

CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO.—Sección Tercera: *Estudios jurídicos varios*.—Volumen I.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.—Madrid, 1964.

Este volumen, uno de los más interesantes con que el Notariado español celebra el Centenario de su Ley orgánica, se compone de los siguientes trabajos:

I.—*Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, por F. de Castro y Bravo.

Admite el autor que ésta constituye la parte preparatoria o de desbroce de un estudio que está realizando acerca de la persona jurídica.

Consta de dos partes bien diferenciadas, a tenor de lo que el título indica: la formación de la persona jurídica y su deformación.

1. Respecto a la formación, pone de relieve el diverso sentido y significado que en los textos jurídicos tiene la voz «persona». Analizando la evolución del concepto de persona jurídica se afirma que no siempre recibió esta designación y que fundamentalmente por obra de la doctrina sufrió una evolución que es preciso tener en cuenta para no caer en equívocos.

En Derecho romano, el término persona hacía referencia a cada hombre (incluso parece que también al esclavo), según su estado o condición jurídica. Pero el famoso pasaje de Florentino (D. 46, 1, 22) constituye el texto más interesante del Derecho romano para la dogmática de la persona jurídica. La glosa lo entendió en el sentido de que la herencia yacente continuaba como si su dueño fuera el causante. Análogamente, había de predicarse la titularidad de aquellas masas de bienes cuyo dueño no era un hombre determinado («collegia», «municipia», «societates publicanorum»). Pero del texto de Florentino no puede deducirse en Roma la existencia de un con-

cepto técnico de persona jurídica. Las masas de bienes independientes y los grupos de hombres considerados de modo unitario eran denominados con los calificativos especiales de «universitas» y «corpus», que son las figuras que después se denominarán personas jurídicas.

Para llegar a esta expresión antes se pasó por las de «persona ficta» y «persona moral». Por vía penal nació la idea de la persona ficta. ¿Era posible castigar a una ciudad, como tal ciudad, si se rebelaba contra su soberano? Se respondió afirmativamente desde los glosadores; y se recogió por los canonistas (Sinibaldo Flisco, después Inocencio IV), que emplean ya este término de «persona ficta», el que por la doctrina medieval se viene utilizando en diversos sentidos, pues hay autores que tienen de ella una concepción disgregante, atomística—creen que sólo el hombre es persona, lo demás es pura ficción—; mientras otros siguen la teoría de la abstracción—la «persona ficta» es un mecanismo realizado por el Derecho que funciona con independencia de sus miembros—y hasta pueden encontrarse indicios de una concepción realista. Se reconoce un patrimonio a la «universitas», sus miembros tienen derechos independientes de los de la «persona ficta», ésta tiene nombre, distintivos, domicilio, honor, voluntad (que se formará por la mayoría acorde de sus miembros). Pero se observa la necesidad de tener en cuenta, en ciertos casos, el substrato personal, la actuación de los hombres que la forman. Se admitió la subsistencia de un «*ius universitatis*» mientras existiera un miembro, y aún transitoriamente si no existiera ninguno. Con relación a los «*loca pia*» (que luego serían las fundaciones) se les caracteriza por su finalidad benéfica. Estas ideas subsisten fundamentalmente hasta principios de la Edad Moderna, si bien el tipo de gobierno de la monarquía absoluta exigió la previa licencia regia para las asociaciones.

Paulatinamente se evoluciona hacia la designación de «persona moral», que arraiga gracias a Hugo de Grocio, Puffendorf y sus seguidores. El cambio no es sólo de nombre, indica algo más profundo: los entes corporativos o asociativos tienen una sustancia y un modo. No se trata de una ficción, es una realidad que, amparada incluso por el Derecho de gentes, no conviene a la idea de Estado que se va formando, lo que provoca se mire con recelo a esas personas morales, como se manifiesta en el Código de Napoleón.

Todo derecho subjetivo ha de tener un sujeto actual, ya sea una persona física, ya otras agrupaciones o universalidades, que constituyen, según la pandectística, la persona jurídica, sin más distinciones ni matizaciones. Y a pesar de que SAVIGNY, aún dentro de su tiempo, muestra un sentido medio, prudente, por lo que su doctrina se fuerza al objeto de servir a la dogmática constructiva que pueda identificar los conceptos de persona, sujeto de derecho y capacidad jurídica.

Abierto ya el campo de la persona jurídica, se tiene de ella dos concepciones: la estricta (a la que pertenecen el Derecho alemán y el inglés) y la amplia (en la que el autor incluye al Derecho francés y al español). Las necesidades del comercio hicieron necesario justificar las sociedades por acciones, lo que el Derecho alemán resuelve dotándoles de personalidad jurídica, pero cerrando a la vez la posibilidad de ser persona jurídica a las demás sociedades comerciales y civiles, lo que, evidentemente, resultaba arbitrario. Y es que no convenía asimilar el régimen de la sociedad anónima al de la sociedad—porque los socios responderían más allá del haber social—ni a la corporación—porque quedaría sometida al Derecho público—. Para el Derecho inglés es fundamental la figura de la «corporation», que se obtenía mediante el acto formal y muy difícil de conseguir de la «incorporation», dificultad que allanó por leyes de 1844 y 1855, que señalaron los requisitos necesarios para obtener la «incorporation», con lo que el sistema inglés se aproxima al continental. A pesar del recelo con que se miró a la persona jurídica en el Código de Napoleón, es lo cierto que por obra de la doctrina y jurisprudencia, concedieron los autores franceses el carácter de persona moral a las asociaciones mercantiles y se llegó a dudar de si concedérsela también a las sociedades meramente civiles. Incluso llegan a admitir, estimando más el concepto de personalidad, a figuras intermedias de pequeña, media o incompleta personalidad. En cambio, el terror a las manos muertas, impide considerar personas jurídicas a las fundaciones.

El Derecho español ofrece ciertas particularidades. Si bien arranca de la concepción estricta, desde el Proyecto de 1851 y los Comentarios de GARCÍA GOMENA, comienza a tomar sentido la concepción amplia; en la Ley de 1869 se establece la libre creación de asociaciones mercantiles e industriales. El Código civil no se aparta de

esta concepción: asimila las sociedades a las asociaciones, con evidente olvido del sistema tradicional español. La persona jurídica existe sin necesidad de aprobación ni de intervención del Gobierno, con libertad de establecer sus estatutos, e incluye las fundaciones.

Pone de relieve el autor que seguir una u otra concepción es importante, por cuanto las dificultades que ya lleva en sí, la idea de persona jurídica aumentarán en el ámbito internacional, dado que al ponerse en relación las personas jurídicas de diferentes Estados, habrá que determinar previamente a las normas que habrán de regirlas, cuál es el contenido mínimo que se precisa para ser reconocida como persona jurídica y el alcance que ello lleva consigo. Esto se puso de manifiesto en diversas reuniones internacionales.

2. Deformación del concepto de la persona jurídica.

Al querer ensanchar tanto el concepto de la persona jurídica, se ha convertido en un mito. Las teorías se han producido con profusión, pero especialmente a partir de la pandectista alemana, la cuestión de la naturaleza jurídica de la persona jurídica enturbió el tema, al pretender compaginar su concepto con la clasificación de los sujetos de los derechos subjetivos en personas naturales y personas jurídicas, y su prejuicio de desconocer la posibilidad de derechos subjetivos sin sujeto dominical actual.

La persona jurídica ha venido a llenar nuevas funciones que exceden de la naturaleza jurídica y alcance de su esencia. Tal ha ocurrido con la sociedad anónima, la fundación y las personas jurídicas de Derecho público.

La atribución de personalidad a la sociedad anónima produce ciertas consecuencias de variado y aun contradictorio sentido. Mucho se elogió, llegando a considerarse como el mayor descubrimiento de todos los tiempos. Para justificarlo se cambia la nota que había venido siendo considerada como esencial a la persona jurídica —el interés público permanente— por la de la autonomía patrimonial. Por otro lado, el carácter de las relaciones societarias, basadas en el «*ius fraternitatis*», se abandona para ser sustituida, en la anónima por unos Estatutos autónomos, sin control estatal y que se imponen a la voluntad de los socios. Queda indefenso el socio minoritario, al ser la voluntad de la mayoría soberana (así lo reconoce la misma jurisprudencia inglesa en los casos «*Foss v. Hartbottle*» y «*Salomón v. Salomón y Cia*»). En el ámbito internacional se crean

conexiones e interdependencias que permiten a veces a un reducido número de socios, y de capital que constituyen una sociedad, maniobrar a su antojo en otras mucho más poderosas económicamente, pero que dependen de la primera. Se admite la subsistencia de la sociedad anónima de un solo socio; sociedades ficticias, con la amenaza latente de fraude, etc., etc.

La fundación estaba caracterizada por la atribución de bienes a un fin de beneficencia—«causa pia»—; al atribuirle el carácter de persona jurídica sin más, se cambia el sentido de la institución.

La consideración de los Departamentos y Organismos de la Administración como persona jurídica ha servido para dar cauce a la necesidad de descentralizar la Administración. Con ello, ciertos aspectos del Estado cobran independencia, tienen caja especial, asumen sectores de la industria, la economía y el comercio, ya que las empresas nacionalizadas habrán de adoptar la forma de sociedades anónimas, por lo que gozarán de personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de s. a.). Se forman así personas jurídicas públicas de primero y segundo grados, que ven la luz en leyes, decretos y órdenes ministeriales. A pesar de que la Ley sobre Entidades autónomas de 26 de diciembre de 1958 parece proponerse reducir la libertad de la Administración para crear personas jurídicas, al decir que habrá de ser autorizada siempre por una ley, lo cierto es que se admiten divisiones internas de determinados organismos o departamentos por simple orden ministerial.

Todo esto produce una evidente deformación del concepto de persona jurídica; forzar de tal manera su esencia contribuye a que cada vez con más insistencia se hable de la crisis de la persona jurídica.

Las causas de tal crisis no pueden enumerarse, sino sólo de modo aproximado. Poderosamente han contribuido a ello el análisis del abandono de la naturaleza jurídica de la persona jurídica, cargando el acento sobre la independencia del patrimonio, dato que se considera esencial y requisito único (lo mismo en las concepciones estrictas que en las amplias de la persona jurídica), sobre lo que ya llamó la atención un libro publicado en Harvard en 1938; la consideración nueva del verdadero significado social de la persona jurídica, que en la forma admitida de sociedad anónima, con el hermetismo de sus normas—Estatutos—reguladoras, viene a ser comparado con insti-

tuciones del feudalismo; la observación del poder económico-social que han adquirido, de suerte que hasta el Estado llega a verse inquietado por ellas. La consideración de que el mismo fundamento tiene la empresa individual de responsabilidad limitada, que la sociedad de un solo socio, ha venido asimismo a poner de relieve los fallos que la admisión de ésta presenta. Todo esto hace que se concluya que la Administración debe mostrar una mayor vigilancia sobre las personas jurídicas y que su campo de estudio sea el del Derecho público.

Se acentúa la tendencia que quiere examinar lo que hay en el fondo, de verdad, en las personas jurídicas (especialmente en las sociedades anónimas), llevando a las teorías de «levantar el velo de la personalidad» (doctrina anglosajona), «empresario oculto», «dueño real», o «tirano de la sociedad» (doctrina italiana). El mundo de los negocios se ha conmovido a impulsos de estas nuevas direcciones; pero DE CASTRO recomienda prudencia, pues es cuestión delicada, que ha de manejarse dejando a salvo los derechos legítimamente adquiridos de terceros. Se pretende que la forma de la sociedad anónima no siga siendo un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de la buena fe, simulación, abuso del Derecho y fraude.

En el campo internacional, en momentos de guerra, se echan de ver los inconvenientes de la personificación desmesurada. Ya durante la Primera Guerra Mundial se advierte la incomodidad y el peligro que suponen las sociedades extranjeras, con socios extranjeros o con capital extranjero (especialmente si tales extranjeros son enemigos). Para obviarlo se acude al recurso de negar nacionalidad a las personas jurídicas, y para facilitar la inspección se levanta la máscara de la sociedad. Desde otro lado, la protección diplomática de los accionistas ha motivado una ofensiva contra la persona jurídica. La protección de los bienes de extranjeros ha inducido a deshacerse del concepto de persona jurídica.

Nuestro Tribunal Supremo, en materia de arrendamientos urbanos, ha señalado las desventajas de usar el concepto de persona jurídica en casos que ha estimado de traspaso, subarriendo o cesión no consentida, con el consiguiente desahucio.

Concluye afirmando DE CASTRO la pervivencia del concepto de persona jurídica, pero reduciéndole a sus justos límites.

El gran valor de la parte publicada por el autor, nos aviva el deseo de conocer el resto del estudio relativo a la persona jurídica, que anuncia se está preparando.

II.—*La realidad del Derecho.*—L. Legaz y Lacambra.

¿Qué es el Derecho?, se pregunta el autor.

Si se contrapone la realidad a la irrealidad y se equipara la realidad al ser y la irrealidad al no ser, es obvio que el Derecho es algo que pertenece al mundo de la realidad, pues de otro modo nada cabría decir ni preguntarse acerca de él. Sin embargo, se trata de una realidad ideal.

¿Qué es en realidad el Derecho? Realidad quiere decir ahí verdad y la verdad es la indole misma del ser; con lo que el problema muestra dos vertientes: una metafísica (ser radical) y otra ontológica (conjunto de normas).

El punto de partida es si hay Derecho. El haber es una categoría más radical que la del ser. Efectivamente «hay» Derecho, existe el Derecho, el Derecho «es», es real, tiene realidad. Y además es susceptible de «ciencia», pues «acontece», ya que es un fenómeno. Su acontecer es histórico, porque es humano. Pero en la ciencia existe un convencionalismo, un acuerdo de acotar el campo de su objeto, lo que si en alguna rama científica puede tener un sentido plausible en la de Derecho carece de él tal convencionalismo, en virtud del cual se prescinde en la Ciencia del Derecho del Derecho natural (Derecho es, se dice, el conjunto de normas impuestas por la coacción estatal).

La Ciencia del Derecho presenta una situación ambigua en cuanto a si Derecho es el objetivo solamente, o también el subjetivo (facultad de actuar, «ius» romano primitivo y clásico), lo que fue puesto de relieve por Kelsen, que identifica derecho subjetivo con libertad, y por tanto con Derecho natural, por lo que, añade, una ciencia jurídica consciente debe proceder a la destrucción de ese concepto (del Derecho subjetivo). Contra esta afirmación arguye Legaz que el Derecho es primitivamente Derecho natural que se positiviza y que el Derecho natural es la forma radical de la realidad jurídica.

Desde otro lado puede argumentarse, como hace Santo Tomás,

que la ley natural se inspira en los principios supremos y eternos de Justicia, que está fuera de lo jurídico y, por ende, por encima incluso del Derecho natural. Es la posición iusnaturalista, que puede derivar hacia el normativismo al considerar que la ley es una, eterna, inmutable, impresa en el hombre y deducible mediante la recta razón.

Esta concepción ha sido duramente criticada por Amor Ruibal, que afirma que en realidad no hay ley eterna; ésta es una construcción de nuestra mente, proyectada sobre la divinidad. Se viene a sustituir una normatividad abstracta por una normatividad concreta, adaptable a la dimensión mudable de la naturaleza humana.

La concepción egológica del Derecho centra su naturaleza como derecho subjetivo: el Derecho es conducta y como tal libertad. Esta posición—Cossío—es antijusnaturalista.

El Derecho como ciencia.—Así fue considerado claramente ya desde Aristóteles. La escuela del Derecho natural racionalista es la que con más energía ha construido un gran sistema científico del Derecho e íntimamente ligada a ella está la tendencia normativista (Puffendorf, Grocio): El Derecho es fundamentalmente poder de hacer, pero en tanto ha sido admitido por las leyes adaptadas a la naturaleza humana (racionalismo).

También para Kant la realidad jurídica primaria es la libertad; ha de haber una ley que haga posible esta libertad. El Derecho, en realidad, es libertad y existe como «Derecho innato» del hombre; si bien necesita manifestarse. Así se evoluciona hacia el formalismo normativista neokantiano: La forma o apariencia del Derecho es la legalidad.

El movimiento antinormativista comienza con Ihering. Parte de la idea de que no hay un querer, acción, sin un fin, hacia el que tiende la voluntad. Esto constituye una verdadera ley: la voluntad es fuerza verdaderamente creadora. El fin es el creador de todo el Derecho. Pero lo que hace pretender el fin es el interés. Así, fin e interés son elementos inseparables en la doctrina de Ihering. Para que el fin mueva a la voluntad se precisa un interés. Los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Aunque Ihering no se desprende totalmente del normativismo, es el jurista, a juicio de Legaz, que ha abierto el camino a la consideración del Derecho como realidad social.

Riesgos de la reacción antinormativista.—Sin embargo, la disolución del pensamiento normativista puede conducir a una disolución del pensamiento jurídico como tal. Un realismo excesivo puede caer, al buscar la realidad del Derecho fuera de las normas, en zonas ajenas a él. Esto acontece en una doble dirección: hay una disolución sociologista y una disolución psicologista de la realidad jurídica. La primera tiene su expresión en la jurisprudencia de intereses desarrollada por Heck, que toma como punto de partida el de llegada de Ihering; y que deriva en una verdadera sociología del Derecho con Müller Erzbach, que sustituye totalmente los «conceptos» por los «intereses».

La segunda, la disolución psicológica de la realidad, ha sido seguida por la escuela nórdica de Upsala y gran parte del realismo jurídico norteamericano.

También los idealistas italianos han buscado la realidad del Derecho en una esfera extranormativa, y muy reducida. Así, Croce lo ha reducido a «economía» y G. Gentile a «moralidad».

El Derecho como uso social y forma de vida social.—Cree el autor que el Derecho es una forma de vida social en la que se realiza un punto de vista sobre la Justicia. Por ser una forma de vida social pertenece (incluso el Derecho natural) a los usos sociales, entendiendo por uso todo cuanto el hombre hace desde su dimensión de la socialidad y con las características propias de ésta. Ahora bien, primordialmente el Derecho natural, como todo Derecho, radica en la libertad. El engarce de esa libertad con los usos precisa de introducir una idea previa: la persona, ya que lo social se funda en la persona. Por ser persona el hombre tiene una libertad que le constituye como tal. Pero lo social, por fundarse en la persona, produce la secuela de la impersonalidad. Los individuos en relación producen el fenómeno social de la alteridad, relaciones interindividuales. La realidad del Derecho consiste en la relación.

Las normas integran el sistema de legalidad que es la apariencia del Derecho. La aplicación de éste se realiza mediante la función judicial; y también, con mayor eficacia, por cuanto es previa a la actuación jurisdiccional propiamente dicha, por la función notarial. El Notario suministra al Juez la razón inmediata de su experiencia, la existencia de una realidad jurídica sobre la cual tiene que juzgar

y sentenciar. Por otra parte, el Notario contribuye a dar forma legal a las relaciones jurídicas, de tal suerte que por ella se evite el llegar a un litigio; cumple así en la sociedad un papel muy semejante al que en Roma desempeñaba el jurisconsulto.

III.—*Variaciones sobre la hipoteca cambiaria.*—R. M.^a Roca Sastre.

La hipoteca puede garantizar el crédito derivado de letras de cambio, libranzas, vales, pagarés y cheques a la orden, o de otros títulos transmisibles por endoso. Lo que ocurre es que la regulación de este tipo de hipoteca se ha hecho en la legislación española tardíamente (se admitió en 1869, se reguló en 1909) e insuficientemente porque los actuales artículos 150, 154 y 156 de la Ley Hipotecaria y 211 y 247 de su Reglamento parecen dedicados con preferencia a regular la hipoteca en garantía de títulos transferibles al portador. Parecen referidos a regular los títulos valores emitidos en masa, pero no a los emitidos individualmente (ejemplo típico, la letra de cambio o el cheque). Ahora bien, a juicio de Roca Sastre, y a pesar de ciertas dificultades interpretativas que pueden surgir en los preceptos indicados, no cabe duda de que la hipoteca en garantía de estos títulos a la orden y emitidos individualmente debe estimarse recogida en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, especialmente si se tiene en cuenta el artículo 150 de la Ley.

Será preciso, pues, suplir las deficiencias de regulación legal. Las ventajas prácticas de su admisión son evidentes, pues aunque cierto sector de la doctrina duda de ellas no cabe duda de que se dota de una posibilidad de garantía al acreedor, que vendrá a reforzar, si lo estima preciso, la que en sí ya lleva la letra de cambio o el cheque.

En punto a esclarecer su naturaleza jurídica, cree Roca que esta hipoteca cambiaria es de las del tipo de seguridad; el crédito cambiario garantido vive su propia vida; el Registro sólo garantiza la existencia de la hipoteca, pero no las circunstancias derivadas de la natural circulación para la que ha sido emitida la letra de cambio, por lo que no se podrá aquí invocar los plenos efectos protectores del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La accesoriedad del crédito a la hipoteca es mayor que en la hipoteca ordinaria.

La hipoteca cambiaria sólo puede constituirse por escritura pública y de modo voluntario. En el caso de existir endosatarios, la hipoteca garantizará al que al momento de su constitución sea endosatario y a los endosatarios sucesivos, pero no al tomador ni a los endosatarios anteriores. Cabe que se constituya unilateralmente. El importe de la obligación asegurada debe expresarse en moneda nacional o su equivalencia, por ser de aplicación el artículo 219 del Reglamento hipotecario. La escritura de constitución habrá de expresar los datos y circunstancias relativas a la letra o letras que se garantizan.

La inscripción deberá efectuarse a favor del tenedor de la letra al tiempo de constituirse la hipoteca, con lo que quedará inscrita también a favor de los sucesivos tenedores.

Lo que ha olvidado lamentablemente el legislador es la renovación de la letra garantizada por hipoteca. Como quiera que esto implica en realidad una prórroga, debería expresarse así en la constitución de la hipoteca, con lo que registralmente bastaría extender la oportuna nota que acreditará la renovación efectuada.

Por el simple endoso de la letra ha de entenderse transmitida la hipoteca que la garantiza, por ser de aplicación el artículo 150 de la Ley hipotecaria.

No hay modo de aplicar el artículo 155 de la Ley hipotecaria, por lo que Roca cree que sólo cabe utilizar el procedimiento ejecutivo ordinario.

Para la cancelación parece aprovechable el artículo 156 de la Ley hipotecaria.

IV.—*Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*, por A. Sanz Fernández.

La modificación del artículo 1.413 del Código civil ha producido diversas consecuencias en el ámbito de los bienes del matrimonio, lo que ha hecho que la reforma del Reglamento hipotecario de 17 de marzo de 1959 diera nueva redacción a los artículos 95 y 96 y modificara el 144.

A esclarecer los numerosos puntos dudosos que tales reformas legislativas han dejado sin resolver va dirigida esta valiosa aportación de Sanz Fernández.

Comienza por separar en dos grandes grupos la situación de los bienes gananciales: durante la sociedad y disuelta ésta.

Vigente la sociedad de gananciales, examina sucesivamente la adquisición de los bienes, su disposición y su embargo.

La adquisición de los bienes durante el matrimonio por personas casadas puede hacerse a título ganancial, a título privativo, y en esa forma quizá intermedia (y que ha sido reconocida legalmente por el art. 95 del Reglamento hipotecario) que supone la adquisición por uno de los cónyuges, aseverando el otro que la contraprestación es de la exclusiva propiedad del cónyuge que hace la adquisición; son las adquisiciones con carácter privativo confesado.

Las adquisiciones de carácter ganancial son reguladas, en cuanto a su inscripción, por el número primero del artículo 95 del Reglamento hipotecario. El fundamento de este precepto no es, a juicio de Sanz, ni armonizar su contenido con la reforma del artículo 1.413 C. c., ni exigencias del principio de tracto sucesivo (como pretende parte de nuestra doctrina); y esto: 1) porque no es la ganancial una comunidad de tipo germánico, sino de tipo germánico pero referida al total patrimonio ganancial, no a cada uno de sus elementos; 2) porque existiendo el artículo 1.401 C. c.—que no ha sido modificado—a éste corresponde determinar, juntamente con las demás normas de Derecho material, la titularidad de tales bienes; 3) porque cumpliendo el artículo 95 la inscripción revelará un desacuerdo con el título de adquisición; 4) porque el del 1.413 no es problema de tracto sucesivo, sino de facultades dispositivas del titular; 5) porque aunque el artículo 95 del Reglamento ha dado una interpretación extensiva al 1.413 C. c., este precepto debe ser interpretado de modo restrictivo.

Las adquisiciones con carácter privativo confesado se regulan en el número segundo del artículo 95 del Reglamento hipotecario, a base de los precedentes de la Resolución de 11 de octubre de 1941 y la sentencia de 30 de marzo de 1943. Afirma Sanz que la aseveración hecha por el cónyuge que figura como adquirente carece en absoluto de trascendencia, por cuanto la que se tiene en cuenta es la hecha por el cónyuge no adquirente (más frecuentemente el marido en las adquisiciones que realiza la mujer) antes de la inscripción.

¿Qué efectos produce la confesión de ser privativa la contra-

prestación? De momento, que se inscriban los bienes a nombre del adquirente y que en punto a disposición dicte el artículo 96 del Reglamento hipotecario una regla especial. La aseveración del carácter privativo del precio surte efectos entre las partes y los herederos voluntarios de los cónyuges que hicieron la confesión, pero es inoperante frente a terceros, incluyendo entre ellos los legitimarios del cónyuge confesante, y esto, ya sea por aplicación de la doctrina de la confesión, de los actos propios, de la eficacia del reconocimiento hecho formalmente, o de la conversión de la donación «mortis causa», pues para todas ellas hay respuesta en la doctrina española.

Ahora bien: disuelto el matrimonio, ¿cuál debe ser el destino de los bienes así adquiridos? Criterios dispares mantiene en este punto la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo. Para éste—sentencia de 2 de febrero de 1951—tal aseveración vinculaba al marido confesante frente a la mujer, mientras no probare se hizo por simulación; en tanto que la Resolución de 11 de marzo de 1957 negó valor a tal reconocimiento del carácter de la contraprestación, y éste, cree Sanz, debe estimarse como posición hoy vigente. Defiende, frente a cierto sector de nuestra doctrina, la posición de la Dirección General, por entender que ésta se mueve en el ámbito exclusivamente registral y no contradictorio, mientras que a los Tribunales se acude con todo medio de prueba que autorizan los juicios contradictorios.

A las adquisiciones privativas se refiere el número tercero del artículo 95 del Reglamento hipotecario. Cree que en su segunda parte es aplicable también a las realizadas con carácter gratuito. Examina los diversos supuestos de aplicación, siguiendo fundamentalmente la enumeración del artículo 1.396 C. c. y señalando los puntos más salientes, de los que entresacamos: en el caso de que tratándose de una adquisición a título gratuito existan contraprestaciones accesorias esto sólo repercutirá en las indemnizaciones o colaciones que a la disolución del matrimonio tengan lugar, conforme al artículo 1.419 del C. c.; en el caso de adquisiciones realizadas por permuta deben hacerse constar los bienes permutados, para el caso de que no sean inmuebles; y en el supuesto de que la adquisición del cónyuge casado haya de completarse con metálico, Sanz cree como lo más acertado considerar en todo caso que la adquisición ha de ser única (o para el cónyuge permutante o para la sociedad conyugal), pero la

sola voluntad del cónyuge permutante no puede determinar la naturaleza y destino de la adquisición, por lo que habrá de atenderse a la verdadera naturaleza del acto realizado, siendo un criterio aprovechable el del artículo 1.446 C. c.; en los casos de retracto ha de atribuirse el bien retraído al cónyuge titular de tal derecho de retracto, aunque se haya adquirido con dinero ganancial; y respecto a los retractos arrendaticios especiales rústicos y urbanos parece deberán atribuirse a la sociedad conyugal, dado que el fin económico y el interés protegido por ellos tienen carácter familiar. Si se tratara de bienes comprados, la dificultad estriba en demostrar la pertenencia privativa del dinero; si se tratara de precio aplazado, opina Sanz que si tenemos en cuenta que la compraventa se perfecciona sin necesidad del pago del precio, a cuyo momento hay que atenderse para determinar el carácter ganancial o privativo de lo comprado, dedúcese que el pago posterior del precio no afecta al carácter de la adquisición, sino sólo habrá lugar a cumplir el artículo 1.419 C. c.

El artículo 96 del Reglamento hipotecario se refiere a los actos dispositivos otorgados durante el matrimonio, precepto que parece adaptarse al 95, pero se diferencia de él en que contiene normas de carácter no reglamentario, sino material o sustantivo. Hay así una duplicidad de normas, Código civil y Reglamento hipotecario, que cuando coinciden (disposición de bienes gananciales y privativos) no ocasionan mayores problemas, pero que cuando hay disparidad, como ocurre con los bienes privativos confesados, surge la cuestión de cuál será preferente, estimando Sanz que el Código civil.

En las disposiciones realizadas a título gratuito de bienes gananciales rige la norma de la codisposición de ambos cónyuges; para los a título oneroso inmuebles se exige el consentimiento de la mujer, según la reforma del artículo 1.413 C. c. Ahora bien, es aquí donde surgen mayor número de problemas. Aunque lo correcto es que disponga el marido con consentimiento de la mujer, se admiten también como válidas las formas de disposición conjunta y de disposición de la mujer con consentimiento del marido.

Este consentimiento «uxoris» se ha configurado en la doctrina patria de diversa forma; Sanz entiende que se trata de un negocio de asentimiento a la disposición hecha por el marido, necesario para la eficacia de ésta, pero no para la validez y existencia del acto dispositivo y que tiene por finalidad proteger a la mujer contra la ac-

tuación fraudulenta o simplemente imprudente o desacertada del marido. La falta de ese consentimiento hace al acto anulable simplemente, pero no por ello será inscribible. Confrontada esta posición doctrinal del autor con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (y posterior a la publicación de su trabajo) se observa una sustancial coincidencia en cuanto a la naturaleza y efectos generales de la falta de consentimiento «uxoris»; pero recordamos nosotros lo que en la página 178 del año 1965 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO dice B. Menchén acerca de la posibilidad de autorizar la escritura e inscribir el acto dispositivo en base a las sentencias de 13 de marzo y 21 de abril de 1964, pues especialmente la primera, en sus considerandos, da base a entenderlo admisible.

La mujer necesita capacidad de disposición para otorgar su consentimiento, por su defecto, precisará de los complementos legales, aunque aquí no hay unanimidad en la doctrina. Cabe que actúe por medio de poder, ya sea al marido, especial para el acto o general; ya incluso a un tercero, cuando no haya razones para excluir su actuación.

Los actos para los que se requiere el consentimiento de la mujer son los de enajenación de bienes inmuebles; Sanz, precisando más en algunos casos concretos, cree es dudoso para la división de comunidad, no siendo necesario para la modificación de entidades hipotecarias. En las enajenaciones forzosas opina, con sólidas razones, que no es necesario el consentimiento de la mujer, a pesar de que el último inciso del párrafo primero del artículo 144 del Reglamento hipotecario recoja la posición contraria. En materia de cancelación de hipotecas en garantía de créditos gananciales o presuntivamente gananciales, y frente a alguna posición doctrinal, no cree necesario el consentimiento de la mujer (tampoco parece exigirlo la Resolución de 2 de noviembre de 1959). En los actos de adquisición, si bien en principio no se precisa el consentimiento de la mujer, en el caso de que se constituya sobre los bienes adquiridos algún derecho real por el marido, cabe pensar en la necesidad de tal consentimiento.

En caso de falta de consentimiento, que ha de ser expreso, el artículo 1.413 establece la autorización judicial. Esta procede en defecto del consentimiento de la mujer—ya sea por imposibilidad jurídica de prestarlo, por imposibilidad natural o por negativa, fundada o no—y procederá siempre que el acto no constituya una ame-

naza grave para los intereses de la sociedad, debiendo ser especial para cada acto de disposición, salvo que, no pudiendo la mujer prestar el consentimiento, se admita la de tipo general, y si bien lo normal es que sea anterior, puede también ser dicha autorización judicial posterior al acto dispositivo.

Disposición de bienes de carácter privativo confesado.—Si son a título gratuito, la disposición corresponde conjuntamente a ambos cónyuges.

Para los a título oneroso regirá el artículo 96 del Reglamento hipotecario. Conviene distinguir: 1) Los inscritos a nombre de la mujer han de ser enajenados por la mujer con consentimiento del marido, de conformidad al artículo 96 del Reglamento hipotecario, aunque lo normal sería mantener la disposición por el marido con consentimiento de la mujer, según el artículo 1.413 C. c. La desarmenia entre las normas hipotecarias y las civiles es evidente, y la reforma del Reglamento no se justifica ni por la legitimación registral (pues el art. 38 de la Ley hipotecaria nunca habrá querido desvirtuar el 1.407 C. c.), ni por el principio de tracto sucesivo, pues aquí no hay problema de tracto (la titularidad de los bienes se determina en el Derecho material por el art. 1.407 C. c.), sino de facultades dispositivas. Sea lo que fuere, lo cierto es que este consentimiento del marido no es un simple asentimiento, es rigurosamente necesario, sin que se pueda suplir por ningún otro medio y ha de exigirse también en los actos de riguroso dominio en que no se produzca una enajenación, como son las modificaciones de entidades hipotecarias.

2) Bienes inscritos a nombre del marido: Aunque para ellos se siga la misma regla que para las anteriores determinada por el artículo 96 del Reglamento hipotecario, no obstante, esta equiparación es más aparente que real, debiendo resolverse la situación de conformidad al artículo 1.413 C. c., por lo que, en contra de cierto sector doctrinal, estima Sanz será posible acudir a la licencia judicial cuando el consentimiento de la mujer falte.

Erbargo de bienes.—El artículo 144 del Reglamento hipotecario, en su última redacción, ha introducido dos modificaciones importantísimas en esta materia, complicando la cuestión.

Después de la reforma del Reglamento hipotecario, el embargo de bienes gananciales se extiende tanto a los gananciales propiamente dichos como a los privativos confesados, por deudas a cargo de la sociedad conyugal; pero entiende Sanz que por las deudas y obligaciones a cargo exclusivo de uno de los cónyuges no incluidas en el artículo 1.410 C. c., podrán embargarse los bienes presuntivamente gananciales o privativos confesados inscritos a nombre del cónyuge deudor. El exigir que la demanda se dirija contra ambos cónyuges carece de fundamento, pues no lo justifica ni la reforma del artículo 1.413 C. c., ni que procesalmente deban ser ambos cónyuges demandados, ni el principio del tracto sucesivo, ni que signifique una protección a la mujer.

En cuanto a los procedimientos a que debe ser aplicado este artículo 144 del Reglamento hipotecario, cree Sanz que es indudable a los de carácter judicial, pero deben quedar excluidos de su ámbito los procedimientos administrativos de apremio, así como los especiales de ejecución hipotecaria.

Disuelta la sociedad de gananciales se transforma la comunidad que existía durante el matrimonio, y si bien puede disponer cualquiera de los cónyuges—o por el que falte sus herederos—de su cuota indivisa sobre la totalidad del patrimonio, afirma Sanz que el derecho que a los interesados corresponde sobre la masa ganancial no puede tener acceso al Registro, y consecuentemente tampoco serán inscribibles los actos de disposición otorgados respecto a la cuota ganancial abstracta. Por otro lado, se transforma asimismo el régimen de disposición de los bienes de la masa ganancial, pues regirá el principio de unanimidad o codisposición de los interesados; y según reiterada jurisprudencia de la Dirección General, el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto pueden proceder conjuntamente a la enajenación de bienes concretos.

Si bien los bienes gananciales presuntivamente, o privativos confesados, se equiparan, a juicio de Sanz a los gananciales (a pesar de que un marcado sector doctrinal mantiene posición distinta), conviene aclarar que en tal situación el cónyuge titular puede probar que son privativos, y el cónyuge no titular, o sus herederos, aseverar que tales bienes pertenecen al otro cónyuge, aseveración que si bien será eficaz «inter partes» no surtirá efectos con respecto a terceros. Lo que no resulta claro, aunque así lo pretenda un sector impor-

tante de nuestra doctrina, es que tales bienes privativos confesados puedan ser enajenados, disuelto el matrimonio por el cónyuge titular exclusivamente, y en contra de tal posibilidad se pronunció la Resolución de 11 de marzo de 1957.

Tratándose de bienes privativos la cuestión se halla más simplificada, siendo conveniente recordar que la Resolución de 8 de noviembre de 1944 declara inscribible la escritura de manifestación de herencia otorgada por los herederos, sin intervención del cónyuge sobreviviente y sin previa liquidación de la sociedad conyugal, en atención a que todos los bienes inventariados tenían carácter privativo.

* * *

De las breves notas que anteceden, por necesidad escuetas, se deduce el valor que tiene este trabajo de Sanz Fernández. En él, además de recoger la abundante doctrina patria y la jurisprudencia producida sobre la materia, formula su equilibrado punto de vista, planteando y resolviendo las cuestiones con un marcado matiz práctico y de gran utilidad para cuantos nos dedicamos, de una u otro forma, a la realización práctica del Derecho.

Por esto nos permitimos apuntar la conveniencia de que, si ello fuere posible, sea publicada íntegramente en estas páginas la obra de A. Sanz Fernández, pues sólo beneficios para todos puede reportar de ello. Es un tema de actualidad y de práctica constante, magníficamente tratado en este estudio.

V.—*Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, por J. Vallet de Goytisolo.

Aborda el estudio de las cautelas testamentarias que se han querido englobar bajo la denominación, que resulta inexacta, de cautela Socini o sociniana, y que más propiamente son llamadas cautela Angeli, cautela Cumani, cautela Durantis o Gualdensis.

Las legítimas tienen determinado su contenido por la ley cuantitativamente—«quantum»—y cualitativamente—«quale»—. Según esto, ¿podrá el testador mermar ese «quale» atribuyendo un mayor

«quantum»? ¿podrá ofrecer una opción al legitimario para que éste elija el «quantum» y el «quale» mínimos prefijados o bien un «quantum» mayor con gravamen en el «quale»? ¿Podrá en estos casos el legitimario a quien se plantea esta elección salirse fuera de los dos términos únicos que tiene esa alternativa de la cual se le hace único árbitro? ¿Le queda o no, además, la posibilidad jurídica de elegir una tercera vía media, aunque el testador no se la haya brindado ni la haya querido?

A contestar estas cuestiones dirige su estudio Vallet, dividiéndole en tres grandes apartados: utilidad, en caso de ser válidas tales cautelas testamentarias; posibilidad de validez, y requisitos necesarios para su eficacia.

1.—Utilidad, caso de ser válidas, las cautelas que ofrecen una opción de compensación legitimaria.

El autor llega a la consecuencia de que ni la compensación «ipso iure» del aumento en el «quantum» legitimario con su gravamen en el «quale», ni la necesidad de optar en ese caso entre la legítima estricta y la atribución testamentaria, puede decirse que sean una regla general. A pesar de los textos del Digesto conocidos como Ley «Uxori meae» y Ley «Si pater puellae» que imponían una automática compensación, textos que parece quedaron derogados por las leyes «quoniam in prioribus» y «Scimus», par. «Cum autem», solamente en las donaciones en concepto de dote, y quizá igualmente en las demás que sean colacionables, cabe entender jurídicamente estimable la compensación automática del mayor «quantum» donado con la reserva del usufruto establecido a favor del cónyuge superviviente del donante, o la sustitución impuesta, aceptadas al otorgarse la donación.

La opción forzosa sólo la vemos establecida en términos generales en el párrafo 2.306 del B. G. B.; y limitada a los supuestos de gravamen de usufruto, nuda propiedad o renta vitalicia, se encuentra en el artículo 550 del Código italiano, y sólo de usufruto o de renta vitalicia en los artículos 917 del Código francés y 820, número tercero, del Código español. Todo ello aparte de los sistemas que exigen que la legítima sea atribuida por título de herencia, y de aquellos que imponen se satisfaga la legítima en cuerpos hereditarios.

Por tanto, no cabe duda de que las cautelas de opción de compensación legitimaria, en caso de ser posibles, pueden rendir una evidente utilidad, que no tendrían en caso de que «ex iure» fuese necesario al legitimario despejar esa opción.

A tales consecuencias llega Vallet después de hacer un exhaustivo y profundísimo examen, tanto de los diversos supuestos que pueden plantearse como de la forma en que ha sido tratado y entendido por los autores. La opinión de éstos, especialmente la de los glosadores y postglosadores, es sacada a la luz en toda su pureza. Los diversos supuestos son examinados sucesivamente: atribución de la legítima a título diverso o en bienes distintos de los debidos; sujeción de la legítima a una condición, prohibición de disponer o de partir, sujeción a una determinada forma de explotación personal o social; aplazamiento del goce de la legítima por su atribución mediante fideicomiso, o gravándola con un usufructo o renta vitalicia; imposición de fideicomiso, vínculo o mayorazgo sobre la legítima, o bien satisfacción de ésta con un usufructo.

2.—Validez de tales cautelas.

Analizando las objeciones que a su validez pueden plantearse, Vallet sucesivamente replica cumplidamente a las que tienen carácter general, como las que entienden el gravamen como no puesto; las que estiman que no puede perjudicar tal adquisición a los descendientes o ascendientes del legitimario, ya que esto equivale a confundir el derecho adquirido con una mera esperanza, y pudiendo hacerse lo más—repudiar—se podrá hacer lo menos; las que se refieren a ser ilícita la condición impuesta, porque la ilegalidad o ilicitud no se refieren al testador: no se trata de si éste condiciona su disposición a algo que no pueda ordenar que sea, sino que la ilegalidad, ilicitud o imposibilidad se refieren al acto del llamado a que se condiciona el llamamiento; las que hacen referencia a que lo prohibido directamente no puede imponerse indirectamente, porque no hay en tales cautelas una opción entre menos o nada, sino entre lo justo o bien más aceptando ciertas condiciones si se prefiere así; y las que se fundan en conceptos preestablecidos, es decir, las de carácter dogmático conceptual que utilizan el método de inversión, pues ya es sabido que Vallet es contrario a la utilización de tal método, aparte de que, a su juicio, la legítima en el Código civil español

es de reglamentación negativa, o freno, por lo que su satisfacción por el causante tiene un mayor margen de flexibilidad. Seguidamente se ocupa de refutar las objeciones alegadas para los supuestos en que la cautela está formulada como una sanción o imposición de pena, pues históricamente si fueron nulas en el Derecho romano clásico se admitieron en el justiniano (Constitución del año 529); y aunque la cuestión en el Derecho intermedio aparece muy posteriormente a los primeros glosadores, es rechazada la diferencia de efectividad entre la cautela redactada en forma alternativa y la expresada en forma penal; el Derecho francés, tanto el «Droit coutumier» como el actual, es favorable, especialmente los autores, a su admisión; para acabar concluyendo que aunque las redactadas en forma penal puedan sonarnos mal, no por eso han de reputarse inválidas, ocurrirá que se ha expresado algo incorrectamente, pero eso no debe acarrear su ineffectividad. Finalmente, aun reconociendo el defecto práctico que presenta la cautela llamada «Cumani», refuta los argumentos que pretenden su ineficacia.

Muchas y muy variadas razones esgrime en favor de tales cautelas, apoyadas fundamentalmente en las opiniones de los autores de todos los tiempos y países. Para él el fundamento de la cautela radica en la aceptación por el legitimario de una mayor atribución ofrecida al mismo por su causante con carácter incompatible con la reclamación de su legítima. El padre no puede gravar la legítima de su hijo, pero sí puede condicionarle la atribución de lo que le deje además de su legítima.

En nuestra Patria expresamente se admite, en el artículo 133 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y en el artículo 49 de la de Baleares. En la jurisprudencia, las sentencias de 29 de diciembre de 1939 y 12 de diciembre de 1958 la admitieron; no así la de 12 de diciembre de 1959, relativa a una cautela afectante a la herencia de la viuda y a bienes de su marido. En la práctica notarial está acreditado su uso en muy variadas regiones, pero recomienda no se emplee en forma de pena, sino otorgando claramente al legitimario su opción a la legítima estricta, o a un mayor «quantum», si bien gravando o reduciendo el «quale».

A juicio de Vallet, el punto más delicado de la aplicación de las cautelas lo encontramos con referencia a la mejora. Partiendo de la idea, ya expuesta por él en otros lugares, de que la mejora es legi-

tima de los hijos respecto a extraños, pero que no lo es con respecto a los hijos entre sí, es decir, es legítima voluntaria o electiva entre éstos, llega a la conclusión de que hay que distinguir si en la cautela juega además el tercio de libre disposición o que éste se halle fuera de la acción de la misma. En aquel caso es admisible la cautela, pero en éste no.

3. Requisitos necesarios. Son:

a) Atribución al legitimario de un mayor «quantum» del legalmente debido. Esto puede hacerse bajo muy diversas formas, pero en todo caso hay una cuestión de valoración comparativa entre esta mayor atribución y el valor del gravamen.

b) Expresa imposición del gravamen incluso sobre la legítima. Si bien, en opinión de la mayoría de los autores, la imposición de un gravamen general al heredero no se estimaba extensivo a la legítima, salvo que expresamente se especificara así, en el derecho vigente del Código civil será ésta una cuestión a interpretar de la última voluntad del causante, conforme al párrafo primero del artículo 675 C. c., con el que el gravamen genérico se entenderá que no afecta a la legítima, salvo que así lo diga expresamente el causante.

c) Expresa imposición por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir lo atribuido «ultra legitimam». Este requisito no es necesario para aquellos sistemas que establecen la necesidad de opción cuando se den los primeros requisitos; viene a establecer la conexión entre la mayor atribución conferida y el gravamen impuesto al legitimario. La cuestión surge en punto a determinar cuándo el testador ha querido establecerlo así, para lo que en Derecho actual debemos acudir, como problema de interpretación del testamento, al artículo 675 C. c.. Por esto llama la atención Vallet sobre la conveniencia de que sea redactada la cláusula testamentaria del modo más claro, a fin de no dejar lugar a duda acerca de si el testador ha hecho un mero ruego o recomendación a sus herederos o les ha impuesto su voluntad de modo imperativo.

d) Aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, es decir, con la limitación de su «quale» legítima-

rio. Si bien los tres anteriores requisitos son determinantes de la eficacia de la cautela, este cuarto se refiere a su desenlace, es decir, a la efectividad del gravamen compensado con un mayor «quantum» atribuido. La cautela puede desembocar en dos resultados diversos, según cual sea la voluntad decisoria del legitimario. Este cuarto requisito ha dado lugar a muy diversas opiniones de la doctrina, y para examinarlas mejor el autor reconduce la cuestión al modo cómo han de ser interpretadas la aceptación de la herencia testada, la aprobación del testamento y la renuncia a impugnarlo, según el modo, término y circunstancias en que se verificaron, y en especial midiendo su alcance según se hayan efectuado en términos o circunstancias generales o especiales.

4. Proyección de las cautelas en el Derecho actual.

Como aplicaciones al Derecho vigente, cree Vallet que conjugando los principios de los artículos 990 y 813, párrafo segundo Código civil, cabe establecer las siguientes:

Si bien la aceptación pura y simple de la herencia no implica la del gravamen de su legítima (art. 813 C. c.), ello no quiere decir que deferida la herencia el legitimario no pueda aceptar la carga impuesta a su porción legitimaria, o dicho de otro modo, renuncie a reclamar contra el gravamen impuesto, pues ello se autoriza en el artículo 4.º, párrafo segundo, y en el 816, ambos del C. c. Ahora bien, esa aceptación del gravamen sobre la legítima ha de ser expresa (expresa, pero no hace falta que sea literal ni nominal). La aceptación por parte del legitimario de la mayor atribución establecida por el testador significará la renuncia a impugnar el gravamen impuesto sobre la legítima y la aceptación de ese gravamen, por su carácter de incompatibilidad de aceptar lo así dispuesto por el testador y a la vez pretender la legítima completamente libre. Si bien el heredero que se inmiscuyere en actos de administración de la herencia (supuesto del art. 999 C. c.) no se entiende que la acepta, para el caso de estar sujeto a una cautela de opción, si posteriormente reclama contra el gravamen impuesto a su legítima, perderá retroactivamente la atribución compensatoria de tal gravamen, que deberá devolver a quien corresponda (art. 816 C. c.); y asimismo los que estén interesados en la herencia podrán usar del

cauce del artículo 1.005 C. c., a fin de que el heredero manifieste por cual de los dos términos de la opción que le concede el testador se decide.

* * *

Si bien Vallet de Goytisolo domina todos los campos del Derecho, se ha dicho que es uno de los más excelsos conocedores del Derecho sucesorio, lo que se corrobora en esta ocasión. Profundo investigador, no se detiene en el aspecto de las cosas, sino que las examina y desmenuza hasta descubrir su esencia; de visión amplia, nunca se deja llevar por el dogmatismo conceptualista, que partiendo de conceptos preestablecidos trata de aplicarlos a cada situación previo encaje en moldes rígidos—método de inversión—, sino que analiza la naturaleza, fundamento y fin de las instituciones jurídicas. En esta monografía, una vez más, nos demuestra su erudición y conocimiento de las fuentes jurídicas, exponiendo la doctrina de los autores, especialmente la de los glosadores, postglosadores y autores del Derecho patrio, de modo que agota la materia.

VI.—*Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, por Manuel de la Cámara Alvarez.

La doctrina española entiende que la legítima de los herederos forzosos debe pagarse con bienes de la herencia; pero el autor, con su documentada exposición, pone de relieve los puntos vulnerables de esa común opinión, basado en argumentos lógicos y teleológicos, unidos a muy poderosas razones jurídicas en base a los preceptos del Código civil español. La escasa jurisprudencia que existe sobre la materia, aunque también contraria a la tesis de Cámara, resulta certeramente atacada. Todo ello hace de ésta una excelente y sugestiva monografía.

Ahora bien: una cosa es que la facultad de pagar las legítimas en metálico se conceda al heredero sin más y otra muy distinta que sólo pueda imponerla el testador. Recordemos que, en todo caso, el Código civil concede al padre facultades dispositivas bastante am-

plias si las ejerce dentro del círculo de sus hijos o descendientes.

Los sistemas jurídicos varían en punto a determinar el modo como ha de satisfacerse la legítima de los herederos forzosos. En nuestro Derecho, a juicio de Cámara, ni el legitimario es necesariamente heredero—en lo que hay bastante unanimidad en la doctrina—ni la legítima es, obligadamente, «pars hereditatis», en el sentido que esta expresión tiene en los Derechos francés o italiano. Es, en principio, «pars bonorum», porque el legitimario tiene derecho a que sea satisfecha en bienes de la herencia, tanto si es heredero como si ha de pedir el suplemento que le autoriza el artículo 815 C. c. Por otro lado, no hay que dar una interpretación severamente restrictiva a los artículos 829 y 1.056, párrafo segundo, del C. c., porque nuestro sistema hereditario no pugna institucionalmente con la posibilidad de disponer testamentariamente el pago de la legítima en metálico, ni existe en él una regla general prohibitiva de tal posibilidad.

El Código civil no ha recogido los precedentes del Derecho patrio en punto a pago de la legítima; por otro lado, no parece justificado que el testador sólo pueda dejar metálico a un legitimario si lo hay en la herencia, con lo cual se hace depender la eficacia de la disposición de una circunstancia aleatoria, muchas veces difícil de prever cuando el testamento se otorga. Y si se plantea el problema en punto a garantías del legitimario, cree Cámara que cualesquiera que sean las garantías que el legislador haya querido conferir al legitimario éstas son compatibles con el pago de la legítima en metálico. Efectivamente, el artículo 806 no defiere, directamente, al legitimario una cuota de la herencia, sino que sólo reserva a su favor una parte alicuota del patrimonio hereditario líquido, lo que no quiere decir que con esta afirmación quede exento de garantías, pues tiene éstas:

— La partición no puede realizarse sin su consentimiento, hasta quedar completamente pagado de su haber, pudiendo en todo caso promover el juicio de testamentaria. A través de la clásica acción de suplemento, artículo 815 C. c., puede reclamar la cuota reservada si los bienes que el testador le deja en sustitución de la cuota no existen, no son suficientes, no se le satisfacen o no son aptos para pagar la legítima. Hasta tal punto que afirma Cámara que las enajenaciones de bienes hereditarios intentadas por los herederos, sin

contar con el legitimario, son actos impugnables que, por tanto, no deben formalizarse en escritura pública (art. 45 del Reglamento Notarial), ni inscribirse en el Registro de la Propiedad.

— Frente a la partición, el legitimario tiene acción para impugnarla cuando no ha sido pagado de su haber. Si ha sido practicada por los herederos tendrá el recurso de la rescisión por lesión en el caso de errónea valoración de los bienes relictos, aun a pesar de la dicción literal del artículo 1.080 C. c. (como han reconocido la sentencia de 5 de febrero de 1918 y resolución de 5 de septiembre de 1896), la partición practicada sin la intervención de un heredero es nula. Si la partición es judicial, los contadores partidores no pueden adjudicar todos los bienes de la herencia a los herederos, con la simple obligación por parte de éstos de pagar al legitimario lo que le corresponda. Si se tratare de una partición extrajudicial realizada por contadores partidores se debe examinar qué facultades tienen en el punto que nos interesa y a este respecto no cabe duda que carecen de potestad para adjudicar metálico no hereditario a un heredero forzoso. Ahora bien, debiendo pagar los albaceas a algún legitimario su legítima en metálico y no habiéndolo en la herencia, ¿pueden enajenar bienes hereditarios? No cabe duda de que la contestación afirmativa se impone. Pero entonces, ¿necesitarán la intervención en el acto dispositivo de los legitimarios? Aunque Cámara discrepa del criterio de la Resolución de 19 de julio de 1952, que declaró no inscribibles tales enajenaciones hechas sin el concurso de los legitimarios, cree que siendo herederos los legitimarios y dudándose de si podrá lastimarse su derecho o sufrir algún perjuicio con la enajenación deberán concurrir a ésta con el albacea, pues esta regla práctica se impone al entender que la impugnación sólo es posible cuando los herederos forzosos demuestren que la enajenación perjudicó su legítima. Finalmente, si la partición fue practicada por el propio testador, estima que tiene facultades para atribuir la legítima con dinero extrahereditario en todo caso y no sólo en el supuesto del artículo 1.056, párrafo segundo, del C. c., porque de otro modo no se explicaría bien la relación de este precepto con los 829 y 1.040, también del C. c. Estima Cámara aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria al Derecho común para el caso del párrafo segundo del artículo 1.056 C. c., puesto que se dan los requisitos o presupuestos de aplicación de este precepto, o sean: tratarse de

legitimarios de parte alicuota, hallarse el heredero autorizado para pagar las legítimas en metálico y no poder el legitimario promover el juicio de testamentaria, pues habiendo realizado la partición el testador no cabe que plantee dicho juicio.

Ahora bien, que el legitimario pueda recibir en metálico su legítima por haberlo así dispuesto el testador, no quiere decir que en todo caso haya de ser calculada en función del valor que los bienes hereditarios tengan al momento del fallecimiento del testador; existe el riesgo de una desvalorización monetaria en los supuestos en que sea dilatado el tiempo de duración de la liquidación de la herencia, por lo que habrá de estarse al valor que tenga la cuota cuando los herederos ejerciten esa facultad de pagar en metálico la legítima y la paguen, es decir, cuando se liquide la herencia.

Resulta, pues, que no hay obstáculos, a juicio de Cámara, para admitir el pago de la legítima en metálico extrahereditario en el régimen del Código civil, a pesar de que la doctrina opine lo contrario. No es obstáculo a ello el artículo 806 C. c., pues éste no es incompatible con la posibilidad de que el testador sustituya la cuota reservada por un legado de suma determinada, y por otro lado hay dos preceptos del mismo C. c. en que el pago en metálico de la legítima se funda en la voluntad testamentaria, como son los artículos 829 y párrafo segundo del 1.056, a que después nos referiremos. Finalmente, tampoco es obstáculo a tal tesis la sentencia de 28 de mayo de 1958, que aunque acepta la tesis de la doctrina dominante, los razonamientos en que se funda para llegar al fallo dice el autor que no resisten la más ligera crítica.

El artículo 829 C. c. tiene su origen en la Ley 19 de Toro, y aunque la doctrina española estima que tiene carácter excepcional no justifican esta afirmación, que le parece al autor poco fundada. La reducción «ad valorem» que prevé este precepto se establece exclusivamente para respetar o cumplir mejor la voluntad del testador. El análisis de la norma, hecho sin prejuicios ni preconceptos, demuestra que aquella facultad es reflejo de una posibilidad que la Ley no acepta ni rechaza con carácter general, pero que de suyo es susceptible de más amplios desenvolvimientos. Por aplicación indirecta de este artículo 829 resultará que cuando la mejora o mejoras de bienes determinados dispuestas por el testador agoten toda la herencia, los legitimarios no mejorados vendrán obligados a percibir

su legítima en metálico. No hay razón para estimar que el criterio que establece el artículo 829 con respecto a los hijos y descendientes no se extienda a otros legitimarios (ascendientes, por ejemplo), pues en todo caso este precepto puede encajar dentro del más general supuesto contemplado por el párrafo segundo del artículo 821 C. c.

El párrafo segundo del artículo 1.056 C. c. carece de antecedentes en nuestro Derecho. De él se ha querido hacer la base fundamental de los que niegan la posibilidad de la legítima en dinero. La doctrina dominante piensa que el supuesto que contempla es que en la masa hereditaria no existen más bienes que la explotación y que frente a él, el artículo 829 C. c. debe quedar en la penumbra. Cámara afirma que ese artículo 1.056 no es obstáculo a su tesis de la posibilidad del pago de la legítima en metálico y que no existe contradicción entre tal precepto y el 829 C. c., y que de existir deberá prevalecer este precepto sobre aquél, por ser más amplio, menos excepcional, aun en el caso de que se admitiera que supone una excepción al sistema legítimo.

Para concluir su estudio, Cámara examina los siguientes supuestos de pago en metálico dispuestos por la Ley al margen o con independencia de la voluntad del testador: 1) el artículo 821, que estima aplicable a cualquier caso de legado inoficioso que consista en un bien indivisible o de incómoda división; 2) el artículo 839 C. c., del que conviene aclarar que concede una facultad a los herederos; que el «mutuo acuerdo» que exige o la decisión judicial en su defecto no se precisan para decidir la forma de pago, pero sí para la ejecución del procedimiento solutorio elegido; que la conmutación establecida por el causante es vinculante para el cónyuge, aunque no es tan claro que lo sea para los herederos (herederos no sólo, como quiere algún autor, hijos y descendientes del testador); y no cabe duda de que el causante puede prohibir la conmutación; 3) el segundo párrafo del artículo 840 C. c., que no debe entrar en función si el testador ha hecho por sí mismo la partición de sus bienes y señalado los que deben percibir los hijos naturales en pago de su cuota, o ha legado, en sustitución de la legítima de aquéllos, bienes específicos de su patrimonio, los hijos naturales, en tanto en cuanto las disposiciones testamentarias no sean inoficiosas, acreditarán derecho a dichos bienes.

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL: *Derecho de Cosas*, por Manuel Albaladejo. (Barcelona, 1964; un volumen de 615 páginas.)

Se publica este Manual del profesor Albaladejo bajo los auspicios del Real Colegio Mayor de San Clemente, de los españoles en Bolo-nia, y dentro de la colección de estudios jurídicos «studia alborno-tiana», que dirige Evelio Verdura. Comprende siete capítulos, señá-lados con los números 21 al 27, de los cuales vamos a destacar los puntos que consideramos más interesantes.

El capítulo primero del libro (señalado con el número 21) lo de-dica el autor al estudio del Derecho real en general, abordando el problema de su distinción del derecho de crédito, que si bien en la mayoría de los casos es neta y clara, no deja a veces de ofrecer difi-cultades, sobre todo en lo que al aspecto externo de la relación jurí-dica se refiere (piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento y el usu-fructo). Se inclina francamente por la tesis del «numerus apertus» y critica la Resolución de 21 de diciembre de 1943, que sostuvo la tesis contraria, como más conveniente para facilitar la función cali-ficadora del Registrador, argumento éste que nunca debió ser esgri-mido.

Seguidamente se ocupa de la posesión, palabra que encierra dos acepciones: hecho y derecho. La posesión, nos dice el autor, es un poder de hecho y un hecho (el hecho de ostentar tal poder), el que tenga efectos jurídicos, no hace de ella un derecho, sino un hecho jurídico (con lo que se aparta de la teoría de Savigny); pero, a la vez, por razones de conveniencia práctica, ciertas situaciones que no son de poder de hecho producen iguales efectos que éste, y como en ellas el poder que tiene la persona sobre la cosa no consiste en una dominación efectiva, sino sólo en el señorío que le concede la Ley, puede decirse que son casos de posesión como derecho. Estudia a continuación las diversas clases de posesión, así como los modos de adquisición y pérdida, su protección y efectos.

En el capítulo veintitrés de la obra hace un examen general del ciclo de vida de los derechos reales, desde su nacimiento a su extin-ción. Analiza brevemente los diversos sistemas históricos en orden a su adquisición y los modos de adquirir, especialmente la tradición y usucapión, sin olvidar sus interesantes conexiones con el Registro

de la Propiedad. A los clásicos modos de adquirir, apuntados por el Código civil y la doctrina, añade: «la separación de partes del cuerpo humano, si no choca con el Ordenamiento jurídico, la adquisición sobre ellas de un derecho patrimonial (por ej., sangre que se extrae). A nuestro juicio, esta pintoresca forma de adquisición que señala el profesor Albaladejo carece de entidad propia y sería más lógico subsumirla en uno de los modos clásicos (tradicción precedida de contrato, que bien puede ser el de donación). Acoge dos medios de publicidad de los derechos reales: posesión y Registro, aquélla para los muebles y éste para los inmuebles.

En el detalladísimo y meritorio estudio que hace en el capítulo siguiente sobre el derecho de propiedad se detiene especialmente en el análisis de sus limitaciones, distinguiendo entre límites al poder del propietario y limitaciones propiamente dichas. Los primeros constituyen el régimen ordinario de restricciones a que está sometido el poder del dueño, delimitando la extensión normal de ese poder. Las segundas reducen en casos singulares el poder que normalmente tiene el dueño sobre la cosa. Son límites de la propiedad, las que el Código civil califica impropiaemente de servidumbres de utilidad pública, las relaciones de vecindad, la medianería y los derechos reales de adquisición establecidos directamente por la Ley (tanteos y retractos legales). Son limitaciones todos los derechos reales no establecidos directamente por la Ley, las llamadas servidumbres administrativas y las prohibiciones de enajenar. Estudia también en este extenso capítulo la ocupación, accesión, la protección del derecho de propiedad mediante los diversos tipos de acciones; los problemas que plantea la pluralidad de propietarios y las llamadas propiedades especiales.

Entre los derechos reales de goce, a cuyo estudio dedica el capítulo veinticinco, incluye en primer lugar el usufructo, distinguiendo las relaciones obligatorias que nacen del derecho real y las que nacen del acto constitutivo de éste. Se trata, a su juicio, de un derecho perfectamente transmisible, tanto «inter vivos» como «mortis causa». El uso y la habitación, las servidumbres y la «enfitéusis» merecen también, dentro de este capítulo, la atención del autor, así como la arcaica figura del censo, derecho real de goce en cosa ajena, si bien con muchas salvedades. Concluye este capítulo con la sugestiva figura del derecho de superficie.

Al estudiar los derechos reales de garantía (capítulo veintiséis) dedica, como es lógico, especial atención a la hipoteca, entrando con minuciosidad en todos sus detalles, a la luz de los textos legales.

Por fin, el último capítulo está reservado a los derechos reales de adquisición, o sea, aquellos, dice el autor, que facultan a su titular para convertirse en propietario de la cosa sobre que recaen, razón por la que también pueden calificarse de pretensiones de transmisión o poderes encaminados a obtener ésta. Distingue dentro de ellos los de origen legal y voluntario, analizando sus tres típicas manifestaciones: tanteo, retracto y opción.

En suma, una obra clara, sencilla y muy sistemática, que de seguro ha de ser bien recibida en el terreno pedagógico, al que indudablemente va destinada.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

Comentarios a la Ley de Reforma del Sistema Tributario. Inspección General del Ministerio de Hacienda. Madrid, 1965. Un volumen de 708 páginas.

La Inspección General del Ministerio de Hacienda ha publicado estos *Comentarios a la Ley de Reforma del Sistema Tributario* y tiene la obra como objeto principal, según dice su prólogo, «aumentar la información de nuestros funcionarios acerca de la nueva configuración del Sistema Tributario español».

Se divide la obra en cuatro partes. La primera trata de los antecedentes y fundamentos y en ella se incluye el Memorándum sobre la reforma del Sistema Tributario español, remitido por el Gobierno a consulta de diversos Organismos.

Los discursos pronunciados en las Cortes por el Excmo. Sr. Ministro de Hacienda y el Excmo. Sr. Subsecretario del mismo Departamento, y el Preámbulo de la Ley de Reforma del Sistema Tributario.

La segunda parte trata del significado económico, social y jurídico de la Ley de Reforma del Sistema Tributario. Se incluyen aquí cuatro trabajos, que tratan de: «La fundamentación económica de la reforma tributaria», a cargo de don Juan Carlos de Ory Aranaz; «El nuevo sistema tributario y la política social», por don Rafael

Acosta España; «El sistema fiscal español y la política de educación», por don Ricardo Pedreira Pérez; y «Las nuevas estructuras tributarias», por don César Albiñana García-Quintana.

La tercera parte, titulada «Estudio analítico de la reforma del Sistema Tributario», estudia por separado, en forma de monografías breves y comentarios, cada uno de los Impuestos. Son títulos de los trabajos y autores los siguientes: «Objetivos de la reforma fiscal en la imposición directa», por don Francisco Merino Guinea; «La contribución territorial rústica y urbana después de la reforma», por don Rafael Gómez-Aparici Pajares; «Aspectos técnicos en la nueva ordenación de la Contribución Urbana», por don Mariano Gomá Pujada; «El Impuesto sobre los rendimientos del trabajo personal después de la reforma del Sistema Tributario», por don Bernardo Revuelta García; «El Impuesto sobre las rentas del capital», por don José Rubio y Albarracín; «La licencia fiscal del Impuesto industrial en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Ramón Drake Drake; «La determinación de bases impositivas en régimen de evaluación global del Impuesto industrial, cuota de beneficios como tipo de estimación objetiva de bases», por don Juan Barrio de Frutos; «Esquema general del Impuesto sobre la renta de sociedades y demás entidades jurídicas», por don Francisco Ramírez González; «Fondo de previsión de inversiones y regímenes especiales de amortización», por don Julio Monedero y Carrillo de Albornoz; «El gravamen de los beneficios de las personas jurídicas en el Ordenamiento positivo español y la doble imposición internacional», por don Manuel Rozas Zornoza; «El Impuesto general sobre la renta de las personas físicas», por don Alfonso Gota Losada; «Inserción de los impuestos de productos en los generales sobre la renta», por don Joaquín Casanovas Ogué; «El antiguo Impuesto de derechos reales y los nuevos Impuestos generales sobre Sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados», por don Luis Peralta España; «El Impuesto general sobre las Sucesiones», por don José María Tejera Victory; «El Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (Estudio general)», por don Armando de las Alas-Pumaríño Cima; «El Impuesto general sobre transmisiones y actos jurídicos documentados (aumento de valor de las fincas rústicas y urbanas)», por don José Martínez Agulló, Marqués de Vivel; «El Impuesto general sobre transmisiones

y sobre actos jurídicos documentados (actos jurídicos documentados)», por don Leopoldo López-Chaves Sánchez; «El Impuesto general sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (grandezas, títulos, honores y condecoraciones)», por don José Antonio González Bueno; «La imposición indirecta en el ámbito de un verdadero sistema fiscal», por don Félix Ruz Bergamín; «El Impuesto general sobre el tráfico de las empresas», por don José López Berenguer; «Los Impuestos sobre el lujo en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Gonzalo Ferré Sempere y don José Luis Correas García; «Los Impuestos especiales en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Angel Gregori Malet; «Las Tasas fiscales», por don José López Berenguer; «Los tributos parafiscales», por el mismo autor; «El Timbre del Estado como medio de recaudación en la Ley General Tributaria y en la Ley de Reforma del Sistema Tributario», por don Francisco Guijarro Arriazabalaga; «La incidencia de la Ley de Reforma del Sistema Tributario sobre los gravámenes exigibles en las Aduanas», por don Víctor Castro Sanmartín; «Reestructuración de los gravámenes exigibles en las Aduanas», por don Manuel García Comas.

Por fin, la última parte trata de otros aspectos de la Ley de Reforma del Sistema Tributario. En ella han colaborado don Carlos Cubillo Valverde, con un trabajo sobre «Nuevas normas sobre regularización de balances»; don José M.^a Fernández Pirla, sobre «Concentración de empresas y actividades económicas»; don Antonio Saura Pacheco, sobre «Trascendencia de la Reforma Tributaria en la imposición local española»; don Juan José Perulles Bassas, sobre «Reforma del Sistema Tributario y los Jurados»; y don Fernando Ximénez Soterías, sobre «Sistemas Fiscales extranjeros».

S. DE F.

El caso fortuito y la fuerza mayor, por Francisco Soto Nieto. (Ediciones Nauta. Barcelona, 1965.)

Si el hombre está obligado a todo aquello a que quiso comprometerse no debe estarlo a nada que se realice en contra de su voluntad. Este ha de ser, nos dice el autor, el punto de partida para el estudio del «caso fortuito» y la «fuerza mayor», estudio que inicia con los

rasgos definidores que contornean la noción de ambas figuras y de las diferencias que a la luz de la jurisprudencia y la doctrina las separan. Ni la doctrina negativa de la inexistencia de culpa, ni la positiva de la imprevisibilidad o inevitabilidad de los hechos son capaces por sí solas de ofrecernos un concepto adecuado del «caso fortuito» y la «fuerza mayor», dado que los dos aspectos negativo y positivo, subjetivo y objetivo se complementan y yuxtaponen en uno y otra. Sin tomar partido, resume las diversas teorías formuladas en torno a su distinción, cuestión ésta que no deja de tener interés, pues la legislación positiva alude en ocasiones al efecto exculpatorio de uno de los dos eventos con exclusión del otro.

Analiza a continuación las condiciones o requisitos que han de concurrir para que el «caso fortuito» y la «fuerza mayor» tengan virtud de exoneración: hechos imprevisibles o previstos, pero inevitables; imposibilidad de cumplimiento; inimputabilidad del obligado; y finalmente realización por la parte obligada de actos que eviten la agravación de los efectos del evento fortuito. En forma casuística y muy detallada recoge aquí los numerosos supuestos considerados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llegando a la conclusión de que la extinción de la relación obligatoria y consiguiente liberación del deudor sólo puede tener lugar cuando concurre la más absoluta inimputabilidad en el mismo.

La segunda parte de su estudio está dedicada por el autor a determinar los efectos característicos del caso fortuito y la fuerza mayor; y el alcance de la exoneración de responsabilidad, que se predica como reflejo inmediato de aquellos acaecimientos. La llamada doctrina de los riesgos en los contratos sinalagmáticos, ocupa dentro de ella una atención preferente, dado el apasionante interés que por sus repercusiones prácticas despierta en la doctrina. Si el deudor experimenta un daño que le priva de la cosa debida y el acreedor ha de satisfacer a pesar de ello el precio, quedará afectado doblemente, porque a la frustración del objeto que aguardaba habrá que añadir un cercenamiento de su patrimonio («casus sentit creditor»). Por el contrario, si eximimos al acreedor de entregar el precio, todos los riesgos vendrán a darse cita en el patrimonio del deudor («casus sentit debitor»). Y es que, como dice el autor, son dos cosas distintas el riesgo de la cosa y el riesgo del contrato. El primero es fácilmente determinable atendiendo al vínculo domini-

cal; el segundo, en cambio, encierra toda la enjundia del problema. La clave de todas las dificultades radica en la fijación del momento en que la carga de los riesgos debe desplazarse de uno a otro contratante. Estudia este interesante problema en los Códigos Civil y de Comercio, circunscribiéndolo a la compraventa, como prototipo entre los contratos sinalagmáticos y onerosos.

Añade finalmente diversos supuestos de enunciación legal, tanto en el área civil como en la mercantil, de exoneración de responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, con determinación de la carga de los riesgos.

Sendos índices de jurisprudencia y legislativo facilitan el manejo de esta obra, esencialmente práctica, en la que el autor, sin abandonar intentos de elaboración teórica, se preocupa con minuciosidad de recoger las soluciones concretas aportadas por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

Apuntes de Derecho inmobiliario registral, Madrid, 1963-1964, 2 tomos. Autores: CHICO ORTIZ, J. M., y BONILLA ENCINA, J. F.

La dificultad que de por sí encierra cualquier intento de crítica constructiva de una obra de Derecho se incrementa notablemente, si como en el presente caso, el amplio campo sobre el que versa—Derecho inmobiliario registral—se encuentra ya plenamente desarrollado por las aportaciones de nuestros mejores juristas.

Intentaremos por ello su examen, atendiendo a dos aspectos siempre esenciales:

- Nuevas aportaciones que los autores hayan realizado al desarrollo de las Instituciones propias de la materia, y
- Finalidad y utilidad de su publicación.

Al primer aspecto, podrían aplicársele las palabras consignadas en la Exposición de Motivos de la Ley de 1909: «No es esencialmente reformadora ni innovadora»; sin embargo, ello no obsta a que por su elevado rigor científico y sistemático se hagan acreedores estos «Apuntes» a la consideración de muy completo, detallado y actuali-

zando estudio de conjunto de nuestro sistema inmobiliario registral.

Por ajustarse al vigente programa de ingreso al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, se dividen, al igual que éste, en tres partes; todas ellas englobadas bajo la denominación de Derecho inmobiliario registral, que es de desear prevalezca frente a la restringida y menos adecuada acepción de Derecho hipotecario.

En la parte primera, y siguiendo el orden del citado cuestionario, se condensa lo relativo a la institución registral, sistemas registrales, principios hipotecarios, desarrollándose, con gran claridad y profusión de doctrinas, las cuestiones suscitadas por los elementos personales de la relación jurídica registral: titular registral y tercero, por sus elementos reales: finca y derechos reales inscribibles, por sus elementos formales: título inscribible y asientos; destaca igualmente el detenido estudio de los problemas suscitados en torno a la deseada concordancia entre la base física de las fincas—Catastro—y la base jurídica de las mismas—Registro—, así como los relativos a la concordancia jurídica entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral y medios para lograrla.

Constituye un acierto el acogerse a la reciente doctrina, que desarrolla la publicidad, en relación con los antitéticos principios de la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico; que diferencia, lo que se inscribe—el título—, de lo que se publica—el Derecho—, y el determinar a través de esta publicidad la eficacia defensiva y ofensiva de la inscripción y sus consecuencias fundamentales en nuestro sistema de Registro.

En la segunda parte, destinada al proceso de registración en particular, inscripciones especiales, anotaciones preventivas, cancelaciones, notas marginales, destaca el desarrollo doctrinal de las reformas introducidas últimamente en nuestra legislación con la sintetización de las diferentes posiciones que respecto a ellas se han producido así en materia de adquisiciones por mujer casada, tanto en el régimen común como en el foral, derecho de retorno, de superficie, de elevar o profundizar, la nueva regulación de foros, subforos y censos, el posible reflejo registral del contrato sucesorio del hijo adoptivo, el régimen de minas, montes, etc.

En la tercera parte se examinan las diversas clases de hipoteca inmobiliaria y mobiliaria bajo el signo de la inscripción constitutiva, así como el aspecto orgánico y formal del Registro, finalizando la

obra con un Apéndice relativo a la materia del Registro Mercantil exigida por el programa de oposiciones.

El segundo aspecto reseñado: finalidad y utilidad de su publicación, es, a nuestro juicio, el más destacado de los *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, ya que presuponen éstos un trabajo serio y consciente de los autores, de trascendencia realmente positiva.

Su mérito principal estriba en analizar y refundir con gran criterio de síntesis no sólo las mejores y más valiosas aportaciones efectuadas en el campo inmobiliario registral, sino también la prolifera legislación relacionada con la materia—Leyes de Concentración Parcelaria, Unidades Mínimas de Cultivo, Montes, Ley del Suelo, Permutas Forzosas, Patrimonio Familiar, Explotaciones Familiares, Vivienda, Expropiación Forzosa, Propiedad Horizontal, etc.—; por consiguiente, aparte de ser una obra de consulta insustituible, representa una indudable ventaja para todos aquellos que pretendan ajustar esta rama del Derecho a las necesidades de tiempo y espacio indispensables en las contestaciones a cualquier programa determinado. Constituyen, a nuestro juicio, estos «Apuntes» un magnífico resumen de nuestro Derecho inmobiliario registral, bastando por sí sola esta labor sistematizadora y compendiadora para mostrar la verdadera valía de dos estudiosos del Derecho y lo injusto de su tardío reconocimiento como tales.

EUGENIO FERNÁNDEZ CAVALEIRO.