después de la división cuatripartita bizantina de las fuentes de las obligaciones, llegando por último al artículo 1.370 del Código francés y al 1.097 del código civil italiano. Hecha la evolución histórica, examina detenidamente el contrato como fuente de obligaciones, bajo el aspecto de las manifestaciones de la autonomía privada y de la tutela unida a ella bajo el prisma del aleas normal del contrato, de la onerosidad y del sinalagma; sigue con el cuasicontrato y concluye esta parte con la exposición de las restantes fuentes, es decir, de los actos ilícitos (delitos o cuasidelitos).

Siguiendo el hilo de su teoría general de las obligaciones, hace también un estudio de las varias funciones sociales de cooperación que caracterizan las fuentes de obligación, distinguiendo además de las funciones de circulación de bienes y crédito: Funciones de garantía, de cooperación consistente en la prestación de un opus, de cooperación o intermediación gestora, de cooperación personal de trabajo, de cooperación asociativa que está basada en una puesta en común de fuerzas, bienes y aportación personal para la obtención de un fin de interés común y finalmente, una función de cooperación, que llama negativa, consistente en la exigencia de reparar un daño injusto causado por un miembro de la comunidad a otro que se encuentra en la obligación por hecho o actos ilícitos en los que la razón que justifica el nacimiento de la obligación puede ser de naturaleza varia. Expuestas las diversas funciones de cooperación y después de haberlas considerado en si mismas pasa a la distinción de estas mismas funciones según el criterio del hecho social a que van ligadas.

Cuando analiza el cuasicontrato trata de la naturaleza jurídica de la gestión de negocios ajenos y del pago de lo indebido; estudiando también detenidamente el campo de aplicación y naturaleza del enriquecimiento injusto como fuente de obligación; dando por concluida la primera parte del segundo volumen de su obra, ofreciéndonos al encuadramiento sistemático de la responsabilidad extracontractual o aquiliana teniendo presentes los límites jurídicos de la calificación de «daño injusto» que la lesión del interés de un miembro de la comunidad asume en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de un hecho referible a la esfera jurídica del otro miembro.

Hecha la reseña de las fuentes de obligación examina las vicisitudes de las mismas mediante una exposición que recoge las materias tratadas en un curso de cuarenta y cinco lecciones, completando de esta forma la teoría general de las obligaciones que basa sobre la idea fundamental de la cooperación.

Comienza sus magníficas lecciones ofreciéndonos un minucioso examen de la modificación de las obligaciones, y después de fijar y mostrarnos una visión general de los diversos tipos de modificaciones y de intereses en la modificación, procurando iluminar los elementos característicos, con el fin de diferenciarlos, los examina detenidamente, comenzando en primer termino con la sucesión particular en la relación obligatoria, que diferencia de la universal y ambas, de otro tipo de modificación de la obligación que designa con el nombre de subrogación. Habla a continuación de la cesión del contrato, que representa a su juicio la forma más completa de sucesión a título particular en una relación de obligación, tratando de su función y estructura y examinando los efectos que produce en las relaciones entre cedido y cedente,

entre cedido y cesionario y por último entre cedente y cesionario. Otros supuestos que aborda son los de: Cesión del crédito, «cessio pro soluto», «cessio pro solvendo», y adjudicación judicial del crédito, indican brevemente las diferencias que se producen entre una cesión de crédito con la delegación, la novación y la subrogación sin nexo derivativo. En la subrogación llega a presentar incluso figuras de Derecho Tributario, que con ella guardan relación, tales como: El sustituto del impuesto y el auxillar de pago. Contempla también la subrogación en la posición del acreedor como medio de resolver el problema práctico de dar mayor celeridad a la circulación del crédito.

Inmediatamente después y dentro igualmente del concienzudo estudio que realiza de la modificación de las obligaciones, nos habla de la delegación, poniendo de manifiesto las diferencias que le separan de la indicación de pago y de la expromisión, consistente esta última en una asunción de deuda operada por un tercero frente al acreedor, sin una previa autorización del deudor; la cual a su vez es distinta de la llamada «asunción independiente», que opera cuando el deudor y un tercero, convienen que éste asuma la deuda del primero y el acreedor se adhiere a la convención, haciendo así irrevocable la estipulación a su favor. Una vez que ha hablado de la asunción ya delegatoria, ya expromisoria o ya independiente, refiriéndose siempre a negocios jurídicos que deben su existencia a la autonomía privada, toma en consideración determinadas situaciones físicas de hecho, en las cuales a falta de tales negocios, la ley misma les provee de efectos jurídicos peculiares, análogos a los que dichos negocios operan; en muchas de las cuales se verifica un fenómeno de accesión legal en la responsabilidad y, a veces, de sucesión legal en la deuda.

Finalmente examina la novación identificándola con el fenómeno de una conversión de la relación por absorción para pasar a reflejar brevemente las modificaciones resolutorias de las obligaciones, deteniéndose especialmente en la resolución de la exclusión, esta última como modificación de la obligación parcialmente resolutoria, propia de los contratos plurilaterales.

Concluida la exposición de las modificaciones de la relación obligacional que afectan a los sujetos, se limita a hacer una simple indicación y un reenvío de las que afectan al vínculo, como la mora del acreedor y del deudor y de las que conciernen al objeto, las que a su vez, pueden configurar una conversión (novación objetiva), o bien la extinción de la obligación, como por ejemplo ocurre con el pago.

En otra de las secciones de este segundo tomo de su obra, el autor nos pone en contacto con la defensa de las obligaciones preventivas y con posterioridad al incumplimiento. En el ámbito de los medios de defensa preventiva distingue: a) medios de defensa preventiva que guardan al acreedor contra los peligros de insolvencia, grupo al que pertenecen, entre otros, la pérdida del beneficio del término, la cesión de bienes a los acreedores, abandono de bienes hereditarios etc., y b) medios que protegen al acreedor atendiendo a la conservación de la garantía patrimonial (contra los actos de disposición) o dirigidos a prevenir su disminución, en los que a su vez diferencia los que se dirigen contra actos de por sí inválidos, como en el caso de la simulación, y medios como los cuatro cautelares y auxiliares en sentido lato dirigidos contra actos por sí válidos, pero lesivos o contra un comportamiento pasivo (secuestro conservativo, acción subrogatoria, acción revocatoria y separación de bienes). A los cuatro medios indicados añade además la subrogación legal o «cessio legis» que se deja a la iniciativa del acreedor.

Efectuado el fino análisis del cuadro general de los medios preventivos concedidos por la Ley a los acreedores con el fin de mantener

integra la garantía patrimonial ordenada para el caso de incumplimiento imputable, correspondiente del lado activo a la responsabilidad del deudor, considera separadamente los cinco medios de índole cautelar y auxiliar que antes hemos mencionado. Comenzando con la acción subrogatoria, después de haber dibujado la calificación y caracterización jurídica de la misma, analiza su estructura dogmática, según los perfiles jurídico y procesales que deben tenerse presentes en el ejercicio de una acción subrogatoria.

Hecho esto, examina la acción revocatoria, estudiando en primer término sus precedentes históricos, después la «causa petendi», el «petitum», y termina con el problema de la legitimación pasiva.

Siguiendo la exposición de los demás remedios que corresponden a los acreedores para la tutela de sus créditos, se enfrenta con el secuestro conservativo (o embargo preventivo) y posteriormente con el beneficio de separación de bienes del difunto en favor de los bienes del heredero.

Perfilando la defensa preventiva de las obligaciones, considera también conveniente ofrecernos el estudio de otro medio que no tiende a mantener íntegra la garantía patrimonial como tal, sino que atiende a asegurar al acreedor un derecho potestativo, que consiste en el poder de apropiarse del crédito que corresponde al deudor contra un tercero, pasando de este modo al examen de la sustitución legal de un crédito del deudor encomendada a la iniciativa del acreedor.

Concluido el estudio de la defensa preventiva de las obligaciones, da por terminada su teoría general de las mismas, haciendo un examen de la defensa de la obligación como consecuencia de su incumplimiento, regulada por cierto, en diversos preceptos del Código Italiano actual, precisamente en el libro sexto, título IV, dedicado como dice su rúbrica a la tutela, jurisdicciones del derecho, respecto a los cuales BERTI no hace una exégesis de gran profundidad sino que simplemente llama la atención sobre los que presentan una mayor importancia en cuanto se revelan como otros tantos aspectos de la sanción que la Ley dispone en favor del acreedor para tutela de su interés en el caso de su expectativa primaria, que tiende a obtener la cooperación del deudor, se haya visto defraudada de forma imputable al mismo deudor.

En definitiva, en palabras de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, traductor de la obra, en este libro, el lector encontrará sugerencias incontables, datos precisos para hacer una fácil reconstrucción de cualquier aspecto o punto que le interese esclarecer, en relación con cualquier cuestión práctica que en la materia se le presente en su actividad profesional y, sobre todo, un criterio seguro que desde cualquier aspecto le dará una pauta para reconstruir sus conocimientos jurídicos sobre la «Teoría General de las Obligaciones».

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

ESPIN CANOVAS (D.) *«Manual de Derecho civil español»*. Tercera edición. Volumen V. Sucesiones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970.

El comentario que este recensionista hace de la tercera edición del volumen V, sobre la materia de Sucesiones de la obra general sobre Derecho Civil de ESPIN CANOVAS, es puramente comparativo. No vamos ahora a descubrir al lector avisado los valores que la obra citada encierra y sólo creemos debe ser destacada la novedad que la última edición presenta. La operación comparativa la hacemos con la primera edi-

ción de dicha obra que aparece en el tomo que comentamos, en el año 1957. Precisamente el año en que se otorga a la misma el Premio Jerónimo González.

Es preciso retroceder en el tiempo. Una de las partes que más atención, cuidado, desarrollo y especialización provoca en la doctrina, vencidos los años cuarenta, es el Derecho Sucesorio. Parece como si hubiera habido una consigna y a su conjuro fueran saliendo a la luz los numerosos trabajos monográficos sobre esa parte del Derecho. Debe destacarse la importante participación que en este movimiento tiene el cuerpo notarial, pues del numeroso grupo doctrinal que ofrece estudios la mayoría pertenece a dicho cuerpo. Es difícil señalar quién es el primero que abre marcha en esta aportación estudiosa, pero sin ánimo de ser rigurosamente preciso vamos a ir señalando nombres y cada cual ponga el orden y señale las posibles ausencias. Deben ser citados GONZÁLEZ PALOMINO con sus críticos estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio; ROCA SASTRE con su teoría de lo rústico y lo urbano y su fabulosa aportación doctrinal a través de sus estudios sobre Derecho Privado; NÚÑEZ LAGOS en su genial prólogo a la obra de MARIO ARMERO «Testamento y Particiones»; GONZÁLEZ COLLADO, ROMERO CERDEIRIÑA, PÉREZ SAUQUILLO, FUENMAYOR, ORTEGA PARDO, PORPETA, etc., que abordan la problemática de la institución de la legítima; MARIN MONROY, SIERRA BERMEJO, DIEZ PASTOR, etc., etc., sobre diversos puntos del derecho sucesorio; VALLET DE GOYTISOLO con su portentosa aportación en sus apuntes sobre Derecho sucesorio y otra serie de trabajos también muy importantes; ALBALADEJO, MANUEL DE LA CÁMARA, FLORES MICHEO, SAENZ DE SANTAMARÍA, JORDANO BAREA y tantos otros que pusieron en un serio aprieto a los autores de obras generales sobre Derecho civil para ordenar, sistematizar, encuadrar y resumir sus diversas posturas.

Y así sucedió que mientras otras obras retrasaban la salida del tomo sobre sucesiones, ESPÍN CANOVAS hace de abanderado y completa su obra con el volumen V, sobre la materia de sucesiones. La importancia de la aparición de ese libro en el año 1957 debe ser resaltada a la hora de valorar esta tercera edición de la obra objeto particular de esta recensión. Los que por razones particulares tuvimos que manejar toda la bibliografía sobre sucesiones que fue por entonces apareciendo, otorgamos a la obra de ESPÍN el gran respeto que merece un trabajo serio y concienzudo que ofrece al lector en forma abreviada las principales opiniones sobre la materia tratada. Es lógico, pues, que la obra fuera galardonada por el citado premio.

De aquella edición a esta han pasado unos años y la doctrina y los trabajos que esta ofrece se han ido puliendo, pensando, relejendo y provocando ciertas alteraciones en esta nueva edición. Se ha alterado algo la sistemática del volumen sobre todo en la primera parte referente a principios generales, dejando intocada sistemáticamente hablando, las otras partes referentes a las cuatro clases de sucesiones: testada, contractual, forzosa e intestada. Se sigue respetando, además del índice sumarial, la lista bibliográfica de obras, aparte de las citas que se hacen al pie de la página de diversos trabajos concretos. Se añade, sin embargo, con acertado criterio, un índice de conceptos que sirven para localizar más rápidamente la cuestión buscada. De las trescientas y pico de páginas se han pasado actualmente a las quinientas y pico. Existe también una clave de abreviaturas.

Estas notas genéricas sobre sistemática, ordenación de materias, bibliografía etc., no dan más que una visión genérica de la obra y, por ello, se hace preciso descender a detalles lo cual nos obliga a dividir esta recensión en dos partes, para luego ir distinguiendo en cada una de ellas el material acumulado y los temas tratados.

A) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

a) *Sucesión «mortis causa».*

Tres fundamentales puntos aborda el autor dentro de este epígrafe: el de herencia, el de la diferencia entre heredero y legatario como consecuencia de la contraposición entre sucesión a título universal y a título particular, tratando especialmente el problema del legatario de parte alicuota, y la distinción entre sucesión testamentaria y legal.

En materia de herencia, después de ofrecernos la evolución histórica y la conocida tesis de BONFANTE, estudia detenidamente las tres clases de teorías que pretenden explicar el fenómeno sucesorio: las teorías objetivas, subjetivas y las intermedias, defendida estas últimas en nuestra patria por CASTÁN y LACRUZ con base en la postura de BINDER. El autor se limita a la exposición sin pronunciarse por ninguna. Sucede un poco lo mismo con la sistematización de las teorías, objetiva, subjetiva y acumulativa, que utiliza para encuadrar la diferenciación entre heredero y legatario. Solamente al hablar del legatario de parte alicuota y comentar el criterio jurisprudencial se pronuncia el autor positivamente en relación con la doctrina jurisprudencial que con acierto separa la figura del legatario de parte alicuota de la del heredero. En relación con la distinción entre sucesión testada y legal se aprovecha la ocasión para exponer los diferentes modos sucesorios admitidos por el ordenamiento español.

b) *Adquisición y renuncia de la herencia.*

Dentro de este apartado se estudian una serie de conceptos básicos que entran en el concepto genérico del negocio jurídico unilateral de aceptación o repudiación. Se trata sucesivamente de la diferenciación de tres conceptos: el de apertura, el de la delación y el de la adquisición de la herencia, para luego examinar la situación de herencia yacente, el problema de la capacidad para suceder, la indignidad, el negocio de aceptación en forma simple y con beneficio de inventario, el derecho de deliberar, el acto formal de la renuncia hereditaria y la problemática de la enajenación de la herencia.

Claramente se advierten divergencias expositivas en los temas tradicionales. Se interfieren los estudios sobre capacidad para suceder con su secuela de incapacidades y el problema de la indignidad que tradicionalmente se han estudiado al enfocar la llamada sucesión testada. Igualmente es «res nova» en esta exposición el problema de la enajenación de la herencia que remata el capítulo correspondiente. En él se plantean una serie de problemas, pero queda a mi entender sin plantear el de la enajenación de la herencia y el derecho de acrecer consiguiente cuando existan diversos herederos y el supuesto surja. Por lo demás se ajusta la exposición a los cánones tradicionales y dentro de la aceptación o sistema de adquisición de la herencia, el autor se pronuncia por la tesis romanista de la aceptación. En materia de herencia yacente se adhiere a la postura de ROCA SASTRE y en la correspondiente a la aceptación se inserta el problema del beneficio de separación de bienes.

c) *Pluralidad de herederos.*

Bajo este título genérico cobija el autor tres puntos cuyo orden expositivo es el siguiente: el derecho de acrecer, la comunidad hereditaria y el fin de esa comunidad representado por la partición.

Respecto del derecho de acrecer, el autor enfoca la cuestión considerando que él mismo es un fenómeno encuadrable dentro del sistema comunitario. Después de explicar su sentido histórico, perfila su funda-

mento a través de la teoría subjetiva, que es la más seguida incluso por la jurisprudencia, y la objetiva que defiende casi en solitario BELTRÁN DE HEREDIA. Estudia la institución a través de la sucesión testamentaria, forzosa, intestada, legatarios y usufructuarios, para luego precisar sus efectos y el problema de la renuncia a la porción acrecida en el que militan tres posturas: la clásica que considera potestativo el derecho de acrecer, la intermedia de LACRUZ que distingue entre parte acrecida y cuota originaria y la de BELTRÁN DE HEREDIA y ROYO MARTÍNEZ que considera forzoso el acrecimiento.

En materia de comunidad hereditaria, aparte de su construcción dogmática, se estudian los problemas de los actos de administración y disposición, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad y la enajenación de la cuota con su posibilidad del derecho de retracto. Respecto de la partición, o institución que termina con la de la comunidad, se plantea el estudio en relación con el sentido histórico de dos legislaciones: la romana (intercambio o permuta recíproca de partes indivisas) y la francesa que defiende el carácter declarativo de la partición. Trasladando la preocupación de la naturaleza al derecho español examina la tesis traslativa, la declarativa y la determinativa de MARTÍN LÓPEZ que es elevada por la doctrina italiana a la categoría de negocio jurídico de fijación. Después de exponer lo relativo a la acción de partición y personas que pueden ejercitarla, examina detenidamente los casos de las diversas particiones realizada por el testador, el comisario, los herederos y las operaciones que la misma comprende. Su exposición es lo suficientemente amplia para dar una idea genérica y de última hora sobre los principales problemas planteados. Se complementa el tema con el problema de la colación, su naturaleza y su estudio dimensional en elementos y afectos; igualmente se sigue la materia exponiendo los posibles aspectos patológicos de la partición: nulidad, rescisión y modificación. Antes de estos aspectos se expone el problema del pago de las deudas hereditarias y, por último, la incidencia que representa la posible suspensión de la partición en el caso de que la viuda quede embarazada.

d) *Adquisición hereditaria sujeta a reserva.*

Distanciándose de las exposiciones clásicas que engloban en un solo esquema expositivo las dos clases de reservas existentes (aunque G. PALOMINO y SERRANO y SERRANO discutieron sobre la existencia de otras), el autor se limita en este capítulo a exponer la reserva clásica o del cónyuge viudo, para encuadrar la *troncal* o *lineal* en la parte correspondiente a la legítima.

Son abordados los principales problemas que la reserva clásica plantea cuidando en su exposición el ofrecimiento de las tesis de los punteros autores que sobre el tema se han ocupado.

e) *Protección de la herencia.*

El capítulo concentra en su exposición la defensa de la herencia a través de las acciones que la protegen y especialmente la llamada acción de petición de herencia con su problemática en cuanto a su naturaleza (donde expone las tres teorías de la acción como real y universal; personal o de estado y la de carácter complejo o variable) la legitimación para su ejercicio y la prescripción. Se completa el capítulo con el estudio del aspecto registral o lo que es lo mismo, el reflejo que la herencia ha de tener en el Registro de la Propiedad según exista un solo heredero o varios para su debida protección.

B) CLASES DE SUCESIONES.

Tanto el epigrafe como la división hecha por nosotros en esta re-
censión no se corresponde a la sistemática que adopta el autor, pues
éste en vez de dos partes divide el libro en cinco, lo que sucede es que de
la segunda a la quinta están destinadas precisamente al estudio de las
cuatro clases de sucesión existentes.

a) *Sucesión testamentaria.*

Dentro de la misma se comprenden unas notas previas dirigidas a
encontrar el testamento y sus formalidades en cuanto a capacidad,
incapacidades, asistencia de testigos e identificación y capacidad del
testador. Luego ya se van exponiendo las diferentes formas testamen-
tarias (comunes abiertos, testamento cerrado, ológrafo, testamentos
comunes excepcionales, testamentos especiales y las formas prohibidas
de testar), en cada una de las cuales se recogen los principales puntos
que esta serie de formas testamentarias ofrece. Salvo en ligerísimas
ocasiones el autor no se refiere a las especialidades forales.

Acertadamente incluye en capítulos especiales, pero referidos a la
sucesión testamentaria, el contenido típico del testamento a través de
la institución de heredero, sustitución hereditaria, con un estudio es-
pecial referido al derecho catalán, el legado, así como los problemas
de la interpretación y ejecución del testamento y su posible ineficacia
a través de las causas de nulidad, caducidad y revocación.

b) *Sucesión contractual.*

Después de un concepto genérico de dicha clase de sucesión, pasa
a exponer las pocas manifestaciones de la misma en el derecho común
español, deteniéndose en las manifestaciones forales de la misma (Ara-
gón, Baleares, Cataluña, Navarra y Galicia) y haciendo un estudio es-
pecial de la sucesión contractual del hijo adoptivo que en la actualidad
no sirve más que como un recuerdo histórico de una legislación re-
cientemente derogada, precisamente después de la aparición del vo-
lumen que comentamos.

c) *Sucesión forzosa*

Se comprende dentro de la misma el amplio estudio dedicado a la
legítima y su configuración doctrinal, puntos de arranque necesarios
para luego ir exponiendo todo el aspecto personal y cuantitativo de la
regulación. Al estudiar la legítima de los descendientes legítimos in-
cluye el referente a la mejora y al exponer la de los ascendientes es-
tudia el problema de la reserva del artículo 811 y el derecho de rever-
sión del 812. Después de ofrecer la legítima de los hijos y padres na-
turales, adoptivos o ilegítimos, hace un estudio de la correspondiente
al cónyuge viudo. Al no haberse podido recoger la ley sobre adopción,
deja sin resolver esa serie de problemas y alteraciones que la misma
ha venido a crear.

La sucesión legitimaria hubiera quedado incompleta en su estudio
si el autor no hubiese incluido dos capítulos importantísimos destina-
dos a la protección de la legítima (con los problemas de la indisponi-
bilidad de la legítima, la determinación del caudal hereditario, la re-
ducción de donaciones, el complemento de la legítima y la preterición)
y a la privación de la legítima en virtud de justa causa de desheredación.

d) *Sucesión intestada.*

En ella se estudian los principales problemas que esta clase de sucesión plantea y fundamentalmente cuándo puede considerarse procedente la misma, teniendo en cuenta su carácter subsidiario. Los órdenes de suceder y los diferentes modos en las diversas líneas, juntamente el estudio de la sucesión del cónyuge y el Estado, completan la materia ofrecida.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

GARCÍA TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO: «*Tratado de Derecho administrativo*». Tomo III. Volúmenes I y II. Revista de Derecho privado. Madrid, 1970.

Llega puntual, en su ciclo trienal, el tercer tomo de la obra de GARCÍA-TREVIJANO, Doctor de la Universidad de Eolonia, Letrado del Consejo de Estado y Catedrático de la Universidad de Madrid. Se presenta al público dividido en dos volúmenes, densos y apretados, que rebasan las 1.000 páginas.

Creo que podríamos encuadrar genéricamente, y por tanto este tercer tomo, la obra de GARCÍA-TREVIJANO en aquellas palabras que pronunciara en la Academia de Jurisprudencia y Legislación ANTONIO AGÚNDEZ al decir «Encontrar el justo significado de las palabras de la ley es función del jurista, para así realizar el Derecho dentro de la Justicia humana. Ello supone una actividad eminentemente intelectual, pero también y sobre todo, dirigida a fines reales de la vida». La decisiva importancia y la palpitante actualidad del Derecho Administrativo exige que las obras encuadradas en este campo jurídico respondan a esa idea apuntada y en la obra que recensionamos se cumple perfectamente el pensamiento citado.

En el prólogo del tomo II decía el autor que la segunda parte del Derecho Administrativo se refería al elemento humano, aunque en dicho tomo sólo se recogiese el aspecto estático o inerte que suponía la fotografía del ordenamiento español y los principios de su organización. Reservaba para un tercer tomo el aspecto vivo y dinámico del elemento humano administrativo. Ahora, en este tercer tomo se advierte al lector la misma idea. El tomo primero se refería a la infraestructura, el segundo al elemento humano en su posición estática, el tomo tercero supone el dinamismo de la gestión administrativa y el último tratará de los instrumentos que los protagonistas utilizan en su trabajo. El tomo ahora comentado, pues, trata de lo que en la técnica jurídica se denomina función pública.

Mientras en el primer volumen se juega con el problema histórico, se profundiza con el concepto de funcionario, se precisa la naturaleza de la relación de servicio, en el segundo se llega a minimizar el contenido propio de la relación de servicio en su proyección de derechos y deberes, reglamentaciones, responsabilidades, derechos pasivos, y reglamentaciones especiales que completan la regulación legal. Ajustándonos a esa distinción, dividiremos esta recensión en dos grandes partes que exigen dos volúmenes del presente tomo.

VOLUMEN I

A.—BASES HISTÓRICAS DEL FENÓMENO BUROCRÁTICO. DE LA BUROCRACIA A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La historia sigue imperando en las instituciones. La esencia de cualquier concepto jurídico exige una regresión histórica que perfila datos y hace explicable el carácter y notas que acompañan al mismo. Por ello el autor cuida esta parte histórica que explica el «ser vivo biológicamente» de la persona que actúa por y para las organizaciones.

Inicia el estudio con los Estados Orientales, Egipto y Grecia, en los que destaca el carácter sacramental y guerrero de los funcionarios. Las primitivas monarquías son teocráticas en el doble sentido expuesto por JELLINEK, de estar limitadas por el poder divino y ser al mismo tiempo representantes de él. No existió burocracia en el sentido de la palabra actual, salvo en Egipto donde el funcionario estaba bien preparado, gozaba de prestigio y era eficiente.

En Roma hace el autor surgir, por así decirlo, el desarrollo del sentido burocrático de los cargos y oficios públicos. La razón de ello se debe al inmenso territorio que hubo que dominar y administrar en la etapa de la Roma Imperial. Distingue fundamentalmente en su preciso y documentado estudio, la etapa monárquica (donde el funcionario ejercía potestades delegadas, pero no propias), la etapa republicana (donde se distingue entre caracteres de las magistraturas, las clases y los poderes de los magistrados) y la etapa imperial donde surge la burocracia y el funcionarismo. Todas las magistraturas republicanas se difuminan y se sustituyen por el «funcionario imperial». Las características de la burocracia imperial son: la falta de homogeneidad, la distinción entre carreras superiores (senatorial y ecuestre) e inferiores (civiles o militares) y la evolución que unas y otras experimentan.

La edad Media representa la vuelta a la vieja idea de que los cargos y empleos civiles deben desempeñarse por militares y así a los condes y duques (verdaderos funcionarios) los nombra el rey entre sus seguidores, los cuales suelen ser acompañados de otros funcionarios (como el Canciller Mayor, custodio del sello real, el Notario mayor, redactor de los documentos oficiales, etc.). No puede hablarse de burocracia, ni de carreras administrativas, ni de nada que recuerde la idea de conjunción y homogeneidad administrativa.

Frente a la poliarquía medieval el Renacimiento configura un nuevo tipo de Estado que se apoya en dos firmes pilares: el ejército permanente y la burocracia. Los apoyos burocráticos dan a la moderna construcción del Estado sus netos contornos y condicionan el carácter relativamente estático de su estructura (HELLER). El nuevo funcionario va a cobrar un sueldo en periodos fijos, que saldrá de la caja del Estado, y eso les da independencia.

Para terminar de configurar históricamente la figura del funcionario el autor estudia sucesivamente una serie de posturas doctrinales que se han ido sucediendo. Así se refiere en primer lugar a la doctrina cameral cuyo principal artífice es JOHNSON, el modelo weberiano debido a la obra de MAX WEBER que partía de la base de la necesidad de un cuadro administrativo y las críticas que al mismo se han hecho por diversos sectores doctrinales (la doctrina americana con CROZIER y su teoría de las relaciones humanas; la posición de FINER que distingue entre actividad y organización del funcionario; la postura de M. MARX; la de LASKY, la de FRIEDRICH, la de VON MISES; la de DIMOCK, la de MERTON y la de PALOMBARA.

Seguidamente y en el mismo capítulo, se afrontan una serie de problemas como son el de la delimitación conceptual del término «buro-

cracia» y que tomado en sentido o dimensión horizontal puede predicarse de toda estructura organizativa y en su dimensión vertical estaría integrado por funcionarios profesionales, si bien cabe hablar de grados de burocratización en otras esferas, tales como las eventuales, interinos, contratados, trabajadores, etc. Igualmente afronta la crítica hecha a la burocracia o el sentido peyorativo de la palabra, aunque realmente los ataques no suelen ser dirigidos a la burocracia, sino al sistema que la hace posible y a este respecto hace la inevitable cita de la «Ley Parkinson». Otro de los problemas es la relación o posición del poder político frente a la burocracia, o sea el de la fijación de límites de la burocracia respecto de la esfera política. Termina el capítulo con una exposición de los grandes sistemas burocráticos (que a su juicio pueden reducirse a dos, el de sistema de puestos de trabajo y el sistema de carrera) y el último peldaño que transforma al burócrata en funcionario público entendido por función pública «el conjunto de personas ligadas por una relación de trabajo o de servicio a la Administración pública». Su última conquista es la de un «estatuto».

B.—EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

La parte histórica está ahora referida a España arrancando del Estado absoluto y concluyendo en el año 1918, fecha en que se inicia la etapa moderna. Examina, por ello, el concepto de regalía en orden al nombramiento y separación de los servidores de los monarcas y príncipes; estudia diversos textos legales en orden a la provisión de oficios con prohibiciones, limitaciones, etc.; se refiere a la enajenación de los oficios u «oficios enajenados» y al problema que planteaba esa situación que trató de paliarse con el rescate o reversión de los mismos.

Pasa revista al famoso estatuto de LÓPEZ BALLESTEROS, Ministro de Hacienda en la segunda etapa absolutista de FERNANDO VII, para luego referirse a los comienzos de la etapa constitucional que no mejora, inicialmente, la configuración de la burocracia hispana. Examina el estatuto de clases pasivas de 1835, los Reales Decretos de 1844, el Estatuto de Bravo Murillo de 18 de Junio de 1852 y termina con el estudio y exposición del Dictámen del Consejo de Estado de 19 de enero de 1866 y el estatuto de O'Donnell de 4 de marzo siguiente.

En lo que podríamos denominar segunda parte de este capítulo el autor profundiza sobre la línea evolutiva del funcionario y su formación a partir de 1857. Es decir, a partir de la famosa Ley Moyano sobre la Enseñanza que da nueva estructura a los estudios sobre temas administrativos. Se refiere a la evolución que sufre el régimen funcional y la serie de regulaciones referidas a Cuerpos Especiales (Archiveros y Bibliotecarios, Profesorado, Abogados del Estado, Cuerpo Consular y Diplomático, Cuerpo de empleados de Correos, Establecimientos penales, Cuerpo de Ingenieros y Oficiales de Secretaría y demás empleados del Congreso), así como a la intervención del Consejo de Estado en el régimen burocrático de esa época a través de una serie de dictámenes, la maduración de los Cuerpos generales y el concepto de cesantía.

Cierra el capítulo un estudio dedicado a los tratadistas de Derecho Administrativo que afrontan el concepto de burocracia y función pública con desgana y sin interés. La lista es exhaustiva: OLIVAN, VENTURA DÓAZ, COLMEIRO, MELLADO, ORTIZ DE ZUÑIGA, ABELLA, etc. Expresamente estudia detenidamente dos obras: una de LORENZO DOMÍNGUEZ que más que obra es un folleto y el libro de RUIZ LEÓN «Un arbitrio para gobernar a España». La jurisprudencia hasta 1918 es también expuesta en su relación con el concepto de burocracia y función pública y una serie de puntos concretos (estabilidad, derechos económicos, la condición de funcionario, efectos pasivos, la cesantía, potestad disciplinaria, oficios enajenados, asimilaciones, cuerpos generales y especiales, etc.).

C.—ESTATUTO DE FUNCIONARIOS DE 1918 Y ESTATUTO ACTUAL.

La minuciosidad con que el autor trata esta materia, así como la extensión que da a la misma provocaría aquí, caso de irle siguiendo paso a paso, una extensión desmesurada de esta recensión. Solamente nos limitamos a decir que tanto el Estatuto de Funcionarios de 1918 como el actual de 7 de febrero de 1964 son estudiados desde su origen y discusión parlamentaria, hasta sus críticas y contenido.

D.—HACIA UN CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

Después de recorrer la serie de opiniones doctrinales en orden a las personas que trabajan para la Administración en su denominación y conceptos en los diversos países (Francia, Bélgica, Italia, Alemania y Países hispanoamericanos), afronta el autor determinados conceptos como el de funcionario (que debe aclararse por vía indirecta y negativa, diciendo quienes no lo son, para así llegar a comprender su significado) y los conceptos vectoriales o finalistas del funcionario público. Se trata como dice el autor de conceptos que se dan «para» una finalidad determinada; son conceptos con cláusulas modales y que no sirven para generalizar el concepto a otros campos. Así se examinan el concepto de personal en la jurisdicción contencioso-administrativa, el concepto fiscal, el concepto penal, el concepto a efectos de la responsabilidad, el concepto finalista y la doctrina del Consejo de Estado (que para solucionar el problema conceptual dice que muchas veces hay que resolver con relación a cada efecto y consecuencia particular).

Posteriormente se aborda el problema de la definición de funcionario considerando que son dos las notas fundamentales del mismo (estar en relación de derecho público con una organización pública y con carácter voluntario) y que admite una subespecie: la del funcionario profesional. Seguidamente se abordan los problemas de la clasificación de los servidores de los entes públicos desde distintos puntos de vista, la distinción entre funcionario y empleado y el concepto de autoridad y su diferencia o identificación con el carácter de funcionario.

E.—LA RELACIÓN DE SERVICIOS: NATURALEZA JURÍDICA.

Los funcionarios públicos de cualquier clase que sean se ligan a la Administración a través de una relación de trabajo especial, cuyos elementos característicos son: a) Los sujetos, que son de una parte un ente público y de otra una persona física. b) El objeto lo constituye la prestación de la actividad, y, c) El contenido son los derechos y deberes que se derivan de la relación. Los caracteres de esta relación son los de ser de derecho público, voluntaria, personalísima e intransferible y bilateral. Sobre la naturaleza de la misma se ofrecen diversas teorías (contrato privado, teoría, política, contrato de derecho público, teoría bilateral, teoría unilateral y estatutaria y solución española que se adhiere a la naturaleza pública de la relación).

Dos puntos últimos cierran el presente capítulo. El primero de ellos es el problema de los «derechos adquiridos» por los funcionarios y la «potestas variandi» del ente público. El segundo es el de la distinción entre relación orgánica y relación de servicio y sus posibles consecuencias en orden a determinados puntos muy concretos: excedencias voluntarias y forzosas, actuaciones como representantes y como órganos, etc. Igualmente se afronta el problema de la disociación entre relación orgánica y de servicio (Administración local, Abogados del Estado, Cuerpo de Ingenieros civiles, Carrera Diplomática, etc.).

F.—NACIMIENTO DE LA RELACIÓN DE SERVICIO PROFESIONAL.

En esta última parte del volumen se examinan las condiciones para poder adquirir la condición de funcionario, la selección, formación, igualdad y excepciones, así como los métodos selectivos (democráticos, no democráticos, sistemas de mérito, mérito y estabilidad), órganos encargados de la selección y todos los demás aspectos que lleva consigo el criterio selectivo, hasta finalizar con la exposición de las escuelas y centros de formación de funcionarios en los diversos países.

VOLUMEN II.

A. DESARROLLO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO PROFESIONAL.

Para explicar la razón justificativa del epígrafe se comienza por precisar la relación de servicio como una relación jurídica que contiene elementos personales, unas prestaciones y un contenido, siendo los sujetos la Administración y el funcionario, queda por precisar las prestaciones, que son las actividades que se exigen mutuamente ambos sujetos y el contenido, que está integrado por el conjunto de figuras jurídicas subjetivas que legitiman la pretensión y fundamentan la obligación de la efectividad de las prestaciones.

Se hace una crítica de la corriente doctrinal sistemática que encierra bajo el rótulo *derechos y deberes de los funcionarios* la materia que se aborda en el presente, ya que propiamente no se trata de derechos y deberes, sino de potestades y sumisiones o sujeciones, porque no han llegado aún a actualizarse. Dentro de la legislación vigente del año 1964, distingue el autor al exponer la materia tres puntos concretos: las situaciones de ventaja, las de desventaja y las posibles modificaciones en la relación de servicio.

Respecto de las situaciones de ventaja precisa dos clases, según estén encuadradas en lo económico o no tengan ese contenido. Entre las ventajas no económicas se estudian la protección del Estado, que se traduce en el contenido del artículo 63 del texto de la ley de 1964, que dice: «El Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos, y les otorgará los tratamientos y consideraciones sociales debidas a su jerarquía y a la dignidad de la función pública». Igualmente se desarrolla la materia de la permanencia en la función a través de los principios de inamovilidad y estabilidad, con sus diferentes matices, los problemas de conservación del puesto y excedencias forzosas, las recompensas (condecoraciones en sus diversas especies) y el sistema de vacaciones, licencias y permisos. Es de destacar el estudio especial que se hace sobre las posibles invenciones o inventos que el funcionario realiza en el ejercicio de su cargo. El autor considera que debe seguirse el criterio de la legislación italiana que distingue según que el invento se realice por el funcionario que ha sido admitido a la función pública precisamente para conseguirlas (y que corresponden al Estado) y aquellas otras en las que no concurren esas circunstancias.

Entre las ventajas de carácter económico estudia su evolución y formas (sistemas de arancel, tasas, cánones, porcentajes, beneficios y sueldo), deteniéndose en la naturaleza del sueldo y sus dos tesis unitaria y discriminatoria, según se considere el sueldo como contraprestación del trabajo o prestación alimenticia o, por el contrario, los que distinguen los conceptos que no obedecen a una contraprestación y los que si la tienen. Se examina el sueldo personal, los trienios, las pagas extras, las indemnizaciones, gratificaciones, incentivos y una serie de problemas relacionados con todo ello en casos excepcionales como los de los funcionarios en el extranjero, los pertenecientes a los Organismos

Autónomos, los que no tienen jornada normal, los sistemas de nóminas y los tres principios de inembargabilidad de la retribución, servicio prestado y reflejo presupuestario.

En las situaciones de desventaja encaja los que podríamos denominar deberes. Especialmente se estudian los de diligencia, fidelidad, buena conducta, obediencia, corrección frente al público e incompatibilidades, rematando el capítulo con dos cuestiones importantísimas como son la modificación y la extinción de la relación de servicio. En la modificación, que se distingue si es subjetiva o por el contrario objetiva, se afrontan los conceptos de sustitución, provisión de vacantes, excedencia, situación de supernumerario, suspensión de funciones y el principio de que no se puede pasar a la situación de supernumerario desde la situación de excedente voluntario. En materia de extinción distingue el autor tres clases o formas de producirse. La que se debe a hechos jurídicos (muerte, desaparición del ente público, condena penal, pérdida de nacionalidad y edad de jubilación), actos de la Administración (sanción disciplinaria, jubilación por incapacidad permanente, abandono del servicio, baja en el servicio) y actos voluntarios del funcionario (renuncia y jubilación voluntaria).

B.—DERECHOS PASIVOS DE LOS FUNCIONARIOS PROFESIONALES.

Según el concepto sea referido a las personas o al derecho en si, puede obtener una doble referencia. Por clases pasivas en sentido subjetivo deben ser entendidas el conjunto de personas que perciben pensiones de la Administración Pública una vez que el funcionario ha dejado de prestar servicio por extinguirse la relación. La pensión en sentido objetivo, es una prestación dineraria periódica que el Estado y los demás entes públicos entregan después de finalizar la relación de servicio, a sus funcionarios o familias, y cuya cuantía es proporcionada a la duración de los servicios prestados y a los sueldos percibidos.

Después de exponer estos conceptos se estudia detenidamente la evolución histórica legislativa española en esta materia. Se pasa revista a las pensiones directas hasta el año 1926 (pensión como gracia y pensión como justicia), pensiones familiares (viudedad y orfandad), al Estatuto de clases pasivas de 1926 y sus posteriores modificaciones hasta llegar al vigente de 21 de abril de 1966. Sobre la base de este último se examina la naturaleza de la pensión (con sus tres teorías de sueldo diferido, prestación alimenticia y pensión como seguro público), sus clases y otros puntos concretos que diremos. En las clases conviene distinguir con el autor las ordinarias (directas e indirectas o familiares) y las extraordinarias y ordinarias derivadas de ellas (a favor de las familias de los pensionistas extraordinarios) y las pensiones generadas por la mujer del funcionario. Especialmente se estudian otras cuestiones como el de actualización de pensiones con su doble sistema de revisión individualizada que utilizó la Ley de 23 de diciembre de 1961 y la revisión mediante porcentajes medios de aumento que utiliza la Ley de 16 de diciembre de 1964 en el nuevo Estatuto; dentro de lo que pudiéramos llamar fase procesal o procedimental, se exponen los problemas de competencia y recursos, principios generales, procedimientos ordinarios y especiales, habilitados de clases pasivas y la relación entre los conceptos de derechos pasivos y derechos adquiridos. Se aborda también los supuestos de extinción, suspensión y pérdida y sus posibles consecuencias: la transmisión y el derecho de acrecer.

C.—FUNCIÓN PÚBLICA, POLÍTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

El presente capítulo está destinado a tratar de resolver el problema que plantea una doble interrogante: ¿el funcionario profesional pierde

su personalidad al entrar a formar parte de los cuadros administrativos? ¿goza de los mismos derechos fundamentales que los demás ciudadanos, o, por el contrario, abdica de parte de ellos precisamente por haber aceptado voluntariamente dicha condición?

Para responder a estas dos preguntas el autor va señalando etapas históricas en las que se detiene para revisar la legislación de diversos países. Fundamentalmente señala la etapa de esclavización del funcionario profesional en la época absolutista y la segunda etapa de neutralización política del funcionario profesional fuera del servicio. Como principales instrumentos de neutralización del funcionario profesional estudia el sistema de mérito y estabilidad. Examina la neutralización política fuera y dentro del servicio y el nuevo sistema de neutralización constituido por las incompatibilidades e incapacidades.

Referido el problema a España y su sistema, el autor señala una serie de etapas que se inician con las Cortes generales del año 1810 hasta 1837 y que finalizan en la etapa de 1939-1970. Las normas españolas, dice el autor, que han tratado del tema son variadas y cada una han sido enfocarlas desde perspectiva diferente. Fundamentalmente las reduce a tres: a) Las Constituciones (que enfocan la cuestión desde el ángulo del parlamento). b) Las leyes electorales (que señalan incapacidades para ser parlamentario) y c) Las leyes especiales de incompatibilidad. Termina la exposición abordando el tema de la Asociación y Sindicación de los funcionarios y su representación en órganos de la función pública.

D.—RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PROFESIONALES.

Perfectamente queda centrado el concepto de responsabilidad y los matices que admite. «Los funcionarios, en cuanto tales, al igual que los demás ciudadanos, deben responder de sus propios actos; en ocasiones su responsabilidad no se diferenciará de la de los demás, pero otras veces será distinta en su origen, contenido y forma de exigirse». Prácticamente reduce las responsabilidades a la penal, la civil, la disciplinaria y la contable.

En la responsabilidad penal (por actos u omisiones tipificadas como delitos o faltas) se estudian unas series de problemas de fuero competente, autorizaciones previas y relaciones entre la responsabilidad penal y disciplinaria. En la responsabilidad civil (cuando se ocasionen daños o perjuicios a la Administración o a un tercero) en la que se estudian problemas interesantísimos y muy de actualidad doctrinal: la antigua responsabilidad personal y la responsabilidad objetiva de la Administración. En la responsabilidad disciplinaria (derivada de su pertenencia a la Administración) se exponen los problemas de su naturaleza y fundamento, sobre los cuales expone una serie de teorías, concluyendo con su opinión en la que se hace preciso distinguir la naturaleza y el fundamento. La naturaleza es la misma que la de la potestad punitiva general y de la pena; mientras que el fundamento de la potestad disciplinaria se explica en la supremacía especial que hace nacer relaciones de sujeción concreta y respecto de las cuales el poder de policía general tiene poco que decir.

Especialmente se estudian los problemas de los principios de legalidad y oportunidad, las fuentes normativas del ordenamiento español, el ámbito del Reglamento de 16 de agosto de 1969, los sujetos responsables, las infracciones disciplinarias, sus clases y las sanciones, además del procedimiento y el Tribunal de Honor. Termina el autor con una sutil distinción entre responsabilidad política y responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad es función de la naturaleza de la relación: si ésta es política, aquella lo será también; si es profesional, así será ésta.

E.—FUNCIONARIOS EXCLUIDOS, RELACIONES DE SERVICIO NO PROFESIONAL, RELACIONES CONTRACTUALES Y ADMINISTRACIÓN MILITAR.

Entre los funcionarios excluidos del texto de 1964, destaca el autor en primer término, a los pertenecientes a la Administración de Justicia regidos por la Ley de 18 de marzo de 1966, primera componente básica del Estatuto de dichos funcionarios. También quedan excluidos el Ministerio Fiscal por regularse a través del Decreto de 27 de febrero de 1969, los Secretarios de la Administración de Justicia, según el de 2 de mayo de 1968, el Cuerpo de jueces municipales y comarcales por el de 19 de junio de 1969 y el cuerpo de oficiales, auxiliares y agentes de la Justicia y Justicia Municipal, regulados por el de 6 de junio de 1969 y por último, el de médicos forenses por el de 10 de octubre de 1968. Especialmente se refiere a los Registradores de la Propiedad, a quienes califica de cuerpo especial y técnico y de funcionarios públicos, negando en ciertos casos este carácter a los Notarios y Agentes de Cambio y Bolsa. También trata del personal auxiliar que ostenta un «status» de ciertos perfiles difíciles. Mantiene la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado en los actos de servicio. Considera aplicable la Sentencia de 18 de febrero de 1967, en cuanto no se entienda viable en lo que al artículo 43 del texto de 1964 se refiere. Igualmente se refiere a los Recaudadores de Hacienda.

Entre las relaciones de servicio no profesional cita y estudia los funcionarios políticos, los funcionarios honoríficos, los Consejos Permanentes del Estado y los funcionarios de empleo. En la relación contractual expone las diferencias y conceptos entre el trabajador y el funcionario, los estatutos y otra serie de puntos concretos relacionados con este aspecto. Por último se expone la problemática de la Administración militar en la que se distingue los conceptos de funcionarios militares, funcionarios civiles, destinos civiles y «servicios civiles».

F.—LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS ENTES DE COBERTURA SECUNDARIA.

Realmente el capítulo se centra en el estudio de los funcionarios de la Administración local. Se hace el mismo con apretadas citas legislativas y atendiendo al proceso evolutivo en orden a la intervención estatal con una primera fase de control de idoneidad y una segunda de estatización de los funcionarios. Se hace un estudio de la reforma de 5 de diciembre de 1968, de los derechos pasivos y de la formación de los funcionarios a través de los criterios selectivos, la especialización y los cursos de diplomados.

Especialmente se hace referencia y estudio del personal de las entidades públicas no territoriales, de los organismos autónomos, de las organizaciones sin personalidad, de las Administraciones indirectas, de los organismos autónomos locales y de las sociedades de entes públicos. En todos estos casos se cita la legislación y se hacen los oportunos comentarios.

En Apéndice especial se hace un estudio interesante de la llamada función pública comparada, examinando las bases de la misma y dedicando sendos comentarios a la función de la URSS y en China Continental, así como en los países en vía de desarrollo.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

IGLESIAS, JUAN: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ediciones Ariel, 5.^a edición, 718 págs.

La presente obra del profesor IGLESIAS, ampliamente conocida y reiteradamente manejada en los medios universitarios, ha sabido conjugar en perfecto equilibrio, el más exigente rigorismo científico con la claridad expresiva y sistemática que le confiere un innegable valor pedagógico.

Su amplia introducción se abre con unas breves nociones acerca del derecho y su interpretación, destacándose por encima de la metódica preconizada por IHERING, el carácter dinámico de un derecho entendido en su vocación funcional de justicia. Sigue un resumen —no por sucinto menos completo— de la historia socio-política de Roma, donde desde su fase primitiva pasando por la República y el Principado hasta llegar al Imperio absoluto, se pone de manifiesto el constante y evolutivo concierto de Política y Derecho en la labor constructiva de la asociación y del Estado.

Ajeno a todo dogmatismo, entroncando las Instituciones con sus presupuestos vitales, se enfrenta el autor al estudio de las distintas fases de desarrollo del Derecho Romano: El «ius civile», vinculado al Estado-ciudad y asentado sobre el formalismo de sus normas consuetudinarias; el «ius gentium», en plena etapa de expansión dominadora, canalizado por la jurisprudencia y la legislación imperial y, en fin, el derecho bizantino, nacido en la quiebra de la vieja civilización itálica. Con rigurosa metódica histórico-jurídica busca una visión general y conjunta, lejos de divisiones cerradas e impermeables, evitando el cómodo uniformismo y calibrando en todas sus dimensiones el devenir constante de convicciones e ideas.

Después de analizar la evolución de la ciencia romanística y su estado actual, se muestra contrario a admitir en ella cualquier sintoma de decadencia o crisis, por cuanto el Derecho Romano sigue proyectando sobre el mundo de hoy su espíritu, su esencia y un cúmulo de posibilidades no agotadas.

Cerrando la parte introductora, aparece un breve comentario a las ideas romanas del derecho, en el que importa destacar la noción todavía vigente de la «Aequitas» y la visión de una «Iurisprudencia» más atenta a la solución de problemas vitales que a la rigidez de puros esquemas doctrinales.

El núcleo central de la obra aparece sistematizado en cinco libros o grandes apartados: Parte general; Derechos reales; Derecho de obligaciones; Derecho de familia; Sucesiones y donaciones.

La parte general se abre con el estudio del sujeto de derecho bajo la distinción de personas físicas y jurídicas. Se recoge la doctrina justinianea en torno al nacimiento así como el régimen de protección del «nasciturus», y se analiza ampliamente la problemática de una capacidad condicionada por el «Status»: libertad, esclavitud y patronato, ciudadanía y situación familiar.

En torno al tratamiento doctrinal de la persona jurídica, evita el autor entrar en el fatigoso análisis de la polémica tradicional y parece mostrarse decididamente vitalista, al señalar que el derecho sanciona tan sólo una existencia impuesta por la suprema realidad del suceso humano. Afirma asimismo la personalidad de la asociación romana al margen del reconocimiento gubernativo y niega, aún en la legislación justinianea, la existencia de un concepto moderno de fundación, como «patrimonio de fin» dotado de autonomía institucional.

Se enfrenta a continuación con la temática del negocio jurídico. Y entiende que su teoría general es obra del artífice moderno a través de la generalización homogénea de elementos romanos. Señala la ausencia de un reconocimiento pleno de la idea de representación y analiza brevemente los elementos accidentales del negocio, finalizando con una apretada síntesis del procedimiento civil.

El libro segundo, dedicado a los derechos reales, se inicia con un estudio sistemático y clasificatorio de las cosas, donde se destaca la tardía aparición de la distinción muebles-inmuebles, surgida bajo la influencia de las tendencias orientales, y la limitada aplicación romana de la noción de «universitas». La naturaleza del derecho real es enfocada con moderación y realismo, entroncando su diversificación frente a los derechos obligacionales en el binomio procesal «actio in rem» y «actio in personam».

Entrando en el estudio singular de cada institución, el régimen de propiedad es analizado con especial detenimiento, partiendo de su evolución histórica y significando sus distintas manifestaciones: «In bonis habere», propiedad quiritaria, provincial y peregrina. Los cauces adquisitivos del dominio se sistematizan a medio de la conocida antitesis de originarios y derivativos. Entre los primeros se destaca la ocupación y accesión y entre los últimos se mencionan «mancipatio», «in iure cessio», «usucapio» y «traditio», en la que, a juicio del autor, la «iusta causa» es elemento independiente y distinto de la concorde voluntad de las partes. Un estudio de las defensas procesales y una breve exposición del condominio, cierran el capítulo dedicado al derecho de propiedad.

Con relación a la posesión, evita el autor entrar en la polémica, ya tradicional acerca de su naturaleza. Tan sólo de pasada y refiriéndose a las expresiones de Papiniano en los *Digesta*, entiende que no comporta su valoración como derecho, sino el reconocimiento de su virtualidad en orden a ciertas adquisiciones jurídicas. De otro lado, y en trance clasificatorio, asimila «possessio naturalis» y mera detentación; califica de simple «possessio» a la protegida por los interdictos e identifica la «possessio ad usucapionem» y «civilis». La posición del precarista secuestratario y acreedor pignoraticio en la etapa preclásica es estudiada de forma prolija, si bien se reconoce que en una fase posterior se convierten en figuras anómalas al cesar su actuación como «en lugar de propietarios». Dentro del campo de las servidumbres —aparte su régimen positivo debidamente expuesto por el autor— interesa anotar entre sus más sugestivas conclusiones que la «servitus» romana es entendida en todo caso como relación personal y no funcionaria; y que en las denominadas servidumbres positivas —«oneris ferendi»—, el deber de conservación y reparo no agota ni atañe a su contenido esencial y tiene tan sólo el valor de una consecuencia particular y accesorio de aquello —la tolerancia de apoyo— que constituye su auténtica «ratio».

Contiene asimismo el texto comentado una breve referencia a los derechos de uso, habitación y usufructo, este último de tipo estrictamente personal y que admite únicamente la cesión de ejercicio, criterio que algunos autores, como BELTRÁN DE HEREDIA, trasladan hoy al derecho español no obstante los términos un tanto radicales del artículo 480 del Código civil.

Siguen unas sumarias acotaciones en torno a enfiteusis y superficie, figura ésta nacida al calor de múltiples imperativos socio-económicos y cuyo carácter real viene a ser reconocido durante el periodo justinianeo. Cierra el capítulo dedicado a los derechos reales, el análisis de los de garantía, fundamentalmente «Pignus» e «Hypotheca», diferenciados por razón de la transmisión posesoria, sin acudir, como en tiempos posteriores, a una línea distintiva vinculada a la naturaleza mobi-

liaria o inmobiliaria de su objeto, que dificultará la aparición, hoy felizmente lograda, de la hipoteca sobre muebles.

El libro tercero, destinado al estudio del derecho de obligaciones, contiene a modo de preámbulo interesantes precisiones acerca del concepto y evolución histórica de la «obligatio». Se recoge la teoría del débito y responsabilidad como elementos que teniendo origen independiente y distinto, integran hoy, por vía de fusión, un concepto unitario, si bien se hace notar la ausencia de datos que permitan probar de modo contundente que tal distinción fuese sentida de forma viva y realista por los primitivos romanos. Se pone igualmente de relieve el carácter de sujeción física del «nexum», frente al reconocimiento de la «fides» y el significado espiritual de la «Sponsio», así como la progresiva evolución de la «obligatio» por la transformación del vínculo corporal en otro de naturaleza jurídico-ideal.

Entrando a continuación el autor en el tema del objeto de las obligaciones, erige como noción primaria y esencial el concepto de prestación, de la que son requisitos ineludibles su posibilidad, licitud, patrimonialidad y determinación. En línea clasificatoria analiza seguidamente el carácter y naturaleza de las obligaciones divisibles, genéricas, alternativas y pecuniarias, y de aquellas otras que atendiendo a sus elementos personales, sistematiza en ambulatorias, parciarias, cumulativas y solidarias. Significa la concepción romana de la «obligatio» como vínculo exclusivo de acreedor y deudor, que engendra la nulidad de las estipulaciones a favor y a cargo de tercero, principio cuyo rigorismo aparece fuertemente atenuado en el período justiniano; y recoge el régimen jurídico de las obligaciones naturales, que define por su ausencia de cobertura procesal, negando en torno a ellas y por su extrema variedad, la posibilidad de una disciplina uniforme.

En cuanto a la teoría de las fuentes obligacionales —y a efectos de sistematización— distingue tres apartados fundamentales: Contratos, actos lícitos no contractuales y actos ilícitos.

Por lo que a los contratos se refiere, y aun reconociendo la exaltación del elemento consensual en fases posteriores, la doctrina clásica —indica el autor— supedita su efectividad, presupuesto el acuerdo, a la forma o al «agere», con la sola excepción de los simplemente consensuales, que juntamente con los reales, formales e innominados integran la tipología contractual romana.

Desarrollando ampliamente cada una de estas categorías, y a efectos expositivos, engloba dentro de los reales a mutuo, «comodato» depósito y prenda. Agrupa dentro de los consensuales —nacidos en plena corriente de expansión, como respuesta a las nuevas necesidades comerciales—, la compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato y recoge en cuanto a los formales la distinción de Gayo entre literales y verbales, dedicando especial atención al régimen y contenido de la «Stipulatio». Por último, con relación a los innominados —denominación de cuño bizantino—, se alude al texto clasificatorio del *Digesto*, que mantiene una tipicidad objetiva en base a la naturaleza de la prestación: «do ut des», «do ut facias», «facio ut des» y «facio ut facias».

Siguiendo el análisis de las fuentes de la obligación, y en el campo de los actos lícitos no contractuales, estudia en primer término la promesa unilateral, cuya validez jurídica viene impuesta por razones de interés público o circunstancias especiales. Precisa a continuación los requisitos estructurales de la «Negociorum gestio»: Ajenidad, interés patrimonial del «dominus» y suficiencia del «utiliter coeptum» y termina recogiendo el concepto de enriquecimiento injusto —lucro «sine causa» a costa ajena—, que enlaza con la exposición de los diferentes tipos de «condictio».

Dentro de las obligaciones nacidas de acto ilícito, se parte de la distinción entre delito público y privado (Crimen o «delictum»), y se afirma la ausencia de una categoría general de «delicta», por cuanto tan sólo se integran en el ordenamiento determinados supuestos de naturaleza particular: «furtum», «rapina», «iniuria» y «damnum injuria datum» a los que debe añadirse la noción postclásica del cuasidelito. En tales casos —dice el autor—, se generan las pertinentes acciones penales de carácter intransmisible y noxal, de las que han de diferenciarse aquellas que persiguen cumulativamente pena y resarcimiento, o bien este último con exclusividad.

Continuando la exégesis del régimen jurídico obligacional, reconoce el autor las dificultades que entraña el conocimiento de los límites histórico-dogmáticos entre los que se mueve la responsabilidad del deudor. Sobre todo por lo que se refiere al origen y evolución del concepto de «Culpa», que considera probablemente extraído del campo delictual y trasladado dentro del marco de las relaciones contractuales. Estudia asimismo los mecanismos de garantía, tanto reales como personales, deteniéndose en especial en los derivados de contrato estipulatorio. Las causas extintivas de la relación obligatoria son examinadas con cuidadosa atención. Y así, interesa destacar que a diferencia del derecho moderno, la novación romana implica en todo caso la desaparición del vínculo primitivo; y que el supuesto compensatorio opera en Roma y en su época clásica, como fenómeno procesal de limitado alcance. De otro lado, y a juicio del autor, la constitución de Justiniano —origen de múltiples polémicas— que mantiene la compensación «ipso iure» no puede conducir a conclusiones radicales. La mera existencia de créditos compensables —dice— lleva tan sólo a su desvirtuación, pero su extinción se realiza a través de la oportuna sentencia judicial.

Un último capítulo referente a la transmisión de créditos y deudas, pone punto final al libro tercero y con ello al estudio del derecho de obligaciones.

De acuerdo con el plan expositivo de la obra, sigue la exégesis del régimen familiar romano, escindida en tres apartados fundamentales: Familia, matrimonio y tutela. Y así se analiza en primer lugar el carácter y evolución histórica de la familia, los perfiles institucionales del «Pater», el mecanismo de la «adoptio» y la reglamentación del «peculium». En el campo de la relación conyugal se pone de manifiesto el significado aformalista de las nupcias, la admisión del divorcio y la regulación justiniana del concubinato, recogiendo asimismo los diferentes regímenes patrimoniales de absorción, separación y dote. El apartado final, destinado a la institución tutelar, estudia sus diversos supuestos y correlativa disciplina jurídica, manteniendo la diferenciación tutela y cuaratela en razón a las ideas de «auctoritas» y «gestio», que respectivamente las presiden.

La última parte de la obra se inicia con el estudio del derecho hereditario, que pese a sus profundas transformaciones a lo largo del devenir histórico, mantiene una fiel adecuación a los dictados de la estructura familiar, al margen de una conformación rigidamente patrimonialista. A lo largo del texto van desfilando conceptos e instituciones de enorme valor, aún para la problemática hereditaria de nuestro actual momento jurídico: la idea de «succesio» y la concepción dogmática de la herencia, delación, colación, acrecimiento, aceptación y adquisición hereditaria; responsabilidad «ultra vires» y beneficio de inventario; construcción jurídica de la herencia yacente.

Afirmado el carácter prevalente de la sucesión testamentaria, el testamento se califica como acto unilateral de última voluntad, canalizando formalmente a través de una tipología analizada con especial

cuidado, a la que sigue un detenido estudio de la capacidad sucesoria y de la problemática, siempre vigente, de la «heredis institutio».

Después de recoger la regulación de la sucesión «ab intestato» desde la ley decenviral a la Compilación justiniana; y las limitaciones a la libertad testamentaria con la aparición de la legítima material y formal, se detiene el autor en extensas consideraciones acerca del legado y los fideicomisos. El legado es entendido como disposición «mortis causa», testamentaria o codicilar, sobre bienes concretos, con cargo al heredero. Su esquema clasificatorio se configura de un lado atendiendo a los muy varios y diversos elementos que pudieran servirle de objeto, y de otro, por razón de su forma y efectos, con el estudio de las cuatro modalidades tipificadas en el derecho clásico; «Per vindicationem», «per damnationem», «per praeceptionem» y «sinendi modo». Después de referirse al régimen de adquisición y limitaciones legales, cobertura procesal y nulidad del prelegado, recoge el autor en apretada síntesis, la reglamentación y concepto del fideicomiso universal, substitución fideicomisaria y fideicomiso de familia.

Cierra la parte final de la obra comentada, una breve exégesis de las donaciones, en la que se pone de manifiesto su tránsito de «genus acquisitionis» a instituto autónomo y la caracterización de la donación «mortis causa» en razón a la contemplación de muerte.

Una bibliografía general y un índice alfabético por materias agotan el contenido del texto, facilitando en gran medida la labor de consulta.

La obra del profesor IGLESIAS ocupa, sin duda, un lugar destacado dentro de la investigación romanística patria y ha servido de magistral apoyo en la iniciación de numerosas generaciones de juristas. Pero sería injusto reducirla a los estrechos límites de una valoración didáctica.

Sus páginas son siempre un brillante exponente de precisión sistemática y rigorismo científico. Técnica depurada y capacidad de síntesis se unen para ofrecernos una visión general y conjunta del iusprivatismo romano, evitando cuidadosamente el dogmatismo fácil y el bizantinismo dialéctico. No se propone ciertamente el autor la exhumación de un derecho arqueológico ni se entretiene en nostálgicas consideraciones. La obra viene a ser, por el contrario, un emocionado acto de fe en las posibilidades actuales del Derecho Romano, porque su espíritu y su esencia no son en modo alguno ajenos a la problemática del mundo de hoy y porque un derecho capaz de moldear y comprender las exigencias del acontecer humano, tiene todavía mucho que decir a una ciencia jurídica atrincherada frente a la realidad, con el triste bagaje de acartonados dogmas.

GERMÁN GALLEG0 DEL CAMPO

PUIG BRUTAU (J.): «*Fundamentos de Derecho Civil*». Tomo IV. Volumen II. Filiación. Patria Potestad Adopción. Alimentos. Tutela. Bosch. Barcelona, 1970.

En la serie innumerable de consultas bibliográficas que amigos, compañeros, instituciones y bibliotecas me han hecho a lo largo de varios años, siempre he respondido con una seguridad enorme ante obras decisivas como la que nos toca recensar. La obra de PUIG BRUTAU, ya casi monumental, es no sólo importante y decisiva, sino imprescindible en cualquier biblioteca jurídica que aspire a ese suficiente título. Mi opinión no puede aceptarse como dogma. Es la opinión de un «ele-

mental» aficionado a los libros que viene retratado en esa imagen fenomenal que el Magistrado Agúndez (A.) exponía en su conferencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 12 de mayo de 1970: «El jurista no encuentra deseo más sugestivo, más apasionante, que tener muchos libros y poder formar con ellos una magnífica biblioteca. Allí estarán sus buenos libros, unos al lado de los otros, con mil recuerdos de los años mozos universitarios, con la nostalgia sentimental en los procedentes de acervos familiares, con el cordial y orgulloso regusto de los adquiridos en los momentos de sacrificios económicos, los traídos para resolver un pleito determinado o centrar la cita en estudio de inmediata publicación. Ellos forman la historia del Abogado, del Profesor, del Juez, del Notario, del Registrador, y son la razón determinante de su laborar jurídico, donde consolidará los conocimientos de antiguo adquiridos, y donde le aflorarán ideas, sugerencias, para encontrar la luz entre verdades de aparente similitud».

En mi biblioteca, no muy importante, pero sí numerosa, figura en sitio preferente la obra, aun incompleta, de PUIG BRUTAU. En la serie de orientaciones dadas sobre el libro a las personas e instituciones consultadas he comprobado que han seguido mi consejo. Las razones que lo apoyaban podríamos resumirlas en tres o cuatro conclusiones que en forma general encuadran la obra de PUIG BRUTAU. El estilo y la sistemática de su exposición no se ajustan a moldes clásicos, sino que podríamos denominarlos peculiares; es riguroso en las citas bibliográficas que maneja con fluidez y que casi agotan las más recientes sobre cada materia; a diferencia de otros autores que mantienen tesis más o menos eclécticas, el que comentamos sigue una postura que va perfectamente de acuerdo con su general pensamiento civilístico; es obra que mantiene un equilibrio entre la exposición general y los casos concretos que aborda y resuelve; por último, la jurisprudencia citada es la mayor parte de las veces lo suficientemente extensa para considerarla como válida a los efectos de apoyar la doctrina mantenida.

Carezco de referencias personales del autor. Sé, porque lo dice el libro que recensiono, que es Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona, pero ahí se agotan mis conocimientos. Realmente al enjuiciar el libro se apaga, por así decirlo, un poco la importancia de la figura humana del autor y se destaca imperioso el contenido de la obra objeto del comentario. Este tomo IV, en su volumen II, aborda unos temas que hemos de respetar en su exposición y que comprende cinco de los principales problemas jurídicos de la familia. Abre marcha la filiación con todos sus aspectos y problemas. Le sigue el viejo tema de la patria potestad, complementado por la adopción, la materia de alimentos y el organismo tutelar. Todos estos temas están prácticamente de actualidad. La filiación encerrada ya como tema del premio AZCÁRATE convocado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para el año 1971; la adopción en su nueva y actual legislación española recién estrenada; la patria potestad, institución tan puesta a prueba en esta generación de jóvenes melnudos e insurrectos y por último, esas otras dos instituciones que juegan al corro en las relaciones personales que la familia ofrece.

Debemos destacar como tónica general del volumen que, a su vez lo es de toda la obra, cómo el autor está pulsando al ofrecernos sus comentarios la realidad humana de los problemas y al reproducir esa respetuosa letra de la ley la da el orden de pensamiento teórico que sirve para que el estudioso saque las conclusiones prácticas que el caso preciso exige. Las citas bibliográficas van siempre al pie de página y a cada capítulo acompañan una serie cronológica de las mismas. La obra lleva, en cada tomo y volumen, un índice de conceptos, un índice

de Sentencias y Resoluciones y un sumario o índice general de todo lo tratado. Destacamos ciertas escapadas legislativas a países americanos cuya legislación comenta y a veces reproduce. Después de todo ello no queda más que una exposición sistemática del contenido de la obra respetando su trayectoria.

I. LA FILIACIÓN.

La llamada filiación, que también es encuadrada por la doctrina dentro de las relaciones paternofiliales, comprende tres capítulos que sucesivamente tratan de la filiación legítima, la ilegítima y la legitimación

a) En la filiación legítima aparte de exponer su concepto legal, desarrolla con singular precisión esa serie de presunciones de legitimidad que el código plantea y que la doctrina más reciente ha sabido enfocar debidamente para su solución. Después de tratar del problema de la colisión de presunciones, en cuya solución sigue mucho la tesis de ESPIN, afronta los problemas que se derivan de las acciones que protegen la filiación legítima (acciones personalísimas, intransmisibles, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles), pasa con gran dosificación jurisprudencial a exponer los derechos y la prueba de la filiación legítima.

b) Al tratar de la filiación ilegítima se ocupa de esas dos tristes vertientes que la realidad jurídica ofrece: los naturales y los demás hijos ilegítimos. Encuadra perfectamente ambas clases utilizando sugerencias de PERÉ RALUY y DIEZ-PICAZO en los primeros y MARTÍNEZ RADIO en los segundos. Las dos aberturas legales por las que una de estas clases de hijos cuenta a los efectos legislativos son el reconocimiento voluntario y la declaración judicial de la filiación natural. Es la parte más amplia del estudio. En el reconocimiento voluntario, manejando bibliografía de primera línea (ALBALADEJO, CASTÁN, MARÍN PÉREZ, MARTÍNEZ RADIO, ROYO MARTÍNEZ, PERÉ RALUY, PUIG PEÑA, etc.) y jurisprudencia clásica, estudia los problemas que en orden a los requisitos y capacidades se exigen para el reconocimiento, así como las notas de irrevocabilidad e impugnación y los efectos que produce. El delicado problema de la declaración judicial de filiación natural es abordado con gran claridad estudiando sus antecedentes y derecho comparado, para luego pasar a la legislación española actual constituida no sólo por el Código civil, sino por la Ley del Registro civil y el Reglamento para su aplicación. No se recoge la modificación reglamentaria de 22 de mayo de 1969 por imposibilidad material, pero realmente la misma afecta poco a la materia tratada. El punto tiene una gran dosificación jurisprudencial lo suficientemente resumida para poder extraer una doctrina que avala posturas jurídicas frente al problema. Termina la materia con la exposición de los derechos de los hijos naturales reconocidos, los no reconocidos y los no naturales, reseñando especialmente las legislaciones de Cataluña y Navarra, así como las de Puerto Rico y Filipinas.

c) El escalón que permite al hijo natural obtener la categoría de legítimo es, como todos sabemos, la legitimación que el autor enfoca en términos generales para luego distinguir, siguiendo al Código civil, las dos clases admitidas: la por subsiguiente matrimonio y por concesión del Estado. Al grupo de autores antes citados se suman ahora otros como BONET, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA que sirven para los inevitables escapes doctrinales que inciden en la exposición de la materia. También en estos puntos reproduce fragmentariamente la legislación de Puerto Rico y Filipinas

II.—LA PATRIA POTESTAD.

Creo que una de las grandes habilidades del autor en la exposición de esta materia reside en simplificar esa estructura clásica de la institución para recargar, por así decirlo, el sistema expositivo en esas proyecciones realistas de la misma: los actos de representación, administración y disposición de los padres en relación con los bienes de los hijos, las obligaciones de los padres en relación con dichos bienes en cuanto sean administradores y usufructuarios y el problema interesantísimo de la figura del defensor judicial. Creo que estos son los puntos claves de este capítulo y en los cuales pueden encontrarse algunas soluciones concretas a diferentes problemas y una serie de orientaciones para aquellos otros que están latentes o intuitivos. Desmenuzar la materia sería prolongar excesivamente esta recensión, pero podemos a título de ejemplo citar en materia de representación cómo el autor centra el instituto y orienta al lector (a través de los trabajos de IGNACIO SERRANO y CASTÁN VÁZQUEZ) sobre el problema de la delegación de facultades y cómo en el de la representación por el defensor judicial recoge las innumerables sugerencias que hiciera sobre este punto HERNÁNDEZ GIL. Termina el capítulo con el examen de las causas o razones por las que se extingue, modifica, sustituye o se pierde la patria potestad. Especialmente se estudia la emancipación. Navarra, Cataluña, Puerto Rico y Filipinas son los regímenes que permiten al autor hacer una exposición resumida de sus preceptos.

III.—LA ADOPCIÓN.

Reconozco la gran valentía del autor en haber sacado este tomo en vísperas de una posible reforma legislativa sobre la materia. Y reconozco esta valentía y decisión, porque sin ella aún estaría en la linotipia el libro recensionado. No puedo concretar el número de años que los especialistas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados están frenados por esa terrible amenaza del legislador fiscal que deja «rumorear» que para diciembre saldrá como felicitación pascual el Reglamento de aplicación del impuesto. Pasó un año y otro año. y los amedrentados publicistas hacen todavía guardia en sus garitas esperando la pieza legislativa para darla el alto y pedir la el santo y la seña...

PUIG BRUTAU no quiso esperar y cuando su tomo está en los escaparates de las librerías la Ley de 4 de julio de 1970 está ya aprobada y sale a la luz «oficial» el día 7 de julio del mismo año. Eso no tiene gran importancia, pues su trabajo sobre este punto es lo suficientemente elocuente y crítico para presentir determinadas reformas y ofrecer en segundo término un campo doctrinal excelente y unas agudezas críticas algunas de las cuales han sido incorporadas a la reforma legislativa. El estudio es, pues, interesante y a los que parcialmente nos hemos dedicado a escribir sobre este punto se nos ha hecho imprescindible.

IV.—DEUDA ALIMENTICIA ENTRE PARIENTES.

Esta parte de las relaciones familiares la he encontrado siempre un tanto materializada, casi podríamos decir que grosera. Hablar de alimentos, aunque la extensión del concepto legal sea más amplio que el reducido de la comida, es aludir al problema del hambre y lo que el

legislador pretende es que el hambre pase por las puertas de los familiares pero que no entre. Al señalarse preferencias alimenticias no puede uno menos de sacar a relucir el «famoso plato de lentejas» y la especulación bíblica que con el mismo se hizo...

Pues bien, decorosamente y elevando a nivel científico el problema jurídico, PUIG BRUTAU estudia la legislación española, aporta doctrina reciente sobre este punto y expone fallos jurisprudenciales (por ejemplo S. 28 de febrero de 1969), que dan una pauta de lo riguroso del estudio y de las posibilidades que ofrece. Como en los demás capítulos se recoge al final la legislación de Puerto Rico y la de Filipinas.

V. LA TUTELA.

Hay dos instituciones que el opositor suele temer con cierta razón. Una de ellas es la dote y otra la tutela. El entramado de artículos que ambas instituciones ofrece y, creo yo, que la falta de proyección en la vida real de ellas, pone perezas, rarezas y actitudes eliminatorias frente a su estudio. Las exposiciones que sobre este punto existen no suelen tener la «garra» y la atracción de otras y quizá ello también haya contribuido a esta especie de «abulia» estudiantil.

La versión que PUIG BRUTAU nos brinda de una de estas instituciones tan temidas es menos «densa» que otras. No tiene tantas clasificaciones, apartados y subclasificaciones y, de cuando en cuando, tiene los grandes escapes de la jurisprudencia reproducida. Didácticamente quizá no sirva en plan opositorial, pero al lector ya sereno, profesionalmente hablando, le hace amable el tema y les brinda unas posibilidades de profundizar en ciertos puntos de esa institución rara en la vida jurídica, pero temible cuando aparece en todo su vigor y efectividad. Ni que decir tiene que los tres grandes órganos de la tutela, el tutor, el Consejo de Familia y el protutor son estudiados minuciosamente. Se concluye con un breve comentario sobre el Registro de Tutelas y, como en todos los capítulos, se hace alusión al régimen de Puerto Rico y Filipinas, añadiéndose en esta ocasión el de Aragón como especialidad frente al Código civil.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Octubre-diciembre de 1970.

Crisis del Derecho sucesorio, por Francisco A. Condomines, páginas 701 a 710.

La interpretación de la Ley, por Luis Díez-Picazo, págs. 711 a 738.

La adquisición de la vecindad civil por nacimiento en territorio distinto al de la vecindad de origen, por Rodrigo Bercovitz, págs. 739 a 764.

El régimen jurídico de la inversión de capitales extranjeros en Bélgica, por José Bonet Correa, páginas 765 a 785.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo de 1971.

El abuso del Derecho en la legislación iberoamericana, por Lino Rodríguez Arias, págs. 239 a 254.

Las acciones de saneamiento en la compra-venta de edificios, por Luis Alonso Prieto, págs. 254 a 257.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 22, marzo-abril de 1971.

Los planes de extensión turístico-residencial en el área metropolitana de Madrid, por Luis F. Arregui Lucea y Miguel Miró Gisbert, págs. 13 a 35.

El desahucio administrativo como medio para el logro de los planes urbanísticos, por Fulgencio Saura Mira, págs. 37 a 47.

Algunos aspectos relevantes de la Ley Urbanística italiana de 6 de agosto de 1967, por Domenico Ferraro, págs. 49 a 78.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 72, julio-septiembre de 1970.

Sobre el método analítico de valoración, por Enrique Ballesteros, páginas 7 a 36.

Modelo de análisis interregional del sector agrario de la provincia de Granada, por José J. Rodríguez Alcaide, págs. 37 a 54.

Derecho Agrario y Derecho Civil,
por Plutarco Marsá Vancells, pá-
ginas 55 a 110.

**REVISTA GENERAL DE
LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA**

Marzo de 1971.

*Observaciones acerca de las lesio-
nes en el Derecho Penal Español
y Comparado*, por Antonio Beris-
tain, págs. 299 a 361.

*Meditaciones sobre la minoría de
edad penal*, por L. Ceres, páginas
363 a 365.

Abril de 1971.

*La propiedad de pisos en la legis-
lación española*, por José Bonet
Correa, págs. 451 a 484.

*La regla «donner et retenir ne
vaut» y los Códigos civiles de
Francia, Italia, España*, por An-
gel Cristóbal Montes, págs. 485 a
557.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Número 318, marzo de 1971

*Temas jurídicos-polémicos que se
han de tratar en la primera re-
unión de Presidentes de Audien-
cias Provinciales Españolas*, por
Gonzalo de la Concha y Pellico,
páginas 234 a 254.

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Enero-marzo de 1971.

*Configuración jurídica de la re-
gítima en Derecho Catalán*, por
Maria Encarna Roca de Laque,
páginas 7 a 56.

*Acción procesal del legitimario
en el Derecho Civil Catalán de
reclamación de legítima, antes
de la aceptación de la herencia
por el heredero*, por Xavier O'Cal-
laghan Muñoz, págs 57 a 78.

