

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXV

Noviembre-Diciembre 1959

Núms. 378-379

La filiación ilegítima

PRELIMINAR

Resulta difícil de comprender que los aspectos jurídicos de la filiación ilegítima no hayan sido objeto de una elaboración más cuidada por parte de la doctrina, tanto más cuanto que de antiguo se viene notando la deficiencia. «Nada es claro cuando se trata de hijos ilegítimos», afirmaba ya Gutiérrez en el siglo pasado al comentar la materia en su obra *Códigos o Estudios fundamentales de Derecho civil*, y la deficiencia doctrinal de entonces había acaso de repercutir en la obra legislativa posterior que al rectificar en algún punto el Derecho antiguo lo hizo sin la debida y deseada claridad, que tampoco ha conseguido la doctrina posterior del Código, por lo que recientemente de nuevo, y desde las páginas de una acreditada revista jurídica, se llamaba la atención sobre el tema y la parquedad de su estudio, más especialmente en lo atinente a los hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición de naturales (1).

(1) MARTÍNEZ RADIO, en «Rev. de Der. Priv.», abril de 1957.

Es verdad lo acusado y no es difícil imaginar sus causas. Tal vez es que entre nosotros el supuesto no se patentiza con frecuencia, porque la regulación jurídica de la filiación y las bases de fijación de la paternidad o maternidad tal como se desenvuelven en nuestras leyes, enmascaran la condición de los hijos adulterinos e incestuosos, que es, como veremos, la que constituye el presupuesto de la máxima ilegitimidad. La rigurosa presunción de los arts. 108 y 109 del Código civil (necesaria en principio, aunque de posible corrección), hace que los hijos concebidos por la madre adúltera sean tenidos normalmente como legítimos, y los engendrados por los padres casados en mujeres solteras se benefician de la posibilidad del reconocimiento unilateral, y, mientras el padre permanece ignorado legalmente, la condición de la madre les lleva a la calificación de naturales.

Otras veces los hijos nacidos de uniones ilegítimas, como efecto de la vergüenza o de la maldad de los padres, considerados por éstos como un estorbo o un testimonio de su torpeza, son abandonados al nacer y entran en la categoría de los expósitos, y al ser legalmente, y aun de hecho, desconocidos sus progenitores no hay lugar a calificarles de ilegítimos. Son sencillamente hijos sin padres.

Pero, aun restringida de esta suerte la hipótesis de la filiación ilegítima no natural, no por ello deja de presentarse y requiere un tratamiento adecuado que acaso no ha merecido más atención, porque ante las circunstancias de miseria moral que suelen descubrirse al tratar de estas cuestiones, ha sido siempre más fácil pronunciar un cómodo *ignoramus* que abordar a fondo la cuestión en la que, sin embargo, la superficialidad o la indiferencia pueden llevar a la injusticia, ya para alguno de los padres ya para el hijo.

Y es que la ilegitimidad se presentó siempre en contraste con la situación normal y deseable del matrimonio, como una infracción de éste o de los fundamentos sobre que reposa, y si las justas nupcias merecieron todo el favor del Derecho, como «*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*» y fueron tratadas con amplitud y detalle, lo contrario a ello había fácilmente de ser considerado con disfavor, parva y someramente.

No obstante, de antiguo se consideró que no era adecuada una

visión demasiado rigurosa que llevara a desconocer la relación de los sexos y sus consecuencias jurídicas fuera del matrimonio. De éste dijo Justiniano (*Novela*, CXL): «Nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium». Pero también viendo la consecuencia del extremado rigor para con los hijos no matrimoniales, decía el propio emperador: «Misericordia indigni non sunt qui alieno laborat vitio» (*Cod.* VII, 26 p.).

Estas dos visiones: el matrimonio digno de protección y la misericordia para los que no tienen culpa de su condición, han sido las que siempre se han hallado presentes ante los juristas, moralistas y sociólogos, con variantes en el detalle de la reglamentación legal inexorable ante una realidad que por desagradable que resulte se impone como fenómeno social a la contemplación del legislador.

Sin ánimo de estudiar el problema en el detalle de su desenvolvimiento histórico, hemos de subrayar que en nuestro ordenamiento actual las normas son inadecuadas e injustas, porque no muestran la clemencia y caridad necesarias para aquellos que padecen la culpa de otro sin que por ello aumenten la consideración y la protección al matrimonio, que es primordial, pero no incompatible con la protección de los inocentes, ya que los hijos siempre lo son, y aun en ocasiones alguno de los progenitores que puede hasta ser una persona honesta y respetable, como sería, por ejemplo, la mujer violada por un hombre casado, que a su humillación y vergüenza uniría la congoja de tener un hijo sobre el que legalmente vería disminuidos y desconocidos derechos que la naturaleza impone.

En la política legislativa moderna se puede ver el deseo de borrar las injusticias observadas, pero entre tanto que el problema se debate *lege ferenda*, compete a los iusprivatistas la misión de completar el estudio de la situación legal actual para descubrir los puntos de posible reforma y para señalar, *lege lata*, criterios interpretativos adecuados para que las normas alcancen la máxima flexibilidad de adaptación a la realidad y a la exigencia de justicia.

Por ahora, nosotros, con tal deseo, nos limitamos al estudio de algunos puntos en concreto.

Previamente, para mayor claridad, fijamos la terminología. Aun-

que fué múltiple el léxico con el que se designó a los hijos ilegítimos, acaso como más general aceptamos el término de hijos espúreos para nombrar aquellos a que queremos referirnos, y resultan llamados por el Código civil, con amplio circunloquio, «hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales».

QUIENES SON HIJOS ESPUREOS O ILEGITIMOS EN SENTIDO ESTRICTO

Esta materia fué objeto de grandes controversias en la doctrina anterior al Código civil motivadas por la deficiente redacción de la famosa ley XI de Toro. Hoy, el texto del Código nos dispensa del examen de aquellas cuyo interés se relega a las cuestiones de Derecho transitorio e histórico, pero en la interpretación de la ley vigente los tratadistas se mueven con una cierta superficialidad.

La cuestión se resuelve a base de la definición legal del artículo 119 del Código, y partiendo de la conceptualización de los hijos ilegítimos que resulta de los artículos 108 y 110 del mismo. Son ilegítimos *estricto sensu* los que no siendo legítimos no son naturales, y como son hijos naturales «los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella» (art. 119), el concepto de los espúreos resulta así: «Aquellos engendrados en relación no matrimonial, cuando los padres, al tiempo de la concepción, no podían casarse ni aun con dispensa».

O sea que la clave de la calificación está en la posibilidad de casarse los padres, pero contemplada en el aspecto negativo, es decir, el de la imposibilidad.

Inmediatamente surge la pregunta: ¿Cuáles son las causas de imposibilidad?

In genere es fácil la respuesta: tales causas de imposibilidad son las que señala la ley. Pero apenas esto dicho, surge una cuestión grave que hasta la época de la codificación no pudo plantearse. La primera impresión, la que en la doctrina domina, o al menos lo parece, por la carencia de razonamientos acerca del

particular, es la de buscar estas causas en la regulación del matrimonio en el propio Código. Mas al acudir a él, nos encontramos con una autolimitación de su propia competencia, nacida de la fórmula de su artículo 42, que hace que no sea lícito acudir a sus preceptos sustantivos acerca del matrimonio antes de fijar como cuestión previa si sus requisitos y posibilidad se han de regir por él o por el derecho de la Iglesia católica, ya que se reconocen dos clases y dos disciplinas del matrimonio: la canónica y la civil.

Decimos que la cuestión no pudo plantearse con anterioridad al Código, porque era única la disciplina del matrimonio, pues hasta 1870 regía plenamente en la materia el Derecho canónico. No se pensó que pudiera haber una dualidad en las causas para calificar a los hijos de naturales o espúreos. Y tan es así, que sobre este supuesto se redactó el artículo 118 del Proyecto de 1851, que entendiendo la materia regida por la ley canónica (reconocida expresamente como ley única en su artículo 48), sólo hizo una excepción a ésta, la de que «no podrá ser reconocido el hijo habido por un tío en su sobrina carnal» (art. 122), «aunque, según el derecho canónico, sea dispensable este impedimento», aclaraba García Goyena en sus *Concordancias*.

Durante la vigencia exclusiva de las leyes de matrimonio civil, tanto la de 1870 como la de 1932, también existía unidad de causas de calificación, pues se atendía solamente al Derecho civil. Sólo la dualidad del Decreto del Ministerio Regencia de 1875, recogida en la fórmula del artículo 42 del Código, ha podido mantener, como derivada de la doble disciplina del matrimonio, un sistema diverso para calificar a los hijos no legítimos, que resulta absurdo y fácilmente remediable con sólo adoptar el criterio canónico por lo menos en su resultado que es lo que han hecho otros países como Italia, en donde al distinguir de los hijos naturales los incestuosos y adulterinos, se ha llegado al resultado coincidente en esencia con lo que proclama la legislación de la Iglesia.

Acaso se piense que, puesto que una cosa es contraer matrimonio y otra diferente la calificación de los hijos, cuando de ésta se trata hay que acudir únicamente, y en todo caso al Código civil.

Esto es cierto en cuanto al criterio a seguir para declarar la clase de filiación. Serán los artículos del Código civil antes citados, y no los cánones al respecto los que determinen la condición de los hijos, pero el propio Código, al referirse a la posibilidad de las nupcias de los padres hace un reenvío implícito a las normas que regulan el posible matrimonio. Posición correcta, porque la calificación de naturales, o no, de los hijos se viene haciendo de antiguo, en función de la posible legislación y el deseo de que por un ulterior matrimonio se ponga remedio a una situación irregular, lo que hace ineludible que la idoneidad matrimonial se contemple en función de la legislación que al propio matrimonio sería aplicable.

Así, pues, cuando uno al menos de los progenitores profese la religión católica, puesto que le obligaría la forma matrimonial canónica, los obstáculos para el matrimonio serán los que de modo no dispensable establece el *Codex Iuris Canonici*.

Este será el supuesto normal, porque el matrimonio civil puede calificarse de matrimonio de excepción para los españoles, que en su inmensa mayoría profesan la religión católica.

Pues bien: según el Derecho de la Iglesia, resultan ser dispensables todos los impedimentos, excepto los que los canonistas llaman de Derecho divino natural, por lo que sólo éstos pueden dar lugar a la ilegitimidad de los hijos. Tales impedimentos son, según Knecht (2), en síntesis, de los cánones y de la doctrina más autorizada: el vínculo matrimonial, la impotencia *coeundi*, la consanguinidad en línea recta, y en el primer grado de la línea colateral (hermanos según la computación canónica). Todos los demás impedimentos pueden removerse mediante la dispensa, algunos con dificultad, pero como ésta no significa imposibilidad, no serán fuente de ilegitimidad a la vista del artículo 119 del Código civil.

O sea que no habrá más hijos ilegítimos ilegítimables o no naturales que los adulterinos y los incestuosos en los términos dichos, porque el impedimento de impotencia no puede considerarse en el supuesto de la filiación, que requiere un acto negativo excluyente de tal circunstancia, y a falta de consentimiento «que no puede ser suplido por ninguna potestad humana» (canon 1.081), se re-

(2) KNECHT: *Derecho matrimonial católico*, trad. española. Madrid, 1932, página 123

fiere a la creación del estado matrimonial, que es puramente voluntario, pero no al supuesto de la generación, totalmente distinto.

No tan ampliamente generoso se muestra el Código civil, porque examinando en él los impedimentos llamados dirimentes, nos encontramos con un mayor número de circunstancias obstativas que no pueden ser objeto de dispensa.

Precisa que reproduzcamos los textos fundamentales para hacer a continuación su glosa.

Art. 45. «Está prohibido el matrimonio:

1.º Al menor de edad no emancipado por anteriores nupcias que no haya obtenido la licencia de las personas a quienes corresponde otorgarla.

2.º A la viuda durante los trescientos y un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal.

3.º Al tutor con las personas que tenga o haya tenido en guarda hasta que, cesado en su cargo, se aprueben las cuentas del mismo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o escritura pública.»

Art. 83. «No pueden contraer matrimonio:

1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce, también cumplidos.

Se tendrá, no obstante, por revalidado *ipso facto*, y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal, hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación.

2.º Los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio.

3.º Los que adolecieron de impotencia física, absoluta o relativa para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable.

4.º Los ordenados *in sacris* y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de cas-

tividad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica.

5.º Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial.»

Art. 84. «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural.

2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.

3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado.

4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado.

5.º El padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción.

7.º Los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

8.º Los que hubiesen sido condenados como autores o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.»

Art. 85. «El Gobierno, con justa causa, puede dispensar, a instancia de parte: el impedimento comprendido en el núm. 2.º del artículo 45; los grados tercero y cuarto de los colaterales por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales, y los que se refieren a los descendientes del adoptante.»

De todos estos artículos y primordialmente del último registramos los siguientes obstáculos como no dispensables:

1.º La locura o falta de razón (art. 83-2.º).

2.º La impotencia física (art. 83-3.º).

3.º El orden sacro (art. 83-4.º).

4.º El ligamen o matrimonio (art. 83-5.º).

5.º La consanguinidad en línea recta (art. 84-1.º).

6.º La afinidad en línea recta (art. 84-1.º).

7.º La consanguinidad colateral entre hermanos.

8.º La adopción con respecto al adoptante, sus descendientes legítimos y su cónyuge, de un lado, y el adoptado y su consorte, de otro (art. 84-5.º y 6.º).

9.º Los co-reos de adulterio condenados por sentencia firme (art. 84-7.º).

10. Los coautores o cómplices de la muerte del cónyuge de uno de los progenitores (art. 84-8.º).

Hemos eliminado de estos obstáculos la falta de edad núbil, porque, según el número 1.º del artículo 83, cuando la filiación se produce desaparece el obstáculo, ya que rige el antiguo principio *nisi malitia suplet aetatem*, y por ello no obsta que el art. 85 no recoja la posibilidad de dispensa.

También prescindimos aquí de los impedimentos señalados en el artículo 45 del Código. Del primero, licencia de los menores de edad, porque el recurso o suplencia del disenso paterno es una verdadera dispensa. Del segundo, plazo de espera vidual, porque explícitamente figura como dispensable en el artículo 85. Del tercero, prohibición del matrimonio entre el tutelado y su tutor de distinto sexo, porque no tiene un alcance absoluto, sino relativo, porque puede ser objeto de permisión por el padre y porque su infracción no impide nunca como la de los restantes números del artículo 45, la validez del matrimonio, y sólo lleva aparejada consecuencias de orden económico (las del art. 50), sin afectar para nada al estado civil que del matrimonio deriva ni en los contrayentes ni en la prole. Manresa (3), en sus Comentarios, vió este problema concreto, y coincide en la solución, puesto que ve «un impedimento, aunque no dispensado, *posible de dispensar*», y Navarro Amandi (4) abunda en el mismo criterio, entendiendo que si el impedimento no es dispensable por el legislador, lo es por el padre del pupilo.

Ahora veamos si los otros casos enumerados constituyen o no verdaderas causas de ilegitimidad.

1.º *La locura o falta de razón*.—No cabe duda que hace imposible el matrimonio y que conforme a la letra de los artículos 83 y 119, los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de engendrar un hijo atribuyen a este la nota de ilegitimidad en el sentido más absoluto.

(3) *Comentarios*. Art. 119.

(4) *Cuestionario del Código civil reformado*. Madrid, 1889, tomo I, artículo 119, cuestión 2.ª

Sin embargo hay algo que repugna en esta afirmación, formulada *prima facie*, hasta tal punto, que, sin demostración, hay quien tiene por evidente la proposición contraria. Así dice Albaladejo, con extrañeza y con protesta: «¿Es que no son hijos naturales los que tuvo una persona loca al concebirlos?». Si, pero ante el texto legal no podemos excusar el razonamiento para justificarlo (5).

La confusión se produce porque el legislador del Código civil con un criterio simple no distinguió, como la doctrina ya distinguía y la propia Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, entre circunstancias previas de aptitud física y racional básica en el individuo para el cumplimiento de los fines matrimoniales, relativas a la aptitud física y al consentimiento, e impedimentos propiamente dichos. A los primeros nunca se refirió la filiación ilegítima, porque sobrentendía que la filiación natural surgía *fuera* del matrimonio, mientras que la ilegítima en sentido estricto surgía *contra* aquél y con ciertos caracteres de inmoralidad que hicieron fundar la máxima ilegitimidad en los hijos *qui ex damnato sunt coitu*. Nunca fué la falta de condiciones naturales para las nupcias considerada como base de ilegitimidad.

Pero el Código, decimos, introdujo una confusión al refundir la doctrina de los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la Ley del Matrimonio Civil en sus artículos 83 y 84, y al considerar impedimentos lo que no son sino presupuestos del matrimonio mismo. Pero histórica y racionalmente hay que excluir de los supuestos de ilegitimidad a los que no nacen de «adulterio, o de incesto, o de otro fornicio», como decían las Partidas (L. 5.ª, tit. XIX, part. 4.ª), viniendo a concretar como fundamento de la calificación la existencia de un crimen, de una contravención del orden jurídico fundamental que no se produce en el privado de razón, porque no existe el «dañado e punible ayuntamiento». Esto aparte de que, como decíamos a propósito del canon 1.081, anteriormente, la falta de consentimiento se refiere a la *creación del estado* matrimonial puramente voluntario como constitutivo de un negocio jurídico y no al hecho de la generación que como tal, e independiente de que sea o no querida, produce derechos y obligaciones.

(5) *El reconocimiento de la filiación natural*. Barcelona, 1954, pág. 132.

2.º *La impotencia física*.—Queda excluida por su propia virtualidad de las causas de ilegitimidad, porque el impotente es el que por impedimento físico no puede realizar el acto procreador.

Solamente en una hipótesis podría surgir cuestión. Es ella cuando el impotente *coeundi*, no lo fuera *generandi*, y por mecanismos de inseminación artificial se lograra la fecundación.

Sin perjuicio de la inmoralidad de este acto y de su rareza habríamos de repetir aquí parte de las consideraciones que acabamos de hacer sobre la falta de razón. También se trata no precisamente de un impedimento, sino de un presupuesto de aptitud.

3.º *El orden sacro*.—Parece que este impedimento no puede ser causa determinante de la cualidad de espúreos de los hijos, puesto que el Código civil lo establece como dispensable canónicamente. Pero de aquí precisamente surgen las dudas, porque se dice que el supuesto es de imposible realización.

Cuando se discutió el Código civil en el Senado, el Obispo de Salamanca resaltaba la contradicción del texto legal (6). Consistía ésta en que la dispensa canónica en el supuesto ahora examinado, no se podía conceder nunca. Es decir, la Iglesia puede dispensar del orden sacro y de la profesión religiosa solemne con voto de castidad para el matrimonio canónico, pero no puede dispensar para el matrimonio civil, porque no puede autorizar éste para aquellas personas que han sido bautizadas en la propia Iglesia católica como lo son los ordenados y los profesos.

Este razonamiento es correcto en orden a la imposibilidad de contraer el matrimonio civil ante el imperativo vigente del artículo 42, pero no lo es en punto a negar la cualidad de naturales de los hijos que tradicionalmente se llamaron sacrilegos, porque lo cierto es que los padres se pueden casar (canónicamente, desde luego) con dispensa (aunque sea rara).

Determinada la competencia de las respectivas leyes, según dijimos, el problema queda claro.

4.º *El ligamen o matrimonio*.—En nuestro sistema de matrimonio monógamo e indisoluble la unión adulterina es fuente indiscutible de ilegitimidad, tanto por parte del marido como de

(6) *El Código civil*. Discusión parlamentaria. Madrid, 1889, pág. 576.

la mujer. El ligamen es impedimento no dispensable y la falta de fidelidad al cónyuge procreando con otra persona, es tenida como caso típicamente reprobable. Por consiguiente, el hijo procreado en adulterio no puede ser sino ilegítimo. Luego veremos si este principio sufre atenuación como consecuencia de la buena fe.

5.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a causas.—*El parentesco*.—Es de notar en el Código una menor flexibilidad de estas causas con respecto a la legislación canónica. Porque en esta la afinidad en línea recta, aunque excepcionalmente es dispensable, y lo mismo sucede con la adopción. Pero no cabe duda que la unión incestuosa es, junto con la adulterina, la causa indiscutible de ilegitimidad tal y como se configuró en nuestra historia jurídica y en la de los pueblos de la cristiandad, por razones de eugenesia, y, sobre todo, de moral familiar.

9.^a y 10.^a causas.—*El crimen*.—Como impedimento para el matrimonio se desdobra esta causa en dos: adulterio y conyugicidio. Su fundamento es punitivo y protector de la fe matrimonial. Los que la quebranten de un modo tan grave como el que la ley contempla, saben que su pasión o su apetito insano no podrá acogerse en lo futuro en un ulterior matrimonio con el cómplice o coautor.

La mera unión sexual de los que cometieron el crimen lleva consigo la ilegitimidad de la prole que engendraren, aunque en el momento presunto de la concepción no existiera entre ellos ningún otro obstáculo matrimonial, porque esta sanción se proyecta por su naturaleza a situaciones futuras de la infracción.

También nos parece que en este punto el Código civil es extremado con relación al Derecho canónico. Pero hay que reconocer que en éste la flexibilidad puede ser mayor, por la posibilidad de operar sobre estados de conciencia cuya apreciación no es fácil en una pura y fría objetividad desligada de las valoraciones subjetivas, que pueden resultar del sacramento de la confesión y de la penitencia.

* * *

Examinadas las causas que pueden determinar la condición de los hijos espúreos, hay un punto en extremo interesante, cual es el

de saber si aquéllos tienen que ser apreciados objetivamente, basando su concurrencia para la calificación, o si hay que valorarlas subjetivamente en función de la voluntad de los progenitores.

La apreciación puramente objetiva es acaso la más sencilla, pero con facilidad lleva a la injusticia. Fijémonos, por ejemplo, en la filiación que se llama adulterina. Objetivamente resulta, porque uno de los progenitores (o los dos) están casados con persona distinta del otro progenitor. Ese lazo matrimonial, es decir, el impedimento de ligamen, es el que determina que la relación sexual con otro sea fuente de la ilegitimidad máxima. Sin embargo, lo punible y censurable es el adulterio, que no existe solamente por el ligamen, sino por la culpa, y puede haber casos de cohabitación extraconyugal por parte de un cónyuge, pero que no implican adulterio. Puede haber casos en que una persona se una con otra vinculada en matrimonio y lo ignore, por mediar engaño, o que aunque lo sepa no lo pueda evitar, como el caso antes referido de la mujer que sufre violación por un hombre casado o de la casada que es objeto de idéntico atentado, siempre que por separación u otra causa el hijo no es atribuido al marido. En tal supuesto, la calificación de la ilegitimidad castiga doblemente al hijo, que siempre es inocente y ve considerablemente disminuidos sus derechos y a la persona que sufre el engaño o la fuerza, que también lo es pagando culpas ajenas con la privación de la posición del padre.

La evidencia de la injusticia preocupó de antiguo, y la doctrina se preguntaba si la ignorancia concurrente en ambos padres, o en uno solo, del impedimento no dispensable que mediaba para el matrimonio en la época de la concepción, o sea la buena fe de los padres, hace natural al hijo.

Esta cuestión se circunscribía a la buena fe basada en la ignorancia, y la referían los glosadores y comentadores al caso concreto de la legitimación, por subsiguiente matrimonio de los progenitores, solamente posible para los hijos naturales.

Pothier (7) reproduce la discusión habida entre los doctores antiguos. La opinión favorable a la consideración de los hijos como naturales se basaba en la doctrina sobre el matrimonio putativo. En éste la buena fe del cónyuge aparente, que ignora la causa

(7) *Tratado del contrato de matrimonio*. Trad. española. Barcelona, 1846, núm. 416.

de nulidad, hace que el matrimonio produzca efectos para él y que los hijos sean legítimos. Luego por la misma razón, cuando una persona tiene relación carnal con otra de distinto sexo que está casada, por ejemplo, pero ignorándolo aquélla, está en condiciones de contraer no un matrimonio legítimo, pero sí putativo, que si se hubiera celebrado habría producido la legitimación de la descendencia, y, por esta razón, ha de ser considerada como natural y no como espúrea.

La opinión contraria señalaba que una cosa es que se haya contraído matrimonio, aún nulo, y como un efecto de él en una situación aparentemente lícita se produzca la filiación, y otra la buena fe en la procreación extra matrimonio. Eran muchos los tratadistas (el abad Panormitano, Juan Andrés, Antonio Butrigrario, Avendaño), que en todo caso llegaban a la solución contrapuesta plasmada en la afirmación de Juan Gutiérrez: «*Si sequatur matrimonium inter adulteros quoniam adhuc filius adulterinus non fit legitimus..., etiam interveniente ignorantia parentur*» (8). Expresando el propio autor en comentario a nuestras leyes antiguas: «*Opinio negativa... verior est tenenda mihi videtur*».

Y esta opinión negativa se basaba en que la unión carnal sin la apariencia y la creencia de matrimonio es siempre culpable. Se decía que no es igual, por ejemplo, la situación de una persona que se casa con ignorancia del vicio de nulidad y que contrae relaciones sexuales que cree lícitas, y la de otra que sin más consiente en las relaciones que siempre son reprobables, aunque ignore que sean adulterinas. Aunque se crea que se comete una simple fornicación se sabe que se comete un acto torpe y reprobado, y no se puede llevar el favor más allá de lo que la ley permite hasta el punto de que pueden legitimarse (por naturales) hijos engendrados en adulterio.

Así la cuestión, entre los tratadistas españoles también se adaptaron las dos posiciones. El maestro Basilio Ponce, catedrático de Salamanca (9), mantenía el criterio favorable a la naturalidad de los hijos, y consiguientemente a la legitimación. En nuestras mismas leyes, el hijo adulterino engendrado en el caso de bigamia, por

(8) *Practicarum quaestionum civilium*. Francfort, MDCVII, pág. 286, quaestio CV.

(9) *De matrimonio*. Lib. 11, cap. 2, § único.

la buena fe de uno de los cónyuges, y en homenaje a la misma, era considerado como legítimo, puesto que el rey Carlos III remitió a la Sala de Alcaldes de su Consejo, por Decreto de 20 de febrero de 1771, el dictamen formulado conjuntamente por el gobernador del Consejo, el obispo inquisidor general y el obispo de Teba, en el cual se expresa: «Que por el mismo hecho de casarse segunda vez, viviendo la primera muger, falta a la fe pública del contrato, engaña a la segunda muger,, y ofende la primera; invierte el orden de la sucesión, y de la legitimidad establecida por las leyes civiles, en quanto precisa con su dolosa malicia, á que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adulterinos, se tengan por legítimos por la buena fe de la madre, y sucedan a sus padres».

Pero claro que en este último caso sobre el adulterio se proyecta la sombra protectora y respetable de un matrimonio aparente, y en tal supuesto cobra vigor la opinión negativa común entre los canonistas, con el sutil y certero distingo de Gregorio López (10): «*nam si sub colore matrimonii, licet cum adultero vel adultera, propter alterius ignorantiam filii esent legitimi; secus, si non intervenit matrimonium: quia ex quo data fuit opera rei illicitae, nihil prodest ignorantia*», y en el mismo sentido Molina (11).

Posteriormente al Código civil, quizá con la inspiración inmediata de Escriche (12), Navarro Amandi (13) y Manresa (14), replantean tímidamente el problema.

Navarro Amandi no da propiamente solución y se limita a resumir la antigua doctrina. Manresa, con mucha cautela, concluye: «Sólo cabe extender el concepto de hijos naturales a los nacidos de padres que los procrearon en la creencia de no existir impedimento alguno entre ellos para contraer matrimonio, siempre que se justificase este extremo. Mas allá no puede irse, a no borrar toda distinción entre los hijos. Siempre, aunque nulo, media-

(10) Glosa a la ley II, tit. XV, Partida IV.

(11) *De primogeniorum hispanorum origine ac natura*. Lyon, MDCCXLIX, lib. III, cap. I, núm. 11.

(12) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, tomo III, edición de 1875, pág. 73. Voz «Hijo adulterino».

(13) Obra y lugar citados.

(14) Obra y lugar citados.

rá el matrimonio entre los hijos a que se refiere el artículo 69 y los definidos en el 119, matrimonio que la ley, como hemos dicho en otro lugar, no considera inexistente, puesto que siempre, en más o menos escala, le reconoce determinados efectos civiles.

Esta opinión de Manresa, que acoge la solución afirmativa de la naturalidad, nos parece aceptable por más humana y porque favorece al inocente. Más insuficiente porque sólo operará en el caso de buena fe de los dos padres o del único conocido sobre quien basar la condición de natural del hijo por el precepto del artículo 130 del Código civil, pero en los otros casos de violación o engaño doloso, cuando junto al progenitor no malicioso surja el forzador, el seductor adúltero o el torpe incestuoso, quizá patentizado en un proceso penal, la nota de espúreo caerá como un baldón sobre el hijo y sobre el otro padre, con disminución de derechos de los inocentes y un amenguamiento de responsabilidad civil del culpable.

Quizá en una futura ordenación se pudiera encontrar la solución justa, y tal vez fuera ésta la de que el progenitor ignorante de la causa de ilegitimidad fuera considerado como padre natural y el hijo gozara de correlativa consideración respecto del mismo. Solución que no carece de precedentes doctrinales, pues según el testimonio de D'Aguesseau (15) ya era sostenida por algunos glosadores, en contra de los cuales él opina que era absurdo que un mismo hombre fuese *partim legitimus*, *partim ilegítimus*. El estado es indivisible y parece más equitativo recompensar al culpable por el inocente de confundir a ambos en una misma condena».

Pero no nos parece defendible, al menos con argumentos convincentes, la opinión de D'Aguesseau. El estado no es una pura categoría lógica, sino jurídica, y hay ocasiones en que se despliega con efectos diferentes, como sucede, verbigracia, con el hijo adoptivo, que, por otra parte, puede estar inserto en una familia por naturaleza, además de la civil, nacida del vínculo de la adopción. El hijo gozaría de la condición más favorable en la posición general y con respecto al padre de buena fe, tendrá, pues, un único estado, aunque se desplegara con derechos diferentes, según las personas.

Y con respecto al progenitor de mala fe, el problema habría de

(15) *Oeuvres complètes*. París, MDCCCXIX, tomo IV, inform. núm. 47.

resolverse por la ley penal y por los aspectos que regulan la responsabilidad civil, porque lo que es evidente es que la actitud dolosa de un padre no puede liberar ni disminuir su responsabilidad económica, sin que valga alegar, apartados los efectos del *status familiae*, que la mayor responsabilidad perjudicaría a su familia legítima, si la tuviera, porque es argumento peregrino que sólo perjudica a la familia legítima la relación sexual ilícita, y mientras el padre que comete un asesinato, un homicidio o una estafa, etc. ..., es sancionado en la medida del daño causado, el que comete violación, estupro o adulterio, ve limitada su responsabilidad *ab initio*, como si con el otro tipo de crímenes no se alterase el respeto debido y la economía de la familia, que merece, sí, la protección de la ley, pero sin conducir a la injusticia de castigar a los inocentes.

MANUEL BATLLE,
Catedrático de Derecho civil.

El problema de las inscripciones inmatriculadoras que no son las primeras de la finca inscrita

Como concepto registral constituye la inmatriculación la primera inscripción de una finca. Asiento inicial que ha de reflejar el dominio del inmueble. La doctrina (1) interpreta con necesaria generosidad las normas de la Ley y del Reglamento hipotecarios referentes a la inmatriculación de fincas.

La flexibilidad del hacer inmobiliario permite que la propiedad que abre folio registral no sea plena. Cabe inmatricular dominios gravados, separados (censo enfiteútico) e incluso participaciones de copropiedad.

Las actas del artículo 60 del Reglamento hipotecario constituyen una curiosa excepción al concepto de la inmatriculación. Se entiende unánimemente que la primera inscripción de una finca en el Registro tiene que ser de su dominio. Sin embargo, la anotación preventiva a que da lugar el acta de notoriedad que analizamos, constata no una titularidad dominical, sino un derecho de aprovechamiento de unas aguas de dominio público. Un derecho de disfrute, al fin —ya que la propiedad pertenece al Estado—, que en ortodoxia inmobiliaria no debiera admitirse en funciones inmatriculadoras.

(1) ROCA SASTRE, en el tomo II de su *Derecho Hipotecario*, edic. de 1948, página 430.

*Las segundas o posteriores inscripciones y los títulos
inmatriculadores.*

En el supuesto del condominio romano pueden plantearse algunas dificultades en relación con la mecánica de la llevanza de los libros. Supongamos que una finca está dividida por acciones o cuotas (supuesto frequentísimo en los latifundios extremeños) entre varios condueños. Si todos los condueños están conformes en inscribir, se practicará una inmatriculación (2) en plena normalidad, y el Registrador sólo tiene que preocuparse de dar cumplimiento al art. 54 del Reglamento, para que las proporciones de los respectivos condueños se reflejen en los libros con toda nitidez.

Importantes particularidades presenta el caso de que sean sólo uno o algunos partícipes los que pretendan la primera inscripción.

Según Roca Sastre, aunque sólo se registre una porción dominical, la finca queda totalmente inmatriculada.

Por lo que las sucesivas inscripciones de las diversas cuotas tienen de primeros asientos dominicales, reclaman documentos inmatriculadores adornados de mayores garantías que cualquier título público de adquisición.

Una inscripción inmatriculadora se consigue con cierta facilidad si la parangonamos con una inscripción corriente.

Las inscripciones ordinarias exigen, por virtud del principio de tracto sucesivo, que el enajenante del título sea la misma persona a cuyo nombre figura la finca en el Registro.

Como para inscribir se sigue un previo procedimiento de calificación, en virtud del cual se rechazan los títulos imperfectos, el hecho de que determinada persona haya conseguido asentar su titularidad implica que ha adquirido del titular registral.

En definitiva, la documentación inmatriculadora y la que sirve de título a las inscripciones ordinarias son expresión de un fenómeno similar.

(2) La palabra representa un gran acierto de fuerza expresiva: «Inmatricular», poner en una matrícula, en un censo o registro. La finca, con su ingreso en la vida tabular, recibe una especie de bautismo administrativo (el número) que la individualiza y distingue: De amorfa superficie de terreno expuesta a los avatares jurídicos pasa a ser la unidad básica de una institución que la protege eficazmente.

La legislación hipotecaria exige determinadas garantías. Requiere que exista un historial jurídico de las transmisiones inmobiliarias suficientemente acreditado.

Por ello, cuando se trata de inmatricular fincas y el título presentado no tiene una determinada antigüedad, se requiere la presentación de un medio documental que acredite la titularidad del transmitente, y en las fincas ya inscritas no se requiere este doble juego documental porque, por la exigencia del principio de tracto sucesivo, el disponente de hoy ha de coincidir con el adquirente de ayer que a su debido tiempo acreditó documentalmente su título adquisitivo, y por eso mismo pudo inscribir.

Eficacia de la fe pública registral.

Por todo lo expuesto, se comprende fácilmente que las posteriores inscripciones practicadas para constatar los derechos de los diferentes condueños, no gozarán de la eficacia del principio de la fe pública registral.

Y ello cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la primera inscripción de la finca.

1) Si no han transcurrido dos años desde la fecha de la primera inscripción practicada, no se producen los efectos amparadores de la fe pública registral. Pero tampoco se producirían, aunque las sucesivas inscripciones continuasen el historial jurídico de la primera, por referirse al mismo dominio inscrito.

Esto, por virtud de la suspensión, por dos años de gran parte de las inscripciones inmatriculadoras.

2) Si han transcurrido más de dos años, a contar de fecha de la primera inscripción de la finca, tampoco se produce la eficacia de la fe pública registral, porque esos dos años consolidadores los habrá ganado el comunero que inmatriculó su cuota, pero no los demás, ya que no pudo existir frente a terceros la publicidad de un derecho que no estuvo anteriormente inscrito.

No se producirán los efectos purificadores, porque si bien han pasado dos años o más de dos, desde que surgió la finca para el Registro, lo cierto es que su derecho empieza *ex novo*, en lo que tiene de índole jurídica, desde su propia inscripción.

Y como la fe pública registral no extiende su protección a las circunstancias físicas de la finca, de poco servirá a su posición jurídica el que la primera inscripción practicada—a favor de otro condueño—tenga una antigüedad mayor o menor.

Por la similitud que el supuesto guarda con el mecanismo del artículo 377, relativo al dominio separado, hay que pensar que las inscripciones posteriores de los demás partícipes no podrán ser primeras, pues si en una misma finca pudiera haber 20 primeras inscripciones, iniciadoras del tracto registral, se obstaculizaría para siempre la posible nitidez de los asientos. Sin embargo, aunque la primera inscripción de un copropietario fuese la 17 de la finca, no por ello dejaría de ser inmatriculadora. Si bien no sería inmatriculadora en cuanto a la finca (por eso es segunda o posterior inscripción), si lo sería en cuanto al derecho o sustancia jurídica del asiento. No se crea que lo que ofrecemos es una división artificial. Al fin y al cabo todo asiento tiene una parte física y otra de índole jurídica. Y en este doble alcance se basa la noción corriente de la inmatriculación: es el ingreso de una finca en el Registro (componente físico del asiento), logrado mediante la primera inscripción de su dominio (componente jurídico).

En el plano documental, esta afirmación nuestra tiene indudable significación. Si cualquiera de los asientos en los que se hace constar por primera vez una cuota dominical, es inmatriculador (pese a su número, tal vez elevado) será necesario practicarlo con la ayuda de títulos propiamente inmatriculadores.

En caso contrario, bastaría con presentar cualquier título inscribible (los del art. 3.º de la ley) para lograr primeras inscripciones de dominio, contra lo dispuesto en el artículo 7.º de la ley y concordantes.

JOSÉ MENÉNDEZ,
Registrador de la Propiedad.

Doctrina deontológica Pontificia

En la madrugada del 9 de octubre del año pasado, Pío XII fallecía en su residencia estival de Castelgandolfo. El alborear luminoso de la campiña romana se ensombreció con las nubes de orfandad en que el mundo entero quedó sumido, porque lo que no puede dudarse es que entre los muchos títulos que aureolaron la egregia figura del Pontífice destaca el de su paternidad universal. La Iglesia se hizo durante su reinado tan palpable, valga la expresión, que resulta imposible encontrar a través de los siglos un período semejante. Ahora, cuando la emoción de los primeros momentos ha cedido paso a la contemplación serena de su obra dilatada, cobra un relieve especial la luz de su magisterio sin fronteras, irradiada a todos los sectores de la actividad humana.

Pío XII ha sido el Papa de la paz y el de los niños, el de los enfermos y las misiones, el de los médicos y los juristas..., el Papa de todos, en definitiva. Hay algo que llama la atención sobre manera desde el instante en que se inicia el estudio de su vida, y es su preocupación constante por el hombre, al margen incluso de cualquier consideración religiosa. Esto da a su palabra una agilidad y un sentido extraordinarios, y así la suya no es la doctrina de un teórico de espaldas a la realidad, sino la de un hombre excepcional entre los hombres, que habla un lenguaje que todos pueden comprender.

Sería interesante en extremo realizar un estudio de su pensa-

miento jurídico, pero una obra tan vasta desborda por completo nuestras posibilidades. Lo que ahora tratamos de expresar es esa relación más calurosa y directa entre Pío XII y los juristas, a través de las varias audiencias que les concedió en atención a su particular calidad.

Puede hablarse sin hipérbole de una especial preparación de Pío XII para el Derecho. Con anterioridad a su decisión de seguir el camino sacerdotal, había cursado ya tres años de estudios jurídicos, siguiendo, aunque de modo vacilante, una tradición familiar, pues le estaba reservada una misión suprema. Iniciado en la vía del sacerdocio, siguió brillando su genio jurídico en las clases dictadas en el célebre Apollinaris, y, sobre todo, en su activa participación en el Código de Derecho Canónico, bajo la alta dirección de San Pío X. Su fama cruzó los mares, y la Universidad católica de Wáshington le ofreció la cátedra de Derecho Romano, a la que tuvo que renunciar solicitado en Roma por tareas de mayor envergadura. No es, por consiguiente, aventurada la afirmación de que monseñor Pacelli tuvo «unos conocimientos legales superiores a los de cualquier hombre que haya ascendido al trono papal» (1).

Como cardenal Secretario de Estado de Su Santidad Pío XI pronunció un importante discurso exaltando la vocación del jurista, al inaugurar el 12 de diciembre de 1934 el Congreso Jurídico Internacional, reunido en Roma para conmemorar el VII centenario de las Decretales de Gregorio IX y el XIV centenario del Código de Justiniano. Pero lo que aquí nos interesa es exponer, más que comentar, su pensamiento manifestado en las varias ocasiones en que se dirigió a los hombres de Derecho, una vez que recayó sobre sus hombros la grave responsabilidad de dirigir la barca de Pedro. Universitarios y profesionales de las especialidades jurídicas más diversas fueron recibidos corporativamente por el Padre común, y su palabra y su consejo constituyen ahora un legado de inestimable valor.

En los discursos y alocuciones a que nos referimos se distinguen inevitablemente dos aspectos. En primer término se dirige el Papa a los juristas, destaca la importancia de su función y señala

(1) *Corona de gloria. Vida del Papa Pío XII*. Alden Hatch y Seamus Walshe. Versión española de Felipe Ximénez de Sandoval, 1958, pág. 66.

los cauces de su quehacer profesional. En segundo lugar alude a determinadas facetas del Derecho, distintas según la naturaleza del auditorio, pero siempre engarzadas en una serie de eslabones fundamentales.

Son cinco los discursos, entre los varios dirigidos a los juristas, en los que el Papa dedica una atención especial al estudio de su función. Entre ellos destacan los pronunciados el 6 de noviembre de 1949, a los participantes en el Primer Congreso Nacional de Juristas italianos; el 20 de marzo de 1956, a los alumnos de Derecho de Madrid, Deusto y Cardenal Albornoz de Bolonia, y el 5 de octubre del año pasado a los componentes del V Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Se da la circunstancia de que el discurso dirigido a los Notarios fué el último de los que pronunció Su Santidad.

Pero sin más preámbulos veamos ya qué significado tienen los juristas en el pensamiento pontificio. «Vosotros sois—dirá el Papa—cultivadores de aquella ciencia noble entre todas, que estudia, regula y aplica las normas sobre las que se fundamenta el orden y la paz, la justicia y la seguridad en la convivencia civil de los individuos, de las sociedades y de las naciones» (2). Fijada ya, *ab initio*, la función del jurista, todo lo demás será fácil. No podemos olvidar que nuestra profesión no es «nuestra», entendiendo el posesivo en ese sentido patrimonial tan sugestivo y tentador. Está al servicio de la mejor convivencia entre los hombres y se nutre de ingredientes tan sublimes como la paz y el orden, la justicia y la seguridad. «Una vida social pacífica y ordenada en la comunidad nacional o en la de los pueblos—dirá en otra ocasión—, no es posible si no se observan las normas jurídicas que regulan la existencia y el trabajo en común de los miembros de la sociedad» (3). Las citas podrían multiplicarse. Bástenos traer aquí algunas palabras dirigidas a los Notarios latinos. «Nos tenemos la certeza de que estos trabajos contribuirán a poner más y más de relieve la importancia de vuestra profesión en el establecimiento de relaciones jurídicas, sanas y sólidas, base necesaria de una vida social pacífica» (4).

(2) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

(3) Allocución al VI Congreso de Derecho Penal Internacional. 3 de octubre de 1953.

(4) Discurso de 5 de octubre de 1958.

Cuando el Pontífice expresa el carácter noble de la ciencia jurídica, tiene muy presente, además de la trascendencia práctica que acabamos de referir, el elevado puesto que la corresponde en la escala jerárquica de los saberes particulares. «La nobleza de vuestra profesión ha sido magníficamente descrita por Ulpiano, quien definía la jurisprudencia como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. ¡Qué noble objeto se asigna en esta definición a la ciencia jurídica, y qué alto la eleva sobre otras ramas del humano saber!» (5).

Comentarios de índole muy varia ha suscitado la interpretación del pasaje del jurisconsulto romano. Es preciso reconocer que, aun por los mejor intencionados, se ha querido ver una forma de expresión metafórica y ampulosa, cuando no inexacta, para determinar el verdadero alcance de la ciencia jurídica. Pío XII puntualiza con claridad el significado de la expresión «conocimiento de lo divino», que proporciona al jurista el caudal necesario para el mejor conocimiento de lo humano. «Tiene que conocer, ante todo, las cosas divinas, *divinarum rerum notitia*—dirá—, no sólo porque en la vida humana social la religión debe ocupar el primer puesto y dirigir la conducta práctica del creyente, a la que también el Derecho deberá dictar sus normas; no sólo porque algunas de las principales instituciones, como la del matrimonio, tienen un carácter sagrado que el Derecho no puede ignorar, sino, sobre todo, porque sin este superior conocimiento de las cosas divinas el panorama humano, que es el segundo y más inmediato objeto, *humanarum rerum notitia*, sobre el cual debe posarse la mente del jurista, quedaría privado de aquel fundamento que supera todas las vicisitudes humanas en el tiempo y en el espacio y reposa en el absoluto: Dios» (6).

El conocimiento y el respeto del orden divino es tan fundamental que para que el orden jurídico no aparezca tarado de ineficacia debe tener presente las exigencias que aquél impone. La inobservancia de la Ley es una de las lacras que más contribuyen a su descrédito, y éste sube de tono cuando el súbdito infringe las normas precisamente para no gravar su conciencia y liberarla. El Doctor Angélico, al ocuparse de la obligatoriedad de las leyes,

(5) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

(6) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

distingue dos causas de injusticia de las mismas. En primer término, ser contrarias al bien humano, por razón de su fin, de su autor o de su forma, en cuyo caso no obligan en el fuero interno, a no ser para evitar el escándalo o el desorden que su inobservancia pudiera originar. En segundo término, por oponerse al bien divino o prescribir cualquier acto contrario a la ley divina. Nunca es lícito observar estas leyes, pues como indicaba San Pablo, «es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres» (7).

Los casos de leyes contrarias al orden divino, debido a su carácter excepcional, no pueden proliferar. La historia ofrece, no obstante, a través de los tiempos y en todas las latitudes, situaciones innúmeras de las que hemos calificado de excepción. Sin abandonar el presente encontramos un inmenso sector en el que hay que hablar, más que de un desconocimiento de la ley divina, de una consciente negación de la misma.

No es presumible, sin embargo, que en un país civilizado se caiga con reiteración en supuestos análogos. Existe un problema más hondo, directamente relacionado con esa *divinarum rerum notitia* que afecta a la propia entraña del Derecho y del que deriva la recta concepción de la ontología jurídica. Traemos, a este respecto, las siguientes palabras de Su Santidad: «Sin duda el jurista no está llamado por su profesión a dedicarse a la especulación teológica para conocer el objeto de su estudio; pero si él no sabe alzarse a la visión de la realidad, suma y trascendente, de cuya voluntad deriva el orden del universo visible y de aquella parte de éste que es el género humano con sus leyes inmanente y moralmente necesarias, le será imposible ver en ella su admirable unidad y en sus más íntimas profundidades espirituales la compliación de las relaciones sociales a las que el Derecho preside, y sus normas reguladoras» (8).

El jurista no está llamado profesionalmente al conocimiento de la teología. En la ciencia jurídica, como en cualquier otra, sus elementos esenciales son independientes de toda autoridad religiosa. Es más, «cuando durante la primera mitad del último siglo, Eonald y La Mennais quisieron obligar a la razón humana a pedir a las referencias reveladas sus primeros principios y sus primeros

(7) SANTO TOMÁS, *Suma Theológica*, I-II, q. 96, a. 4.

(8) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

motivos de certidumbre, el Papa Gregorio XIII, lejos de aprobar este homenaje de sumisión ofrecido a la Iglesia, reprobó y condenó públicamente a los que con más generosidad que prudencia querían imponérselo» (9). Pero no quiere decirse con esto que la Iglesia, depositaria de la Revelación, se desentienda por completo de todo saber científico, no religioso. Al contrario, vela por la pureza de la ciencia, y puesto que tiene en su haber la certeza evidente de la verdad revelada señala límites, establece fronteras, ya que siendo una la verdad, no puede admitirse que lo que sea cierto, desde el punto de vista filosófico, sea erróneo desde el teológico, o a la inversa. Anotamos simplemente como dato que en la edad de oro del Derecho Natural en nuestra patria—siglos XVI y XVII—, fueron precisamente los teólogos quienes elevaron los estudios jurídicos a un rango que en las épocas ulteriores de secularización no ha sido dado alcanzar.

Si la profesión jurídica reúne tales excelencias, es lógico que su ejercicio imponga una serie de obligaciones que el Pontífice ha cuidado de señalar. Para robustecer ese ejercicio, Pío XII ha dibujado el arquetipo del jurista, el cual, lejos de ser inasequible, debe espolearnos continuamente en un afán de cotidiana superación. «Proponeos, por todos los medios posibles, actuar en vosotros el ideal perfecto del jurista, que por su competencia, por su prudencia, por su conciencia, por su rectitud, merece y se concilia la estima y la confianza de todos» (10). Es un fenómeno normal, que en nuestra patria se acusa sobre manera, el de hacer extensivo a las instituciones y a las actividades el juicio que merecen las personas que las actúan. Envidias de clase e intereses de grupo alimentan, en ocasiones, los juicios más o menos adversos que muchas veces no se corresponden con la realidad. Y es preciso reconocer que la historia de la profesión jurídica se ha visto atormentada por una literatura encubiertamente hostil, que ha hecho mella, sobre todo, en el elemento popular. La pluma bien cortada de Benavente nos ofrece en *Los intereses creados* una prueba harto concluyente de cuanto decimos. No es necesario abundar en ejemplos que están en la mente de todos. Es el hombre, en definitiva, quien se gana o derrocha la confianza de los demás. A ese

(9) MÉRCIER, *Lógica*, trad. esp., 1935, pág. 39.

(10) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

hombre, jurista en este caso, se dirige el Papa para hablarle de sus necesidades e instruirle sobre su conducta.

El mes de marzo de 1956 recibía el Papa a un grupo de alumnos de Derecho de Madrid, Deusto y Cardenal Alborno de Bolonia. El discurso que entonces pronunció—pieza maestra de deontología jurídica—invita a reflexionar seriamente a cuantos hemos dedicado nuestra vida al servicio del Derecho, y las observaciones que en él hace sobre la vocación, interesan por igual a universitarios y profesionales. Habla el Papa: «Tened siempre en cuenta que emprendéis un camino que requiere una verdadera vocación, un camino por el que jamás se ha de entrar sin poseer aquella *ars boni et aequi*, ciencia de lo bueno y de lo justo de la que habla el Digesto (lib. I, tit. I, ley 1); un camino en el que forzosamente habéis de ir despacio para adquirir aquella necesaria experiencia que os enseñe a adaptar a la vida contingente los principios abstractos contenidos en los textos legales o en los tratados científicos que habéis estudiado; un camino que requiere aplicación y diligencia constante, pues os impondrá deberes que obligan igualmente en conciencia y de los que habéis de dar cuenta un día ante el Tribunal de Dios; un camino que exigirá en vosotros integridad y rectitud de espíritu para no hacer de vuestra profesión un mero instrumento de medro fácil, sino una especie de sacerdocio de lo bueno y de lo justo, aunque a veces fuese más factible y más productivo desviarse por los senderos de la mentira y de la corrupción; un camino, en fin, donde jamás podréis prescindir de aquella norma universal de la actividad humana, que es la norma moral, de cuyos cauces jamás os será lícito salir.»

«Y si queréis una norma general que lo comprenda todo, os diríamos que, por encima y más allá de todo estudio y especialización, procuréis cultivar y formar vuestros espíritus en aquella Verdad suma, donde toda ley y todo Derecho tienen su principio. Porque, efectivamente, como dice el gran Doctor y Obispo de Hipona, *Ubinam sunt istae regulae scriptae, ubi quid si iustum et iniustus agnoscit...? Ubi ergo scriptae sunt nisi in libro lucis illius quae veritas dicitur?* (11).

Aunque tiene gran interés, el problema vocacional suele quedar

(11) Discurso de 20 de marzo de 1956.

al margen con bastante frecuencia. La vocación es una llamada interior que nos impulsa al ejercicio de una determinada actividad, y su presencia dota a la obra ejecutada de un sentido vital que de otro modo no podría lograrse. «La vocación, en suma—escribe Marañón—, eleva la categoría de la ocupación; la categoría de la ocupación se rebaja irremisiblemente si la vocación no existe» (12).

Existen diversas categorías vocacionales. Tres, fundamentalmente. La más excelsa es la vocación religiosa, que se identifica casi por completo con el amor, por la exclusividad de su objeto y el abandono absoluto de todo interés personal.

Vocaciones de superior categoría, pero inferiores a la religiosa, son la científica, la artística y la pedagógica, que anudan a las condiciones anteriores una estricta aptitud.

Existen, finalmente, las vocaciones habituales que conjugan la idea de servicio a una actividad con el servicio particular y que requieren ciertas aptitudes no específicas rigurosamente. Entre ellas se incluye la vocación por cualquiera de las profesiones liberales (13).

Sucede, sin embargo, salvo en casos muy excepcionales, que la llamada en que la vocación consiste no puede percibirse en el momento en que el hombre ha de decidir su destino social, es decir, en la época de su adolescencia. «El hombre, que no se conoce nunca a sí mismo, es justamente en esos años amorfos cuando se conoce menos» (14).

El Pontífice considera la profesión jurídica como un camino, y ciertamente como un camino importante, largo y difícil, dada la serie de advertencias y consejos que dirige a cuantos lo emprenden y que constituyen el bagaje necesario para lograr la meta que todos hemos de alcanzar, desterrando el cansancio, evitando la disociación de nuestra vida en una serie de compartimentos, como si no fuese un solo y mismo impulso el que nos ha de conducir. El ejercicio de esta profesión comporta una serie tal de cualidades que Pío XII no ha vacilado en calificarla de «especie de sacerdocio de lo bueno y de lo justo».

(12) MARAÑÓN, G., *Vocación y ética y otros ensayos*, 1956, pág. 25.

(13) MARAÑÓN, G., Ob. cit., pág. 29.

(14) MARAÑÓN, G., Ob. cit., pág. 26.

La preocupación por el hombre se manifiesta otra vez más, con una de pormenores al describir la figura del jurista, que el cúmulo de exigencias y de condiciones que el recto ejercicio de la profesión requiere, solamente tiene sentido al contemplar la nobleza de la misma.

En el discurso dirigido a los Notarios latinos volverá otra vez sobre el tema, recalcando que «el prestigio y la autoridad que suele unirse al ejercicio de una profesión liberal, supone en el interesado la presencia de dos condiciones: una competencia técnica reconocida y una integridad moral indiscutible».

La competencia técnica vendrá expresada por el conocimiento de esta ciencia especial—*ars boni et aequi*—, cuya posesión implica, de una parte, la experiencia necesaria para adaptar a las contingencias de la vida las sanas doctrinas de los textos legales y los principios de los tratados; de otra una diligente y constante aplicación que no se agota en el cumplido aprovechamiento durante los años de Facultad, ni en los estudios posteriores y necesarios para el desempeño de una función determinada. Aplicación y diligencia constante que posibiliten lo que se llama «estar al día», cada vez más difícil por el trepitante ritmo evolutivo de la realidad social y la legislación reguladora. Aplicación y diligencia constantes en el estudio de cada caso—tras el cual late una vida expectante—, con la misma pasión e interés puestos en el primer asunto de despacho.

Sólo una conciencia torpemente formada puede concebir que la omisión o flaqueza en el cumplimiento de los deberes profesionales afecta exclusivamente al propio prestigio. El primer impacto cae sobre el crédito de la persona y su particular perfección, lo que plantea problemas de resonancia en el ámbito individual, pero además hay que tener presente la profunda repercusión que la función del jurista tiene en la sociedad, de mayor o menor grado, claro está, según los casos. Por ello no es posible desligarse alegremente de estos deberes «que obligan igualmente en conciencia y de los que habéis de dar cuenta un día—dirá el Papa—ante el Tribunal de Dios» (15).

La integridad moral recibe también en los labios del Pontífice

(15) Discurso de 20 de marzo de 1956.

un planteamiento adecuado. Es corriente, cuando se trata de enjuiciar un período de tiempo, cargar el acento en un determinado sentido, apartándose insensiblemente de los necesarios criterios de objetividad. Nuestra época, pese a la falta de perspectivas necesarias para abrazar su horizonte, tampoco ha escapado al juicio de los hombres, y preciso es reconocer que el cuadro que por lo general nos ofrecen es desalentador. Lejos de nuestro ánimo está tomar parte en la polémica sobre la mayor o menor bondad de nuestro tiempo respecto al pretérito—«cualquiera tiempo pasado fué mejor»—, y aun cuando temperamentalmente nos inclinemos a una visión optimista sería absurdo negar la existencia de tantos defectos que si no son específicos, al menos se han acentuado en nuestros días. El desco de vivir y de vivir mejor ha provocado una fuerte subida en el termómetro del materialismo y ese ambiente enrarecido se respira por igual en el seno de las profesiones liberales. Pío XII llama la atención de los juristas, les exhorta a que no hagan de su función un instrumento de medro fácil, les disuade de tomar los senderos de la mentira y la corrupción, aunque sean a veces más productivos, les indica, en suma, la necesidad de someterse al imperio de la norma moral, de cuyos cauces jamás es lícito salir.

Con una de las frases transcritas del discurso dirigido a los alumnos de Derecho de Madrid, Deusto y Bolonia cerramos este capítulo de doctrina deontológica pontificia. Esa frase contiene «una norma general que lo comprende todo» y que está «por encima y más allá de toda especialización». La norma es clara y definitiva, formar los espíritus «en aquella Verdad suma, donde toda ley y todo Derecho tienen su principio».

Conocía sobradamente Pío XII el auténtico fundamento del Derecho, y sabía igualmente de su atormentada historia, en la que el Derecho Natural—en su único y pleno sentido—había sufrido los más encarnizados ataques para eliminar así toda vinculación con lo trascendente. «El error del racionalismo moderno ha consistido precisamente en la pretensión de querer construir el sistema de los derechos humanos y la teoría general del Derecho, considerando la naturaleza del hombre como un ente que existe por sí, al cual faltara toda referencia necesaria a un ser superior, de cuya voluntad creadora y ordenadora dependa en la esencia y

en la acción. Vosotros conocéis—dice el Papa a los juristas católicos italianos—en qué dédalo inextricable de dificultades se encuentra envuelto el pensamiento jurídico contemporáneo a causa de esta desviación inicial y cómo el jurista que se ha conformado al canon establecido del llamado positivismo ha visto truncada su obra, perdiendo con el recto conocimiento de la naturaleza humana, la sana concepción del Derecho» (16). Se extenderá después en consideraciones sobre la relación entre los conceptos de lo humano y lo divino, y, en este punto, tenemos que citar otro breve fragmento de un discurso posterior. «El aspecto jurídico no es nunca un concepto puramente abstracto, plenamente desligado de toda relación con el aspecto moral; todo Derecho humano, en efecto, digno de este nombre, halla finalmente su verdadero fundamento en el Derecho divino, lo que no implica ni disminución ni limitación sino más bien un aumento de su fuerza y de su estabilidad» (17).

No puede extrañarnos que quien supo encarnar la verdad en su vida, en sus palabras y en su obra nos encamine hacia aquella otra Verdad, de la que las nuestras son tal sólo reflejos empalidecidos. La autenticidad de la existencia es una de sus más nobles dimensiones. La encrucijada de caminos que toda profesión plantea, admite en el plano de la realidad las más varias decisiones. Es muy fácil deslumbrarse por el brillo de las soluciones sin esfuerzo, las que brinden más fama o las que produzcan mayores rendimientos. Sin prescindir de estímulos, el jurista tiene que reñir una continua batalla en pos de la verdad, uno de cuyos destellos—para nosotros el más importante—consiste precisamente en la justicia, ya que los órdenes óntico y ético pueden reducirse. Verdad y justicia que, aun cuando sean humanas, son también un resplandor de la Verdad y la Justicia sumas.

CARLOS JESÚS ALVAREZ ROMERO,

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad.

(16) Discurso de 6 de noviembre de 1949.

(17) Discurso de 26 de mayo de 1957, a los juristas católicos italianos.

Cancelación de hipoteca

Por el Notario de Burgos, don Ursino Vitoria Burgoa, fué interpuesto recurso gubernativo, en mérito de los siguientes hechos:

1.º Por escritura, ante fecha 16 de septiembre de 1953, don Hipólito Santamaría Gallo, casado con doña Leonor Marijuán Esteban, concedió a doña Emilia González Pérez, casada con don José Quintana Hurtado, un préstamo hipotecario por un total de 291.600 pesetas y plazo de tres años sin interés.

2.º Efectuado el pago de la cantidad adeudada al acreedor hipotecario don Hipólito Santamaría, éste otorgó la oportuna carta de pago y subsiguiente cancelación de hipoteca, mediante escritura ante mí, el 4 de septiembre de 1958, que se inscribió en el Registro de la Propiedad de esta ciudad.

3.º Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad con fecha 27 de septiembre de este año, el señor Registrador puso a la escritura la nota de suspensión de inscripción de la cancelación por no constar el consentimiento de la mujer del acreedor para llevar a efecto la cancelación.

4.º Posteriormente la esposa del acreedor presentó el consentimiento en escritura, fecha 8 de noviembre ante el Notario recurrente, y fué inscrita la cancelación.

5.º No obstante haberse practicado tal inscripción de cancelación interesa al Notario autorizante de la escritura de carta de pago y cancelación a que se refiere el hecho 2.º a efectos doctrina-

les interponer el oportuno recurso gubernativo, contra la calificación del Registrador a que se refiere el hecho 3.º, que apoyo en los siguientes fundamentos de Derecho:

1.º Es indudable que la calificación registral obedece a la nueva redacción del artículo 1.413 del Código Civil, según la ley de 24 de abril de este año, que dice respecto al marido que además de las facultadas que tiene como administrador puede enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Por tanto, el criterio y calificación del señor Registrador es sencillo, fácil y cómodo. Si la nueva redacción del artículo exige el consentimiento de la mujer para actos de disposición de inmuebles, como el derecho de hipoteca es un derecho real y el artículo 334 del Código Civil, en su apartado 10, considera como bienes inmuebles los derechos reales sobre tales bienes, aparece claro la necesidad del consentimiento de la esposa.

Sin embargo, tan sencillo y simple argumento no puede ser aplicado en un sentido amplio del derecho, como se desprende de lo siguiente:

2.º Es evidente que el citado artículo, como toda ley que limite o restrinja facultades, ha de interpretarse en sentido también limitativo, y

3.º Igualmente ha de interpretarse en sentido restrictivo toda norma que haga más onerosa la condición del deudor. Es indudable que, al exigirse mayores requisitos, dificultades y trabas al deudor hipotecario, para hacer uso del derecho de pagar a quien le prestó el dinero y cancelar la carga hipotecaria, exigiéndose la intervención de la mujer del acreedor, que no intervino en el préstamo hipotecario, la situación del deudor se agrava hasta un extremo tal, que incluso se vería privado de cumplir con su obligación, en el caso que la esposa del acreedor se negase a prestar el consentimiento, si el marido no solicitase la autorización judicial, y siempre con las dilaciones y molestias que esto le ocasionaría, amén de los graves perjuicios que tal dilación pudiese ocasionar, impidiendo, por ejemplo, cualquier negocio jurídico de disposición del inmueble a su propietario, que éste tuviese concertado; con lo que el resultado sería no la limitación en la dispo-

sición al marido, sino a un tercero siquiera fuese temporal, lo cual es absurdo, no pudiendo en manera alguna admitirse semejante resultado, a que conduciría la interpretación que el Registrador quiere dar al artículo 1.413.

4.º Con el criterio del señor Registrador se produciría un entorpecimiento en el juego normal del tráfico económico y jurídico, perjudicándose ambos, y con ello cuanto significa tal entorpecimiento para la economía y el derecho.

5.º Si el deudor tiene el deber de pagar, también tiene el derecho de hacerlo, y si haciendo el pago, el acreedor titular no pudiese cancelar, es indudable que habiendo pagado bien, el artículo de la ley no opone impedimento alguno, resultaría que no quedando su finca liberada, poco había adelantado con efectuar el pago, pues con éste pretende tal cancelación, o sea la extinción total de su deuda hipotecaria.

6.º El sentido y orientación de la reforma. No cabe duda de que mira a la defensa y protección de los bienes que se hallan en el matrimonio, precisándose la intervención de la mujer para los actos de disposición, pero en manera alguna puede referirse a los bienes que se encuentren en el patrimonio de los *terceros*, los cuales han de tener plena libertad.

7.º Estos bienes inmuebles gananciales son las fincas o derechos equivalentes a ellas, superficie, censos, pues únicamente sobre tales bienes, puede experimentarse pérdida, y riesgo ejecutando el marido negocios de disposición; si el marido transmite, grava o renuncia una finca de la sociedad conyugal, es indudable que ello puede afectar a la esposa; pero si es un tercero quien ejecuta con sus fincas tales negocios con el marido, todo ello sale del ámbito de la reforma del artículo 1.413, pues no hay riesgo alguno.

8.º La legislación aragonesa, en la que sin duda habrá pensado el legislador al hacer la reforma, de tiempo inmemorial dispuso ser necesario el consentimiento de la mujer para la enajenación de inmuebles de la sociedad conyugal, y teniendo un sistema semejante el Derecho francés, tanto uno como otro consideran a los efectos del mismo que los créditos hipotecarios no son inmuebles, por lo que entran en la sociedad como comunes y carecen de toda limitación en cuanto a su disposición por parte del

marido. Los regimenes que separan el patrimonio inmueble del mueble, incluyen en éste tales créditos.

9.º Verdadero concepto juridico de los actos de disposición. Los negocios o actos jurídicos se dividen en de disposición y conservativos; los primeros crean a favor del tercero derechos conservativos, los segundos no implican constitución de derechos sobre los bienes o derechos propios, ni siquiera es acto de disposición la constitución de un derecho de garantía (hipoteca) sobre bienes inmuebles propios a favor de un tercero; y si lo estima la ley así, es por la protección del tráfico; pero conceptual y realmente no merecen tal calificación; tales derechos pertenecen más al campo de la acción, y es el Estado, con sus órganos de ejecución, quien actúa para lograr la realización del valor de la finca hipotecada; por tanto, no conceden un poder inmediato sobre la cosa; el efecto automático de los actos de disposición es la salida de un derecho del patrimonio a que pertenecía, separo de mi patrimonio, apartándole del mismo, y entra inmediatamente en el patrimonio de otro. Por tanto aun en el caso de constituir un derecho real de garantía sobre bienes de mi persona, no ejecuto acto de disposición alguno.

10. El cobro y cancelación subsiguiente de la hipoteca no pueden ser en ningún caso actos de disposición, ni siquiera de crédito hipotecario; si en las legislaciones podrian aparentemente ser considerados los actos de enajenación, cesión o gravamen del crédito hipotecario por el dueño de la finca, en manera alguna lo puede ser el acto ejecutado por el prestamista, éste no dispuso de bien inmueble alguno; sólo entregó dinero y aseguró su devolución por la hipoteca que el deudor constituyó; con ello el acreedor no adquiere ningún bien inmueble, aseguró su crédito y nada más que su crédito, que es lo que únicamente pertenece a la sociedad conyugal.

11. La hipoteca se extingue en nuestro derecho por la extinción o inexistencia de la obligación garantizada, pues siendo aquélla un derecho accesorio de la obligación principal, extinguida ésta, inexorablemente se extingue la hipoteca; del artículo 144 de la Ley Hipotecaria puede deducirse que el pago del crédito asegurado tiene como efecto destruir la eficacia de la obligación hipotecaria, provocando la consiguiente cancelación. Desaparecido lo

principal, que es la obligación, queda sin base ni fundamento alguno la hipoteca que garantizaba la obligación, que es lo principal.

12. Esta dependencia de la hipoteca respecto al crédito la lleva nuestra legislación hasta el extremo de que basta una simple acta notarial para cancelar las hipotecas que garantizan los títulos al portador, sin necesidad de que el acreedor consienta y ni siquiera se requiera su intervención para tal cancelación.

13. El negocio jurídico de la venta a pacto de retro es tan semejante a la hipoteca, que casi todos los que toman la forma primera o ventas a pacto de retro constituyen verdaderos préstamos. Por todo ello es interesante la resolución de 27 de mayo de 1926, a virtud de la cual la madre, en nombre de una menor, retrovende sin autorización judicial las fincas adquiridas por compra a pacto de retro; mucho más de rigor es la exigencia de la autorización judicial que exige el artículo 164 del Código Civil para actos de disposición de inmuebles; en tal resolución se sienta la doctrina que dicha autorización judicial no podría tener otro resultado que la de su concesión, no siendo necesaria la autorización judicial para que un derecho se extinga por su propia naturaleza y condición jurídica. Al mismo resultado ha de conducir la cancelación de la hipoteca por haberse efectuado el pago. (Véase Resolución 14 julio 1925.)

14. Cualquiera que sea el sistema hipotecario que rija en una nación, nos conduce al mismo resultado de la necesidad de la cancelación, una vez satisfecho el crédito. Si se aplica el sistema registral formalista, llevando a sus últimas consecuencias el principio de legislación registral, es indudable que el titular del Registro se halla facultado para la cancelación, y siendo el titular don Hipólito Santamaría, se halla facultado para la cancelación; si el sistema es el de causalidad, resulta indudable que, siendo la causa de la hipoteca el crédito, al desaparecer éste ha de desaparecer forzosamente la hipoteca que le garantizaba.

15. Por último, si el crédito tiene carácter ganancial, caso único al que pudiera tener aplicación el art. 1.413 al ser cobrado el dinero, bien mueble, el marido está facultado para ejercer actos de administración y disposición, con lo que resulta perfectamente inútil la intervención de la mujer, y si es privativo de cualquier cónyuge nada tiene que hacer el artículo 1.413.

El ilustrísimo señor presidente de la Audiencia Territorial de Burgos resolvió el recurso en la siguiente forma:

«Considerando que la cuestión debatida en este recurso consiste en determinar si la cancelación de una hipoteca constituye un acto de disposición sobre inmuebles, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil, reformado por Ley de 24 de abril de 1958, que al conceder al marido la facultad de enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales ordena ser preciso el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, para lo que había de estudiarse si la cancelación de una hipoteca constituida para garantizar el pago de un crédito es un acto de disposición, y si tiene el carácter de inmueble a los efectos del mencionado artículo.

Considerando que al tratarse de un derecho real de garantía, según determinan los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, la cancelación del mismo no puede estimarse como un acto de disposición, pues no implica la pérdida de ningún derecho patrimonial, sino únicamente el de una garantía para la realización de un crédito, y no ha sido tampoco así estimado en nuestro derecho, al permitirse al menor emancipado o habilitado de edad cancelar hipotecas, a pesar de estarle prohibido vender y gravar bienes inmuebles, que son los auténticos actos de disposición a título oneroso.

Considerando que la interpretación ideológica de la reforma introducida en el artículo 1.413 del Código Civil no permite aceptar la tesis de que la hipoteca sea un inmueble desde el momento en que la exposición de motivos manifiesta la finalidad de la exigencia del consentimiento de la mujer, al decir «que por otra parte se ha tenido presente que los bienes inmuebles, si no representan en todos los casos un mayor valor económico, si son los que de ordinario encarnan valores de uso y atención muy ligados al desenvolvimiento de la vida de la familia», circunstancias que no existen en el derecho de hipoteca, que indica un uso de los bienes hipotecados a su titular, ni posesión de clase alguna, y carece de todo valor afectivo, por lo que está incluido en los inmuebles que se

pretende por el legislador no salgan del patrimonio familiar más que por el acuerdo de ambos cónyuges.

Vistas las disposiciones de pertinente aplicación legal a la cuestión debatida.

El excelentísimo señor don Andrés Basanta y Sylva, Presidente de esta Audiencia Territorial, por ante, mí el secretario dijo que debía estimar el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de esta ciudad don Ursino Vitoria contra la nota de suspensión del señor Registrador de la Propiedad de esta capital de fecha 7 septiembre pasado, suspendiendo la inscripción de la cancelación a que se refiere el documento número 1.858 otorgado en Burgos ante dicho notario por don Hipólito Santamaria Gallo, y cuya nota de suspensión debe dejarse sin efecto; sin hacer declaración especial en cuanto a las costas de este recurso.»

R.

Anteproyecto de Compilación de Derecho civil Foral de Navarra al Código civil ⁽¹⁾

Artículo 1.º Las disposiciones de este Apéndice regirán en Navarra y se aplicarán con preferencia a las establecidas para iguales supuestos en el Código civil, que regirá tan sólo como supletorio y sin perjuicio de las normas consuetudinarias a que se alude en el artículo siguiente.

Art. 2.º Es fuente de derecho en Navarra la costumbre en sus manifestaciones de «fuera de ley y contra ley», cuando cuente, como mínimo, con veinte años de observancia.

La prueba de la costumbre incumbe al que la invoca, pero no estará dispensado de acreditarla cuando se halle declarada por la jurisprudencia, o sea de pública notoriedad.

Art. 3.º En las obligaciones contractuales, la voluntad de los estipulantes es la primera fuente de derecho, y el pacto habrá de observarse con preferencia a toda normal legal y consuetudinaria, excepción hecha de las estipulaciones que sean contrarias a la moral o al orden público, vayan en perjuicio de tercero o quebranten una prohibición de la ley que ésta sancione expresamente con la nulidad del acto o contrato.

(1) Publicado en 1944 por la Diputación Foral de Navarra. Según sentencia de 23 de noviembre de 1955, del Tribunal Supremo, estos proyectos marcan una orientación merecedora de que se les tome en consideración. Reitera doctrina de sentencias anteriores.

Art. 4.º Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 del Código civil se aplicará al usufructo foral.

DE LOS NAVARROS

Art. 5.º Son navarros:

1.º Los hijos de padre o madre navarros que hayan nacido en esta provincia.

2.º Los hijos de padre o madre navarros que hayan nacido en otra provincia o en el extranjero, salvo lo dispuesto en el número 1.º del artículo 15 del Código Civil.

3.º Las personas procedentes de territorios de distinta legislación civil que hubiesen ganado vecindad en Navarra, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º, número 3.º del artículo 15 del Código civil.

4.º La mujer que, teniendo otra naturaleza civil, contraiga matrimonio con marido navarro.

5.º Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza y fijen su residencia en Navarra.

6.º Los extranjeros que, habiendo ganado vecindad en algún pueblo de Navarra, renuncien a su nacionalidad anterior y se inscriban en el correspondiente Registro Civil.

7.º Los nacidos en Navarra, cuando no pueda determinarse por otros medios su naturaleza.

Art. 6.º Los hijos nacidos fuera de Navarra, de padres sujetos al derecho foral navarro que, durante la menor edad de aquéllos hubieren declarado su voluntad de someterse al Código civil o cualquiera otra legislación foral, podrán recobrar la condición civil navarra, manifestándolo así ante el funcionario correspondiente, dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación.

Igual derecho asistirá a los hijos cuando la pérdida de su vecindad foral se deba a haberla perdido sus padres, en el caso previsto en el número 3.º del artículo 15 del Código Civil.

Art. 7.º La mujer que, por casarse con español sujeto a distinta legislación civil, pierda la calidad de navarra, la recobrá por ministerio de la ley, desde el instante en que se disuelva el matrimonio, a no ser que manifestare, ante el Juez municipal

de su domicilio, que es su voluntad conservar la nacionalidad de su difunto marido.

DEL MATRIMONIO

Art. 8.º La mujer casada podrá, sin licencia del marido, aceptar herencias testadas o intestadas a beneficio de inventario.

DE LOS ALIMENTOS

Art. 9.º Los Jueces y Tribunales podrán, a instancia de parte legítima, privar al obligado a prestar alimentos de la facultad de recibir y mantener en su propia casa al alimentista, cuando, a su prudente arbitrio, consideren perjudicial, inconveniente o moralmente imposible la convivencia de ambos.

DE LA PATRIA POTESTAD

Art. 10. El cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias perderá la patria potestad sobre los hijos de su anterior matrimonio, así como el usufructo y administración de los bienes de éstos, salvo que el cónyuge premuerto dispusiere lo contrario en testamento o capitulaciones matrimoniales.

Art. 11. El padre o madre que, al repetir matrimonio, pierda el usufructo sobre los bienes del cónyuge premuerto, habrá de hacer partición y entrega real y efectiva de estos bienes a los hijos del primer matrimonio, dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha del nuevo enlace.

Art. 12. Si dicha entrega no se efectuare en el plazo expresado, los referidos hijos tendrán derecho a la tercera parte de los gananciales o conquistas que se obtengan en el segundo matrimonio, sin perjuicio de poder solicitar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de su representante legal, el afianzamiento o seguridad de los bienes de su pertenencia.

Las mismas normas regirán en los casos de tercera o posteriores nupcias.

Concurriendo hijos de anteriores matrimonios de uno o de ambos cónyuges, la mencionada tercera parte de gananciales o conquistas se distribuirá entre ellos por estirpes.

Art. 13. Lo dispuesto en el artículo 172 del Código civil será igualmente aplicable al padre viudo.

DE LA TUTELA

Art. 14. El padre o la madre, aunque hubiere perdido la patria potestad por contraer nuevo matrimonio, podrá nombrar tutor y protutor, en testamento, a sus hijos menores o incapacitados; pero los nombramientos hechos en testamento posterior al nuevo matrimonio no surtirán efecto sin la aprobación del Consejo de familia.

Art. 15. La tutela legítima de los menores no emancipados será deferida por este orden:

- 1.º El abuelo paterno.
- 2.º El abuelo materno.
- 3.º A la abuela paterna y, en su defecto, a la materna, mientras permanezcan viudas.
- 4.º Al mayor de los hermanos de doble vínculo.
- 5.º A la mayor de las hermanas de doble vínculo que no estuviere casada.
- 6.º Al mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos.
- 7.º A la mayor de las hermanas consanguíneas o uterinas que no estuviere casada.
- 8.º A los tíos paternos o maternos, hermanos del padre o de la madre, por orden de edad, excluyendo los primeros a los segundos y, dentro de cada rama, los varones a las hembras.

La tutela de que trata este artículo no tiene lugar respecto de los hijos ilegítimos.

Art. 16. La tutela de los locos y de los sordomudos, corresponde:

- 1.º Al cónyuge no separado legalmente.
- 2.º Al padre.
- 3.º A la madre.
- 4.º A los hijos por orden de edad.

5.º A los abuelos y abuelas por el orden señalado en el artículo anterior.

6.º A los hermanos y hermanas que no estuvieren casadas, por el mismo orden de preferencia.

7.º A los tíos paternos y maternos, por el mismo orden del artículo precedente.

Art. 17. El Consejo de Familia podrá, a su prudente arbitrio, autorizar que continúen los hijos viviendo en compañía del padre o madre binubo, así como dejar sin efecto tal medida cuando la considere conveniente para los hijos.

Mientras dure la referida autorización, podrá también el Consejo, bajo su responsabilidad, delegar en el padre o madre la mera administración de los bienes de los tutelados, y retirarla cuando lo crea oportuno.

Art. 18. El padre o la madre que hubiere perdido la patria potestad, podrá pedir, como acto de jurisdicción voluntaria, la remoción del tutor y del Consejo de Familia o de algún miembro de éste, así como la revocación de los acuerdos del Consejo que considere lesivos para las personas o bienes de sus hijos sujetos a tutela.

En caso de urgencia, podrá el juez, a instancia de los padres, suspender, por primera providencia y a su prudente arbitrio, la ejecución del acuerdo impugnado, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva.

DE LA MAYOR EDAD

Art. 19. La mayor edad en Navarra empieza a los veintitún años cumplidos.

DE LA PROPIEDAD

Art. 20. Para adquirir por prescripción la propiedad inmueble de los Valles, Ayuntamientos, Concejos y demás entidades público-administrativas de Navarra, se necesitará siempre título y buena fe.

DE LAS VECINDADES FORANAS

Art. 21. No podrán establecerse en lo sucesivo por título civil las llamadas vecindades foranas. Para la extinción legal de las subsistentes se concede a los pueblos gravados con tales servidumbres los siguientes derechos:

1.º El de redención, cuando las transitan a título oneroso sus actuales poseedores, en virtud del cual podrán obligar a los titulares de esas vecindades a recibir su valor, capitalizando, al interés legal, a importe de los aprovechamientos normales.

2.º El de tanteo.

3.º El de retracto.

4.º El de expropiación forzosa por utilidad pública.

DE LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS

Art. 22. Las servidumbres de luces y vistas se adquieren por los medios reconocidos en derecho y por prescripción. En ningún caso se exigirá acto obstructivo del propietario o poseedor del predio dominante.

FACERIAS

Art. 23. Las «faceries» y «pastos de facería» podrán disolverse a petición de cualquiera de los pueblos faceros, siendo aplicables a tal fin las normas generales sobre división de la cosa común.

DE LAS DONACIONES

Art. 24. En toda donación universal de bienes presentes y futuros, el donador deberá reservarse, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para su decorosa subsistencia.

Tales donaciones deberán otorgarse en escritura pública cuando se trate de bienes inmuebles o derechos reales, o cuando el

valor de los bienes, cualquiera que sea su clase, exceda de tres mil pesetas.

Art. 25. Las meras y puras donaciones, a título singular, cuando excedan de tres mil pesetas, deberán ser insinuadas ante Juez competente o juradas ante Notario, sin cuyo requisito no serán válidas.

Se exceptúan de tales formalidades las donaciones por causa de matrimonio.

Art. 26. Las donaciones que el padre o madre binubo, con hijos de un matrimonio anterior, haga en favor de los hijos de segundas o posteriores nupcias, o de un extraño, estarán necesariamente sometidas a la condición suspensiva de la liquidación y adjudicación de la herencia del donante, y sólo valdrán en cuanto no perjudiquen los derechos que a los hijos de anteriores matrimonios concede el artículo 12 de este Apéndice, debiendo reducirse o quedar sin efecto en otro caso.

Los referidos hijos de anterior matrimonio podrán, sin embargo, por sí, o por representantes legales, autorizar la donación libre de condición suspensiva, pero sin que ello implique renuncia a los derechos que les concede este Apéndice.

No obstante lo dispuesto en los dos párrafos precedentes, no estarán sujetas a la condición suspensiva expresada las donaciones particulares que hagan los padres en favor de los hijos del segundo o ulteriores matrimonios e hijos de su cónyuge cuando obedezcan al cumplimiento de pactos existentes en alguna escritura anterior de capitulaciones matrimoniales o de donación universal, o cuando tengan por objeto la dotación de dichos hijos por razón de matrimonio, carrera o colocación equivalente.

Art. 27. Sólo podrán pedir la declaración de inoficiosidad de las donaciones los hijos o descendientes del donante perjudicados por ellas y sus herederos o causa-habientes. El plazo para ejercitar la acción será el de tres años, a partir de la defunción del donante. Los interesados podrán renunciar su derecho, durante la vida del donante, por declaración expresa o prestando su consentimiento a la donación.

Art. 28. Las donaciones por causa de matrimonio se regirán por lo ordenado en los artículos 110 y siguientes del presente Apéndice sin perjuicio de lo dispuesto en esta sección.

DE LAS SUCESIONES

Art. 29. La sucesión se define: 1.º Por pacto sucesorio. 2.º Por testamento. 3.º Por disposición de la ley.

La sucesión por pacto se regula en las disposiciones relativas a las capitulaciones matrimoniales, donaciones por causa de matrimonio y donaciones universales, en cuyos contratos podrá establecerse la sucesión de los bienes objeto de las mismas.

Art. 30. Será válida la renuncia a la herencia futura del donante o dotante hecho por el donatario o dotado, sin perjuicio de poder aceptar las disposiciones que aquéllos otorgaren en favor del renunciante con posterioridad a la renuncia.

Lo dispuesto para la renuncia será aplicable, en los mismos casos y condiciones, a la transacción sobre la herencia futura.

Art. 31. Podrá uno de los cónyuges facultar en testamento al sobreviviente y, por muerte o incapacidad de éste, a uno o más parientes para que, por actos o contratos *inter vivos* o *mortis causa*, designen heredero del premuerto a cualquiera de los hijos comunes, señalen dotaciones a los demás, con igualdad o desigualdad, y, en general, distribuyan a su arbitrio, los bienes del causante entre los dichos hijos.

Iguales facultades podrán conferir ambos cónyuges conjuntamente a uno o más parientes.

El cónyuge supérstite y, en su caso, los parientes, podrán hacer señalamientos de dotaciones o de anticipos a cuenta de las mismas, independientemente del nombramiento del heredero del causante o causantes.

La designación de heredero y señalamientos de dotaciones hechos por actos y contratos *inter vivos*, en uso de las facultades conferidas en el párrafo anterior, serán irrevocables.

Los parientes a que se refiere este artículo, no estando determinados, serán los dos más próximos, de quien los llama, residentes en Navarra, uno por cada línea, con preferencia de doble vínculo, sexo y edad; y, en caso de discordia, un tercero elegido por éstos.

ACTOS DE ULTIMA VOLUNTAD

Art. 32. Son actos de última voluntad: el testamento, el codicilo y las memorias testamentarias.

DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER POR ACTOS
DE ULTIMA VOLUNTAD

Art. 33. Pueden disponer por actos de última voluntad todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente.

Art. 34. Están incapacitados para disponer por actos de última voluntad:

1.º Los varones menores de catorce años cumplidos y las hembras menores de doce.

2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

DE LOS TESTAMENTOS

Art. 35. El testamento puede ser: Ológrafo, común y especial. El común se subdivide en abierto y cerrado.

El abierto puede ser unipersonal o de hermandad.

Art. 36. Los navarros únicamente podrán otorgar testamento ológrafo en los casos previstos en las secciones 7.ª, 8.ª y 9.ª del capítulo 1.º, Título 3.º, Libro 3.º del Código civil.

Art. 37. Todo testamento autorizado por Notario requerirá la presencia de sólo dos testigos instrumentales.

Podrán ser testigos en los testamentos los dependientes o amanuenses del Notario autorizante.

Los testigos instrumentales podrán ser, a la vez, testigos de conocimiento.

Art. 38. La obligación de conocer al testador, así como las supletorias a dicho objeto impuestas al Notario, serán extensivas al párroco, clérigo o testigos que autoricen un testamento, sin asistencia del Notario.

DEL TESTAMENTO ABIERTO

Art. 39. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario y dos testigos, sin más formalidades que las exigidas para la redacción de escrituras o instrumentos *inter vivos*, salvo la necesidad de expresar la hora del otorgamiento.

Art. 40. En caso de peligro inminente de muerte, y no habiendo Notario en la localidad o no siendo posible a éste prestar su ministerio por cualquier justa causa, se podrá otorgar testamento ante el párroco y dos testigos; a falta de párroco, ante otro clérigo e igual número de testigos; si tampoco hubiere clérigo, ante tres testigos solamente, consignándose por escrito la voluntad del testador, aunque los testigos no sepan escribir.

Art. 41. El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los dos artículos anteriores perderá su eficacia, viviendo el testador, a los dos meses de haber salido éste del peligro de muerte.

Cuando el testador falleciere dentro de dicho plazo, el párroco, clérigo o testigos que intervinieron en la autorización del testamento vendrán obligados a presentarlo original, para su abonamiento, dentro del plazo de un año, siguiente a la muerte de aquél, el Juez de Primera Instancia del partido a que pertenezca el lugar en que se otorgó, sin cuyo requisito quedará ineficaz.

Dicha presentación podrá ser exigida por el Ministerio fiscal o por cualquier persona que se crea interesada en ello.

El Juez ordenará la comparecencia, para el día y hora que señale, de las personas que hubieren intervenido en la autorización del testamento; y, después de hacer constar el fallecimiento del testador, interrogará a las mismas acerca de dicho testamento y de sus circunstancias; y si de las declaraciones prestadas resultare la legitimidad del documento, la declarará así, mandando, además, que se protocolice en la Notaría que corresponda de la cabeza de partido judicial.

Los que se creyesen perjudicados por esa declaración podrán impugnarla en el juicio correspondiente.

DEL TESTAMENTO DE HERMANDAD

Art. 42. Podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, aunque sus disposiciones sean distintas.

Este testamento no requiere otras solemnidades que las exigidas para el unipersonal.

Art. 43. Los navarros podrán otorgar testamento de hermandad en territorio nacional o extranjero, ante funcionario competente, en el lugar del otorgamiento.

Art. 44. El testamento de hermandad es revocable en su totalidad en vida de los otorgantes, siempre que se haga la revocación por todos ellos en un mismo instrumento.

El testamento de hermandad posterior perfecto revoca los testamentos de hermandad anteriormente otorgados por los mismos testadores, aunque no contenga cláusula expresa de revocación.

También podrá cualquiera de los testadores revocarlo, en cuanto a lo por él dispuesto, notificando el hecho de la revocación a los demás otorgantes. Las notificaciones deberán constar por escrito y hacerse en la persona de los interesados.

Art. 45. La revocación del testamento de hermandad, hecha por uno de los testadores sólo invalida lo por él dispuesto, permaneciendo válidas las disposiciones de los demás mientras ellos no las revoquen; y si lo hicieren no necesitarán notificarlo a los que lo hubieren revocado con anterioridad.

Art. 46. La muerte de uno de los testadores hace irrevocable para todos el testamento de hermandad; pero si éste contuviere llamamiento en favor de personas que no sean descendientes del sobreviviente, se rescindirá dicha disposición testamentaria, respecto de los bienes de éste, por el advenimiento de hijos, subsistiendo en cuanto a los demás testadores, si los hubiere.

Art. 47. El testamento de hermandad no priva a los testadores de la facultad de disponer libremente de sus respectivos bienes, por actos o contratos *inter vivos* a título oneroso, aun después del fallecimiento de los demás otorgantes o de cualquiera de ellos.

Si hubiere institución recíproca, con llamamiento a favor de tercero para después de fallecidos los testadores, este llamamiento

se entenderá referido a los bienes que quedaren al fallecimiento del último de ellos.

Art. 48. Las mandas o legados contenidos en los testamentos de hermandad no se podrán reclamar hasta después del fallecimiento del último de los testadores mutuamente instituidos, salvo disposición en contrario.

Los legatarios de cosa específica y determinada podrán exigir el afianzamiento de su derecho.

DEL CODICILO

Art. 49. Podrán ser materia de codicilo cualesquiera disposiciones de última voluntad, excepto: la revocación del testamento, la institución de heredero o su modificación, y la institución en la legítima foral.

DE LAS MEMORIAS TESTAMENTARIAS

Art. 50. Podrán otorgarse memorias testamentarias como apéndice de un testamento abierto, con los requisitos siguientes, sin los cuales no serán válidas.

1.º Que se consigne en el testamento la reserva de poder otorgarlas, y se exprese, con toda claridad, la frase que haya de contener la memoria para que se tenga por auténtica y eficaz.

2.º Que toda ella esté escrita y firmada de puño y letra del testador, con expresión de lugar, año, mes y día del otorgamiento y contenga, con exactitud, la frase expresada en el testamento.

3.º Que si tiene palabras tachadas, enmendadas o interlineadas se salven antes de la firma del testador o después, volviendo a firmar la salvedad, sin cuyos requisitos tales modificaciones se tendrán por no puestas.

Art. 51. Las memorias testamentarias podrán ser adicionadas o modificadas a continuación del mismo escrito, pero con las formalidades expresadas en el artículo anterior.

Art. 52. En las memorias testamentarias no se podrá revocar el testamento, ni instituir herederos o modificar la institución he-

cha, ni hacer la institución en la legítima foral. Las demás cláusulas del testamento podrán ser modificadas.

Art. 53. Para la presentación y protocolización de memorias testamentarias se observarán las disposiciones de los artículos 689 al 693 del Código civil; y, en todo caso, habrá de acompañarse a ellas el testamento que les sirva de base.

DE LA INCAPACIDAD PARA SUCEDER

Art. 54. Son incapaces de suceder, además de los comprendidos en el art. 745 del Código civil:

1.º Los hijos adulterinos respecto de sus padres, si éstos tuviesen hijos legítimos o naturales reconocidos.

2.º Los hijos sacrílegos respecto al padre o madre que hubiere hecho voto solemne de castidad.

Los comprendidos en estos dos números sólo tendrán derecho a alimentos.

Art. 55. La prohibición del art. 754 del Código civil será aplicable al párroco, clérigo o testigos que intervengan en la autorización de un testamento.

Art. 56. Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere a su vez hijos o descendientes, éstos adquirirán cuantos derechos hereditarios correspondieren al incapaz. El excluido no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

EN LA INSTITUCION DE HEREDERO

Art. 57. Los navarros podrán disponer libremente de sus bienes por actos *mortis causa*, sin más limitaciones que las establecidas en este Apéndice.

Art. 58. El padre o madre que pase a nuevas nupcias no puede dejar, por título alguno lucrativo, a su consorte, ni a los hijos y descendientes habidos en segundo o posteriores matrimonios, más porción de los bienes que la que menos deje a cualquiera de los hijos de los anteriores; pero podrá dejar mayor porción a toda la he-

rencia, a uno, a varios o a todos los hijos o descendientes de primeras o anteriores nupcias, con preferencia a los de las posteriores.

El exceso que, con infracción de lo dispuesto en el párrafo anterior, dejare el testador al consorte, hijo, hijos o descendientes de segundos o posteriores nupcias, se repartirá entre los favorecidos por el exceso y los que resulten perjudicados de matrimonios anteriores; de suerte que unos y otros vengan a quedar igualados, pero respetándose las porciones dejadas a los demás.

Los descendientes legítimos del hijo de anterior matrimonio fallecido o privado de la herencia por incapacidad o desheredación, sucederán por derecho de representación; pero el testador podrá dejar a uno o varios de aquéllos toda la porción de bienes que, con arreglo a los párrafos anteriores, habria correspondido al hijo fallecido incapaz o desheredado, si viviera o hubiera podido heredar, sin que los demás puedan invocar derecho alguno frente a los hijos y descendientes de posteriores matrimonios.

Las limitaciones anteriores no se refieren a los bienes que el cónyuge bínubo hubiera adquirido, a título lucrativo, de su segundo o posterior consorte, o de los ascendientes o descendientes de éste, de cuyos bienes podrá disponer libremente, salvo la obligación de reservar cuando proceda.

Art. 59. El viudo que pase a segundas nupcias, habiendo hijos o descendientes del primer matrimonio, no podrá renunciar su parte en los gananciales que adquiriera, a favor del nuevo cónyuge ni de los hijos o descendientes de éste.

Art. 60. En toda sucesión contractual o testada, sea a título universal o singular, los descendientes ocuparán el lugar del ascendiente, llamado, salvo clara disposición en contrario de los instituyentes.

Art. 61. Siempre que por contrato o disposición testamentaria se instituya heredero con llamamiento colectivo en favor de los hijos del instituido, tendrán facultad para distribuir la herencia entre los llamados sus padres o el que de éstos sobreviva, incluso designando un solo heredero de todos los bienes, salvo que al tenor del testamento o del contrato resulte otra cosa.

DE LA LEGITIMA FORAL

Art. 62. La legitima foral navarra consiste en cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra en los montes comunes. Deberán ser necesariamente instituidos en ella los herederos forzosos del testador. La omisión de este requisito anula el testamento, salvo que dichas personas sean instituidas herederas del patrimonio del testador, reciban algún legado del mismo, o que el heredero forzoso preterido muera sin descendencia legitima antes que el testador.

DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

Art. 63. Son herederos forzosos:

1.º Los hijos y descendientes legitimos respecto de sus padres y ascendientes.

2.º Los hijos legitimados por concesión real, y los naturales reconocidos, no habiendo hijos legitimos.

DE LAS SUSTITUCIONES

Art. 64. Las sustituciones de que hablan los arts. 775 y 776 del Código civil sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos de los hijos y descendientes de anteriores matrimonios de los testadores.

Art. 65. Serán válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, aunque se refieran a la descendencia futura de determinada persona.

El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que corresponden por gastos legitimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

Art. 66. Los hijos puestos solamente en condición no se tendrán por puestos en disposición, ni llamados a la sucesión de bienes sino cuando expresamente se les conceda este derecho.

Art. 67. Serán válidos los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias que tengan por objeto dejar a una o varias personas el todo o parte de los bienes hereditarios, para invertirlos según instrucciones reservadas, verbales o escritas, que les hubiera comunicado el testador.

Art. 68. Si los primera y sucesivamente llamados a una sucesión fallecieren, sus hijos o descendientes en línea recta entrarán a heredar en lugar de sus padres o ascendientes, representándoles como si éstos vivieran y por el mismo orden de los llamamientos.

DEL USUFRUCTO FORAL

Art. 69. Corresponde al cónyuge viudo el usufructo sobre la universalidad de bienes relictos a la muerte de su consorte, con las limitaciones que se establecen en esta Sección.

Art. 70. Están excluidos del usufructo foral:

1.º Los bienes enajenados con arreglo a las leyes por el cónyuge difunto durante su vida.

2.º Los bienes transmitidos al cónyuge premuerto por título lucrativo con prohibición expresa de usufructo foral.

Art. 71. No puede imponerse sobre el usufructo gravamen alguno por el testador, salvo los expresados en los núms. 2 y 4 del art. 74. En las capitulaciones matrimoniales podrá modificarse el usufructo vidual, imponiendo toda clase de gravámenes y condiciones lícitas.

Art. 72. No se podrá enajenar ni gravar el usufructo foral sino por causas justificadas de necesidad o conveniencia, con consentimiento de los nudo-propietarios o de sus representantes legítimos y con autorización judicial.

Art. 73. El derecho al usufructo foral es renunciable, con tal de que la renuncia se pacte en capitulaciones matrimoniales. Es también renunciable, total o parcialmente, el usufructo foral una vez adquirido.

Art. 74. El usufructuario foral está obligado:

1.º A inventariar notarialmente todos los bienes del cónyuge difunto y los de la disuelta sociedad conyugal.

El nudo-propietario podrá exigir del inventariante que subsane, en escritura pública, los errores y omisiones padecidos.

Deberá darse principio al inventario dentro de los cincuenta días siguientes al fallecimiento del cónyuge, y concluirse dentro de otros cincuenta, a partir del día en que se empezó. Estos plazos son improrrogables, sin que quepa dispensa. Si durante el primero de ellos no se hubiere dado principio al inventario, se perderá el derecho al usufructo de viudedad; empezado pero no concluido en plazo legal, el usufructo se limitará a los bienes inventariados dentro del término.

En los casos de ausencia y presunción de muerte, el plazo para dar principio al inventario se contará desde el día siguiente al en que el inventariante tenga noticia cierta o del fallecimiento del ausente o de la sentencia firme que declare la presunción de muerte.

Y en los casos a que se refieren los arts. 109 y 111 de este Apéndice, se contará el plazo desde la muerte del demente usufructuario, y, en su defecto, desde el fallecimiento del cónyuge donatario.

2.º A alimentar, en su más amplio concepto, a los hijos habidos del cónyuge premuerto.

3.º A cuidar los bienes usufructuados, con la diligencia de un buen padre de familia; y si no lo hiciere estará obligado a abonar al propietario el daño causado, cuyo importe se descontará del usufructo, si el usufructuario careciere de bienes propios. Si diere lugar a una nueva reclamación por abandono, perderá el usufructo de los bienes desatendidos y pagará, además, los daños y perjuicios que hubiere causado al propietario.

4.º A pagar, con bienes de la herencia, las deudas existentes al fallecimiento del consorte, previo acuerdo con el nudo-propietario sobre los que se destinen a este fin y sobre la legitimidad de la deuda. Si no hubiere acuerdo, o si el nudo-propietario fuese desconocido o estuviere ausente, podrá el usufructuario pagar, por sí, dichas deudas con el metálico de la herencia; pero si no lo hubiere será necesaria autorización judicial para enajenar otros bienes. Podrá también el usufructuario pagar las deudas con bienes propios, teniendo derecho a repetir contra la herencia.

El usufructuario foral no tendrá obligación de constituir fianza.

Art. 75. No tiene derecho al usufructo de viudedad:

1.º El cónyuge declarado culpable en sentencia de divorcio o condenado en causa por adulterio, si no hubiere sido perdonado por su consorte.

2.º El que atentare contra la vida de su consorte, a no ser que hubiera sido perdonado por éste.

3.º El que matare intencionadamente a su cónyuge.

4.º El que hubiere abandonado o negado alimentos al consorte premuerto o a los hijos de éste.

Art. 76. El usufructo de viudedad se extingue:

1.º Por la muerte del usufructuario.

2.º Por contraer el viudo segundas o posteriores nupcias, salvo que se disponga lo contrario en capitulaciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio o en actos de última voluntad.

3.º Por renuncia del usufructuario, conforme al art. 73.

4.º Por indebida enajenación o gravamen de los bienes objeto del usufructo o de parte de ellos.

5.º Por prescripción.

6.º Por vivir el viudo licenciosamente o con escándalo.

7.º Por abuso o negligencia en el ejercicio del derecho, conforme al núm. 3.º del art. 74.

8.º Cuando deba extinguirse con arreglo a los pactos o condiciones establecidas en las capitulaciones matrimoniales.

DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS ILEGITIMOS

Art. 77. Los hijos naturales reconocidos, los legitimados por concesión real y los demás hijos ilegítimos, tienen derecho a alimentos.

La obligación de alimentar a los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión real, se transmitirá a los herederos; la de alimentar a los demás ilegítimos, únicamente en el caso de haberlo dispuesto así el causante.

DE LA DESHEREDACION

Art. 78. La institución en la legítima foral no producirá los efectos de la desheredación en cuanto a los hijos de anteriores matrimonios que concurren con hijos de posteriores nupcias, si no se determina la causa específica de aquélla, conforme a los artículos 852 y 853 del Código civil.

Art. 79. Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de que el testador no pueda privarles, salvo que hayan incurrido también en causa de desheredación.

MANDAS Y LEGADOS

Art. 80. El Notario, párroco u otro clérigo ante quien se otorgue testamento, estará obligado a preguntar al testador, consignando en el propio documento la pregunta y respuesta, si deja alguna manda en concepto de limosna para el Hospital Civil de Navarra o para el del pueblo del mismo otorgante, si lo hubiera.

Art. 81. Si el testador tuviere hijos de dos o más matrimonios no podrá gravar a los de nupcias anteriores con ningún legado de los comprendidos en el art. 863 del Código civil que disminuya directa o indirectamente la participación hereditaria que les corresponda, conforme al art. 58 del presente Apéndice. En estos casos se anularán o reducirán los legados, aplicándose lo dispuesto en el art. 820 del Código civil.

DE LOS CABEZALEROS O ALBACEAS TESTAMENTARIOS

Art. 82. El cabezalero o albacea que, sin justa causa o motivos fundados, no acepte el cargo, lo renuncie o abandone, perderá cuanto le hubiere dejado el testador por razón de su cargo y a título singular.

DE LA SUCESION INTESTADA

Art. 83. Para que tenga lugar la sucesión legítima se necesita, además de lo estatuido en el Código civil, que no esté ordenado tampoco por pacto.

Art. 84. El derecho a la herencia futura intestada no es renunciabile, salvo que la renuncia se haga en capitulaciones matrimoniales, carta cabal o donación.

Art. 85. A falta de herederos testamentarios o por pacto, la ley defiere la herencia, según las reglas que se expresarán, a los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo o viuda y a la Beneficencia Provincial de Navarra, guardando el orden de preferencia siguiente:

- 1.º Línea recta descendente.
- 2.º Hermanos.
- 3.º Línea recta ascendente.
- 4.º Hijos naturales reconocidos.
- 5.º Colaterales hasta el décimo grado.
- 6.º Cónyuge viudo.
- 7.º Beneficencia Provincial.

DEL PARENTESCO

Art. 86. En las herencias intestados el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación, cuando proceda, y sin perjuicio del preferente que determinadas personas ostentan a la sucesión de los bienes troncales.

Tienen este carácter los raices o inmuebles que procedan de un ascendiente común.

Los parientes que se hallen en el mismo grado heredarán por partes iguales, salvo lo dispuesto en el artículo 89 sobre el doble vínculo.

DE LA REPRESENTACION

Art. 87. El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente.

En la línea colateral, será aplicable lo dispuesto en el artículo 60 de este Apéndice.

DEL ORDEN DE SUCEDER SEGUN LA DIVERSIDAD
DE LINEAS

DE LA LINEA RECTA DESCENDENTE

Art. 88. Serán de aplicación en Navarra los artículos 930 a 934. ambos inclusive, del Código civil, salvo el derecho de viudedad foral.

DE LOS HERMANOS

Art. 89. A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto, le heredarán sus hermanos de acuerdo con las normas siguientes:

1.º Si concurrieren hermanos de doble vínculo con medio hermanos, tomarán los primeros doble porción que los otros, excepto en los bienes que provengan del padre o madre o ascendiente común, en los que sucederán por igual los hermanos y los medio hermanos.

2.º No existiendo más que medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, los primeros heredarán los bienes que provengan de la línea paterna, y los otros los de la materna, heredando partes iguales los bienes adquiridos por el hermano fallecido.

DE LA LINEA RECTA ASCENDENTE

Art. 90. A falta de hijos, descendientes legítimos y hermanos del difunto, le heredarán sus ascendientes.

Art. 91. El padre y la madre, si existieran, heredarán por partes iguales.

Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia, pero tendrá obligación de reservar la parte que proceda del otro ascendiente o de un hermano del causante en favor de los parientes de éste, hasta el cuarto grado inclusive, por la línea de donde los bienes procedan.

Art. 92. A falta de padre y madre sucederán los ascendientes por líneas y grados en los bienes no troncales.

Cuando únicamente sobrevivieren los ascendientes de segundo o más grados de una sola línea, heredarán los referidos bienes por partes iguales, pero estarán obligados a reservar los que provengan de la otra línea a favor de los parientes de la misma hasta el cuarto grado.

Si por proceder todos los bienes de una de las líneas carecieren los ascendientes de la otra de medios de subsistencia, se les asignará alimentos por cuenta de los bienes hereditarios si la cuantía de éstos fuere suficiente para cubrir esa atención. D

En los bienes troncales sucederán los parientes más cercanos dentro del cuarto grado que sean descendientes por línea directa de aquella de donde procedan los tales bienes.

DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES Y DE LOS CONYUGES

Art. 93. A falta de hijos y descendientes legítimos, hermanos, ascendientes, hijos naturales reconocidos o legitimados, heredarán los parientes colaterales hasta el décimo grado.

No existiendo parientes de los comprendidos en el párrafo anterior, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente y que no estuviere separado por sentencia firme de divorcio.

DE LA SUCESION DE LA BENEFICENCIA

Art. 94. A falta de personas que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en las normas precedentes, heredará todos los bienes del difunto el Hospital civil y provincial de Navarra.

DISPOSICIONES COMUNES A LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO O SIN EL DE LA VIUDA QUE QUEDA ENCINTA

Art. 95. No procederá concesión de alimentos a la viuda, en el caso del art. 964 del Código civil, cuando goce del usufructo foral.

DE LOS BIENES SUJETOS A RESERVA

Art. 96. Además de las reservas impuestas en los arts. 91 y 92 de este Apéndice, el viudo o viuda que contraiga segundas nupcias está obligado a reservar y dejar precisamente a los hijos del primer matrimonio, y en defecto de éstos o de alguno de ellos a los descendientes legítimos de los mismos, la propiedad de todos los bienes que, por testamento, fideicomiso o legado, o por cualquier título de munificencia o liberalidad, hubiese recibido de su consorte difunto, de los hijos comunes y de los descendientes de éstos. En tales bienes, el cónyuge binubo sólo tendrá el usufructo durante su vida.

Lo dispuesto precedentemente, en cuanto al primero y segundo matrimonio, sea y se entienda también del tercero, cuarto y demás que se contrajeran por un mismo viudo o viuda y tuvieren hijos de cada uno de ellos.

Tendrá asimismo lugar la reserva, aunque el padre o madre hayan vuelto a enviudar y mueran en tal estado, mientras existan hijos reservatarios o descendientes de los mismos.

Toda disposición del consorte difunto que, por cualquier concepto, contravenga lo establecido en este artículo, se tendrá por no puesta.

Art. 97. El viudo o viuda que casare segunda vez podrá disponer de los bienes reservables con entera libertad en favor de uno solo de los hijos del primer matrimonio, o de varios, o de todos, igual o desigualmente.

Podrá también, libremente, dejar el todo o parte de los mismos bienes a los descendientes legítimos del hijo o hijos que hubiesen fallecido, en concurrencia o no con los hijos sobrevivientes.

Si no lo hiciere, en todo o en parte, los hijos y descendientes

legítimos del primer matrimonio sucederán en los bienes de que no dispuso, a tenor de las reglas prescritas para la sucesión en la línea descendente, aunque por virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto. Lo mismo sucederá cuando no hubiesen aceptado la herencia.

El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva; pero si tuviese hijos o descendientes legítimos, éstos, por derecho de representación, sucederían en lo que al desheredado correspondiera.

ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA

Art. 98. La mujer casada podrá aceptar herencias observando lo dispuesto en el art. 8.º del presente Apéndice.

Para repudiarlas deberá contar con la licencia de su marido.

DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Art. 99. La herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese esta circunstancia; y el heredero no viene obligado a responder de las deudas del causante sino hasta donde alcancen los bienes.

No es necesario formalidad alguna para gozar de este beneficio.

DE LA COLACION Y PARTICION

De la colación.

Art. 100. La obligación de colacionar no se presume: es preciso que se deduzca de la voluntad del testador al disponer de los bienes en todo o en parte por actos *inter vivos* o de última voluntad.

Nunca podrá imponerse la obligación de colacionar sobre los gastos exceptuados en el art. 1.021 del Código civil.

Art. 101. En todo caso, habrá obligación de colacionar:

1.º Las donaciones y liberalidades hechas al cónyuge e hijos

del segundo o posteriores matrimonios, habiendo hijos de anteriores nupcias.

2.º Las hechas a extraños, en el mismo caso.

3.º Toda donación hecha expresamente como anticipo o a cuenta de derechos hereditarios.

De la partición.

Art. 102. Cuando el testador hiciere la partición de sus bienes, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, se pasará por ella en cuanto no perjudique los derechos de los hijos de anteriores matrimonios.

Art. 103. El padre o madre que, en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en el artículo anterior, disponiendo que se satisfaga en metálico los haberes debidos a los hijos y descendientes de anteriores matrimonios.

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICION

Art. 104. La obligación de los coherederos de prestar la evicción y saneamiento sólo cesará cuando el testador mismo hubiera hecho la partición, a no ser que aparezca o quepa presumir racionalmente que quiso lo contrario, y salvo siempre los derechos de los hijos de anteriores matrimonios.

Art. 105. La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique los derechos de los hijos de anteriores matrimonios, o de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad de aquél.

DE LAS OBLIGACIONES A PLAZO

Art. 106. Siempre que en las obligaciones se designe un término, se presume establecido en beneficio del deudor, salvo pacto expreso en contrario.

DE LOS CONTRATOS MATRIMONIALES

Art. 107. Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones, antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal, siempre que no sean contrarios a las disposiciones de este Apéndice o a las buenas costumbres.

A falta de contrato, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.

Bajo el mismo régimen se entenderán contraídos los segundos y ulteriores matrimonios, si, previamente, no hacen entrega los cónyuges a los hijos o descendientes de anteriores matrimonios, de los bienes pertenecientes a éstos con arreglo al artículo 11 de este Apéndice.

Art. 108. Los pactos nupciales deberán constar siempre en escritura pública de capitulación matrimoniales o de donación por causa de matrimonio, y podrán ser revocados o modificados por escritura pública, prestando su consentimiento todas las personas que intervinieron como otorgantes, o, en su defecto, sus derechohabientes.

Art. 109. Podrán ser materia de capitulaciones matrimoniales:

1.º Todas las estipulaciones relativas a la organización económica de la familia.

2.º La institución de heredero universal en favor del hijo o persona que designe, o el establecimiento de las normas a que habrá de ajustarse el nombramiento de heredero por ambos cónyuges o por uno solo, y, en caso de muerte o imposibilidad legal de ambos, por los parientes que se señalen.

3.º Las dotaciones de los hijos apartados de la sucesión universal, pactada a las reglas para fijar los respectivos señalamientos.

4.º La donación en favor de uno de los cónyuges o de los dos, si asistieran el donante o donantes al otorgamiento de las capitulaciones.

5.º Los pactos dotales; dar fe de la entrega de la dote o de parte de ella, si esto se hiciere en el mismo acto, y consignar la renuncia por los dotados, si la hicieren a los derechos sucesorios.

6.º Los pactos sobre las arras y otras donaciones esponsalicias entre los cónyuges, si las hubiere.

7.º Las facultades que, sin perjuicio de la autoridad marital, se reconozcan a la esposa en cuanto a percepción de rentas y frutos para sus atenciones personales.

8.º Las estipulaciones relativas a la sociedad familiar de donantes y donatarios, si hubieran de vivir juntos, así como las normas a seguir en caso de discordia y separación: convenir, asimismo, que el donante que se reserve o pacte usufructo en los bienes donados o en los demás que adquiera la sociedad conyugal pueda disponer por actos *inter vivos* o *mortis causa* del sobrante de bienes que quedara después de haber cubierto sus necesidades y atenciones personales y las de la familia; designar las personas a las que hayan de ser conocidas las diferencias u otros asuntos de familia.

9.º La conservación del usufructo foral, aunque el cónyuge viudo repita nupcias.

10. Todos los demás pactos que libremente estipulen, siempre que no se opongan a las disposiciones del presente Apéndice.

DE LAS DONACIONES POR RAZON DE MATRIMONIO

Art. 110. Las donaciones en consideración al matrimonio pueden hacerse antes o después de celebrarlo, y a favor de uno o de los dos esposos, debiendo constar en escritura pública.

Art. 111. Toda persona capaz de obligarse, puede donar, por causa de matrimonio, a uno o a ambos esposos, incluso la universalidad de sus bienes presentes y futuros, en pleno dominio, desde luego o para después de sus días, o reservarse para sí, o para sí y su cónyuge, el usufructo dotal o parcial, durante la vida, o limitar la donación universal a los bienes que quedaran al ocurrir su fallecimiento.

Si la donación es universal, deberá el donante reservarse, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para su decorosa subsistencia y la de su consorte; y si no lo hiciere tendrán derecho a exigir del donatario alimentos.

Art. 112. En las escrituras de donación deberán especificarse por rollo los bienes que se donan.

Art. 113. Serán válidos los pactos que en las donaciones se establezcan sobre constitución y disolución de la sociedad familiar,

personas que hayan de formar parte de ella, mando y señorío en la misma, donaciones esponsalicias, llamamientos a suceder en los bienes donados, usufructo, reservas, reversiones, prohibición de enajenar y división provisional de dichos bienes por causa de discordia, revocación de la donación y cuantas reglas contengan las mencionadas donaciones para ejecutar esas y cualquiera otras estipulaciones lícitas y honestas.

Art. 114. Cuando en las donaciones se hicieran llamamientos a favor de hijos o descendientes de los donatarios o a favor de otras personas, se entenderán todos llamados solamente a los bienes que quedaran a la muerte de dichos donatarios, a no ser que expresamente se imponga a éstos la prohibición de enajenar los indicados bienes.

Art. 115. Los llamamientos hechos a los hijos del donatario, para suceder en los bienes donados, se entenderán como donación a los mismos cuando así se consigne expresamente. De no hacerlo constar, los llamamientos se entenderán simplemente como tales en el orden sucesorio.

Las donaciones por causa de matrimonio podrán revocarse si todos los contratantes que intervinieron en ellos concurren y pactan la revocación en escritura.

Art. 116. Si el donatario muere sin hijos, sobreviviéndole el donante, vuelven a éste los bienes donados.

Si el donatario fallece dejando hijos, y éstos, a su vez, mueren sin dejar sucesión, viviendo el donante, revierten, a éste los bienes donados.

Fallecido el donante, el donatario sobreviviente, o sus hijos, en su caso, pueden disponer libremente de los bienes donados; y si no dispusieren, sucederán en tales bienes los parientes más cercanos del donante, según las disposiciones contenidas en este Apéndice.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, quedará subsistente sobre los bienes donados el derecho de usufructo foral en favor del cónyuge sobreviviente del donatario.

El derecho de reversión establecido en este artículo es renunciabile por el donante, pudiendo llevarse a efecto la renuncia en toda clase de donaciones.

En los casos en que tenga lugar la reversión, se entenderá ésta

sin perjuicio de la validez de los actos y contratos intervivos otorgados por el donatario.

Art. 117. El donatario universal estará obligado a pagar las deudas del donador, existentes en el día en que se haga cargo de la donación, en cuanto el importe de aquéllas no exceda del de los bienes donados.

Si el donador, al hacer la donación universal, ocultare algunas deudas, y en la misma se reservara, para su libre disposición, alguna cantidad, ésta se destinará preferentemente al pago de las deudas expresadas.

No será responsable el donatario de los débitos que, con posterioridad a la donación, contraiga el donador, salvo que sean causados en beneficio de aquél.

Art. 118. En toda donación universal deberá expresarse la obligación de suministrar alimentos a las personas con derecho a ellos, y de constituir dotes competentes en favor de las hijas y de las nietas huérfanas, salvo que el donante lo hiciere.

Art. 119. La donación hecha por razón de matrimonio podrá revocarse en los casos siguientes:

- 1.º Si el matrimonio no llegara a celebrarse.
- 2.º Si fuere condicional y la condición no se cumpliera.
- 3.º Por ingratitud del donatario, únicamente en los casos que se expresan a continuación:

a) Si el donatario cometiera algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donador.

b) Si el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado.

4. Cuando las disposiciones de este Apéndice así lo autoricen.

Art. 120. El esposo podrá dar o prometer a la esposa, en concepto de arras, bienes cuyo valor no exceda de la octava parte de la dote. También podrá darse u ofrecerse arras en posteriores matrimonios, pero sin perjuicio de las primeras. No podrá darse ni prometerse arras a la esposa indotada; y si, prometida dote, no entregare o se entregare sólo en parte, no se entregarán las arras prometidas o lo serán tan sólo en proporción a la dote aportada.

La mujer adquiere el dominio de las arras, pero quedarán en poder del marido hasta la disolución del matrimonio.

La mujer perderá las arras, cuando, en juicio de divorcio o causa por adulterio, se dictase contra ella sentencia condenatoria.

Art. 121. La promesa de arras no impide las donaciones esponsalicias entre los cónyuges autorizados por la costumbre.

Art. 122. El viudo o viuda que contrajere nuevo matrimonio teniendo hijos del anterior, no podrá dar a su consorte cosa alguna de sus bienes presentes, salvo los regalos módicos acostumbrados en tales casos.

DE LA DOTE

Art. 123. El padre y, en su defecto, la madre, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, legitimadas y naturales reconocidas.

Igual obligación incumbirá a los abuelos respecto de sus nietas huérfanas y pobres cuando posean bienes superiores a sus necesidades.

Art. 124. El padre, y, en su defecto, la madre, fijará la cuantía de la dote, sin que contra los señalamientos que hicieren quepa reclamación alguna.

Art. 125. Cuando la obligación de dotar pese sobre el donatario universal se atenderá a lo dispuesto en la escritura de donación para determinar esa cuantía, pudiendo el dotado exigir el cumplimiento de lo convenido ante los parientes que se señalen en el artículo 31 de este Apéndice.

Si nada se hubiere determinado, los donantes o el que de ellos sobreviva y el donatario y esposa la señalarán de mutuo acuerdo. A falta de conformidad, resolverán la discrepancia los parientes citados, sin que quepa recurso alguno contra su decisión.

No existiendo los documentos, se fijará la cuantía de la dote por el donatario, y si los dotados no se conformaren se resolverá la discrepancia por los parientes aludidos en los párrafos anteriores.

Art. 126. La dote que el padre o la madre constituya en favor de la hija del segundo matrimonio, teniendo hijos del primero, lo será sin perjuicio de los derechos de éstos y con la limitación del artículo 58 del presente Apéndice.

Art. 127. Cesará la obligación de dotar:

1.º Cuando necesitando la hija o nieta el consentimiento del padre, madre o abuelo, para contraer matrimonio, se casare sin obtenerlo.

2.º Cuando la hija o nieta, atendidas las circunstancias y necesidades de la familia del padre, madre o abuelo, gozare de igual o mayor bienestar que éstos.

Las reclamaciones que por este motivo sobrevengan se sustanciarán conforme lo previsto en el art. 125 de este Apéndice.

3.º Cuando la dotada maltratase de obra, o muy gravemente de palabra, al obligado a dotar.

Art. 128. La devolución de la dote, cuando proceda, no podrá hacerse hasta que termine el usufructo foral a que se halle sujeta.

DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Art. 129. En toda donación por causa de matrimonio podrá pactarse que los donadores no usufructuarios de los bienes objeto de aquélla, cuando constituyan con los esposos donatarios sociedad familiar, participen de las ganancias o conquistas en la proporción y concepto que se fije.

Art. 130. Se entenderán comprendidos en el número 1.º del artículo 1.408 del Código civil, los gastos que ocasionen a la mujer los pleitos que se vea precisada a sostener en defensa de sus derechos.

Art. 131. Correrá a cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y de los legítimos de uno de los cónyuges, cuando no se hizo la partición y entrega de bienes a que se refiere, si no hubiera cesado la obligación de alimentos conforme a las leyes.

Art. 132. Cuando, según el art. 12 de este Apéndice, los hijos de anteriores matrimonios participen en los gananciales, sus bienes y derechos no estarán afectos a las pérdidas, si las hubiere.

Art. 133. El marido no podrá enajenar ni obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento del conyugado cuando éste tenga participación, como propietario, en los mismos. Toda enajenación o convenio que sobre tales bienes

haga el marido en contravención a estos preceptos o en fraude del donante, en su caso, o de los hijos de anteriores matrimonios, no perjudicará a dichas personas ni a sus herederos.

Los partícipes en los gananciales podrán disponer por testamento de la porción que les corresponda al disolverse la sociedad, incluso el donante usufructuario, en el caso previsto en el supuesto segundo del número 8.º del art. 108 de este Apéndice.

Art. 134. La disolución de la sociedad de conquistas o gananciales tendrá lugar en los casos del art. 1.417 del Código civil; y su extinción parcial en los siguientes:

1.º Respecto de los hijos de un matrimonio anterior, tan pronto como se haga la partición y entrega total de lo que les corresponda.

2.º Respecto de los donadores, cuando, al ocurrir su fallecimiento, formen parte de ella.

En ambos casos la sociedad continuará entre los cónyuges si no fuese disuelta en cuanto a ellos por motivos legales.

Art. 135. La sociedad de gananciales se liquidará con arreglo a las normas del Código civil, pero si en ella estuviesen interesados hijos de anteriores matrimonios, se pagará con preferencia a cualquier otro el capital de los mismos, empezando por los del primero.

Art. 136. Del remanente a que se refiere el art. 1.424 del Código civil se pagará a los hijos de anteriores matrimonios sus participaciones respectivas en los gananciales o conquistas, conforme al art. 12 de este Apéndice, y al donante o sobreviviente la suya, en el caso determinado en el art. 129.

Art. 137. No tendrá lugar la formación de inventario, prescrita para proceder a la liquidación de las gananciales, en los tres casos del art. 1.418 del Código civil, y en los siguientes:

a) Si practicado inventario para el goce del usufructo foral se conformasen con éste los interesados al hacer la liquidación.

b) Cuando los bienes de la sociedad conyugal queden sujetos a dicho usufructo y no soliciten la liquidación ni el viudo o viuda ni los herederos nudo-propietarios.

c) Por fallecimiento del donante universal, si no hubiera dispuesto de la parte de gananciales que en su caso le corresponda.

Art. 138. De la masa común de bienes y mientras se haga la

liquidación del caudal inventariado, se darán alimentos a los partícipes de la sociedad, sin perjuicio de rebajar, al efectuar la entrega a los interesados, la porción que en concepto de alimentos hubieran percibido.

DE LA SEPARACION DE BIENES

Art. 139. La separación de bienes de los cónyuges durante el matrimonio tendrá lugar únicamente en virtud de resolución judicial, salvo lo dispuesto en el art. 50, núm. 1.º, del Código civil.

Decretada la separación, ella no impedirá al cónyuge sobreviviente el ejercicio, en su día, del derecho de usufructo foral, a menos que lo hubiese perdido por alguna de las causas expresadas en el art. 75 de este Apéndice.

DE LA RESOLUCION DE LA VENTA

Art. 140. La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y, además, por las expresadas en este Apéndice, y por el retracto convencional, el legal y el gentilicio o de sangre.

Art. 141. Pertenecerán al retrayente los frutos existentes en los siguientes casos:

1.º Si la heredad es de tierra blanca o destinada al cultivo de cereales, cuando el retracto se promueva antes del día 26 de marzo.

2.º Si se trata de viñas, olivares y cultivos análogos, cuando se ejercite antes del día 25 de junio.

En tales casos el retrayente abonará al comprador los gastos de cultivo y labores.

Si los frutos consistieran en alquileres o rentas fijas se prorratearán entre el comprador y el retrayente.

En todos los casos, el retrayente deberá abonar al comprador los gastos de escritura, inscripción en el Registro si la hubiere, las mejoras necesarias y demás gastos que justifiquen.

DE LA CARTA DE GRACIA PERPETUA

Art. 142. Para que el pacto de retrovendiendo estipulado en las escrituras de compraventa se califique de carta de gracia perpetua es necesario que concurren los requisitos siguientes:

a) Que aparezcan dicciones que denoten perpetuidad, como «siempre», «y cada», «para perpetuo», «cuando quisiere», y otras semejantes.

b) Que, en atención al pacto, se hayan depreciado los inmuebles por lo menos en un tercio de su justo valor, haciéndolo así constar en la escritura.

Art. 143. El retrayente, al tiempo de ejercitar su derecho, deberá abonar el importe de los dos tercios del valor real de las fincas en dicha fecha.

Esta disposición se aplicará a las cartas de gracia a perpetuo pactadas con anterioridad a la vigencia de este Apéndice, salvo que el retrayente hubiera ya iniciado el procedimiento judicial oportuno.

DEL RETRACTO GENTILICIO O DE SANGRE

Art. 144. El retracto gentilicio o familiar deberá interponerse dentro del plazo de nueve días a que se refiere el art. 1.524 del Código civil y podrá ejercitarse por los parientes del vendedor para rescatar los inmuebles rústicos y urbanos vendidos puramente, bajo condición, a plazo, mediante retracto convencional o en cualquier otra forma. La dación o cesión en pago, cuando es de bienes inmuebles, da también derecho al ejercicio de este retracto.

Tendrá lugar, aunque se trate de fincas vendidas en subasta pública judicial o extrajudicial.

Art. 145. El retracto gentilicio tiene preferencia sobre el de comuneros y el de colindantes.

Art. 146. El derecho a retraer las fincas conquistadas sólo podrán ejercitarlo los hijos y nietos del vendedor.

Tratándose de fincas de abolorio o de patrimonio, pueden hacer uso del derecho de retracto gentilicio todos los parientes consan-

guíneos del vendedor dentro del cuarto grado y de la línea de donde los bienes procedan.

A estos efectos se consideran bienes conquistados los adquiridos de cualquier persona que no fuera ascendiente del vendedor; de abolorio, los que una persona adquiera a título lucrativo directamente del abuelo por premoriencia de los padres; de patrimonio, los adquiridos por el vendedor, por igual título, de su padre o madre, y que procedan de los abuelos.

Art. 147. En todos los casos, el pariente más próximo excluye el más remoto; si concurrieren varios del mismo grado, será preferido el que primero intentó el retracto, y, habiéndolo intentado al mismo tiempo, se dividirá entre ellos la finca, si admite cómoda división; en otro caso se sorteará entre los demandantes a presencia judicial.

Si la finca se vendiera a un pariente de los que tienen derecho a retraer, solamente podrán rescatarla los hijos y nietos del vendedor.

Art. 148. Cuando se vendan varias fincas por un solo precio no podrá ejercitarse el retracto sino sobre todas ellas.

Si se vendieran señalando a cada una su precio en la escritura, podrá retraerse cualquiera de ellas, excepción hecha del caso en que se probase cumplidamente por el comprador que no hubiera adquirido las demás sin la que se intenta retraer. Cuando el demandado alegare esto, el actor, en el plazo de ocho días podrá ampliar la demanda a la totalidad de los bienes, consignando el precio de los restantes.

Si la venta comprendiese fincas, unas susceptibles de ser retraídas y otras no y se fijase un solo precio, podrán retraerse aquéllas previa valoración pericial. En tal caso no tendrá el retrayente obligación de consignar el precio hasta que se efectúe la valoración, que podrá practicarse en el periodo de prueba.

DE LA RESCISION POR LESION

Art. 149. La compraventa podrá rescindirse cuando exista lesión enorme o enormísima en el precio.

Hay lesión enorme cuando se vende por menos de la mitad o por más del doble de su justo precio.

Y lesión enormísima, cuando se vende por menos del tercio o por más del triple de su justo valor.

Art. 150. Será válida la renuncia a la acción rescisoria por lesión, salvo que las condiciones económicas y circunstancias del contrato denoten haber sido aceptado por el perjudicado a causa de una situación angustiosa, de inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

PRESCRIPCION

Art. 151. El dominio de cualesquiera cosas, aunque sean jurisdicciones, servidumbres discontinuas y otras semejantes, prescribe por tiempo de veinte años entre presentes y treinta entre ausentes, con título y buena fe, y por cuarenta años sin título, con buena fe.

Art. 152. Las acciones personales y reales prescribirán a los treinta años.

No obstante ello, regirán los plazos contenidos en los preceptos especiales de este Apéndice y los establecidos en los arts. 1.966, 1.967 y 1.968 del Código civil para sus respectivos casos.

Art. 153. Las acciones rescisorias fundadas en las lesiones enorme y enormísima prescribirán a los diez y treinta años, respectivamente.

Art. 154. Los capitales censales prescriben por el transcurso de cuarenta años sin verificar el cobro de los créditos.

Prescriben por tiempo de diez años los réditos censales que exceden de las cuatro últimas anualidades.

Art. 155. Es imprescindible el pacto de retrovendendo o de carta de gracia perpetua.

DISPOSICION FINAL

Art. 156. Quedan derogados: el Fuero General, su Amejoramiento, la Novísima Recopilación y los Cuadernos de Cortes de Navarra en materia civil.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Las variaciones introducidas por este Apéndice y el Código civil que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.

Para aplicar la ley que corresponda en los casos que no estén expresamente determinados en el Apéndice o en el Código civil, se observarán las reglas siguientes.

1.ª Se registrarán por la legislación anterior al Apéndice y al Código civil los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo régimen, aunque dichos cuerpos legales los regulen de otro modo o no los reconozcan. Pero si el derecho apareciera declarado por primera vez en este Apéndice o en las disposiciones del Código civil aplicables a Navarra, tendrán efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen.

2.ª Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, que sean válidos con arreglo a ella, surten todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas.

Pero la renovación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas en ellos contenidas, no podrá verificarse después de regir el Apéndice y el Código civil, sino con arreglo a los mismos.

3.ª Las disposiciones de este Apéndice y del Código civil que sancionen con penalidad civil o privación de derecho, actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Apéndice y el Código.

Cuando la falta está también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.

4.ª Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir estos dos Cuerpos legales, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera el Derecho civil precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimien-

to para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Apéndice y en el Código civil.

Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallare pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior y éstos fueran diferentes de los establecidos por el Apéndice o el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros, y, caso de discordia, se aplicará el derecho nuevo.

5.ª Los casos no comprendidos directamente en las reglas anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. El Presidente del Tribunal Supremo y el de la Audiencia Territorial de Pamplona elevarán al Ministerio de Justicia, cada cinco años, una Memoria en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante dicho periodo las Salas de lo Civil respectivas, señalen y expongan detalladamente las deficiencias notadas y las dudas surgidas al aplicar este Apéndice.

Segunda. El Ministro de Justicia comunicará estas Memorias a la Diputación Foral de Navarra, a fin de que, previos los asesoramiento que estime convenientes, eleve a dicho Ministerio las modificaciones que se consideren necesarias en el Apéndice.

Si en el plazo de seis meses, contado desde la fecha en que fueren oficialmente presentadas las notificaciones de la Diputación, no se hubiere dictado resolución, aquellas modificaciones se entenderán aprobadas y se promulgarán en el *Boletín Oficial del Estado* para su general conocimiento.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

EL LLAMADO DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA E INTESTADA.—RECONOCIDO EN EL ARTÍCULO 924 DEL CÓDIGO CIVIL, ES UN SUPUESTO TÍPICO DE LA DENOMINADA VOCACIÓN INDIRECTA, ASÍ LLAMADA PORQUE PRESUPONE LA EXISTENCIA DE OTRA VOCACIÓN, QUE, AUN FALTANDO POR PREMORIENCIA O DEBIENDO CONSIDERARSE RETROACTIVAMENTE INEXISTENTE, SIRVE PARA DETERMINAR EL CONTENIDO MÁXIMO DE LA ATRIBUCIÓN QUE DE UN MODO DIRECTO RECONOCE LA LEY AL «DESCENDIENTE REPRESENTANTE», DE TAL FORMA QUE SUS NOTAS CONSISTEN EN UN SUCEDER POR DERECHO PROPIO—SIN QUE QUEPAN CONTACTOS CON EL «IUS TRANSMISSIONIS»—, SUCESIÓN POR ESTIRPES Y OBLIGACIÓN DE COLACIONAR (ART. 1.038).

PERO ESTE LLAMAMIENTO DIRECTO A SUCEDER, QUE EN FAVOR DE DETERMINADA ESTIRPE O PERSONA REALIZA LA LEY, NO ES INSTITUCIONALMENTE COMPATIBLE CON LA VOCACIÓN TESTAMENTARIA, A LA QUE SE HA PROVISTO DE OTRO MEDIO SIMILAR, CUAL ES LA SUSTITUCIÓN.

ESTA IMPOSIBILIDAD INSTITUCIONAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA, HACE INADMISIBLE EL FUNCIONAMIENTO DIVERSO QUE SE QUIERE INTENTAR DEL «IUS REPRESENTATIONIS», EN LOS TERCIOS DE PARTE LIBRE, LEGÍTIMA Y MEJORA, DE FORMA QUE QUEPA EN ALGUNO DE ELLOS Y NO EN LOS RES-
TANTES.

EXCLUIDO EL PROBLEMA POR LA CASI UNANIMIDAD DE LA DOCTRINA EN LO RELATIVO AL TERCIO LIBRE, RESPECTO AL DE LEGÍTIMA, LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN, DESCANSAN EN LOS ARTÍCULOS 761 Y 857 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE APARTE DE NO REFERIRSE AL SUPUESTO DE PREMORIENCIA, CONDUCIRÍAN AL ABSURDO DE RECONOCER SOLAMENTE, POR VÍA DE REPRESENTACIÓN, A DICHS HEREDEROS FORZOSOS LA LEGÍTIMA ESTRUCTA; Y EN CUANTO AL TERCIO DE MEJORA, LA NO APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN APARECE ACLARADA POR SU NATURALEZA DE DERECHO PERSONALÍSIMO, LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN QUE TAL INSTITUCIÓN ENTRAÑA—MEJORA DE LOS NIETOS EN VIDA DE LOS PADRES—Y, SOBRE TODO, PORQUE LA MEJORA, SI EXISTE, YA NO ES LEGÍTIMA, PROPIAMENTE DICHA, AL DESCANSAR EN LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA, LO QUE—DENTRO DE CIERTOS LÍMITES—LA HACE GOZAR DEL TRATO DE LA PARTE LIBRE, EN LA QUE, COMO YA SE DIJO, LA DOCTRINA ES CASI UNÁNIME EN RECONOCER LA INCOMPATIBILIDAD DE APLICAR EL «IUS REPRESENTATIONIS».

Resolución de 14 de agosto de 1959 («B. O.» de 23 de septiembre).

Doña Pilar Barón Morro otorgó testamento en Valencia el 3 de julio de 1936, ante el Notario don Francisco Barado Ferrer, en cuya cláusula tercera «dice ser viuda de don Manuel Adlert Bañera, único matrimonio contraído y del cual tuvo cuatro hijos, llamados Pilar, Manuel, Celestino y José, este último fallecido, dejando un hijo llamado José Adlert Pérez, nieto de la testadora». Después de ordenar un legado de bienes muebles a favor de su hija Pilar, en la cláusula quinta «iega el resto del tercio libre y la totalidad del tercio de mejora a sus tres actuales hijos, doña Pilar, don Manuel y don Celestino Adlert Barón, por partes iguales»; en la cláusula sexta, en los restantes bienes, derechos y acciones, «instituye por sus universales herederos a sus tres nombrados hijos, que actualmente viven, y en representación de su hijo difunto, a su nieto», quienes adquirirán la herencia por cuartas partes iguales y de libre disposición. Prohibió en la cláusula séptima la intervención de la autoridad judicial en las operaciones de su testamentaria, y «a fin de que esta prohibición tuviese eficacia actual, nombró contador partidador al autorizante o a don Salvador Olmos Chelvi, indistinta-

mente, con cuantas facultades sean necesarias para el cumplimiento de su cometido». El hijo de la testadora, don Celestino Adlert Barón, falleció el 13 de agosto de 1947, dejando de su matrimonio con doña Carmen García González un hijo llamado don Manuel Adlert García; doña Pilar Barón Morro falleció el 16 de mayo de 1949, y don Salvador Olmos Chelvi redactó el cuaderno particional de los bienes relictos por la testadora, en el que consideró legítimo, en representación de su padre premuerto, a don Manuel Adlert García, nieto de la testadora. El expresado cuaderno fué protocolizado por escritura de 10 de octubre de 1949, autorizada por el Notario de Valencia don José María Casado Pallarés.

Presentada en el Registro la primera copia de la escritura anterior con los documentos complementarios, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observar en él los defectos siguientes: 1.º No habiendo instituido la causante, doña Pilar Barón Morro, en su testamento heredero a su nieto don Manuel Adlert García, hijo de su hijo don Celestino, fallecido después de otorgado aquél y antes que ella, hay en el mismo preterición de herederos (caso análogo a la omisión de los llamados cuasi póstumos), y por ello no es válida la institución que de ellos hace la causante en el repetido testamento que ha servido de base a la división de la herencia; siendo, por tanto, necesaria la declaración de herederos «ab intestato» hecha por Juez competente, y no teniendo el contador partidador testamentario facultad para decir quiénes son, ni para practicar la división de la herencia. 2.º El derecho de representación no está admitido en la sucesión testada, pues el Código Civil lo regula sólo en la intestada; por ello, el nieto de la causante don Manuel Adlert García, que no está llamado por sustitución en el testamento de su abuela, doña Pilar Barón Morro, no adquiere derecho alguno por dicho testamento y es necesaria la declaración de herederos hecha a su favor por el Juez competente para que lo adquiriera. No puede, por ello, el contador partidador testamentario reconocerle como heredero, ni tiene facultad para practicar la división de la herencia. La anterior nota se toma a petición del presentante.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación parcial del auto del Presidente de la

Audiencia (que rechazó en absoluto la nota del Registrador), acuerda que procede confirmar el segundo de los defectos consignados en dicha nota, excepto su último inciso, puesto que el partidor puede reconocer al nieto como heredero y practicar, si estuviere dentro del plazo, la división de la herencia, mediante la brillante y docta doctrina siguiente:

Que el objeto del presente recurso se reduce a determinar si, como sostiene el Registrador, la omisión de un nieto en el testamento de la abuela, nacido con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la disposición *mortis causa*, pero heredero forzoso por haber premuerto su instituido padre a la causante, origina un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código Civil, o si, como afirma el Notario recurrente y el contador-partidor, cabe aplicar el derecho de representación en favor del nieto en lo relativo a los denominados tercios de mejora y legítima, y, en consecuencia, si una vez estimado el supuesto como un caso de preterición, puede oponerse el Registrador a inscribir una partición en la que se reconoce al preterido, a través del acto particional, un *quantum* superior al que le correspondería, previa declaración de herederos, como sucesor intestado.

Que el derecho de representación, reconocido en nuestro Código Civil en el artículo 924 y siguientes, es un supuesto típico de la denominada vocación indirecta, así llamada porque presupone la existencia de otra vocación que, aun faltando por premoriencia o debiendo considerarse retroactivamente inexistente, sirve para determinar el contenido máximo de la atribución que de un modo directo la ley reconoce al «descendiente representante», de tal forma que sus notas características consisten en un suceder por derecho propio—sin que quepan contactos con el «*ius transmissionis*»—, sucesión por estirpes y obligación de colacionar—tal es la imprecisa expresión del Código Civil en el artículo 1.038—no sólo lo recibido del causante, sino también lo que hubiera recibido del denominado «ascendiente representado».

Que el llamamiento directo a suceder que en favor de determinada estirpe o persona realiza la ley no es institucionalmente compatible con la vocación testamentaria, a la que se ha provisto de otro medio similar, cual es la sustitución, sin que una exégesis de

nuestro Código Civil permita amparar una tesis de aplicación común a ambas sucesiones, ya que de los artículos alegados en apoyo de esta pretendida expansión, resulta que el artículo 766 se refiere a herederos voluntarios que premueren al testador o renuncian a la herencia o son incapaces de heredar; el artículo 925 no puede ser aplicado con la simple base de una interpretación gramatical, y, finalmente, el artículo 929, en su remisión a la desheredación, lo único que deja sentado es que, por el cauce de la nulidad de la institución de heredero, podrá darse el derecho de representación en la sucesión legítima.

Que, dada la imposibilidad institucional de aplicación del derecho de representación en la sucesión testamentaria, y rechazados los textos legales en que se pretende fundarlo, no parecen estimables los intentos—repetidos en la doctrina—de hacer posible un funcionamiento diverso del «*ius representationis*» en los tercios de parte libre, legítima y mejora, de forma que quepa su aplicación en alguno de ellos y no en los restantes, ya que aún pasando por la contradicción que tal postura significa, puesto que la misma lógica institucional exige un tratamiento común, y excluido el problema en lo relativo al tercio libre, por la casi unanimidad de la doctrina, y en ello coinciden el recurrente y el Registrador, tampoco es clara su aplicabilidad a los tercios de mejora y legítima.

Que respecto al tercio de legítima, los argumentos favorables a la aplicación del derecho de representación, descansan en los artículos 761 y 857 del Código Civil, que aparte de no referirse al supuesto de premoriencia, no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado, estableciendo ambos artículos en común una norma sucesoria ordinaria, y la exclusión del padre en el usufructo y en la administración de los bienes heredados, pero sin que en ningún caso puedan entenderse como sancionadores de la pretendida aplicación, pues ello presupondría no sólo el llamamiento directo de los legitimarios a una cuota de la herencia, que la doctrina parece no admitir en nuestro derecho, sino que conducirían al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición, el Código Civil decreta

en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada con las posibilidades de recibir una cuota mayor.

Que, respecto al tercio de mejora, el problema de la no aplicación del derecho de representación, aparte de resultar prácticamente resuelto por los dos considerandos anteriores, ya que inevitablemente debe merecer la calificación de cualquiera de ellos, además resulta también aclarado por su propia naturaleza de derecho personalmente, por la libertad de disposición que tal institución entraña—mejora de los nietos en vida de los padres—y, sobre todo, porque la mejora, si existe, ya no es legítima propiamente dicha al descansar en la voluntad testamentaria; lo que—dentro de ciertos límites—la hace gozar, en el aspecto que aquí nos interesa, del trato de la parte libre, reduciéndola a un supuesto similar al de aquella en la que de modo casi unánime la doctrina reconoce la imposibilidad de aplicar el derecho de representación.

Que lo expuesto anteriormente conduce a estimar existente, en el caso discutido, un supuesto de preterición regulado en el artículo 814 del Código Civil, y que al no reconocer nuestro cuerpo legal diferentes efectos jurídicos a los supuestos de preterición errónea y preterición intencional—no obstante las razones existentes para la diferenciación—se produce el resultado que dicho artículo sanciona: el de la anulación de la institución de heredero, quedando subsistentes las mandas y mejoras, sin que las razones de tipo meajurídico o de derecho de constituyentes, alegadas por los tratatistas para impedir este resultado a través del derecho de representación, una vez rechazadas por falta de fundamento legal, puedan ser tomadas en cuenta en este recurso—no obstante el fondo sociológico inicialmente acertado de las mismas—, máxime cuando la última reforma de nuestro Código Civil se abstuvo de regular resolver el problema, a pesar de que era, sin duda, conocido por legislador.

Que al declarar nuestro Código Civil subsistentes las mandas y mejoras—siguiendo la línea marcada por la ley 24 de Toro—, procede estimar que premuerto el legatario don Celestino Adlert arón sin tener sustituto, y al no existir especial designación de partes, tiene lugar, según el artículo 982, en relación con el 987 del Código, el acrecimiento de su porción a los restantes colegatarios,

ya que al aplicar en este caso el artículo 985, el contador-partidor olvida que el derecho de acrecer tiene lugar en la mejora, siempre que se den las circunstancias necesarias para ello, puesto que la *ratio* del último precepto citado es evitar que en caso de concurrencia de herederos forzosos con herederos voluntarios puedan éstos, en los casos de repudiación, premoriencia o incapacidad, resultar beneficiados por la porción vacante, con mengua de los derechos legitimarios que a los primeros corresponderían, posibilidad que no se da en el caso a tratar.

Que si bien este Centro directivo tiene declarado que podrán ser objeto de inscripción en el Registro las escrituras de partición en que los herederos instituidos hubieren reconocido a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido, si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión «ab intestato», doctrina que concuerda con la sustentada por el Tribunal Supremo, quien en base del artículo 1.059 reconoce la validez de las particiones hereditarias, cuando los interesados hubieren convenido no impugnar la institución, y con la declarada en la Resolución de esta Dirección General de 10 de mayo de 1950, no es menos cierto que para lograr tan saludable efecto ha de ser formalmente expreso el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento y deba considerarse inscribible la partición defectuosa hecha por el contador, a no ajustarse a la ley, sin que sea necesario apurar las consecuencias de la preterición al surgir, en nuestro supuesto, con posterioridad a otorgamiento del testamento, y dado que si prosperase la nulidad de la institución de herederos afectaría sólo a la legítima estricta en cuanto el causante distribuyó el resto del caudal hereditario en legados, ni negar las facultades que corresponden al contador—aunque cuando sea necesaria la declaración de herederos «ab intestato» favor del nieto—, ya que los derechos hereditarios se transmiten desde la muerte del causante por este solo hecho y el de la aceptación expresa o tácita de la herencia.

Con motivo de la Resolución de 10 de mayo de 1950 (1), hubimos de aludir al problema que tan diáfana como acertadamente, a nuestro modesto parecer, decide por la presente nuestro Ilustrado Centro (éste del llamado derecho de representación en la sucesión testada), siguiendo las directrices, allí expuestas, de Ramón María Roca Sastre; y aunque bien pudiera decirse que la cuestión estaba ya resuelta por la notable sentencia de 6 de diciembre de 1952 (2), es de justicia consignar que con la presente Resolución se matiza y completa aquélla.

Poco, pues, cabría añadir a tan doctas decisiones, pero como en las mismas se alude a otros problemas, a ellos, con la brevedad que es norma de estas notas, nos vamos a referir.

Así, por ejemplo, cuando con motivo de expresarse en la sentencia la inseguridad de la base del artículo 766 del Código Civil para la decisión del pleito, se marcan las diversas trayectorias de los derechos de *transmisión y representación*, queremos resaltar aquí nosotros el juego de aquéllos, tan diáfananamente expuesto, por el profesor Albaladejo (3), cuando escribe que así como el fundamento de la sucesión *iure representationis* es la protección de la familia del representado, siendo la razón por la que se establezca una excepción a la *successio gradum*, excepción limitada a favor de los hijos del representado, el fundamento de la sucesión *iure transmissionis* está en que al suceder *mortis causa* se reciben del sucedido sus derechos transmisibles *mortis causa* y, entre ellos, el *ius delationis*, lo cual no es como en el caso anterior una excepción a un principio, sino la aplicación de las normas sobre la transmisibilidad de los derechos; de aquí que la sucesión *iure transmissionis* se extiende en favor de cualquier sujeto, y no sólo en favor de los hijos del transmitente, y la diferencia clave de que en la sucesión *iure representationis* sólo hay un causante y un suce-

(1) Páginas 602 a 608 de esta Revista de igual año. Roca, como en sus *Estudios de Derecho Privado*, allí citados, se pronuncia por la improcedencia del derecho de representación en la sucesión testada en sus notas a Kipp (Tratado de Inneccerus), pág. 141, t. V, 1.º

(2) Puede verse esta sentencia y un erudito comentario a la misma de donet Ramón, en «Revista de Derecho Privado», págs. 123 a 127, 1953.

(3) La sucesión «iure transmissionis», «Anuario Derecho Civil», t. V, fascículo III, pág. 960.

sor, mientras que en la *iure transmissionis* hay dos causantes y dos sucesores (4).

Se habla en la Resolución que nos ocupa de la denominada *vocación indirecta*, de la que se afirma es un supuesto típico el derecho de *representación*.

Señala García-Bernardo Landeta (5), con acierto, al referirse a su manifestación en la sucesión testamentaria, mediante la fórmula de la sustitución vulgar, que dicha vocación habrá de sujetarse a los límites derivados de las restricciones a la libertad de testar a favor de los legitimarios; por lo que sería inoperante la sustitución de un legitimario por sus descendientes en el tercio de legítima, si el designado directamente *repudia* la herencia, sustitución que, sin embargo, es eficaz en el tercio de mejora y en el libre (cfr. arts. 929 y 981 del Código Civil).

Cuando estima existente en el caso debatido nuestro Organismo rector el supuesto de preterición, hace referencia a los efectos jurídicos que la *errónea* y la *intencional* debieran producir, que con la claridad y el buen sentido que le caracterizan pone de relieve Roca Sastre (6). El artículo 814—escribe—no distingue entre *preterición errónea* (u omisión involuntaria de legitimarios) y *preterición intencional*, pues como declara la sentencia de 17 de junio de 1908, puede la preterición ser debida a ignorancia de que existiera el legitimario omitido, u a olvido o propósito de burlar los derechos que la ley concede al preterido. Al atribuir la ley el mismo efecto a ambos tipos de preterición, equipara dos cosas verdaderamente diferentes. Lo lógico sería que así como la preterición intencional solamente debiera producir el efecto de dejar a salvo la legítima del preterido—al igual que en la desheredación injusta que en el fondo es una preterición intencional expresa—, en cambio, la preterición errónea debiera dejar totalmente sin efecto el testamento análogamente a lo que se establece en la revocación de

(4) Sobre tales diferencias, véase también R. 22-XII-1949 y nuestra nota a la misma en esta Revista. pág. 268 a 275. 1950.

(5) «Designación *mortis causa*; vocación hereditaria, y adquisición automática», «Revista de Derecho Notarial», núm. abril-junio 1959, págs. 118 a 131. Es muy interesante la exposición que de la doctrina italiana sobre la representación y vocación indirecta hace García-Bernardo, el cual, siguiendo a Gionfridi, emplea el vocablo «designación», por creerlo más técnico, y puesto que la «vocación», v «stricto sensus», es siempre directa.

(6) Anotaciones a Kapp, pág. 237, t. V, 2.º

donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos. Con la postura del Código de anular, incluso en éste segundo caso, exclusivamente la institución de heredero, dejando subsistentes los legados y mejoras en cuanto no fueren inoficiosos, puede darse el resultado que un padre por creer equivocadamente que uno de sus hijos ha muerto lo omita en su testamento y distribuya en consecuencia en éste su herencia, o gran parte de ella, en legados y mejoras a favor de sus restantes hijos, encontrándose dicho hijo preterido por error, reducido su derecho a poder únicamente reclamar su legítima estricta (cfr. sentencia de 2 de julio de 1904). No es más grave que esto cuando dicho hijo preterido es único y los legados están ordenados a favor de personas extrañas (7).

Después de señalar el juego que, por la premoriencia de un legatario sin tener sustituto, tienen en el caso discutido los artículos 982 y 987 del Código, continúa la Dirección en la Resolución que se analiza ratificando su postura de la validez de las particiones, en donde los herederos instituidos reconocen a los descendientes del premuerto el derecho que les habría correspondido, si se hubiera abierto total o parcialmente la sucesión «ab intestato» (cfr. Resolución de 10 de mayo de 1950, al principio citada), «aunque para lograr tan saludable efecto—se añade—ha de ser formalmente expresado el convenio de los herederos, sin que por la sola falta de impugnación haya de presumirse tal reconocimiento».

Y ratificando las facultades que los contadores tienen en cuanto a interpretaciones testamentarias (véase Resolución de 17 de diciembre de 1955), y, por tanto, para reconocer al nieto como heredero, ello es en este caso—termina—, mediante la oportuna declaración judicial «ab intestato» a favor del mismo.

(7) No obstante la certeza y bondad de lo expuesto, cabe pensar que, dados sus antecedentes romanos, de que el mismo Roca nos habla (pág. 175, t. V, 1.º, ob. cit.), en donde se distinguía la preterición intencional, la desheredación injusta y la omisión errónea de legitimarios, no pasase la cuestión al articulado por desconocimiento u olvido de los redactores del Código, sino que éstos, por los conflictos que una y otra preterición, la intencional y la errónea, en su distinción y dificultad de prueba pudieran ocasionar, deliberadamente las silenciaron. Por otra parte, si del contexto del testamento resultase claramente una *preterición errónea*, cabría acudir, como indica el repetido Roca, a la doctrina general del art. 673, que aunque no alude al error como causa de invalidación testamentaria, es fundado concederle relevancia jurídica (pág. 173, igual tomo, obra citada).

EL RECONOCIMIENTO POR EL PROPIETARIO DE UNA FINCA DE QUE LA BARANDILLA COLOCADA EN PARED PROPIA NO IMPLICA SERVIDUMBRE A SU FAVOR QUE GRAVE EL PREDIO CONTIGUO, HA DE ESTIMARSE INOPERANTE PARA EL REGISTRO, PORQUE NO ALTERA EL MODO DE SER NORMAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD, QUE ES NATURALMENTE LIBRE, SIN MÁS LIMITACIONES QUE LAS ESTABLECIDAS EN LAS LEYES.

Resolución del 1 de agosto de 1959 («B. O.» de 19 de septiembre).

Doña A. A. C., dueña de una finca urbana, sita en la avenida del Valle, número 36, de esta capital, otorgó el 8 de agosto de 1956, ante el Notario don Alejandro Santamaria Rojas, escritura pública de «reconocimiento de libertad de servidumbre», en la que se hace constar que la existencia de una barandilla colocada alrededor de una azotea, en el linde con la finca contigua «no constituirá en ningún caso y tiempo servidumbre de vistas sobre el repetido inmueble de la avenida del Valle, número 34 y 34 duplicado, ni impedirá, por tanto, al dueño o dueños, sean quienes fueren, en cualquier momento que lo tengan por conveniente, levantar a lo largo de dicha linde, pared o muro que impida la vista que hoy permite dicha barandilla.

Manifiesta la señora compareciente su deseo, y así lo ruega al Registrador de la Propiedad de Occidente de esta capital, que la declaración y reconocimiento precedentes se inscriban en los libros del Registro, tanto por lo que respecta a la finca descrita en el apartado 1.º, como a la que lo ha sido en el apartado 2.º de esta escritura.

Presentada en el Registro primera copia del anterior documento, fué calificado con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, porque el acto que comprende no es inscribible».

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el Auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si puede inscribirse en el Registro una escritura en la que la dueña de un inmueble declara que la colocación de una barandilla en terraza propia no podrá utilizarse en ningún caso y tiempo, para constituir una servidumbre de vistas sobre el fondo contiguo.

Que el Registro de la Propiedad es una institución que tiene por objeto la inscripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es decir, de aquellos derechos subjetivos que confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa y que a la vez imponen a todos un deber de respeto o abstención, y por eso, el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 2.º, declara inscribibles los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan esta clase de derechos, inspirándose en el criterio de *numerus apertus*, desarrollado por el artículo 7.º del Reglamento, aunque circunscrito a los pactos que tengan transcendencia real.

Que el Registrador, como funcionario a quien compete el derecho y el deber de calificar, ha de discriminar entre los actos que pretenden inscribirse los derechos y figuras jurídicas que tengan carácter real según la ley, y aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional que sólo producen efectos inter partes y que si tuvieran acceso al Registro desnaturalizarían la institución, criterio tradicional en la legislación, jurisprudencia y doctrina española, que también aparece ratificado por la Ley de Reforma de 1944, que en su artículo 98 establece la exclusión del Registro de todo derecho de indole personal.

Que la propiedad, derecho de gozar y disfrutar de las cosas, es naturalmente libre, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes y lo que ha de determinarse cuando exista, son únicamente sus restricciones o limitaciones, no las mismas facultades que integran el propio derecho de dominio y, en consecuencia, el reconocimiento por el propietario de una finca de que la barandilla colocada en pared propia no implica servidumbre a su favor que grave el predio contiguo, ha de estimarse como inoperante para el Registro, porque no altera el modo de ser normal del derecho de propiedad, ya que aunque se estimase servidumbre de carácter negativo, el plazo para su adquisición por prescripción no podrá co-

menzar a contarse, según el artículo 538 del Código Civil, hasta el día en que se prohíba por acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución de aquello que le hubiera sido lícito realizar de no existir la servidumbre.

Que la escritura calificada no configura un derecho que reúna los requisitos y caracteres de los derechos reales sobre cosa inmueble, sino más bien contiene una declaración unilateral obligatoria sin trascendencia real que para ser inscrita al amparo del criterio de amplitud admitido por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, tropieza con la reiterada doctrina de la jurisprudencia de este Centro, que no autoriza a constituir cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de derecho real y, por tanto, se ha de declarar que no es inscribible la escritura calificada.

Aunque el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su número segundo, sigue en materia de derechos reales limitados el criterio de *numerus apertus*, tiene declarado reiteradamente el Centro Directivo que «la doctrina condensada en dicha frase no autoriza la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y los efectos de un derecho real».

Es por lo que pudo escribir con toda precisión en estas páginas el culto Registrador, don José Servat, que «puede afirmarse que sólo gozan *a priori* de la protección de la fe pública y de todas las ventajas del sistema los derechos reales reconocidos, catalogados y regulados por el Derecho positivo», con lo que, en realidad, como afirma Roca, en el fondo, siga aquel el criterio del *numerus clausus*.

Lo expuesto puede aplicarse, como dice nuestro Ilustre Centro, en el 2.º de sus Considerandos (*in fine*), «a los pactos que tengan trascendencia real», y ha sido consagrado indirectamente por el artículo 98 de la misma ley en cuanto establece la exclusión del Registro de todo derecho de índole personal (Considerando 3.º), que por otra parte y si en este caso se considerase servidumbre de carácter negativo la manifestación de la dueña del posible predio dominante, el plazo para su adquisición por prescripción no podría comenzar a contarse, según el artículo 538 del Código Civil, hasta

el día que se prohiba por acto formal al dueño del predio sirviente la ejecución de aquello que le hubiese sido lícito realizar de no existir la servidumbre (Considerando 4.º).

Véase

SERVAT ADUA: *Derechos Reales y Pactos sin trascendencia real*, «R. C. D. I.», 1948, págs. 763 y sigs.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, t. II. edic. V, págs. 202 y sigs.

ACEDO: *Derechos Reales innominados*, «R. C. D. I.», núm. julio-agosto, 1959.

FAIRÉN: *Derechos Reales y de Crédito* (apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción), «R. D. N.», núm. enero-marzo y abril-junio, 1959.

GINÉS CÁNOVAS COYTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Siguiendo la norma de años anteriores, damos cuenta en este número de fin de año de las sentencias de Arrendamientos Rústicos que contienen doctrina estimada de interés general, correspondientes al año 1958.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO, 18 DE ABRIL Y 27 DE MAYO DE 1958.—*Consignación de renta a efectos de apelación en Arrendamientos Rústicos y Aparcerías. Consignación por subarrendatarios.*

Sigue manteniendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la necesidad de cumplir lo preceptuado en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la disposición transitoria 3.^a B) de la ley de 28 de junio de 1940 y en el artículo 54 del Reglamento de 29 de abril de 1959: Las rentas vencidas, las que deban pagarse adelantadas según contrato y las que vayan venciendo durante la substanciación del pleito, deberán ser consignadas, bajo pena de tener por desistido de la reclamación del recurso al arrendatario o aparcerero.

La primera sentencia reseñada expone que el canon o renta consistía en cereales intervenidos, y por ello la parte recurrente alegó, en el recurso, la infracción del artículo 1.184 del Código Civil (que se refiere a las obligaciones de hacer, disponiendo que quede liberado de ellas el deudor cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible), y el principio de derecho *ad impossibilia nemo tenetur*, también relacionado con el de *nemo dat quod non habet*, puesto que la prestación era legal y físicamente imposible. Se rechaza este motivo de revisión, porque parte de la merced se hallaba estipulada en metálico y porque aunque la otra parte la constituía el quinto de los productos de la aparcería, de no ser posible la consignación de éstos, pudo hacerse de su valor, pero nunca abstenerse de toda aportación por el indicado concepto. Por lo que respecta a los principios generales de Derecho que se

dicen vulnerados, hay que tener presente, añade la sentencia, que para admitirse dichos principios como supletorios, es preciso que por la Ley o la Jurisprudencia se les atribuya el carácter de doctrina legal, y asimismo que la infracción de ésta no aparece autorizada ni admitida por la causa tercera de revisión; pero es que además, la invocación de dichos principios sería, en este caso, ineficaz por lo anteriormente razonado en relación al mencionado precepto del Código sustantivo.

La segunda sentencia citada, de 18 de abril, dice que en las dos causas de revisión formuladas en el recurso, se plantea una sola cuestión de Derecho, a saber: Si dada la condición de subarriendo que en los demandados, recurrentes, reconoce y declara la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, vienen o no obligados a cumplir lo dispuesto en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el último párrafo del apartado b) de la disposición transitoria 3.ª de la ley de 28 de junio de 1940, ya que no hay contrato que les una a la parte actora ni existe renta contractual pactada, ni se está, por otra parte, en el caso del juicio de desahucio previsto por el primero de dichos preceptos, sino en un procedimiento especial, al amparo de las normas vigentes de la legislación sobre fincas rústicas, con el fin de recuperar la posesión de los predios referidos en autos. Pues bien: a esta cuestión contesta el considerando de la sentencia, diciendo que ya está resuelta por la Sala, entre otras resoluciones, en la de 5 de junio de 1950, según la cual no hay razón alguna que justifique la exclusión de los subarrendatarios de la sanción impuesta a quienes falten a lo ordenado en ambas disposiciones, no sólo porque sus preceptos son aplicables a todos los actos y contratos, cualesquiera que sea su denominación, por los que una parte ceda a otra voluntaria y temporalmente el disfrute de una finca rústica, mediante precio, canon o renta, según el artículo 1.º de la ley de 15 de marzo de 1935, sino porque resultará inmoral otorgar el privilegio que los recurrentes pretenden a quien, contrariando la prohibición legal, mantengan el estado posesorio de la finca sin abonar merced alguna por su disfrute, abuso que no puede amparar el precepto que comentamos y debe rechazarse rotundamente; criterio tan acertado y justo que a él han acomodado los propios recurrentes su actuación en el pleito, puesto que han consignado, aunque extemporáneamente.

Por último, la sentencia citada de 27 de mayo de 1958 sostiene que deben ser consignados por los arrendatarios, no sólo los plazos de renta contractual que venzan durante la sustanciación del pleito, sino también todos los pendientes de pago, pues sin haber cumplido tal requisito, no se les admitirán los recursos correspondientes, en virtud de lo establecido en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de rigurosa observancia.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1958.—*Desahucio por cesión ilícita, efectuada por el arrendatario. No es necesario demandar al cesionario.*

Se trata de una cesión ilícita, verificada sin consentimiento de los propietarios de la finca, y teniendo en cuenta que, conforme a reiteradísima Jurisprudencia, la cesión por el arrendatario en dichas condiciones no sólo no está autorizada por precepto legal alguno, sino que está prohibida terminantemente por los artículos 4.º y 28 de la ley de 15 de marzo de 1935, siendo, por tanto, nula de pleno derecho, conforme al artículo 4.º del Código Civil, y que como la sentencia impugnada admite, el arrendador, sin necesidad de instar la

nulidad previamente, puede esgrimir la acción de desahucio sólo contra el arrendatario, con efectos para el cesionario—sentencias de 17 de noviembre y 19 de diciembre de 1947, 20 de enero y 14 y 18 de mayo de 1948, 10 de noviembre de 1949 y 17 de marzo de 1951 y otras muchas—, es evidente la procedencia de estimar el motivo de que se trata y la concurrencia en el caso de autos de la expresada causa de desahucio que obliga a estimar el planteado en la demanda.

SENTENCIAS DE 14 DE MAYO Y 24 DE JUNIO DE 1958.—*Distinción entre predio rústico y urbano, con ocasión del retracto arrendaticio.*

La sentencia de 14 de mayo expone que la doctrina que el Tribunal Supremo, interpretando el artículo 2.º de la Ley Arrendaticia de 1935, completada por disposiciones referentes a la institución del Catastro y posteriores, llega a la conclusión de que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano, teniendo presente: a) Su situación o emplazamiento en el campo, o en la población. b) Aprovechamiento o destino-explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio, y c) Preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro.

La sentencia de 24 de junio afirma que la circunstancia de ser una parcela en su origen aprovechada agrícolamente, no impide que posteriormente sea modificado su carácter, y que la proximidad o población, ferrocarril, carreteras o puertos, se apreciará discrecionalmente.

SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1958.—*Aparcería. Sustitución de los frutos que corresponden al propietario aparcerero por su valor. Pacto de entrega de cosas o frutos determinados.*

Ya esta Sala—dice la sentencia—, en la de 16 de marzo de 1944, tiene reconocido que la sustitución de los frutos o productos que corresponden al aparcerero propietario, por su valor, es facultad que a éste se concede, de la que puede usar o no, según le plazca, pues se halla autorizado por el artículo 44 de la ley de 15 de marzo de 1935.

Los pactos sobre entrega de una cosa determinada son muy frecuentes en las aparcerías y en nada se oponen a la ley, cuando tienen un carácter accesorio y de poca importancia en relación con el conjunto de prestaciones establecidas en el contrato o por su limitación temporal y provisional, dentro del plazo fijado para la duración del convenio, pues ni en uno ni en otro caso alteran la esencia del contrato parciario, ni puede estimarse la existencia, por ello, de una novación propia o extintiva.

SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1958.—*Retracto contra comprador de la nuda propiedad, iniciado después de consolidarse con el usufructo. No es suficiente la consignación del precio de la nuda propiedad.*

Se transmitió la nuda propiedad de determinadas fincas por el precio de 340.000 pesetas, mediante escritura pública de marzo de 1952. Después se consolidó el usufructo con dicha nuda propiedad, consolidación que se notificó

a los arrendatarios. La venta de nuda propiedad no se les notificó en su día. Dichos arrendatarios, con posterioridad a la consolidación y notificación referidas instaron demanda de retracto arrendaticio respecto de la nuda propiedad y consignaron sólo el precio de ella, de la nuda propiedad: las 340.000 pesetas.

Desestimada la demanda en 1.ª y 2.ª instancias, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de revisión, con el siguiente razonamiento: Los actores, haciendo caso omiso de la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, ejercitaron el derecho de retracto sobre la nuda propiedad de las fincas arrendadas adquiridas por el demandado en el año 1952, sin tener presente que ello suponía la subsistencia de un usufructo que ya se había extinguido, pretendiendo, en consecuencia, subrogarse en los derechos y obligaciones del comprador, ya dueño de las fincas arrendadas, satisfaciendo solamente el precio de la nuda propiedad, o sea el de 340.000 pesetas, que si bien era el único conocido al promover el litigio, no correspondía al mayor valor de las fincas, una vez liberadas del derecho real de usufructo que las gravaba. De ello se infiere la improcedencia de la tesis que en el motivo se mantiene según la que el retracto había de ejercitarse, retrotrayéndose al momento en que fué transmitida la nuda propiedad de las fincas arrendadas, y estimar, por el contrario, pertinente el criterio de la Sala de instancia, conforme al cual la subrogación había de instarse por la totalidad del derecho consolidado.

No puede tampoco considerarse viable la acción ejercitada por supuesto cumplimiento por parte de los retrayentes de la obligación de satisfacer o afianzar el nuevo valor que por incorporación del usufructo a la nuda propiedad habían experimentado las fincas, toda vez que para ello era preciso que se hubiera instado la subrogación de los demandantes en el pleno dominio de las fincas y no concretarla a la nuda propiedad, y además de consignar el precio de éste—por ser el único conocido al promover el retracto—afianzar el incremento económico de las fincas (del demandado, diríamos nosotros) producido por extinción del usufructo, circunstancias no concurrentes. Carece de eficacia a tal fin, el ofrecimiento que en el hecho 5.º de la demanda formulan los actores de rembolsar cualquier diferencia que en relación al importe congnado de gastos del contrato pudiera resultar; por todo lo que, el motivo objeto de examen, ha de ser rechazado.

SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1958.—Retracto.—Nulidad de la venta por carecer de precio. Imprecisión al señalar las fincas que se retraen.

Varios arrendatarios demandaron de retracto varias fincas, al parecer sin individualizar o precisar las que correspondían a cada uno. El demandado opuso también la inexistencia de la venta.

Desestimada la demanda en ambas instancias, el Tribunal Supremo también desestima el recurso de revisión.

Son muy de tener en cuenta, además, los siguientes antecedentes:

1.º Que doña Concepción L. M., propietaria que fué de las aludidas fincas, había otorgado testamento abierto con fecha 5 de septiembre de 1940, el que instituyó heredera a su sobrina carnal, doña María Luisa, testamento que resultó el último y válido de la testadora. 2.º Que la mencionada doña Concepción, mediante escritura pública otorgada ante Notario con fecha 18 febrero de 1954, estipuló un contrato de compraventa a favor de don Gui-

lloermo Z., esposo de doña María Luisa, en el que se transmiten las fincas objeto del retracto, sin expresar en modo alguno que se concertara un precio como contraprestación de la venta realizada. 3.º Que en documento privado, de fecha idéntica a la de la escritura de venta y suscrito por doña Concepción L., firma reconocida como auténtica en prueba pericial, se declara por la propia señora que en el mismo día ha hecho donación, por escritura, de las fincas en cuestión, habiéndose hecho la escritura a nombre del señor Z., por ser el representante de su mujer, que es sobrina suya, doña María Luisa, a quien tiene nombrada heredera en su testamento, añadiendo textualmente que «se dice en la escritura que es venta, porque así me han aconsejado que quedaba mejor». 4.º Que, según consta en la certificación librada en término de prueba por el Registrador de la Propiedad y Liquidador del Impuesto de Derechos reales de Benavente, se presentó en aquella oficina, en abril de 1954, una primera copia de la mencionada escritura, otorgada en 18 de febrero anterior, en la que aparece la venta de 133 fincas por doña Concepción L. a don Guillermo Z., por el precio cierto y confesado de 125.000 pesetas, en cuya virtud se practicaron las inscripciones de aquellos inmuebles (algunos de ellos los que son objeto del retracto) en los libros correspondientes del Registro.

El recurso se desestima, con los siguientes principales razonamientos:

Porque además de la innegable semejanza de la acción de retracto, de naturaleza real, con la reivindicatoria, en la que siempre ha de concretarse la sustantividad e individualización de la cosa que el dueño reclama, es manifiesto que al no determinarse en la demanda ni en el pleito el nexo arrendaticio que vincula a cada demandante con un predio concreto, autónomo y señalado, no podría atribuirsele como propietario respectivo aun en el caso de que ostentase un derecho al retracto, a menos de infringir el principio de congruencia proclamado en el art. 359 de la Ley Procesal Civil.

Porque a la vista de los antes relacionados elementos documentales, surgen como lógicas e inevitables consecuencias: a) Que la escritura de compra-venta de las fincas que se pretenden retraer, otorgada por doña Concepción L. a favor de don Guillermo Z., adolece de un evidente defecto de nulidad puesto que carece de la estipulación de precio correlativo a la transmisión documental que se dice efectuar, cuyo requisito es absolutamente indispensable para la formalización legal de la compraventa, a tenor de lo que preceptúa el artículo 1.445 del Código Civil, y aun para la existencia de contrato, dado el contenido de los artículos 1.261 y 1.274 del mismo Cuerpo legal, por todo lo cual no pudo constituir la referida escritura un acto traslativo de dominio. b) Que si las inscripciones registrales tienen la finalidad de reflejar y reconocer los derechos existentes sin posibilidad de crearlos, las practicadas en orden a compraventa de que se trata no pueden hallarse dotadas de eficacia jurídica por el doble concepto de referirse a un acto sustantivo nulo y contrario a lo que prescribe el art. 38 de la Ley Hipotecaria, y de que la copia documental utilizada, al añadir un precio de 125.000 pesetas, que no aparece en la escritura matriz o documento original protocolado, resulta infiel al mismo y carece de todo valor. c) Que el art. 38 de la Ley Hipotecaria invocado por los recurrentes, establece ciertamente una presunción de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, pero esta presunción es excluyente a una demostración en contrario, como lo ha sido la practicada en la presente litis, que justifica plenamente la falta de validez del título, y como inscripción, según el art. 33 del propio ordenamiento, no convalida los actos

o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, es visto que no puede apoyarse en los aludidos asientos registrales el pretendido derecho de los recurrentes, razones todas que no permiten sostener las situaciones legales aducidas en el motivo de revisión y obligan a rechazarlo.

Sin perjuicio de que comprendamos que la solución, en definitiva, dada por la sentencia es la corriente sobre todo por aquello de la imprecisión en las fincas a retraer, hemos de señalar nuestra respetuosa oposición a ese razonamiento referido al art. 38 de la L. H. Es cierto que la presunción en él contenida puede destruirse; pero no lo es menos que previamente o a la vez, dice el propio precepto, de la acción contradictoria, debe instarse la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. No debe olvidarse, a nuestro modesto entender, la proyección social «erga omnes», de los asientos del Registro, que los mismos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que la declaración de su nulidad o inexactitud debe estar sometida, y en efecto lo está, a normas detalladas, claras y rigurosas.

En este caso, ¿quién pidió la nulidad? ¿Cuándo y dónde se ha decretado?

BARTOLOMÉ MENCHÉN.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

LOS CONTRATOS DE SUMINISTROS DE CEBADA PARA EL GANADO DE LA GUARDIA CIVIL ESTÁN SUJETOS AL IMPUESTO.

Antecedentes.—Presentado a liquidación un contrato de suministro de cebada para el ganado de la Guardia Civil, la Abogacía del Estado giró la correspondiente liquidación por el concepto «suministros» y el contratista, no conforme con ella, la recurrió invocando el apartado 1) del artículo 25 del Reglamento, que exceptúa de pago los suministros de víveres para el Ejército.

El recurso fué desestimado por el Tribunal provincial y ante el Central se reiteró la pretensión, alegando que la frase «víveres para el Ejército» es amplia y no puede limitarse al personal del Ejército, como lo hace el Tribunal inferior, sino que abarca los suministros de víveres, pertrechos, etc., que vayan destinados al Ejército como tal colectividad, puesto que en otro caso debería haber limitado su aplicación empleando el enunciado «víveres para el personal del Ejército».

El Central confirmó la liquidación, y la Sala la ratificó, diciendo que para decidir la contienda ha de comenzarse por analizar, con interpretación sistemática, al contenido del citado apartado del artículo 25 del Reglamento, concordante con el número 8 del ter-

cero de la ley, ambos de 1947, cuya redacción, como veremos, no es la misma en el actual Reglamento de 15 de enero de 1959.

Dice, pues, la sentencia comentada que el texto reglamentario comprende los suministros «que se realicen directamente para usos domésticos, entendiéndose comprendidos en éstos los de víveres para el Ejército», lo que significa, sigue diciendo la Sala, que el beneficio fiscal se produce por una previa asimilación con los de uso doméstico, por lo que es necesario determinar cuál sea este último concepto para no atribuir a aquél más alcance tributario que el propio del concepto al que se asimila; y en tal trayectoria, añade, la Orden de 17 de noviembre de 1942 estableció, aclarando la misma expresión contenida en Reglamentos anteriores, lo que había de entenderse por usos domésticos, diciendo que se refiere al consumo del producto que se suministra en el domicilio o vivienda del abonado; de donde se deduce, termina diciendo la Sala, que sólo está comprendido lo relativo a las personas y no puede estarlo un suministro de cebada para la alimentación del ganado, so pena de dar al concepto «víveres para el Ejército» una amplitud desmesurada, ya que la desgravación se produce como consecuencia de la asimilación de un concepto a otro.

Comentarios.—Conformes con la tesis de la sentencia, nos limitamos a decir que hoy la contienda carece de interés práctico, puesto que en el actual Reglamento de 1959, la exención discutida no está consignada, como lo estaba en el anterior, en el artículo 25 del mismo, sino en el número 12 del apartado A) del artículo 6.º, y lo está en unos términos que alejan toda posibilidad de discusión sobre el alcance de la exención, desde el momento en que literalmente dice que se refiere a los contratos «de abastecimiento de víveres destinado al personal del Ejército», cuyos términos son idénticos a los consignados en la Ley del Impuesto en los mismos número y apartado de su artículo 3.º

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de junio de 1958.

LOS LIBROS DE ACTAS DE LAS SOCIEDADES EN GENERAL NO TIENEN LA CONDICIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS, Y, POR CONSIGUIENTE, EL PLAZO PARA EXIGIR EL IMPUESTO DE LOS ACTOS QUE EN ELLAS CONSTEN NO SE CUENTAN DESDE LA FECHA EN QUE SE TOMARON LOS ACUERDOS SOCIALES RESPECTIVOS, SINO DESDE AQUELLA EN QUE SE PRESENTEN A LIQUIDACIÓN LAS CERTIFICACIONES DEL ACTA EN QUE TALES ACUERDOS SE HICIERON CONSTAR.

Antecedentes.—Determinada sociedad anónima tomó un importante acuerdo en 1932, en relación con la liquidación de cierto crédito cuantioso que tenía contra uno de sus accionistas, estableciendo las condiciones en que aquél quedaba saldado.

La correspondiente certificación del acta de la junta social en que el acuerdo se tomó, se presentó en la Oficina liquidadora en 1955 y fué liquidada aplicando el número 58 de la Tarifa y el tipo del 1 por 100, y contra la liquidación se entabló recurso, pretendiendo que se declarase la prescripción de la acción administrativa para exigir el impuesto, en razón de que desde la fecha en que se adoptó el acuerdo social comprendido en la certificación, habían transcurrido más de los diez años que la Ley y el Reglamento del impuesto en sus respectivos artículos 29 y 143 prevén para que la prescripción se dé.

El Tribunal provincial desestimó la pretensión diciendo que, conforme a los citados preceptos, en los documentos privados, cualquiera que sea su fecha, el plazo, a los efectos de la prescripción, empezará a contarse desde que la Administración tenga conocimiento de su existencia, desde la incorporación de los mismos a un registro público, o desde que fueren entregados a un funcionario público por razón de su oficio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil. Por consiguiente, al no concurrir en la certificación mencionada esos requisitos, ya que se trata de un documento privado, ha de estimarse que la fecha del acto y del documento es la de presentación en la Oficina liquidadora.

El Tribunal Central dice que el eje de la cuestión radica en la disconformidad de criterio entre la Sociedad y el Fisco sobre la naturaleza de público o privado del libro de actas en el que obra la que por certificación de su Secretario fué objeto de liquidación, y añade que, con arreglo al artículo 1.216 del Código Civil, son documentos públicos los autorizados por un Notario o funcionario público competente con las solemnidades requeridas por la ley, en cuyo concepto no puede incluirse el libro de actas que a las Sociedades les ordena llevar el artículo 33 del Código de comercio; y tampoco puede incluirse, como la reclamante pretende, en el número 5.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que considera como documentos públicos a las Ordenanzas, Estatutos y Reglamentos de Sociedades, Comunidades o Asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por Autoridad pública; por lo que es indudable la naturaleza de documento privado del libro de actas de la Entidad reclamante.

Y esta conclusión, añade la Resolución que comentamos, se confirma teniendo en cuenta la fuerza probatoria atribuida a los libros mercantiles por el artículo 48 del Código de comercio, cuya extensión y alcance es distinto del que a los documentos públicos concede el artículo 1.218 del Código Civil, puesto que, como es sabido, mientras los libros de los comerciantes prueban tan sólo contra ellos mismos, «los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros».

Si a esto se añade, sigue diciendo el Central, que, conforme al artículo 143 del Reglamento del Impuesto, en los documentos privados, sea cualquiera su fecha, el plazo de diez años para la prescripción se cuenta desde que la Administración conozca su existencia, desde la incorporación o inscripción en un Registro público, o desde que fueron entregados a un funcionario público por razón de su oficio, según dispone el artículo 1.227 del Código Civil, es claro que estando improbadamente en el caso la existencia de alguna de estas circunstancias, la prescripción no se da y la liquidación practicada debe ser confirmada.

Por nuestra parte, ante la claridad del caso y los no menos

claros y convincentes razonamientos de la Resolución de que se trata, nos creemos excusados de todo comentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de junio de 1958.

En 1956 una Caja de Ahorros adquirió por compraventa un conjunto de bienes inmuebles: maquinaria, enseres y efectos, valorados en junto en una elevada cantidad, y además una instalación cinematográfica y otra para elevación de aguas valoradas en importante suma, totalizando el conjunto más de un millón de pesetas.

La Oficina liquidadora aplicó a ese total el tipo de la compraventa, número 15 de la Tarifa, y la Entidad adquirente impugnó la liquidación apoyándose en su condición de Institución benéfica con arreglo a la ley de 1880, al Decreto de 14 de mayo de 1889 y a los Estatutos de las Cajas de Ahorro de 14 de mayo de 1933, deduciendo que éstas son consideradas como Instituciones de beneficencia, por lo que sus adquisiciones disfrutan en todo caso del tipo beneficioso del 0,50 por 100, conforme a la ley de 20 de julio de 1955.

El Tribunal provincial dijo que, sin discutir la cualidad de benéfica de la recurrente, el tipo beneficioso dicho se refiere a las adquisiciones de bienes adscritos directamente a fines benéficos; y si bien en la escritura se dice que los adquiridos son destinados a la labor cultural normativa de la Caja, no aparecen designadas expresamente las obras o instituciones culturales a que los bienes se destinan. En su consecuencia, dicho Tribunal estimó bien aplicado el tipo del 6 por 100, número 15 de la Tarifa.

El Central revocó el acuerdo del inferior y dijo que la aludida ley de 1955 establece que todas las adquisiciones realizadas por los Establecimientos de beneficencia y los de instrucción de carácter privado, entre los que se encuentra la recurrente, devengan el medio por 100, salvo que el acto en sí determine la procedencia de tipo más reducido, sin que al caso se le pueda aplicar la restricción de la repetida ley al prever que se aplique el número corriente de la Tarifa, cuando la adquisición se verifique a favor de

personas, asociaciones o sociedades y no a favor de los propios Establecimientos de beneficencia o instrucción.

Por nuestra parte añadiremos solamente que la previsión y contenido de la mentada ley de 20 de julio de 1955, está íntegramente en el artículo 28, apartado 1) del actual Reglamento de 1959 y en el número 8.º de la Tarifa.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1958.

ESTA RESOLUCIÓN INSISTE EN LA NORMA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 123 DEL REGLAMENTO, RELATIVA A LAS NOTIFICACIONES TÁCITAS, ESTO ES, QUE PRACTICADA LA LIQUIDACIÓN, DENTRO DE LOS OCHO DÍAS SIGUIENTES A LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO, SE ENTIENDE PRACTICADA LA NOTIFICACIÓN CORRESPONDIENTE SI LOS INTERESADOS NO SE PRESENTAN EN LA OFICINA LIQUIDADORA EN LA FECHA QUE CONSIGNE EL RECIBO DE PRESENTACIÓN, EXTENDIDO EN FORMA REGLAMENTARIA.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de junio de 1958.

EL CONTRATO ENTRE UN TORERO Y UN DETERMINADO REPRESENTANTE, RECONOCIÉNDOLE A ÉSTE LA EXCLUSIVA PARA CONTRATAR LAS ACTUACIONES DEL DIESTRO EN LAS PLAZAS DE TOROS DE ESPAÑA, FRANCIA Y PORTUGAL POR UN AÑO, GARANTIZÁNDOLE EL REPRESENTANTE UN MÍNIMO DE CORRIDAS Y UN MÍNIMO DE HONORARIOS POR CADA UNA, DE LOS QUE PARTICIPARÁN UNO Y OTRO EN LA PROPORCIÓN CONVENIDA, HA DE CALIFICARSE COMO ACTO NO SUJETO AL IMPUESTO.

Antecedentes.—En un contrato privado se estableció el siguiente convenio: el torero D. A. X. confiere a otro señor que llamaremos Representante, la exclusiva de representación del torero para las plazas taurinas de España, Francia y Portugal, fijando entre otras condiciones estas: a), el torero no celebrará ningún contrato sobre sus actuaciones en las plazas de toros dichas, sino a través del mencionado representante; b), que éste garantizaba que

se contratarían corridas durante la temporada por un mínimo de treinta actuaciones y unos honorarios mínimos para el diestro de 50.000 pesetas cada una; c), que el representante percibirá la remuneración que concretamente se estipulaba, en función de la remuneración del diestro; d), que el torero habría de tomar la alternativa antes de determinada fecha, quedando, en caso contrario inexistente el contrato; y e), entre otras estipulaciones que no interesan para este comentario, se determinaron los gastos que serían de cuenta del matador y el modo de justificarlos.

Presentado el documento a liquidación, la Oficina liquidadora entendió que se trataba de un arrendamiento de servicios, y como tal lo liquidó a cargo del representante sobre una base de 1.500.000 pesetas, siendo recurrida la liquidación con fundamento en que para que el reclamante fuese la persona obligada al pago sería menester que hubiese arrendado los servicios de otra persona, con el compromiso de pagar un precio por ellos, cuyas circunstancias no concurren en el caso, puesto que el recurrente no es arrendatario de ningún servicio, ya que el diestro ejerció su profesión taurina y fué contratado por los distintos empresarios de las plazas de toros en las que actuó, pagándole los empresarios sus honorarios. Por tanto, debe entenderse que lo realmente establecido en el documento fué la concesión de una exclusiva de gestión a favor del recurrente de los contratos del torero en las plazas que se expresaban, por lo cual se trata en realidad de un poder o mandato retribuido aleatoriamente, puesto que esta retribución depende del número y cuantía económica de la actuación del torero; sin que la cifra de 1.500.000 pesetas, base de la liquidación, se ajuste a la realidad, porque significa el importe mínimo de los honorarios del torero.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación por entender que el contenido del documento muestra que mediante el mismo una persona concede a otra la exclusiva de sus servicios o actuaciones a cambio de un precio mínimo y cierto que la segunda asegura; cuyas características tipifican la figura jurídica de un arrendamiento de servicios, comprendido en el artículo 1.544 del Código Civil, tarifado en el apartado 1) del artículo 16 del Reglamento del Impuesto.

Planteada la cuestión ante el Central, éste dice que de los

términos del referido documento resulta que uno de los contratantes se hace responsable de que determinado matador de toros sea contratado por las Empresas de las plazas de España, Francia y Portugal, por lo menos para treinta corridas, con honorarios por cada una de ellas no menores de 50.000 pesetas, obligándose dicho responsable a la promoción, gestión y dirección de la publicidad y propaganda, con la exclusiva de mediación con la contratación del diestro cerca de las Empresas y percibiendo como contraprestación o retribución de sus responsabilidades y actividades una participación eventual en los honorarios del torero en lo que excedan de un mínimo prefijado, siendo variable esa participación en función de la cuantía del exceso.

Hecho ese análisis del contenido del documento, dice el Central que tales estipulaciones, por tener una indudable unidad de fin, constituyen un solo negocio jurídico y una sola convención a los efectos del artículo 43 del Reglamento del impuesto, sin que sea dable descomponer el negocio jurídico, único en otros distintos integrantes del primero para gravarlos con separación; cosa no hacedera si el texto legal no lo prevé expresamente, como efectivamente no lo previene para el caso cuestionado.

Esto sentado, añade la Resolución que el contrato analizado es de «aseguramiento de la contratación profesional torera, con mediación exclusiva del asegurador en la contratación profesional», constituyendo una «modalidad contractual compleja y especial, practicada por lo menos desde hace varias decenas de años», y que ello no obstante, «aunque guarde analogías con figuras de contratos típicos de negocios civiles y mercantiles, como, por ejemplo, los de seguros, mandato, comisión, corretaje y arrendamiento de servicios, no puede ser identificado con ninguno de ellos, y menos con los consignados en la Tarifa vigente, por lo que, en observancia de lo establecido en el párrafo 2) del artículo 44 del Reglamento, debe considerarse como no sujeto al impuesto por no haberse instruido el expediente de asimilación que autoriza y regula dicho precepto reglamentario».

A mayor abundamiento, sigue diciendo la Resolución comentada, si el contrato pudiera ser descompuesto en varios negocios jurídicos independientes, el más destacado sería, por la intención de los contratantes y por la cuantía, el de carácter aleatorio,

consistente en que una persona, mediante precio o causa onerosa, se obliga a resarcir o otra, asumiendo el riesgo correspondiente, del paro fortuito en sus actividades profesionales, es decir, un negocio jurídico de seguro que no está sujeto al impuesto por no estarlo o gozar de exención los seguros cuando revisten la forma de pensiones a que se refiere el artículo 15 del Reglamento.

Y ya en esa trayectoria, estima la Resolución que el negocio jurídico aislado de prestación de servicios profesionales por tiempo limitado de propagandista, corredor y mediador de la contratación profesional de otra persona por un tercero, mediante un precio variable que excede en total de 20.000 pesetas, podría ser calificado fiscalmente de arrendamiento de servicios personales, definido en el artículo 1.544 del Código Civil y en el apartado 14), artículo 2.º de la ley de 1947—hoy el 17 en la vigente de 1958—, pero, en tal caso, conforme al artículo 1.546 del mismo Código, el arrendador lo sería el que prestó las actividades de mediador, y el arrendatario el que adquirió el derecho a los servicios, según el número 4.º del artículo 59 del Reglamento, cuya norma no ha sido observada en la liquidación de que se trata.

En definitiva, y en virtud de lo razonado, el Central revoca el acuerdo del Tribunal inferior, anula la liquidación y ordena que sea sustituida por nota de no sujeción al impuesto del contrato en discusión.

Comentarios.—Decimos, en primer término, que estamos de acuerdo con la Resolución recurrida en que, una vez calificado el contrato como de arrendamiento, no fué acertada la liquidación a cargo del considerado como arrendatario, o sea del mediador o representante, pero no lo estamos en que el contrato tenga las características de contrato de seguro, porque, aunque se habla de que dicho contratante garantiza la contratación de un número mínimo de corridas durante la temporada taurina, es lo cierto que en relación con esta obligación no establece el convenio contraprestaciones concretas por parte del aludido representado.

Desechada esa figura jurídica, parece lógico que el Tribunal hubiera parado mientes en analizar la semejanza que la convención presenta, a juicio del mismo, con el mandato, la comisión,

el corretaje, etc., y no limitarse a decir que, al no estar tarifado expresamente, debe ser declarado no sujeto.

Ello nos parece que choca con el contenido de los dos apartados del artículo 44 del Reglamento de 1947, que fué el aplicado, ya que aunque su concordancia ofrezca dificultades, según hemos razonado en otro lugar al comentarlos (1), no creemos que sea aventurado afirmar que, por imperio de cualquiera de ellos, se puede llegar razonablemente a la conclusión de que el negocio jurídico cuestionado contiene un acto que cae dentro del ámbito del impuesto.

Efectivamente, es cierto, como dice la Resolución comentada, que las estipulaciones que el documento contiene encierran una «indudable unidad de fin», y que engendran «un solo negocio jurídico y una sola convención», pero deducir de ello que no es lícito descomponerlos para gravar los actos resultantes con separación, es cosa que ofrece serios reparos, porque tal aseveración, generalizada, conduce a anular la teoría de los actos deducidos que el citado apartado 1) encierra, y también la referente a los contratos complejos y atípicos que el apartado 2), también citado, permite analizar para llegar a la asimilación de la figura jurídica más destacada que contengan con alguna de las tarifadas.

La unidad de fin y de negocio jurídico no puede impedir que el lado de ellos y con subordinación al pacto fundamental que las estipulaciones contractuales contengan, se engendren otros actos que «con arreglo a los principios de derecho, puedan lógica y legalmente deducirse de la intención o voluntad de las partes», como literalmente se lee en el mencionado apartado 1) del artículo 44.

Y en cuanto a la otra modalidad de los contratos atípicos, y dan por supuesto que el cuestionado lo sea y que guarde relación con los típicos prefigurados en el Código sustantivo, como son, según el Central, el mandato, la comisión, etc., nos parece que, desde el momento en que se refiere a «cantidad, cosa o derecho valuable», es perfectamente defendible que con arreglo al apartado 2), reiteradamente mencionado, cabría un estudio comparativo de la figura contractual con aquellas otras para deducir la asimilación o no asimilación que el apartado prevé.

(1) *Legislación del Impuesto de Derechos Reales, comentada*, del autor de este artículo, 4.^a edición, págs. 243 y siguientes.

En conclusión, y siempre dentro de la elevada consideración que nos merece la indiscutible competencia del Central, creemos, primeramente, que el contrato no presenta los caracteres del de seguro, por la razón antes dicha de que al diestro, supuesto asegurado, no se le impone contraprestación alguna inherente a esa clase de contratos onerosos, ni tampoco vemos que ofrezca semejanzas apreciables con las otras figuras jurídicas antes dichas, excepto la de arrendamiento. En cambio, con éste sí que ofrece caracteres destacados comunes, porque, si el representante se compromete a negociar, facilitar y formalizar como mediador un mínimo de corridas de toros a favor del diestro, con la remuneración de participar aquél en los honorarios del matador representado; y si el arrendamiento de servicios es aquel en que «una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto»—artículo 1.543 del Código Civil—, es claro que el contrato presenta patentes caracteres de arrendamiento y, en el peor de los casos, muy destacadas analogías, y merced a ellas habrá que concluir que el acto no puede ser comprendido entre los no sujetos, sino que debe ser calificado de arrendamiento, o, en todo caso, ser objeto del expediente de asimilación, de acuerdo con el tan repetido apartado 2) del artículo 44. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la liquidación controvertida se anule porque el arrendatario no es el obligado al pago, y si el diestro arrendador, y, en su caso, se gire a cargo de éste la que reglamentariamente proceda.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A

El derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, por Ignacio Izquierdo Alcolea, Profesor de la Universidad Central, Abogado. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1955.

Esta monografía es una tesis doctoral, prologada por el Profesor excelentísimo señor don Pascual Marín Pérez, en un breve y sustancioso prólogo. Como se refiere a la Ley de Arrendamientos de 1946, claro es que alguna de sus observaciones hay que mirarla habida cuenta de la nueva ley de 1956, tan opuesta a aquella, afortunadamente, pues la práctica y los años transcurridos han demostrado el daño inferido a la economía nacional, como toda ley partidista, detallista, de las llamadas de emergencia, injusta, aun dada su época y de infeliz recordación. Conste que no soy propietario arrendador, sino sólo un jurista aficionado.

A pesar de estudiar una ley derogada, la mayor parte del trabajo tiene aplicación en la actualidad y en el futuro, puesto que los conceptos generales de la Introducción, las referencias a la naturaleza jurídica del derecho de retracto (como derecho potestativo, como derecho real, o como una especie de expropiación forzosa), las notas características del derecho de retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos (derecho real, subjetivamente real, limitado, transmisible, irrenunciable en la época de aquella ley), su fundamento según la clase a que pertenezca, su nacimiento, etc., es un estudio de generalización para fijar ideas y señalar rumbos.

Igual sucede en casi todos los epígrafes siguientes, aunque alguno ya no sea de actualidad: Derecho de retracto del arrendatario, orden de prelación en las ventas por pisos, tiempo en que ha de realizarse, negocios jurídicos que originan tal derecho, consignación del precio, prohibición de transmitir al retrayente, preferencia entre retrayentes, traspaso, cuándo puede ejercitarse, etc.

Esta clase de trabajos sobre leyes especiales, influenciadas decididamente por una tendencia determinada y sin objetividad, siempre son interesantes, pues los pleitos de una época pueden agruparse en gran número en provocados por esta clase de normas. Más que jurídicos, son de encrucijada, de actualidad, sociales si se quiere, e incluso morales, aunque sólo en parte y no en una gran parte, y las obras acerca de los mismos tienen su ámbito especial y gran razón de ser, sobre todo cuando constituyen tesis doctorales y señalan o profetizan a un gran jurista en su autor, del que pueden y deben esperarse trabajos que enriquezcan la doctrina jurídica española.

El contrato de compraventa mercantil, por Emilio Langle y Rubio. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1958.

No hay que decir más. Es una obra de Langle, y su veteranía es garantía de acierto, pues basta el nombre para no necesitar de adjetivos.

Recientemente existen obras, algunas con nota bibliográfica ya en esta Revista, o que serán objeto de una, de autores españoles y extranjeros, cuyo tema es el contrato civil de compraventa. No podía faltar otra, excelente, acerca de la compraventa mercantil, tan necesitada de ella por ser objeto en los textos de una no muy detallada información y referencia especial al contrato de compraventa civil, aun cuando este último sea supletorio del mercantil, después de los usos de comercio. Así, como indica el autor, el Código francés sólo consagra a la compraventa mercantil el artículo 109. Por el contrario, la legislación especial producto de la economía dirigida, afecta a este contrato más que a ningún otro, naturalmente que para perturbar la marcha normal del negocio

jurídico y con profusión de órdenes y contraórdenes, algunas comunicadas solamente, que enmarañan más el problema. Incluso internacionalmente se ha elaborado un proyecto de ley uniforme sobre este contrato, aceptado el 10 de noviembre de 1951 como base de ulteriores estudios.

Este trabajo está concebido con claridad y desarrollado igualmente y con gran precisión, como todo lo producido por Langie. Primero atiende a la compraventa mercantil de tipo ordinario y después trata de los tipos especiales (condicionales, a prueba o ensayo y gusto del comprador, a término, ventas forzosas, ventas en subasta, remate o martillo, por número, peso o medida, sobre muestras o calidad conocida, de cosa futura, de cosa ajena, de empresa mercantil o industrial, en tiendas o almacenes, en ferias, con pacto de reserva de dominio, con pacto de retroventa, contrato de suministro, de suscripción, estimatorio, venta de derechos).

La base doctrinal más firme para calificar este contrato es la intermediación, el acto de negociación: un acto de consumo que pertenece a la zona de cambio, de la circulación de la riqueza y la intención del agente ha de ser el especular, el traficar, aunque no sea comerciante. Su naturaleza se caracteriza por ser mueble la cosa, intención de revenderla y ánimo de lucro. Sistema objetivo. Muy acertada y contundente la crítica del artículo 326 del Código de comercio.

La naturaleza jurídica, bien explicada y de acuerdo con Blanco Constans y Benito Endara, al tratarse del tráfico y de la rapidez, no se necesita la tradición: basta el consentimiento para transferir la propiedad, pues de ello nace la obligación de la entrega. Como elementos subjetivos, la capacidad y la intención. Los objetivos son, cosa y precio. Este precio, ¿será el justo? Estamos de lleno entre canonistas y moralistas, especialmente dentro de la doctrina tomista (una pregunta: ¿es precio justo el de la gasolina, por ejemplo, cuando sea el Estado juez y parte, y quien tiene la fuerza quien la fija?) Pero tenemos que trasladarnos al campo jurídico: ni la doctrina, ni la ley, ni la jurisprudencia, exigen precio justo: el comercio forma su precio, que no debe de tener más límite que la injusticia absoluta e ilimitada: sólo se exige sea verdadero y cierto, fijado por convenio, aunque en la realidad los contratos

normativos, de adhesión, colectivos y dictados, los precios impuestos y las cláusulas de reventa en precio mínimo, dan un mentís a esta imposición: en dinero o signo que lo represente: sin subordinarlo a condiciones de adquisición de otro producto, prestación de cualquier servicio, etc.

Surgen luego las obligaciones del vendedor (entrega, modo, lugar, tiempo, objeto, gastos, garantía) y del comprador (recepción de la cosa, pago del precio, abono de gastos) y la consideración especial de la prestación del riesgo, de tanta importancia en este contrato, para concluir con el estudio de la extinción del contrato (rescisión por lesión, arras, retracto convencional y legal y compraventa de replazo).

Entre las compraventas especiales, ya mencionadas anteriormente, nos fijaremos en dos: la de empresa mercantil y el pacto de reserva de dominio: la primera, poco estudiada en España en conjunto y digna de una monografía extensa, donde se integren los caracteres de la doctrina y legislación española y su examen junto con el Derecho comparado: el segundo, con referencias suficientes, ha sido objeto ya de estudios bastante aceptables, y únicamente noto la falta de relación con la Ley de Hipoteca Mobiliaria, de tanto interés en este aspecto. Es una lástima que Langley, según él mismo reconoce al delimitar su propósito, no se haya extendido como merecen ambas figuras, especialmente la primera.

Como en casi todas las monografías de esta clase, se termina con una exposición de la bibliografía consultada o consultable, de gran valor para profundizar en la materia, sobre todo cuando se trata de un compendio clarísimo, bien sistematizado, y donde se contiene brevemente cuanto interesa y se desbrozan caminos que pueden ampliarse, es cierto, pero que son suficientes para caminar por ellos cómodamente. El escritor y profesor que ha sido Langley, demuestra que continúa siéndolo y que lo será por muchos años.

Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil, por Antonio Borrel Maciá. Estudio del artículo 1.902 del Código Civil, y breves comentarios sobre los artículos 1.903 a 1.910 del propio Cuerpo legal. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1958.

Este ilustre y fino jurista catalán, buen escritor, de carácter práctico principalmente, en esta segunda edición amplía su primitivo trabajo adecuadamente al desarrollo que esta responsabilidad objetiva va obteniendo en la doctrina y en la jurisprudencia, españolas y extranjeras. No se trata de que el autor opine esto o lo otro; se trata de orientar y exponer. Por eso la jurisprudencia está espigada hasta el máximo e incluso se extracta con amplitud. No puede dejar de consignarse que el Código español ha seguido la letra del Derecho romano (igual sucede con otros extranjeros) y que los tiempos actuales tienen una complejidad de vida y una aplicación extensa de la máquina, que entonces no podía ni figurarse el jurista más perspicaz. El capítulo II, dedicado a indicar lo que es la responsabilidad sin culpa, ha sido muy ampliado con las ideas expuestas por el autor en un artículo de una revista.

Es muy difícil hacer la recensión de esta obra, por el exceso de casos y la variedad de ellos a que se refiere. Son XXIV capítulos que tratan de: «La responsabilidad sin culpa; dolo, culpa penal, culpa civil; la culpa como fuente de responsabilidad civil; culpa contractual y no contractual; relación de causa a efecto; caso fortuito y culpa del perjudicado; *qui jure suo utitur*; responsabilidad civil derivada de hechos punibles; responsabilidad de terceros: de las personas jurídicas y de sus administradores, del Estado y de los Organismos públicos, de los funcionarios públicos: daño moral; reparación del daño; daños producidos por los animales: acciones «de effussis et dejectis y de positis et suspendis»: responsabilidad por la ruina de edificios, caída de árboles, explosión de máquinas, inflamación de sustancias explosivas, humos excesivos y emanaciones de cloacas o depósitos infectantes: acción civil y acción penal: extensión de la responsabilidad entre los obligados a reparar: lugar de pago y competencia judicial; quién puede reclamar indemnización por daños y perjuicios

y prescripción. Hay un índice general, otro de autores y otro de obras.

Son 365 páginas de enseñanzas y ejemplos concretos: tantas como días del año y que pueden encerrar la solución para algún caso corriente de la vida. En efecto, ¿quién no ha visto el techo y las paredes de su casa con manchas de humedad o chorreando agua por rotura de cañería o negligencia en cerrar los caños *en el piso de arriba*? ¿A quién no se le ha roto a su vez la conducción interior del agua o al marchar de veraneo, por no cerrar la llave de paso, ha ocasionado daño por negligencia *en el piso de abajo*? ¿Quién está libre de un atropello, de un daño moral, de la entrada de animales en su finca o de cualquier otro daño semejante? Pues a todos y cada uno de ellos, aun los más inverosímiles, atiende el presente libro, con bastantes detalles que dejan asombrado al lector, con los relativos al valor de la vida humana: 10.000 pesetas en 1928; 7.500 en 1934; 20.975 en 1935; 5.000 en 1894; 35.000 en 1902, según sendas sentencias del Tribunal Supremo. Se dice que no somos nada, pero si encima de esto nos pagan la vida en moneda depreciada, resulta que valemos menos que nada.

El buen sentido práctico de Borrel y su minuciosidad en la búsqueda de datos, se pone una vez más de manifiesto en esta segunda edición de su ya acreditada obra.

El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Doctor en Derecho. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

El artículo 2.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de los arbitrajes en Derecho Privado abre extraños y extensos horizontes a tema de gran trascendencia: la distinción entre árbitros y arbitradores, figura esta última muy borrosa y difícil, que por primera vez es objeto de una fórmula de tipo general, que no ha sido tratada debidamente por los comentaristas, y el autor se propone ensayar una construcción teórica de la misma. Hasta ahora sólo se ha dispuesto de preceptos aislados, fragmentarios, vagos y sin relacionarse unos con otros.

Los casos en que nuestro derecho concede a un tercero una cierta intervención en una relación jurídica son: El artículo 1.447 del Código Civil, que recoge la tradición romanista, producto de la famosa discusión entre sabinianos y proculeyanos. El artículo 1.690; el 1.598; los artículos 1.256 y 1.115; el 402; el 1.821, y el 1.057 y 1.058, relacionados con el 1.708; los 670 y 671; el 406; el 380. Todos del Código civil, aparte de algunos comprendidos en otros Códigos.

El arbitrio del tercero puede configurarse conceptualmente en las siguientes actividades: Intervención en la formación del contrato—en la determinación del contenido o de la prestación—en la integración del contrato o de la relación jurídica y en la realización por tercero de una actividad negocial. Hay que distinguirlo de las figuras afines, como son el arbitraje (juicio de derecho y juicio de equidad; juicio de hecho y juicio de derecho; controversia jurídica o económica; asunto litigioso y asunto pacífico; arbitraje libre), el dictamen pericial y el arbitrio de una de las partes, para después determinar su naturaleza (actividad negocial, juicio, juicio negocial, contrato, negocio jurídico, etc.) y clasificarle según sea (de equidad, simple, de determinación, de subsistencia de aprobación, en los negocios bilaterales y unilaterales, voluntario y necesario, pericial y no pericial), con el fin de señalar el sujeto y sus características o circunstancias, el objeto, el contenido (entre partes, entre partes y arbitradores y entre arbitradores) la manera o forma de constituirle, la modificación, la terminación y los efectos del arbitrio. Se añaden el índice y el índice bibliográfico.

Materia muy interesante y verdaderamente una *novedad muy nueva*, estudiada con cariño y bien orientada, para distinguir el juez privado (el clásico árbitro) y la persona que decide un punto negocial falto de disposición de las partes. Conste que no es definición: siempre he tenido recelos y reservas ante las definiciones. Para mí, la definición debe de ponerse al final del trabajo. Así puede entenderse con claridad. Y ciertamente, el amigable componedor que decide un asunto pacífico (no importa que pueda convertirse en asunto litigioso), es el clásico y el moderno arbitrador.

El estudio es profundísimo y no hay faceta que no se toque, lo que es más que conveniente, porque la nueva ley, si bien jurídicamente es un gran adelanto, para el profano es un engorro; hay que saber derecho o documentarse en derecho, personalmente o por

medio de otra persona, para que hoy se pueda llegar al nuevo sistema legal. La mejor prueba es el trabajo que se comenta brevemente.

El testamento, por Antonio Cicu, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Bolonia. Traducción y notas al Derecho español, por Manuel Fairén Martínez. Editorial «Revista de Derecho privado». Madrid, 1959.

La Universidad de Bolonia, para un español, es más que un centro de enseñanza. Al amparo de la sombra de un Cardenal español, se cobijan y perviven esencias producto de poderosas inteligencias españolas. Los catedráticos, por el hecho de serlo, tienen ganadas las simpatías de los españoles, y Cicu, bien conocido, posee también su admiración. Buen jurista, de clara exposición, en esta obra, de 369 páginas, vierte la doctrina más moderna acerca de tan discutida institución y sin embargo, sin desmesurada extensión ni exceso de palabras.

Otro mérito es que no vacila en exponer su opinión categóricamente y sin titubeos, con minuciosidad y caso por caso dentro de cada artículo. No se limita a generalizar o comentar: pone de su peculio particular ideas nuevas, en consonancia con las más modernas doctrinas, y por eso es un trabajo completísimo.

Un problema, latente en España y sin resolver aún, es el de la institución de los no concebidos, y que ha dado lugar a jurisprudencia que tampoco se ha atrevido a resolver nada, aunque los casos agudísimos, especialmente en relación con la propiedad urbana, bien merecían un tratamiento especial y una valiente decisión jurisprudencial, acaso basada en que las modernas doctrinas condenan que los testadores quieran supervivirse en incontables generaciones, lo que da lugar a problemas insolubles, porque el testador más avisado no puede prever las contingencias de la vida, ni los adelantos científicos. En el texto hay materia muy digna de meditación, y mucho más cuanto que el nuevo Código italiano trata de esta cuestión, incluso concediendo la representación de

los mismos al padre, a efectos de la defensa de sus derechos sucesorios.

Naturalmente que el testamento, por mucho que se estudie y quiera perfilarse, puede presentar tal cantidad de facetas, que es tarea imposible tratar de todas y cada una de ellas. Cuando se cree haber logrado una perfección, la mente ágil de un testador o un vivo deseo del mismo, perturba la solución al incluir un inciso, una palabra o una particularidad que da al traste con todo cuanto se ha escrito. Siempre suele haber algo nuevo e imprevisible.

El traductor ha colocado notas al texto, imprescindibles, porque nuestro viejo Código y el nuevo italiano, en algunos casos, son incompatibles y no pueden aceptarse para uno las afirmaciones del otro. Ya hemos citado los *nasciturus*; otro ejemplo es el artículo 587 italiano, que atiende al caso de que las formalidades testamentarias se empleen para manifestar voluntades no patrimoniales, lo cual no sucede por ahora en nuestro derecho.

Excusamos decir que los capítulos de la obra, que comienzan por estudiar la sucesión testamentaria y desarrollan el concepto y los caracteres del testamento, tratan a continuación de este como documentos (formas del testamento y nulidad) y como negocio jurídico (capacidad, voluntad y vicios de ésta), para entrar en la revocación del testamento y en el estudio de la vocación testamentaria (capacidad de recibir).

Posteriormente, se detiene en el estudio del heredero (determinación, llamada condicional, a término y modal) y llamamiento solidario y sucesivo (sustitución), y termina con un examen del contenido del testamento (institución de heredero y legados) y con el ejecutor testamentario.

Las frecuentes citas que hemos observado en diversos trabajos con referencia a esta obra de Cicu, ya no nos extrañan después de haber fijado nuestra atención en este trabajo, merecidamente recogido por la Editorial que lo ha publicado, muy acostumbrada a editar obras de esta naturaleza y que tienen gran trascendencia.

Concepto y Fuentes del Derecho Civil Español. La problemática de la libertad jurídica. Por el Dr. Lino Rodríguez Arias Bustamante, con prólogo del Profesor (fallecido), Eduardo J. Coture. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956.

Comencemos por el prólogo, pues no es solamente la presentación del trabajo de Rodríguez Arias, sino que además contiene observaciones propias de un gran jurista, como era el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Montevideo, de universal renombre.

Prevía alabanza al autor, uno de tantos españoles que ha formado su cultura en España para llevarla a otro continente, se refiere a la importancia de este cometido, porque esos lugares constituyen fronteras del mundo latino en sus confines con el *common law*, donde más influye éste, aun cuando su característica actual, según ha proclamado un jurista norteamericano «consiste en que no existe problema fundamental que no tenga en los repertorios de jurisprudencia, igualmente consagrados por autoridades de igual jerarquía, las dos soluciones opuestas». Esto lo dice quien conoce el Derecho en un territorio amenazado.

Pero, además, hay indicaciones de gran valor: la distinta significación del Derecho civil, según esté en labios latinos o sajones; la interferencia de aquel Derecho con otros sistemas jurídicos (derecho indígena, derecho religioso, derecho racial, derecho colonial, oriental, etc.); la pérdida que ha sufrido al desgajarse el Derecho laboral al adquirir desmesurada importancia el Derecho administrativo, al sufrir ataques continuos del derecho fiscal (con minúscula), al adquirir el contrato de arrendamiento también categoría propia (por emergencia y no por naturaleza); el tema de la unificación de tantos sistemas jurídicos, idéntico en los diversos continentes e incluso dentro de cada nación moderna: la declinación, muerte o crisis (elegías, coro de lamentaciones o lloronas quejumbrosas, como ciertas canciones modernas), aplicadas al Derecho civil, acaso porque éste tiene un carácter de permanencia que molesta... a quien molesta. Bastaría el prólogo para justificar el libro, el cual se integra con los siguientes capítulos: Primera parte:

Delimitación del concepto *ius civile* (Roma, las XII Tablas, Derecho pretorio *ius gentium*, *ius naturale*, *Corpus Iuris*); Desarrollo del Derecho civil español (*Fuero Juzgo*, *Partidas*, Códigos generales, recepción del Derecho romano y del Derecho canónico, tendencia nacional reivindicadora del Derecho patrio, principios de la Revolución francesa); Régimen de excepción a la obra codificadora (Fueros municipales, etc.); Orientaciones modernas del Derecho civil (lo más interesante acaso); La distinción del Derecho en público y privado (evolución histórica, tendencia moderna, los principios de personalidad y comunidad en la distinción del Derecho); la personalidad individual y la persona social, referencia a la teoría de la institución (también muy interesante); La capacidad y el poder en el Derecho; Definiciones del Derecho civil (individualista, conjugación de lo individual con lo familiar, nacionalista, la persona como estructura orgánica y miembro de una comunidad); Nuestra definición (la del autor). Segunda parte: Fuentes (muy detalladas y sistematizadas).

El concepto y el desarrollo del *ius civile*, bien explicado, acaso con el gran acierto de resaltar la tendencia nacional reivindicadora del Derecho patrio ante la llamada recepción del Derecho romano, hecho olvidado muchas veces, es un antecedente necesario para comprender bien las doctrinas que a continuación se desenvuelven y que constituyen la especialidad de nuestro autor, quien las ha vertido muchas veces en nuestras revistas especializadas en Derecho (doctrina comunitaria: concepto de institución, etc.).

Párrafos como este: «La iniciativa no es del jurista, sino del político. El legislador ha arrinconado al jurisconsulto, cuyo genio es ya estéril ante la inflación legislativa en que ha degenerado el derecho escrito», abundan en el trabajo y acreditan una visión certera y profunda. En efecto, la crítica del Derecho administrativo es bien fácil hoy, sobre todo en contraste con el Derecho civil: lo permanente enfrente de lo transitorio; lo esencial, casi invariable, al lado de la versatilidad política o social. Otro desquiciamiento: lo social no es una sola clase, como se está interpretando erróneamente. Rodríguez Arias tiene razón al fijarse en la libertad, la personalidad, la subordinación, la persona social (lo tuyo, lo mío, lo nuestro). El Derecho público implicará siempre un sistema de situacio-

nes, mientras que el Derecho privado supondrá un sistema de relaciones.

Para el autor, dos grandes principios informan el contenido del Derecho civil: el institucional (derechos estatutarios, deberes jurídicos) y el de la autonomía de la voluntad (derechos subjetivos y obligaciones). Su definición del Derecho civil español es: conjunto de normas jurídicas (comunes, generales y forales) que tienen por objeto la regulación de la persona (individual e institucional), y las facultades y constricciones que le corresponden como tal, en el ámbito de sus relaciones personales, familiares y patrimoniales, dentro de la comunidad.

El lograr esta definición final del trabajo, como en mi opinión deben de colocarse las definiciones, como resumen de cuanto se ha examinado, constituye el esfuerzo del autor, que lamentamos sea imposible de reflejar debidamente, como imposible es señalar las fuentes que se detallan y que ocupan muchas páginas.

V Semana de Estudios de Derecho Financiero; y Premio Fernando Camacho 1952. «Los contratos verbales en el Derecho Privado y Fiscal español.—Mutualidad Benéfica del Cuerpo de Inspectores técnicos de Timbre del Estado». Editorial de Derecho Financiero. Madrid, 1957.

Una vez más esta Semana se ha puesto de manifiesto la competencia profesional de los conferenciantes y de los autores de los últimos trabajos.

Don Prudencio de Luis Díaz Monasterio Guren se ocupa del impuesto del Timbre y la documentación del Comercio exterior (cambio de los documentos cifrados en moneda extranjera, conocimientos de embarque, compraventa en el exterior, documentos de giro y seguros).

Don Manuel García Margallo Ríaza trata de la disolución de las Sociedades mercantiles (en el Derecho mercantil) y la regulación fiscal de la obligación (nacimiento, causa, objeto y sujetos).

Don Jesús Mosquera Caballero, de la sistematización de las normas de investigación vigentes en el Timbre del Estado (Órganos: Inspección Técnica, Jurados de Timbre, Oficinas liquidadoras del impuesto de Derechos reales y otros órganos), del procedimiento

y del acta de inspección, clases de expedientes reincidencia y revisión.

Don Alberto López de Arriba, de la organización de las empresas (Historia, Tailor, Ford, Fayol y Tipos: jerárquica, funcional, mixta, organización por Comités y organización con Estado mayor).

Don Fernando Santaolalla de las Heras, de los documentos de giro y tráfico (concepto, supuestos especiales y generales, recibos, cheques, créditos documentarios y efectos a la orden y aspecto de la tributación de estos documentos).

Don Francisco Guijarro y Arrizabalaga estudia los Criterios de clasificación de Empresas y de su trascendencia.

Siguen los Apéndices relativos a los citados contratos verbales, por don Hilario y don Pablo Salvador Burón (introducción, concepto y validez: vida y prueba de los contratos verbales: conclusiones—los contratos ante el impuesto de Derechos reales, del Timbre y de otros impuestos—), por don Fernando Benzo Mestre.

Como vemos, el aspecto práctico predomina y se desea facilitar a los contribuyentes su deber ante el Timbre del Estado, que buena falta hace, porque la materia es intrincada, mal explicada, con poco acierto en la expresión y en la redacción, farragosa y molesta hasta el infinito y desde luego discrepamos radicalmente de que «el aumento de cuotas ha sido discreto en la mayoría de los conceptos», según frase de uno de los conferenciantes. En el documento público, malparada sale tal afirmación, y aunque es sólo un concepto, otros muchos se emparejan en igual sentido.

La labor orientadora que producen estas Semanas, es de importancia y poco conocida, cuando facilita y asegura, tranquiliza y evita sanciones. Y en temas varios, de aplicación diaria y extensa, por lo que muchos están interesados en adquirir este volumen, que merece la máxima difusión.

Justicia y Técnica. Enfoque para la debida solución del problema de la vivienda, o ¿cómo conseguir rápidamente viviendas eficientes para todos?, por Juan Morán Cuñado, Notario. Miñón, S. A. Valladolid, 1955.

Este trabajo del culto Notario de Valencia de Don Juan (León) merece más honores que una nota bibliográfica. No es un libro co-

rriente, doctrinal, práctico o de divulgación, sino un enfoque de un problema y de sus posibles y rápidas soluciones. Descansa sobre un hecho a la vista de todos y de una gravedad inmediata, de la cual son culpables los tiempos, las gentes y los legisladores: los primeros, al destruir implacablemente, los segundos al aumentar en proporciones inmensas y con la manía de la ciudad y los últimos por sus desacertadas medidas, con raíces en la política y a veces en la demagogia, hasta los últimos tiempos, en que parece se ha cambiado de rumbo.

Las verdades surgen a chorros de una pluma bien intencionada, con mucho sentido común, sin influenciar por teorías o galerías, claro talento y probada competencia. El punto de mira es «que todo el que ocupe una vivienda pague proporcionalmente a su clase y condiciones, sin distinción alguna del tiempo de la ocupación, antiguos o modernos»..., «por centrar el problema arrendaticio en sus justos términos, reduciéndole a la cesión de uso de la vivienda, volviendo, por consiguiente, la institución a su contenido esencial, normal y estable». Exacto y difícil: reintegro del arrendamiento al Derecho civil, permanente y justo, desde el arbitrario Derecho administrativo, inestable, influenciado constantemente desde varios ángulos, más o menos justos, e inclinado a ver el presente y a despreciar el futuro, el cual no ve claro, sino entre nieblas, y donde la fantasía de los deseos o de las intenciones dibuja figuras que se desvanecen al desaparecer la niebla y son sustituidas por realidades bien distantes de aquellos deseos y de aquellas intenciones.

Así, se estudian los intereses que juegan en el problema de la vivienda. El propietario que ocupa su vivienda o que la destina a ser habitada por otro es un empresario y no un capitalista rentista. El arrendatario de casas antiguas y rentas baratas. Y el tercer interés, el de más importancia, que está constituido por los arrendatarios modernos con rentas caras, y por los que la necesitan y no pueden pagarla.

Realmente, el valorar el interés del antiguo arrendatario con rentas baratas aun más que el mismo interés del titular que ocupa su piso, es un enorme desacierto y un privilegio inmoral. Las medidas de emergencia o son transitorias o degeneran en injusticia. Bien examinado este problema: igualdad en los alquileres, y nada más. Problema del subarriendo (como negocio y como recurso del

que no encuentra piso): un eslabón más en la cadena, que, una vez rota y reintegrada la situación al nivel normal, desaparecería.

Avancemos. Medios para conseguir lo que se propone por el autor. Hay que facilitar vivienda a todos los españoles; es imprescindible el capital y una forma de aplicarle a esta finalidad. En forma profética, se vislumbra la creación del Ministerio de la Vivienda y la modificación de la ley, y se estudian, uno por uno, los problemas relativos a los organismos, a la cooperación, al aumento de rentas, a la nueva construcción y al destino de ella (venta, arriendo, etc.), coordinación de los distintos intereses y de los distintos organismos que intervienen en el problema de la vivienda, etc.

Y se termina con acertadas consideraciones acerca del momento en que se haya conseguido la nivelación entre las viviendas disponibles y las necesarias y de aplicación para las nuevas construcciones. Aquí surge el jurista en su plenitud de competencia y de facultades. Pasado el agobio, la serenidad produce catedrales.

Lamentamos no poder copiar o exponer en resumen cuanto de interés tiene este trabajo. Creemos que basta lo expuesto para dar una ligera idea del contenido, bien sistematizado, a veces con demasiada sistematización, pero reconociendo que probablemente es necesaria para conocer a fondo el pensamiento del autor. Deshace tópicos, coloca en su lugar cuanto está sacado de quicio, se enfrenta valientemente con intereses creados, cuyo privilegio no tiene razón de subsistir; propone soluciones viables, algunas llevadas ya a la realidad, lo cual es otro mérito que acredita la bondad y buena orientación del pensador. En resumen, no tiene desperdicio: basta leer (pág. 179) las Bases de lo que se denomina «obra legislativa dirigida a la coordinación de los distintos intereses que juegan en la institución».

Reportaje en las alturas (Fe y ciencia, justicia social, libertad, tradición, unidad nacional, auroras hispanoamericanas), por Carlos Abaira. Madrid, 1958.

Nuestro ilustre Notario, culto, inteligente, despierto, gallego y simpático, reflexiona sobre diversos puntos filosóficopatrióticos. Y sus divagaciones intelectuales las plasma en la letra de molde

o en su borrador, mejor dicho, según pasan por su imaginación, con detención, con deleite, con parones de meditación y para esclarecer lo borroso, con ráfagas de luz y rincones de sombra. Un sueño de 1938, según confiesa en la Introducción, acerca de los temas entre paréntesis.

Ve España, nada menos que España, geográfica e histórica. El Norte, Aragón, Levante, Andalucía Castilla. Llanos y tapices verdes, construcciones férreas, montañas y muros añejos, perdurables, eternos, sensuales perfumes y encantos sultánicos. Luego toda la Historia, paso a paso, desde el celta y el ibero, el romano, Viriato, Indibil y Mandonio, los godos, los musulmanes, la Reconquista, el Rey Sabio, el Renacimiento en todas sus formas..., hasta un mar de boinas rojas. Y en ese sueño, un mártir desvanece dudas, conforta espíritus, indaga causas y señala remedios. Esas contestaciones son los capítulos antedichos, y es mejor que los sueños se conviertan en realidades, que las realidades en sueños.

La fe, la ciencia. Motivos, creencias, revelaciones, limitaciones de la razón, argumentos; no, es preciso más, hay que creer lo que no se entiende y lo que no vemos. La ciencia, en su historia, en sus teorías, no justifica ni demuestra cosa en contra de la fe. Capítulo extenso, para filosofía y límites teológicos, al que sigue nada menos que la Justicia: definiciones, bien común, la ley, la utilidad, el campo religioso, soluciones civil y religiosa, desigualdad entre y para los desiguales, la intención..., y nada digamos de la justicia social, adjetivo que admite sólo para calificar y delimitar el campo, pues la Justicia no puede tener delimitaciones ni campos apartados, ni clases especiales; si fuera así, no sería Justicia por muy *social* que se diga. Naturalmente, ante el estudio o las referencias a la caridad, la esclavitud, la libertad bien entendida, surge el cristianismo. La solidaridad, el liberalismo, el colectivismo, la conducta, el dar, la pobreza. Las clases sociales, el trabajo, etc., etc. Hay que leer, no cabe resumir. Una mirada rápida a la distribución de la riqueza (impuesto único, Banca, Bolsa, Sociedades de capitalización, comparaciones geográficas con el extranjero); otra al tiempo (héroes, mártires, suicidas); al sexo, ¿cómo no? (y la emancipación femenina); el clero, el arte, la hipocresía, las teorías, las guerras religiosas (uno de los mejores capítulos a mi pobre juicio, que en estas cuestiones es mínimo) y la unidad nacional.

En la parte segunda, ya los epígrafes no rezan, aunque la materia continúe polifacética. A veces hay poesía, a veces tragedia; otras, júbilo; algunas, reflexiones profundas; continuamente, referencias históricas, finanzas, quejas, sueños, estadísticas, comparaciones, tradición, política..., ¡qué sé yo! Todo un mundo de ideas dispersas, pero ordenadas por el autor, que siempre se muestra agudo y de atrayente prosa. Hay que leer y hay que meditar. Buen reportaje y alto, de miras espirituales, con densidad y cultura y siempre de lectura fácil. No cabe decir más en una nota.

La influencia del Derecho europeo continental en el «Common Law».

Algunas reflexiones sobre el Derecho «comparado» y «contrastado», por Jerome Frank, Juez federal de los Estados Unidos de América; traducción y comentario de José Puig Brutau, abogado del Ilustre Colegio de Barcelona. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

Este trabajo, casi un folleto, de no muy larga extensión, se lee con interés creciente y de un tirón, pero es desconcertante, pues el ilustre autor, Juez que fué de enorme influencia jurídica y uno de los nombres más conocidos, incluso entre nosotros, parece mostrarse contrario a las citas y estudios del Derecho extraño, que no sean completísimos, y parece también que no cree una calamidad o algo parecido las influencias de un sistema jurídico en otro. Así viene a reconocerlo el mismo traductor, según veremos.

Cierto que casi todos los capítulos se refieren al Derecho público, y en la mayor parte al Derecho procesal. El Derecho privado casi ni se roza. Comenzando con el precepto jurídico anglonorteamericano, «la casa de un hombre es su castillo», que viene directamente de un comentario de Gayo a las XII Tablas, y las doctrinas del Derecho internacional privado, repetidamente influenciado por doctrinas continentales (*ius gentium*), continúa con la interpretación de las leyes por el método analógico (lo cual rechaza el *Common Law*, algo equivalente al antiguo concepto de *equidad de la ley*), explica la influencia de Jhering a través del jurista Holmes, y por medio del Espíritu del Derecho romano (creo que aun sin eso: el romano y el *Common Law* son dos derechos del caso, empíricos),

le parece que tener en cuenta la historia legislativa quizá sea algo que deben aprender los Tribunales angloamericanos, y reflexiona acerca de la «equity» administrada por Tribunales independientes (algo inconcebible para nosotros, pero que acaso sea la pieza más valiosa del Derecho inglés) y tan sólo, en cuanto a los contratos, se fija en los llamados contratos de adhesión.

Se queja de que el testimonio oral, por influencias del Derecho canónico, es suplantado por la testificación por escrito, y esto lo califica de flaco servicio del Derecho continental y propugna por el arbitrio discrecional ante los hechos. Y entonces expone algo igualmente inconcebible para nosotros: la deliberada tergiversación de los hechos, para conseguir la ineficacia de una ley (ejemplo: la prohibición de bebidas alcohólicas), tergiversación que alaban Wigmore y Paound, y que no le parece bien al autor.

Naturalmente que ambos sistemas deben llegar y llegan a la misma solución, a pesar de aplicar métodos diferentes, y, sin embargo, el autor cree que esto son «*semejanzas ilusorias*», por ser distinta la tramitación, la manera de probar los hechos, la duda de si fué presentada igual prueba ante los distintos Tribunales, el hecho de que los americanos admiten la prueba revelada antes del juicio y los franceses no, que en un sistema la prueba escrita predomina sobre la oral, y en el otro es al contrario: la existencia o no del ponente en el Tribunal, etc. Nosotros no comprendemos bien este punto, pues los hechos son hechos o no son; no es posible referirse a hechos erróneos, porque éstos son inexistentes, aunque si cabe la errónea interpretación de los hechos, y es posible que a ello quiera referirse Frank. Y sobre todo, la Justicia: en esto no puede haber discrepancias (referencia al mito del Tribunal superior y al Derecho natural, más la ambigüedad de la palabra Derecho, especialmente si éste sólo significa conjunto de reglas y principios, lo cual es otra herejía para el autor y los americanos).

A veces el contraste entre sistemas jurídicos es lo que tiene más valor educativo (en los Estados Unidos el acusado, antes del juicio no tiene ni idea de la prueba contra él; en el continente, es al contrario, lo que le parece preferible a Frank). Hay indicaciones muy curiosas acerca del peligro del trasplante, de sus dificultades, del problema de la comunicación (no todos los que dicen las mismas cosas las entienden de igual manera), de peligros ciertos, tales

como que quizá cuando se copian soluciones, se ignora que en el lugar donde se implantaron están en descrédito, que nada es tan distinto del original como una copia, que el país receptor no se percata de las deficiencias de la recibida en el país de origen, que hay que librarse de «*los peligrosos aspectos contagiosos de las recepciones*», etc.

Termina sus reflexiones el difunto Juez con puntualizar alguna de sus frases relativas al arbitrio ante los hechos y los Tribunales superiores, las reclamaciones orales y la prueba del comportamiento de los testigos y de los detectores de mentiras.

El traductor, al final, inserta un comentario muy sustancioso, como todos los suyos, en el cual, aparte de resaltar la personalidad del autor, afirma que la censura del trabajo contra el abuso de las comparaciones, en vez de ser perjudicial, es muy conveniente, pues así se evitan comparaciones ilusorias, sin que varíe la realidad de que el contraste es siempre conveniente y hasta indispensable a veces. Para Frank hay duda ante la eficacia de las normas y acerca de la prueba de los hechos; tengamos en cuenta que si bien el *Common Law* es un derecho del caso, creado por el Juez, el *método del caso* es creación americana de Christopher Columbus Langdell, método que ponía nervioso a Frank.

Se apresura a desvanecer el error de que quiera sembrar el desánimo entre quienes prestan atención al Derecho comparado, y cita a Puerto Rico, donde ha podido comprobar que este Derecho es una realidad viva, aunque cuenta cómo el concepto de la *consideration* angloamericana allí se emplea y no tiene sentido, porque la forma exigida por el Código español que está vigente, con algunas revisiones, es de otra clase. Para el traductor, el Derecho comparado no trata de dar fuerza normativa a concepciones ajenas, sino que las utiliza como método de investigación, pues hay disparidad técnica, pero unidad sustancial de los intereses a proteger. El *trust* no es trasplantable a nuestro sistema, y mucho más cuando podemos perdernos en sutilezas semejantes a buscar en la relación entre asegurador y asegurado una relación fiduciaria (*trust relation*), después de efectuar la busca en los *waiver* (renuncia) y *estoppel* (actos propios). Ahora se comprende bien cómo Frank encontraba muy convenientes los contratos de adhesión; por lo visto aclaran, como se ve y se comprende fácilmente, lo antes casi incomprensible,

al menos para nosotros, si no se quiere extender la frase con las palabras «y acaso también para ellos».

Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza, por Lon L. Fuller y William R. Perdue; traducción y comentario de Derecho español, por José Puig Brutau. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

Nuevamente estamos ante un trabajo americano publicado en 1936-37, cuando Fuller era profesor de la Universidad de Duque y Perdue estudiante de tercer curso de Derecho en la misma Universidad (hoy abogado de Nueva York). Es interesante, como todo lo traducido por Puig Brutau, y nos muestra cómo los juristas angloamericanos, a quienes creemos prácticos ante todo, como buenos sajones, son en realidad muy aficionados a las sutilezas, a las abstracciones y a las elucubraciones científicas y doctrinales al modo alemán, y sólo en determinadas facetas del Derecho: en la denominada parte general y en las obligaciones y contratos. Pero en lo relativo a los Derechos reales, ya sabemos que nada nos han enseñado. Y en las facetas de su predilección no se nos aparecen nada claros. Indudablemente han asimilado perfectamente las dudas, vacilaciones, sutilezas, esfuerzos en pro de una legalidad estricta, de sus antecesores directos o casi directos, los romanos y con un lenguaje oscuro y retorcido, filosófico, si se quiere, pero alambicado. En la obra acabada de hacer nota, de Jerome Frank, hay reconocido mucho de esto, aunque no se quiera entender o no se quiera leer.

En la indemnización de daños se mide la extensión del perjuicio, se determina si fué causado por el demandado y se comprueba si el actor ha incluido en su demanda dos veces el mismo perjuicio. La indemnización misma depende de la fuerza vinculante de las promesas, y no debe olvidarse el *interés de confianza*, que también es merecedor de protección.

Consideremos: que el demandante entrega algo a cambio de una promesa del demandado; que el demandante, a veces, cambia su posición en razón a la confianza que le inspira la promesa que se le hace; y que, al menos, hay que conceder al demandante el va-

lor de lo que esperaba como resultado de la promesa, en el cual debe de entrar el daño emergente y el lucro cesante, y algunas veces el enriquecimiento injusto del demandado.

Razón psicológica: que el promisorio experimenta un sentimiento de agravio al quebrantarse la promesa. Razón doctrinal: que la teoría de la voluntad ha ligado a los interesados, y el Estado hace respetar lo convenido. Razón económica o institucional: que una economía de crédito trata de superar la diferencia entre los bienes presentes y futuros (prometidos). Téngase en cuenta igualmente: el problema de los motivos mixtos y la divergencia entre medida y motivo; la relación entre el interés de confianza y los otros intereses contractuales; que el interés dirigido a la prestación esperada es posible que debería señalar el límite a la indemnización; y que el problema de los daños que corresponde a más de un concepto agrava la cuestión de la medida, así como cuando se trata de daños generales y de daños especiales.

Las indicaciones anteriores dan lugar a comentarios agudos y sutiles, que luego el traductor resume magistralmente, según veremos, y a una referencia a un caso concreto y famoso, que responde a dos proposiciones: que no siempre es prudente que el promitente incumplidor pague todo el daño, consecuencia del quebrantamiento, y que lo más adecuado es averiguar si las partidas concretas de los daños fueron previstas por el promitente al celebrar el contrato. Y no es un solo caso el objeto de examen.

Por último, los autores estudian, en conjunto y comparativamente, una serie de situaciones en que la intervención judicial quedó limitada a la protección del llamado interés de confianza. El esquema comprende los casos en que el Tribunal se negó a dar protección al interés: aquellos otros en que las promesas no se corresponden con los actos de negociación; y, finalmente, las situaciones que ni siquiera implican promesas y mucho menos negocios. En los primeros puede jugar la falta de certidumbre, la imposición de un gravamen excesivo, la interferencia de circunstancias externas; en los segundos, los contratos imperfectos por su expresión o sus efectos jurídicos (*statute of frauds*), los negocios relativos a un objeto de naturaleza no comercial, promesa a cambio de la cual nada se ha dado ni prometido; en los terceros la promesa revocable (antes de ser aceptada), por ejemplo.

Al final, el traductor, muy jugosamente, inserta un comentario con algunas reflexiones sobre la jurisprudencia española (a la que pasa revista) e insiste en que la principal ventaja de los estudios de Derecho comparado reside en lograr comprensión de particularidades de nuestro Derecho, que sin salir de sus límites se nos pasan desparecibilidad y formula una pregunta que nos deja perplejos, *¿a qué obliga el contrato por la sola fuerza de su perfección?* Ya sabemos que los contratos obligan a sus consecuencias, etc., según los consabidos artículos de nuestro Código, pero leer el comentario y veréis que con el simple examen de la jurisprudencia española, la contestación nada tiene de clara y menos de terminante, y mucho más cuando se analizan los considerandos separadamente o mediante simples párrafos de ellos. Ejemplo: es reiteradísimo que el incumplimiento no es suficiente para que proceda la indemnización de daños y perjuicios y también es elemental que estos daños hay que probarlos, pero examinar alguno de los casos que expone Puig Brutau y os convenceréis de la diversidad de contenido que encierran las sentencias.

Muy ajustado a derecho el comentario al exponer que, aun cuando en Derecho angloamericano prevalece la regla general de que el incumplimiento no da lugar a que el acreedor pueda pedir el cumplimiento en forma específica, sino tan sólo el resarcimiento de daños y perjuicios, algunas veces no ocurre así, y, en cambio, en nuestro Derecho, que prevalece la regla contraria, también hay veces que no procede la forma específica, sino el resarcimiento. O cuando se refiere a que en muchos casos no pueden identificarse el interés del acreedor en la prestación y el contenido de esta prestación, y a que en la jurisprudencia se percibe diferencia entre la que contempla *a los asesores* y la que mira *a los litigantes*.

Hay que aclarar situaciones confusas. Según los autores traducidos, el Derecho continental considera que la responsabilidad tiene por causa la culpa (por acción o por omisión), y si esto llama la atención a los juristas del *common law* por *pickwickiano*, que mediten acerca de la llamada *res ipsa loquitur*, que lleva en sí una culpa derivada. Para Messineo, el acreedor no está obligado a probar la culpa, la cual se presume (no el dolo), pero sí está obligado a probar el daño y su extensión, a no constar su evidencia (arrendatario que no paga el canon: prueba del hecho, no del daño).

Pero siempre, al final, la interrogante: en realidad, *¿a qué obliga el contrato?*

Legislación de Convenios sindicales, con notas y comentarios al Reglamento, por Bernardino Herrero Nieto, Director Técnico de la A. P. D., y Víctor Fernández González, Inspector Técnico General de Trabajo.—Asociación para el Progreso de la Dirección. Madrid, 1959.

Este foliето comprende la legislación relativa a los Convenios Colectivos Sindicales y unos cuadros sinópticos del mayor valor consultivo, pues son seis, que se refieren respectivamente a los Convenios Colectivos Interprovinciales, a los Provinciales, a los Comarcales, a los Locales, a los de un Grupo de Empresas definidas por sus especiales características y a los de Empresa, todos con los siguientes apartados, iguales; iniciativa, aprobación de la iniciativa, deliberación y acuerdo normal, supuestos especiales, alza de precios, aprobación o denegación y publicación. Así, en cualquier momento se puede consultar y se encuentra resuelta la duda por un simple examen del cuadro correspondiente.

En la introducción, breve y clara, los experimentados autores, figuras ambas del Derecho laboral práctico, con extensos conocimientos doctrinales que siempre pusieron al servicio de sus innumerables intervenciones oficiales, justifican la publicación de las disposiciones citadas porque en la sociedad en que vivimos hay ideas, fuerzas o tendencias, más o menos conseguidas, que dicen mucho y polarizan instituciones, principios y sistemas de contenido y significación muy diversa y que según el grado de desarrollo alcanzado por cada país, la evolución es distinta, pero sin que pueda silenciarse; así sucede en el plano técnico económico, con el término «productividad» y el de la política social con la «democracia industrial».

Todo ello produce una nueva orientación en las relaciones entre trabajadores y empresarios, en su humanización y en técnicas modernas de discusión, colaboración y ayuda, son sus instrumentos más adecuados en cada caso. Así surgen los convenios colectivos en la actualidad, y en el Derecho comparado los vemos florecientes y

dignos de atención legislativa (Bélgica, con su ley de 29 de septiembre de 1948; Holanda, con la de 1950, Portugal, España, etc., y en especial Estados Unidos, donde los beneficios laborales se consiguen en la mesa de los acuerdos colectivos y no por concesiones legislativas). Los acontecimientos corren más que las reformas: las clases humildes tienen desconfianza a los productos de laboratorio: se necesita algo más flexible y adaptable. Son problemas de actitudes más que de intereses (Dalla) y requieren un tratamiento distinto del normal legal, aunque delicado, por muy útil que sea, pero que no se improvisa y que requiere un largo período de comprensión recíproca.

También la estructura de categorías profesionales, con mayor carácter científico y adaptada en cada caso a las necesidades de la Empresa, es asunto delicado, que por referirse a la parte personal, es difícil de tratar, y que además, hasta ahora, está bastante descuidado por los directivos de las Empresas.

Los Convenios Colectivos Sindicales significan un gran paso, pero requieren un grado especial de lealtad en su cumplimiento, especialmente en la «productividad», que con la «calidad», es la rémora de las producciones industriales españolas, y aunque no se entienda gran cosa del Derecho laboral, basta con ser un observador algo atento para apreciarlas y para alarmarse. Si no se ponen remedios rápidos, sean los que sean, estas dos máculas darán al traste con cualquier clase de economía y marcarán con un sello de injusticia una rama del Derecho destinada especialmente a conseguir la justicia humana, la más difícil, en el marco social.

En torno a la cláusula «rebus sic stantibus».—El abuso de derecho en la nueva Ley de Bases de Arrendamientos Urbanos, por Emilio Attard Alonso, Abogado. Valencia, 1956.

Este trabajo es digno de atención. La cláusula, ya famosa, se supone tácitamente concertada, como marginal a todo contrato, y especialmente a aquellos que por ser de tracto sucesivo y de desarrollo a largo plazo, pueden ser más afectados por las variantes circunstancias, con el resultado de que el viejo principio *pacta sunt servanda* produce deformaciones monstruosas en las contrapresta-

clones contractuales, que hay que destruir o reconstruir, pero siempre dentro del marco de la autonomía de la voluntad, cercenada sólo en lo indispensable por la presión legislativa y por el arbitrio judicial, que en estos casos es de primordial importancia. La dificultad es evidente.

El autor expone primorosamente el origen y la evolución histórica de la cláusula, que aunque se intenta basar en el Derecho romano, lo cierto es que en Roma sólo existió doctrinalmente (Cicerón, Séneca), en la moral, no en lo jurídico. Por ese aspecto moral, brilla en el Derecho y en los textos canónicos, en las glosas, en los teólogos, en los comentaristas, pero no en el Derecho positivo, donde triunfó plenamente el dogma de la autonomía de la voluntad. Como fundamento e interpretación de la citada cláusula, según los tratadistas, deben tenerse en cuenta: la teoría de Windscheid, de la presuposición, que se produce como una condición tácita, no desarrollada ni formulada en el contrato, pero inherente a él, que se ajusta a los efectos que las partes pretenden conseguir con tal contrato, pero si el resultado varía y no se ajusta a ellos, los efectos no queridos carecen de justa causa por no corresponder a la verdadera voluntad de los declarantes; la base del negocio, según Oertmann, teoría consagrada por la jurisprudencia alemana, según la cual todo desplazamiento patrimonial debe responder a una finalidad objetiva que lo justifica o fundamenta ante el Derecho: este factor esencial es algo que afecta a la subsistencia y eficacia del negocio jurídico (falta en el alquiler de un balcón para presenciar una solemnidad que se suprime, falta en la obligación de abstenerse en la venta de cierto artículo, cuando el favorecido se marcha y abandona su negocio y no deja causahabientes). Así en los contratos de suministro, las fluctuaciones desmesuradas y no previsibles de los precios, desequilibran la producción y producen el incumplimiento necesario e irremediable. Ambas teorías, las critica acertadamente Lenel, porque vulneran la seguridad del comercio jurídico, porque operan sobre ficciones, y en cambio acepta la teoría del equilibrio de intereses preconizada por Kruchmann (prevalencia equitativa, según las circunstancias, de los derechos de cada parte). Igualmente deben ser objeto de atención las teorías de la imposibilidad de la prestación por causa de caso fortuito y fuerza mayor (Titze, Hart); la de la *bona fides negottia* (Badenes, Wendt,

von Thur, Demogue); las relativas a la desaparición de la causa y el enriquecimiento injusto (Stammmler, Ruggiere, Capitant, Traviesas); la de la imprevisión o del riesgo imprevisible (Hauriou), etcétera. No faltan contradictores a todas, con argumentos fuertes, ni falta tampoco un hilo visible de unión entre las diversas teorías, una razón moral inatacable, y unos argumentos también de fuerza en favor de todas, que acaso se pudieran refundir en una sola teoría.

Después de la doctrina, viene el Derecho positivo (Código Civil, legislación de emergencia como consecuencia de la revolución y de la guerra, la jurisprudencia del Tribunal Supremo con comentarios y síntesis sistemática de su doctrina): el examen de la doctrina del abuso del derecho; y se concluye con el estudio de la situación arrendaticia en relación con la cláusula objeto del trabajo y del abuso del derecho en la nueva Ley de arrendamientos urbanos. Si es posible o no la invocación de este abuso o la posibilidad de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en la legislación de arrendamientos urbanos, es duda que resuelve el excelente trabajo del abogado valenciano, bien fundamentado y de orientaciones definidas, última palabra en la materia actualmente.

PEDRO CABELLO,
Registrador de la Propiedad.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho*. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1959. Un volumen de 647 páginas.

La estrecha relación entre el profesor y el alumno constituye una de las notas más características y distintivas de la tradición universitaria española. Desde los primeros tiempos, quizá hayan sido nuestros Centros Docentes Superiores el más rico ejemplo de proximidad y compenetración entre los que consagran su vida a la enseñanza, y los que acuden a formarse.

Esta identificación, a todas luces trascendental, viene sufriendo en los últimos años, a causa principalmente del acceso de una matrícula multitudinaria, un quebranto a todas luces lleno de

perjuicios. No es novedad el hecho de que el profesor ha disminuido—en muchos casos, no en todos, por suerte—una serie de contactos que contribuyen de manera decisiva al cumplimiento de los fines esenciales de su misión: enseñar. Enseñar es el cometido básico, la propia razón de vida del profesor, y que junto con la investigación deben suponer la exclusión de otras metas. La realidad es, no obstante, que muchos maestros limitan la función propia a la exigencia de un determinado programa, con sometimiento riguroso a una prueba final, pasando, con ello, por la vida del universitario como un hito de exigencias, lleno de rigor e intransigente criterio de selección. Esto, a más de constituir un camino equivocado, en orden a la valoración de lo aprendido, significa una desvirtuación de los principios que informan la función del profesor. No a una valoración fría y desapasionada que se dilucida en la estrecha geografía de un examen de dos horas. El Catedrático debe transmitir al alumno parte de su saber, inculcándole el amor a la asignatura y dejando en su espíritu la huella de lo que la experiencia y el estudio le aconsejan valiosos para el que se dirige en demanda de saber.

La situación actual de la Universidad, con sus aulas abarrotadas, sólo deja al profesor ocasión de entablar acercamiento mediante la obra escrita. La obra escrita es, como todos sabemos en la mayor parte de los casos, el fruto de una buena parte de la vida dedicada al estudio y a la investigación. En ella el autor vuelca todo su bagaje de conocimientos especializados con miras a una valoración—justa pretensión, desde luego—por parte de aquellos que juegan a su mismo nivel. Rara vez renuncia un profesor al brillo de la admiración de los que están situados en su mismo plano.

¿Pero... y el alumno? ¿Es honesto someter a uno que empieza a enfrentarse con unas disciplinas que constituyen una auténtica novedad en su vida, a un paisaje que excede de lo que abarca su vista? Decididamente no. Ni es honesto ni cumple los fines exigibles.

El caso de Pascual Marín Pérez puede considerarse como una auténtica excepción entre muchos que quisiéramos haber olvidado. Joven, preparadísimo, con un entusiasmo y un amor al estudio, que constituye un verdadero ejemplo para cuantos le rodean, este

profesor ha querido llegar a sus alumnos con una obra desarbolada de complicaciones, clara y sencilla, a la vez que honda, sólida y llena de auténtico interés. En estos días se ha mencionado repetidas veces su título: *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho*. He aquí un libro en el que el profesor Marín renuncia a las luminarias del triunfo que legítimamente le corresponde como depositario de un vastísimo conocimiento del Derecho, en honor a la función que un día tuvo a bien encomendarle la sociedad: formar al alumno. La consciencia de esta trascendental misión ha cristalizado en esta obra maestra de Pascual Marín, que abarca todo cuanto en materia jurídica pueda exigirse a un alumno de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, o de Escuelas Especiales, de máximo interés, incluso para los profesionales del Derecho, habida cuenta de la rigurosa actualidad de las concepciones doctrinales y del tratamiento de los problemas y cuestiones jurídicas más palpitantes de nuestros días.

No sería justo acabar estas líneas sin mencionar la anterior literatura de Pascual Marín, tanto en el aspecto de creación personalísima como en el de recopilación, crítica o dirección. Baste señalar en este último aspecto, la ingente labor llevada a cabo desde el Centro de Publicaciones Históricas de la Excelentísima Diputación Provincial de Segovia, que ha arrojado frutos de valor incalculable y al que puede sumarse todo aquello que haya salido de cualquier Seminario que, como siempre, con tan infatigable tesón y laudable desinterés, haya dirigido.

Pero quizá haya sido el *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho* el aspecto que entre toda la labor de Pascual Marín haya tenido una proyección más desinteresada y entusiástica, toda vez que viene a llenar un vacío que ya estaba notándose con bastante fuerza y que él ha venido a cubrir de una manera tan decisiva y oportuna.

JUAN IGNACIO FERNÁNDEZ DE LA TORRE,
Profesor A. de la Universidad Central