

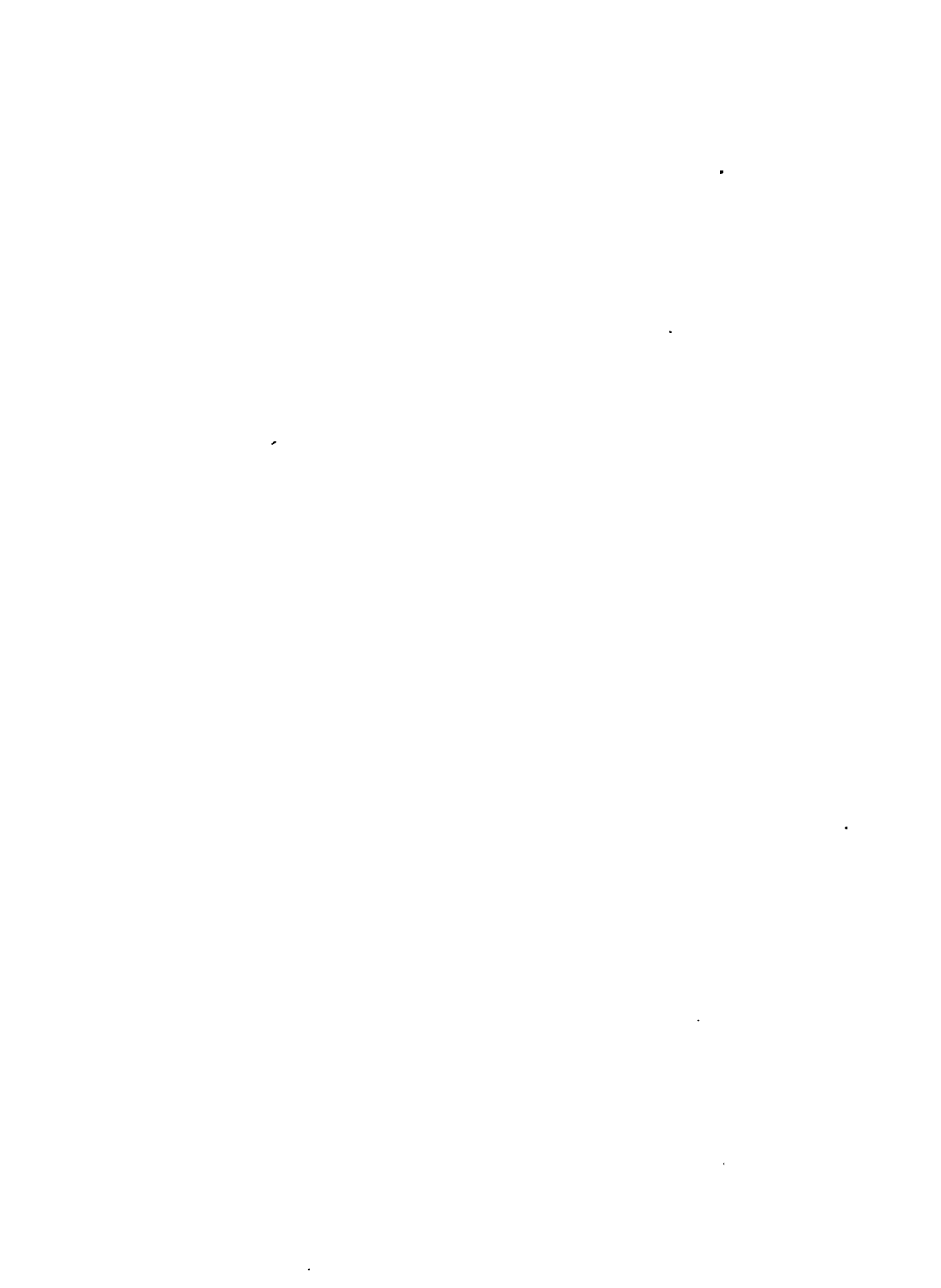
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIX ◉ Noviembre-Diciembre 1983 ◉ Núm. 559



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Carifianos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

	<i><u>Págs.</u></i>
ESTUDIOS:	
«El régimen de participación en el Derecho español», por ELADIO BALLESTER GINER	1375
«La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil», por M. ^a CONSUELO RIBERA PONT	1413
«Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio», por TOMÁS RAMOS OREA	1435
ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO:	
«La navegación de los ríos internacionales, con especial referencia a Venezuela», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	1453
NOTAS:	
«¿Subsiste tras la reforma del Código Civil el usufructo viudal en la sucesión abintestato?», por FRANCISCO GARCÍA SERRANO	1511
«Los trabajos y los días de un pasante letrado en Madrid, hacia 1756», por ANTONIO RISCO	1517
VIDA JURIDICA:	
«XI Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (una comunicación y una crónica). Sistemas de valores y estructuras jurídicas», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	1531
«El proceso de adaptación constitucional del Derecho Civil de las Islas Baleares». Comunicación a las Jornadas de Derecho aragonés (la adaptación constitucional del Derecho aragonés) en Jaca los días 2, 3 y 4 de septiembre de 1983, por JOSÉ CERDÁ GIMENO	1539
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y sentencias:	
1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS	1567

II. Sentencia del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ 1591

LIBROS:

- «La scienza del Diritto Agrario e il problema dell'oggetto», de ANTONIO CARROZA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1609
- «La actividad de la Administración», de J. M. DE LA CUÉTARA, por MANUEL MEDINA DE LEMUS 1614
- «El negocio jurídico», de J. A. DORAL y M. A. DEL ARCO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ 1621
- «Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra», de MARIANO PESET, por PILAR MANCEBO 1624
- «Las fundaciones en la Constitución Española», de F. RICO PÉREZ, por JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ 1627

ESTUDIOS

El régimen de participación en el Derecho español

SUMARIO: I. *Sistemas Matrimoniales*.—II. *Sistemas Mixtos*.—III. *Sistemas de Participación*.—IV. *Sistemas de Participación en el Derecho español*.—V. *Concepto y caracteres*.—VI. A) *Nacimiento*. B) *Patrimonio Inicial*.—VII. *Funcionamiento*. VIII. A) *Extinción*. B) *Patrimonio Final*.—IX. *Liquidación*.—X. *Cálculo del crédito de nivelación*.—XI. *Pago del crédito de participación*.—XII. *Conclusión*.—XIII. *Bibliografía*.

En el año 1980, cuando la Ley de 13 de mayo de 1981 era solamente un proyecto, escribí un ensayo sobre el régimen de participación que tuvo, por la novedad del tema, una favorable acogida.

No tenía intención de volver de nuevo a mi minimonografía o folleto, como lo calificó con cierto gracejo el ilustre profesor y publicista LACRUZ. Animado por unos amigos he decidido convertir mi ensayo en un concierto, escuchado por Díez PICAZO, que lo califica de estimable y apto para su publicación, que me mueve una vez más a asomarme a las páginas de esta Revista.

I. SISTEMAS MATRIMONIALES

Los fines del matrimonio, como señalaba el canon 1.013 del Código de Derecho Canónico (año 1917), recientemente derogado, se clasificaban en primarios (*procreatio atque educatio prolis*) y secundarios (*mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*), por tanto, de carácter extrapatrimonial, constitutivos de la unidad espiritual que debe presidir los matrimonios. Por influencia de algunos canonistas (LECLERO) y la postura de la mayoría de los teólogos que intervinieron en el Concilio Vaticano II se convino posteriormente que fuera redactado el *Schema novi iuris matrimonialis* (Roma, 1975), destinando a esta disciplina los cánones 242 al 361. En este proyecto se suprime la vieja distinción anteriormente apuntada, aunque el espíritu se mantiene en el canon 298, indicándoles

a los cónyuges que van a contraer matrimonio que éste es *consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua corporali, procreandam*. Hoy el canon 1.096 del nuevo Código de Derecho Canónico de Juan Pablo II recoge literalmente lo expuesto.

Del matrimonio, sin embargo, nacen otras realidades económicas y jurídicas que justifican la necesidad de una organización para determinar cómo deben ser satisfechas las cargas y gastos que se derivan de la citada comunidad. Así nacen los distintos regímenes económicos que constituyen con el matrimonio una unidad inescindible.

Es difícil, como apunta SIMO SANTONJA, clasificar unitariamente las múltiples manifestaciones de los sistemas económico-matrimoniales. La doctrina suele partir de distintas bases, siendo muy conocida la clasificación de CASTÁN TOBEÑAS, que atiende al origen (convencionales y supletorios) y a sus efectos, tomando como baremo la liquidación.

Esta vieja clasificación tuvo gran importancia porque el pensamiento del autor fue, sin duda, poner de manifiesto los distintos regímenes existentes en nuestra Patria, en una época en que todavía no habían sido publicadas las Compilaciones forales, encajando cada uno de éstos dentro de los sistemas de separación o de comunidad, absolutas y relativas, peanas en las que descansa su clasificación.

Apoyándonos en ella esbozaremos un problema peculiar de nuestra legislación, que consiste en determinar, por la coexistencia de la sociedad de gananciales con otros regímenes forales, el sistema que se deberá aplicar cuando el matrimonio se celebra entre un español aforado y una súbdita extranjera.

El punto de arranque se encuentra en la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1965. Se había celebrado en Tánger un matrimonio entre mallorquín y una súbdita norteamericana, declarado nulo por nuestro más Alto Tribunal, debiendo calificar la naturaleza de una casa adquirida constante matrimonio. La sentencia, en su penúltimo considerando, aplica el régimen mallorquín de separación absoluta de bienes (art. 3.º, 2, de la Compilación de Baleares de 19 de abril de 1961), aunque por no probarse la privatividad del dinero estimó que el bien pertenecía al matrimonio, conforme al mismo artículo en su párrafo 3.

Esta sentencia fue objeto de críticas de ambos signos, siendo el máximo representante de la línea favorable el profesor MIAJA DE LA MUELA, que sostuvo «que si una interpretación literal del artículo 1.325 (1) con-

(1) Artículo 1.325: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera..., y nada declarasen o estipulasen los contrayentes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales...».

duciría a la aplicabilidad de la sociedad de gananciales, cuando el marido esté sujeto no al Código Civil, sino a un Derecho foral, 'la solución lógica' cuando el varón sea aforado es su fuero el que debe regular el régimen matrimonial».

Tras la reforma del título preliminar del Código Civil el 17 de marzo de 1974, el argumento lógico de MIAJA se convertirá en legal si alegamos como razonamientos en cascada los siguientes preceptos:

Artículo 9.º, párrafo 3: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales. El cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional.»

Habrà, por lo tanto, que acudir a la ley que regula las relaciones personales; en este sentido, el artículo 9.º, párrafo 1, que dice que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad...»

Esta ley personal para resolver los conflictos internacionales será la ley determinada por la vecindad civil (art. 16, 1), en concordancia con el artículo 12, que en su regla 1.ª determina que la calificación para encontrar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

A estos argumentos legales habrá que añadir otro posterior, cuando por Ley de 2 de mayo de 1975 se redacta el artículo 21, que establece que el matrimonio por sí solo no modifica la nacionalidad de los cónyuges, precepto de enorme importancia al no adquirir la súbdita que contrae matrimonio con español nuestra nacionalidad.

Por tanto, los artículos transcritos son perfectamente aplicables al caso que nos ocupa, porque al no adquirir la extranjera la nacionalidad española el problema se enmarca dentro del Derecho internacional privado, y éstas son las normas que tratan de resolver los conflictos de esta índole

La extranjera, por tanto, si se casa con un español, así como en otros países le bastará que conozca la nacionalidad de su esposo, en el nuestro debe de conocer la vecindad civil del mismo, ya que si no otorga capitulaciones matrimoniales se puede ver sorprendida por un régimen distinto de la sociedad de gananciales.

Esta solución legal no nos convence en absoluto, porque rompe el principio de igualdad que preside el matrimonio, sin que deba tener preferencia ninguna ley nacional o personal del esposo, tan digna de tenerse en cuenta como la ley nacional de la esposa. Por ello sería más lógico

buscar nuevos puntos de conexión que podrían ser, en defecto de pacto u opción, la residencia habitual que los cónyuges deben de fijar tras la celebración del matrimonio y, en último término, la ley donde el matrimonio se hubiera celebrado o contraído.

Reviste mayor novedad la clasificación francesa, que responde a un REGIMEN PRIMARIO, contraponiéndolo a los SECUNDARIOS, denominación que obedece a los trabajos realizados para elaborar la Ley 75/570, de 13 de julio de 1965, aceptada en la exposición de motivos de la citada ley, avalada por la totalidad de la doctrina científica, al frente CORNU y SAVATIER. Precisamente este autor calificó las disposiciones generales contenidas en los artículos 214 al 226 como «subestructura o estatuto fundamental de todo régimen económico», sin que por sí solo sirva para el gobierno de los cónyuges, que deben acogerse al sistema que estimen conveniente, salvo que quieran acoplarse al régimen legal supletorio. En la reforma de nuestro Código, antes citada, se introduce este sistema primario enmarcado en los artículos 1.315 a 1.324.

La clasificación que propusimos y seguimos manteniendo obedece a la triple clasificación de sistemas matrimoniales: forzosos, convencionales y supletorios.

a) El sistema forzoso se caracteriza por la inexistencia de capitulaciones matrimoniales, no jugando papel alguno el principio de la autonomía de la voluntad. El régimen se impone obligatoriamente, teniendo carácter inalterable; se aplica en el Código soviético de 1926, así como en todos los países satélites, incluido el Código chino (1 de mayo de 1950) y el cubano de Fidel Castro (8 de marzo de 1975), que responden a sistemas de tipo comunitario por su conocida filosofía.

b) El sistema convencional se caracteriza porque los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, pueden elegir libremente o «sin tasa» el régimen que estimen por conveniente: de comunidad o de separación, ambos con formas absolutas o relativas, o sistemas mixtos, combinación de los dos anteriores. Si el sistema es «cerrado» la elección sólo es posible dentro del *numerus clausus* que el legislador predetermina. Este es el caso de Chile (separación), Alemania Federal (separación o comunidad) o de Noruega (comunidad, separación, participación o indivisión).

c) Por último, el sistema supletorio tiene lugar cuando la ley, ante la pasividad de los cónyuges, que no han previsto el sistema de funcionamiento económico de su matrimonio, suple este vacío fijando un régimen subsidiario, de primer o segundo grado. La implantación legal es fruto casi siempre de una realidad cuajada a lo largo de la historia, aunque influyan en otras ocasiones factores sociales y económicos que justifican

alteraciones o cambios en los textos legales. En este sentido podemos citar las reformas modernas en muchos países a raíz de la segunda guerra mundial.

De todos los sistemas citados vamos a tratar únicamente de los llamados sistemas mixtos.

II. SISTEMAS MIXTOS

Todo sistema económico tiene unas reglas de liquidación que son consecuencia de sus reglas de funcionamiento. Cuando convencional o supletoriamente el funcionamiento y la liquidación sufren una desviación el sistema se denomina MIXTO, combinación de dos diferentes, dentro del mismo o de distinto grupo.

Antecedentes de estos sistemas los encontramos en el Ordenamiento jurídico español asomándose al Fuero de Baylío y al de Vizcaya de 1527. Damos por sentado que el primero se halla vigente en ciertos pueblos extremeños, cuya práctica consuetudinaria consiste en liquidar la sociedad de gananciales vigente durante el matrimonio por el sistema de la comunidad absoluta de bienes entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto (sentencia de 8 de febrero de 1982 y Resolución de 19 de agosto de 1914).

En cuanto al Fuero de Vizcaya, en virtud de la ley 1.^a del título XX, hoy artículo 49 de la vigente Compilación vizcaína de 30 de julio de 1959, en el régimen de comunicación universal, si a la disolución del matrimonio no quedaren hijos, la liquidación se verifica a través del sistema ganancial, recogiendo la vieja norma que «la mujer y el marido sale cada uno con lo que truxo y con la mitad de los mejoramientos». Ambos fueros, por tanto, son manifestaciones del sistema mixto, pero dentro del mismo contexto comunitario.

Los modernos sistemas mixtos tienen otro fundamento y punto de partida. El régimen inicial es siempre de separación absoluta de bienes. Su liquidación se ventila por las reglas de la comunidad diferida.

Resulta sugestivo el sistema de separación absoluta de bienes, de manera particular para la esposa, que ve compensada en parte las cargas maternas por un peculio propio que administra, usufructúa y dispone como si fuera soltera, sobre todo cuando en Europa, a partir de la Ley italiana de 1919, desaparece la licencia marital, propia, como dice MARTÍNEZ SARRIÓN, de países subdesarrollados. Con enorme retraso, como siempre, llegará a nuestro Derecho común, a través del artículo 49 de la Compilación catalana de 1960, la supresión de las limitaciones a la capacidad de la mujer casada (Ley 14/1975), el principio de igualdad entre

los esposos en la Constitución vigente y al Código, tras la reforma de 1981, en que se lee: «Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida» (art. 71) y «el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges» (artículo 62 ant.).

A pesar de ello las corrientes separatistas tan en boga en épocas pasadas se encuentran en franca crisis, porque, como apunta RENAULD, este sistema puede ser desfavorable cuando alguno de los cónyuges carece de fortuna personal o no ha podido trabajar durante la etapa matrimonial (amas de casa, incapacitados, situaciones de paro, etc.), que tendrá que sobrevivir cuando el matrimonio cesa por causa de muerte exclusivamente de la legítima que la ley le asigne en cada caso. Este es el fundamento, y no otro, de los cambios operados en los distintos países, buscando refugio en los viejos sistemas comunitarios o hacia formas de participación en las economías logradas durante el matrimonio.

A estos SISTEMAS MIXTOS se les conoce con distinta terminología; así, CORNU la califica de COMUNIDAD POSTUMA; BOULANGER, de COMUNIDAD RETROACTIVA; SIELEMANN, de COMUNIDAD DE AUMENTOS, y de COMUNIDAD DE BENEFICIOS, ZAJTAY. Nosotros en nuestro ensayo propusimos como terminología de estos sistemas el de COMUNIDAD DIFERIDA, que engloba las diversas ramificaciones que del sistema pueden surgir:

a) Liquidación universal, que atribuye al cónyuge sobre todo el patrimonio del otro un derecho de crédito de participación denominado derecho matrimonial (AVIO-OIKEUS) en el Código finlandés, el más representativo de este sistema.

b) Liquidación en ganancias, esto es, los beneficios netos de las masas de cada cónyuge, como sanciona el Código de Familia costarricense de 21 de diciembre de 1973, se reparten en la mitad del valor neto (artículo 41). Sigue este mismo régimen el vigente Código noruego de 25 de mayo del mismo año.

c) El sistema de participación, propio del BGB (Alemania Federal), a raíz de su reforma de 18 de junio de 1957, de carácter legal supletorio, del Código Civil francés y del español a raíz de las leyes complementarias de 13 de junio y 13 de mayo de 1965 y 1981, respectivamente, de los que tendremos ocasión de tratar en su momento oportuno, por la interdependencia que existe entre ellos.

Con PATARIN-MORIN este régimen se caracteriza «par l'indépendance des patrimoines des époux, par l'absence de toute masse commune pendant la durée du régime et par le droit de participer soit en argent, soit

en nature, lors de la dissolution du régime, á la valeur des biens dont s'accru le patrimoine du conjoint au cours du régime. En revanche, le régime dotal est supprimé».

El origen de los SISTEMAS MIXTOS es muy oscuro. Los continuadores de la obra fundamental de CASTÁN TOBEÑAS (GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho de Familia*, 9.^a ed.) se limitan a decir que «parece» tuvieron su origen en el Derecho consuetudinario húngaro. Critiqué esta afirmación por falta de fundamento, aunque conocemos el interesante trabajo publicado en la *Revista de Derecho Internacional Comparado* (año 1949) del jurista magiar ZAJTAY, que pone de manifiesto que en su país, a principios del siglo XVI, las clases campesinas gozaban de un régimen distinto (el mixto) al de las clases elevadas, tesis que ponen en tela de juicio otros autores, afirmando que las familias medievales centroeuropeas en aquella época vivían bajo el régimen comunitario. Lo que sí es cierto es que esta costumbre no se ha incorporado al Código húngaro vigente de 1974. Ni hay vestigio ni rastro alguno en los Códigos anteriores.

El origen habrá que buscarlo haciendo un examen comparativo entre los Códigos. Tras un detenido análisis del Derecho comparado, hemos llegado a la conclusión que el viejo Código de Costa Rica de 1888 y el vigente hondureño de 1 de marzo de 1906 fueron los primeros que de modo rudimentario ensayaron la combinación de los sistemas de separación y comunidad (2).

Trasladando el problema al Derecho europeo, a principios de siglo hubo deseos por parte de los juristas escandinavos de crear una legislación común para poder unificar su Derecho. A tal efecto, se formó un comité para elaborar una propuesta de ley, que tendría que ser ratificada por sus diferentes Parlamentos nacionales. Se propuso la creación de sistemas matrimoniales inspirados en la igualdad de los esposos, dejando a cada país (Suecia, Dinamarca, Islandia, Noruega y Finlandia) libertad absoluta para tomar el camino con arreglo a su idiosincrasia.

Los Códigos sueco de 11 de junio de 1920, danés de 18 de marzo de 1925 y noruego de 20 de mayo de 1927 establecieron su régimen legal en base a principios comunitarios; no así el finlandés de 13 de junio de 1929 (donde creemos nace el sistema mixto europeo), que articuló un régimen legal supletorio en el que cada cónyuge conserva la propiedad de todos los bienes que tiene antes de casarse y los que adquiera constante matrimonio (art. 34), teniendo cada cónyuge un derecho matrimonial so-

(2) Según MORIN, el Código de Colombia, cita que no resulta cierta, al implantarse el sistema mixto por Ley de 1932.

bre los bienes del otro cónyuge cuando se produce la disolución del matrimonio, tomando la mitad del valor total de los bienes de los mismos (artículo 35) (3).

III. SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN

Como apuntamos anteriormente, este régimen se aplica como legal en Alemania y como convencional en Francia y España. El primero de ellos se denomina *Zugewinnngemeinschaft*, «comunidad de ganancias», regulado ampliamente en los artículos 1.363 y siguientes.

Dice LACRUZ que este régimen de participación no parece haber tenido influencia decisiva en la redacción del proyecto español, y añade que cuando el mismo se disuelve por muerte de un cónyuge la regulación alemana es harto compleja.

Estamos de acuerdo en que la influencia no ha sido decisiva, pero sí relativa, si pensamos que nuestro sistema procede del Derecho francés, y éste, como afirma HAMIAUT, del Derecho alemán. En cuanto a la complejidad del mismo, no justifica la omisión de su estudio; al menos debemos señalar las líneas maestras del mismo.

A raíz de la derrota de Alemania en la segunda guerra mundial, la sociedad alemana tardó poco tiempo en mentalizarse de que la crisis económica sólo puede superarse con un esfuerzo común. El régimen matrimonial anterior, semejante al sistema dotal con bienes reservados, no encajaba con la transformación operada en el clásico matrimonio de «mujer en casa-mujer para la casa». Para premiar el esfuerzo común de los esposos sustituyó el legislador el régimen anterior por el de participación, calificado por DÖLLE como una comunidad de destino.

La Comisión jurídica del Bundestag elaboró el proyecto el 18 de diciembre de 1953, aceptado sin oposición, cuyo régimen, *Zugewinnngemeinschaft*, pasa a formar parte del BGB en los artículos citados.

Distingue este Código dos supuestos distintos de disolución del matrimonio: por causa de muerte o por motivos distintos, como nulidad, divorcio, contrato o decisión judicial anticipada.

En el primer caso, la liquidación del régimen en favor del sobreviviente, aunque hubiera obtenido la mayor ganancia, o incluso si el premuerto no incrementó su capacidad inicial, se traduce en un aumento de su porción hereditaria en una cuarta parte. Esta nivelación tácita o plus hereditario resulta muy difícil de justificar, como pone de manifiesto VAZ FERREIRA.

(3) PATARIN y otros se pronuncian a favor del Código sueco.

Si el cónyuge supérstite renuncia a la herencia recibirá la legítima sin el citado aumento, descargándose de la obligación de ocuparse de la formación de los hijos del premuerto y además, en la forma que a continuación exponemos, las ganancias pertinentes a las otras causas de disolución reseñadas.

La liquidación de esta comunidad especial, compuesta de dos masas en cada una de ellas, existe un patrimonio inicial (*Anfangvermögen*) y otro patrimonio final (*Endvermögen*), y se practica de la siguiente manera: deducidas en cada una de las ramas las deudas propias de los cónyuges, si hay beneficios se compensan y la mitad del neto obtenido se entrega al cónyuge que obtuvo el menor beneficio.

En Francia, el régimen de participación llamado «société d'acquêts» fue propuesto por primera vez en el año 1922 por HENRI CAPITANT, y diez años más tarde, con viva resistencia notarial, RENOULT presentó un nuevo proyecto al Senado que, como el anterior, no obtuvo su aprobación. Fue después de la liberación cuando el proyecto FOYER, entonces ministro de Justicia, se plasmó en la Ley de 13 de julio de 1965 vigente, de la que podemos resaltar los siguientes caracteres: unifica las causas de disolución, sin distinguir, como hace el BGB, entre la muerte y otros supuestos; calidad técnica en su articulado, por haber sido confiada su redacción al profesor CARBONNIER, y su carácter legal supletorio, por demasiado complicado y contrario a la tradición francesa (sesión plenaria de la reforma del Código Civil francés, año 1950), entrando en la propia legislación con carácter experimental. Así se pronuncia la exposición de motivos, que dice textualmente «al menos por cierto tiempo su lugar está en el banco de pruebas de los regímenes convencionales», afirmación ésta que puede confirmarse, según CORPECHOT, quien cita el proyecto de ley MARIGNE, depositado en el Senado, en el que se pide la supresión de su regulación legal (que no ha prosperado) y la encuesta realizada entre más de doscientos Notarios del país galo, que califican el régimen de teórico, incomprensible, escasamente realista y de difícil aplicación en caso de divorcio (GARRIDO PALMA).

Los artículos 1.569-1.581 regulan este régimen de participación. Salvo la métrica más corta en nuestro Código y algunas omisiones graves, pasan a nuestro sistema legal hasta tal punto que el profesor LACRUZ dice literalmente que «la versión francesa ha sido tenida 'muy en cuenta' por los autores de nuestro proyecto».

IV. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN. DERECHO ESPAÑOL

La reforma llevada a cabo el 13 de mayo de 1981 sobre «filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial» provocó la desaparición de figuras tan añejas como la dote, sistema dotal, parafernales, etc. Era necesario taponar los múltiples artículos desaparecidos, utilizando el método del desdoblamiento (antes de la reforma a los bienes gananciales se destinaban siete artículos; hoy, dieciséis, o sea del 1.346 al 1.361). Quedaban, sin embargo, numerosos agujeros sin cubrir. Aplicar el sistema del suprimido (*vide arts. 176-952-953*) de manera reiterada no hubiera sido especialmente correcto. Se pensó en buscar «algo» que pudiera resolver el problema. Hubiera sido una buena ocasión para modernizar nuestro Código, tipificando figuras vivas en la realidad social y en la mente de todos. Por desgracia, se buscó añadir un sistema convencional tan desconocido en la opinión pública que incluso en el propio foro pensaron que la figura que se implantaba tenía «carácter mercantil».

Dice LACRUZ que en la comisión de codificación encargada de redactar el proyecto del sistema algunos vocales solicitaron, él entre ellos, que fuera el régimen de participación el que se estableciera como legal, si bien en parte esta petición estaba motivada no por aversión al sistema tradicional de gananciales, sino precisamente por temor a que no pudiera funcionar dicho sistema... al romperse la tradición de la administración solidaria o conjunta de la comunidad.

No me explico por qué el citado profesor aragonés intenta justificar su voto en contra de nuestro sistema tradicional. Lo que hubiera sido lamentable es su desaparición, su sustitución por un régimen sin ningún arraigo histórico, totalmente desconocido por las personas que van a celebrar el matrimonio o por los que jurídicamente les podrían aconsejar.

Los artículos del proyecto (1.411 al 1.434), como puse de manifiesto en su momento oportuno, pasaron por ambas Cámaras sin objeción ni enmienda alguna, aprobados por el método de la «lectura rápida».

La exposición de motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981 intenta enunciar las razones que condujeron al legislador a recoger este sistema como legal supletorio. Su regulación aparece recogida en el libro IV, título I, capítulo V, artículos 1.411 al 1.434, como centrales, teniendo que agregar además otros preceptos dentro y fuera del Código (esfera registral) que iremos exponiendo cuando encajen con las materias que luego desarrollaremos.

V. CONCEPTO

No hay concepto legal de este régimen, limitándose el artículo 1.411 a decir que «en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo que dicho régimen haya estado vigente».

Agrega el artículo 1.413: «en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación las normas relativas al de separación de bienes».

Ello nos obliga a buscar un concepto doctrinal satisfactorio. Entresacamos como más interesantes los siguientes:

Para FERNÁNDEZ CABALEIRO es «hábil combinación de los sistemas de separación y comunidad sin ninguno de sus inconvenientes, que permite el amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de los cónyuges».

LACRUZ lo define como «tipo intermedio entre los regímenes de comunidad y de separación, siendo su finalidad el conjugar las ventajas del régimen de separación de bienes, caracterizado por la absoluta independencia de los cónyuges, con el régimen de comunidad de bienes, que se traduce en la solidaridad económica que debe regir en la relación patrimonial entre los esposos».

Nosotros propusimos como definición «régimen mixto de separación y comunidad que atribuye al cónyuge que haya obtenido la menor ganancia un crédito del valor neto libremente estipulado».

Caracteres

Los rasgos del régimen de participación que iremos analizando son, entre otros, los siguientes:

1) Tiene carácter legal supletorio, siendo las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes o después del matrimonio el origen de su nacimiento.

2) El régimen así pactado tiene a su vez como normas legales supletorias las reglas que gobiernan el régimen de separación de bienes.

3) Los cónyuges deben contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales en la cuantía que determinen por convenio o en proporción a sus respectivos recursos económicos.

4) Constituye una combinación del sistema de separación de bienes y del de comunidad, cuyo tránsito del uno al otro lo califica MORIN como un supuesto de metamorfosis jurídica.

5) Ninguno de los regímenes aludidos que sirven de soporte a este

régimen se acoplan a sus normas estrictas, al sufrir cada uno de ellos constantes desviaciones.

Así, en el régimen de separación de bienes no se puede concebir que por una mala administración o conducta, desorden en sus negocios, irregular o falsa contabilidad en los bienes propios, se pueda solicitar como medida de sanción la liquidación anticipada del régimen matrimonial.

Tampoco en el régimen citado, e incluso en los regímenes de comunidad, es posible intervenciones del otro cónyuge en las donaciones y demás actos que aquél pueda realizar.

Como estas injerencias tienen lugar en el régimen de separación de bienes, no dudamos en calificar la separación durante su funcionamiento de relativa y no absoluta.

En cuanto a la liquidación, los sistemas de comunidad se caracterizan por la adjudicación a cada uno de los cónyuges de bienes que constituyen o forman parte de la masa común. En el régimen de participación se opera con las ganancias netas que se traducen en la obtención de un valor o crédito dinerario en favor de uno de los cónyuges.

6) Para el perfecto funcionamiento de este régimen es necesario siempre jugar con valores reales. Aumentar el patrimonio inicial indebidamente o disminuir el patrimonio final, buscando obtener uno de los cónyuges menores ganancias para resultar titular del crédito de nivelación, supondría burlar el sistema que la ley debe tratar de impedir.

7) Por último, y en concordancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, toda ley que regule este sistema debe incorporar los medios de prueba para justificar la existencia real de ambos patrimonios inicial y final.

Estos medios a citar como preferentes serán, sin duda, el inventario público en las mismas capitulaciones o documentos privados firmados por ambos cónyuges. A falta de éstos se podrá acudir a otras pruebas escritas, como certificaciones registrales, títulos de adquisición, papeles privados, etc., e incluso a pruebas testificales cuando sea imposible presentar estos escritos.

En ausencia de prueba, el patrimonio inicial debe ser considerado como nulo, entendiendo esta nulidad no en cuanto al todo patrimonial, sino en relación con aquellos bienes cuyo dominio no se ha podido demostrar.

VI A) NACIMIENTO DEL RÉGIMEN

Al tener carácter convencional el régimen de participación, su nacimiento sólo es posible a través de las capitulaciones matrimoniales, que

para su validez, como reza el artículo 1.327, deben constar en escritura pública, forma que tiene carácter constitutivo.

Estas capitulaciones podrán otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio (art. 1.326). Si se otorgan antes, el régimen quedará sin efecto si el futuro matrimonio no se celebra dentro del plazo de un año (art. 1.334). Celebrado el matrimonio, en nuestro Derecho no existe el límite previsto en el Derecho francés, por el cual no se puede modificar ningún régimen hasta transcurridos dos años desde su implantación, y siempre que lo exija el interés familiar. Cuando la sustitución se opera no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1.317).

Junto a estas disposiciones de carácter general debemos examinar algunas reglas particulares que afectan al sistema de participación.

En relación con la CAPACIDAD para otorgar este contrato, el artículo 1.329 dispone: «El menor que con arreglo a la ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones matrimoniales antes o después de la boda, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o participación.»

Agrega el artículo siguiente que «el incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia».

Estas capitulaciones, en cuanto a sus requisitos de fondo, no podrán contener estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge» (artículo 1.328).

Serán válidos, entre otros, los pactos que:

a) Determinen la proporción en que los cónyuges deben de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1.438).

b) Confíen la administración de los bienes propios al otro cónyuge.

c) Prevean la satisfacción *in natura* del crédito de participación.

d) Acuerden participaciones distintas de la mitad del incremento patrimonial

e) En caso de enajenaciones gratuitas, si el cónyuge no quiere o no puede prestar el consentimiento, se pueda acudir supletoriamente al Juez con el fin de no incluir el valor del bien donado en el patrimonio final.

Son nulos los pactos que:

1) Excluyan los bienes de los cónyuges de la contribución de las cargas matrimoniales (art. 1.318).

2) Alteren los plazos de impugnación de las enajenaciones a que se refiere el artículo 1.433.

3) Convenzan una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes, tal como previene el oscuro precepto 1.430, que tendremos ocasión de examinar posteriormente.

El Derecho francés exige la formación de inventario del patrimonio inicial, acudiendo a una doble fórmula: que se realice en escritura pública o bien en documento privado firmado por ambos cónyuges. Las consecuencias jurídicas de su omisión las sanciona el legislador, considerando este patrimonio como inexistente (nulo).

En nuestro Derecho no hay ni un solo precepto que de manera directa se refiera al inventario. Sin embargo, este pensamiento late en el Código si tenemos en cuenta que el artículo 1.421 dispone que «los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o en su caso al tiempo que fueron adquiridos». Creemos que las capitulaciones matrimoniales serán el vehículo idóneo para relacionar los bienes que componen este patrimonio, del que hablaremos, incorporándolos a la escritura o testimoniándolos al final de la misma, atribuyéndoles a cada uno de los bienes su valor, fijado por los propios cónyuges o, en su defecto, en caso de discordancia, por peritos nombrados para ello.

Se aconseja, si se quieren evitar gastos, que al menos figure el inventario en documento privado firmado por las partes, que constituirá en el momento de la liquidación prueba inequívoca de la existencia de los mismos.

Nos resta estudiar, para concluir esta fase de nacimiento, la PUBLICIDAD de las capitulaciones matrimoniales en el campo del Registro Civil y del Registro de la Propiedad.

En cuanto al Registro Civil, las reglas generales vienen contenidas en el artículo 1.333, cuyo párrafo primero dispone que «en toda inscripción de matrimonio se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hayan otorgado, así como los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio».

Esta norma sustantiva debe ser complementada con el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y el artículo 264 de su reglamento, que ordenan hacer constar mediante una «indicación marginal en el folio en que consta la inscripción del matrimonio el régimen de participación de bienes, la escritura pública de capitulaciones, expresando el Notario y fecha que la hubiera autorizado, así como la persona que solicitó el asiento».

En relación al Registro de la Propiedad, el artículo del Código Civil anteriormente citado finaliza diciendo que «si aquéllos o éstos afectaren a

inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria».

En el Reglamento Hipotecario de 1947 nos encontramos con el artículo 7.º, que permite la inscripción «de cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales».

Por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, vigente el régimen de participación, el legislador se preocupa del nuevo sistema instaurado, diciéndole las siguientes disposiciones:

El párrafo primero del artículo 91 dice: «Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.»

Este artículo no constituye una regla particular del sistema de participación. Es una norma primaria consagrada en el 1.320, que reza: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.» Su *ratio*, de inspiración germánica, tiende a proteger los bienes necesarios para el sostenimiento de la vida cotidiana de la familia y garantizar el patrimonio de los esposos, con vistas al reparto de los bienes en el momento de la disolución.

El Reglamento Hipotecario orilla toda referencia a los bienes muebles, por no tener éstos reflejo registral.

Constituye una omisión grave la no referencia a la autoridad judicial supletoria por negativa, justificada o injustificada, del cónyuge no propietario.

No se exige consentimiento ni autorización judicial para los actos que luego expondremos en los siguientes supuestos:

- 1.º Si la vivienda se encuentra alquilada.
- 2.º Las viviendas en construcción.
- 3.º Los solares, locales de negocio, fábricas y garajes.
- 4.º Viviendas destinadas exclusivamente al ejercicio de una profesión
- 5.º Cuando se justifique que la vivienda se ocupa temporalmente, por no tener carácter habitual (casas de recreo, veraneo, etc.), denominadas segundas residencias.
- 6.º Que el disponente así lo manifieste, entrando en juego en este

caso lo dispuesto en el artículo 1.320 *in fine*, protegiendo al adquirente de buena fe de las manifestaciones erróneas o falsas sobre el carácter de la vivienda.

Los actos o contratos que exigen el consentimiento del cónyuge no titular o la autorización judicial supletoria son, entre otros, los siguientes:

- a) La transmisión de la propiedad, tanto a título oneroso como gratuito (el art. 1.320 no hace distinciones), así como las disposiciones de partes indivisas de las mismas.
- b) La constitución de derechos reales como el usufructo, uso, habitación, servidumbres e hipotecas, y muy dudosa si versa sobre el derecho de superficie y el derecho de levantar o ahondar.
- c) Constitución de arrendamientos.

Creemos que no debe exigirse el consentimiento:

- 1) Cuando se enajena la nuda propiedad y se reserva el cónyuge el usufructo.
- 2) La hipoteca en garantía del precio aplazado de la vivienda que se adquiere.
- 3) Las llamadas operaciones neutras, como las agrupaciones, segregaciones, divisiones y agregaciones.

El párrafo segundo del artículo 90 establece que «los bienes adquiridos por ambos cónyuges sujetos a cualquier régimen de separación o 'participación' se inscribirán a nombre de uno u otro en la proporción indivisa en que se adquieran, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario».

De la simple lectura del mismo se colige que el legislador contempla únicamente las adquisiciones de los cónyuges durante el matrimonio de manera individual o conjunta. En estos casos con el documento adquisitivo tendrán que presentarse las capitulaciones matrimoniales, que cumplirán un doble objetivo: inscribir el inmueble a nombre del adquirente, rompiendo la presunción a favor de la sociedad de gananciales (art. 1.316), y expresar en el fondo del asiento el régimen por el que se gobiernan los esposos durante el matrimonio.

Iguales reglas se aplicarán cuando de la adquisición nace una copropiedad entre marido y mujer, situación prevista en el artículo 1.414 (si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho les pertenece en proindiviso ordinario). En estos casos se indicarán las cuotas que a cada uno de ellos les pertenece, porción abstracta o ideal fijada con datos matemáticos, que permitan conocerla indudablemente, sin que se cumpla este requisito si la determinación se hace

con referencia a unidades de moneda, de medida superficial u otra forma análoga (art. 54 del Reglamento Hipotecario).

Si las capitulaciones matrimoniales se presentan con el fin de reflejar en el registro los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio como propios será muy conveniente, tras la descripción de los mismos, proceder a su justa valoración, manifestando si están incluidos en sus diferentes patrimonios iniciales. En su día el Registro de la Propiedad, a través de la certificación que puede expedir el Registrador, puede servir para los contratantes y sus herederos un eficaz medio de prueba en cuanto las declaraciones que en ella se contemplan (art. 1.218 del Código Civil).

Adolece de una desafortunada redacción el párrafo tercero del artículo que estamos analizando. «Si el régimen económico matrimonial vigente fuera de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente, si resultare del título y la disposición fuere a título gratuito.» El alcance del consentimiento en las escrituras de donación tiene un significado totalmente diferente del que se exige para disponer de la vivienda habitual, sin el cual se provoca la nulidad del negocio. El que sea conveniente el consentimiento, como veremos, no justifica que el legislador le atribuya el carácter de necesario.

Por último, cerrando el capítulo de la publicidad, agregamos que los cónyuges pueden acudir al Registro Mercantil, como dispone el artículo 12 del Código de Comercio, tras la reforma de 2 de mayo de 1975, cuando alguno de ellos ejerza el comercio, para determinar en las capitulaciones matrimoniales la responsabilidad de los bienes, por las deudas que pueden contraer por el ejercicio de su actividad mercantil.

B) PATRIMONIO INICIAL

Si tomamos al pie de la letra el párrafo primero del artículo 1.418, que estima constituido el patrimonio inicial «con los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge al empezar el régimen», tendríamos que concluir que todos los bienes propiedad de los mismos, inmuebles, muebles, semovientes, créditos, frutos, etc., formarían parte del patrimonio inicial. Sin embargo esto no es exacto, porque este patrimonio inicial es «un valor numérico» de posible determinación a lo largo de la vida matrimonial, hasta la extinción del mismo. De lo contrario, no tendría sentido el párrafo segundo del artículo citado, que incluye en este patrimonio «los bienes adquiridos después a título de donación, herencia o legado».

Creemos perfectamente válido el pacto de exclusión de bienes del patrimonio inicial, de manera particular los frutos, tal como recoge el Código Civil francés, que los elimina *ex lege* del patrimonio inicial.

Estos bienes y frutos así excluidos servirán para ir formando el patri-

monio final, sometidos al régimen de separación de bienes, como establece el artículo 1.413, teniendo, por tanto, los cónyuges una mayor capacidad de maniobra en relación con los actos de administración y disposición que puedan realizar.

Hay, sin embargo, unos bienes que por su configuración tienen un tratamiento especial, que obliga a incluirlos en el inventario dentro no del haber, sino del debe, procediendo posteriormente a reajustes si se producen los condicionamientos legales.

Citaremos entre otros supuestos, no únicos, por considerarlos de más interés, los siguientes:

A) Bienes reservables.

Si alguno de los cónyuges tuviera la consideración de reservista, por haber adquirido los bienes de su difunto consorte por testamento, sucesión intestada u otro título gratuito (reserva matrimonial) (4) o por ministerio de la ley, del descendiente, siempre que los bienes los hubiera adquirido de otro ascendiente o hermano por título lucrativo (reserva semi-lineal o troncal, art. 811) (5), como la ley marca la trayectoria de los mismos en beneficio de los parientes reservatarios, aunque la propiedad pertenece al reservista, deberán relacionarse en el inventario, exclúyense del mismo cuando los bienes hagan tránsito a los beneficiarios. Sólo en los supuestos que podemos llamar anormales de renuncia a la reserva (artículo 970) o la premoriencia al reservista deberán incluirse en el patrimonio inicial por ser bienes adquiridos por título de herencia.

B) Otro supuesto especial puede provocarlo el artículo 639 cuando «se reserve el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ello; pero si muriere sin haber hecho uso de este derecho pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado».

Los bienes donados que estén excluidos de la facultad de disponer formarán parte del patrimonio inicial. Por el contrario, los que pueden

(4) Artículo 968: Además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales.

Artículo 969: La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste.

(5) Artículo 811: El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

ser enajenados por el donante seguirán la misma suerte que los bienes reservables, teniendo que esperar a la muerte del disponente, que eliminará la actitud que ha podido adoptar desde la fecha de la donación.

C) Bienes sometidos a recobro *mortis causa*.

Son muy frecuentes las donaciones entre ascendientes y descendientes. Entre los múltiples efectos que éstas pueden provocar destaca el supuesto contemplado en el artículo 812: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.»

El donatario, en nuestro caso el cónyuge, es un pleno propietario, con todas las facultades que la ley atribuye; pero no se puede asegurar que el donante fallezca antes que el donatario, ni que el cónyuge muera con posterioridad. Por tanto, estos bienes deben figurar como los anteriores en el inventario, con la posibilidad de incluirlos en su día en el patrimonio respectivo.

D) Por último, puede el cónyuge tener la condición de fiduciario, al que la ley obliga a conservar y transmitir los bienes al segundo llamado, a través de las sustituciones fideicomisarias (6), regulada en los artículos 781 y siguientes de nuestro primer Cuerpo legal.

Estos bienes, en principio, tampoco deben de figurar en el patrimonio inicial, porque, como dice la mejor doctrina, el fiduciario es un propietario *ad tempus*. Sin embargo, no podemos olvidar que el fideicomiso se puede purificar bien cuando la sustitución fideicomisaria es de tipo condicional y ésta no se cumple, por incapacidad de los mismos para suceder al tiempo de la delación del fideicomiso, o por renuncia de los fideicomisarios a la sustitución, tal como declaró la Resolución de la Dirección General de Registros de 22 de febrero de 1943.

El patrimonio inicial está íntimamente unido al problema de sus deudas y cargas a que hace referencia el Código en los artículos 1.419 y 1.420. Dispone el primero que «se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a

(6) Artículo 781: Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivían al tiempo del fallecimiento del testador.

Artículo 784: El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos.

la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados».

Si las deudas son anteriores, pero exigibles, por ser líquidas y estar vencidas, se rebajarán del patrimonio inicial para fijar su valor neto. Pero si las deudas tienen que satisfacerse en un futuro próximo deberán también descontarse *a priori*, al ser más conveniente satisfacerlas con el patrimonio inicial que posteriormente con el patrimonio final.

Lo que parece absurdo es la postura que adopta la ley en el artículo 1.420, que determina «la inexistencia del patrimonio inicial cuando el pasivo fuera superior al activo». Esto supone desconocer el párrafo segundo del artículo 1.418, que permite satisfacer las mismas con los bienes que posteriormente se pueden adquirir por título gratuito.

En cuanto a las cargas, el legislador alude a las que pesan sobre los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, que se deducirán en cuanto no excedan de los bienes adquiridos por estos títulos. En cambio, elude toda referencia a las que puedan gravar los bienes aportados al matrimonio.

Estas cargas son aquellos gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afectan a los bienes directamente impuestos sobre los mismos, que tendrán necesariamente que rebajarse, previa su capitalización, tomando como módulos los medios que la legislación final establece. Se deducirán, por tanto, los usufructos, tanto temporales como vitalicios; el uso, la habitación las rentas vitalicias y los censos en todas sus manifestaciones. Esto es así porque los gravámenes citados disminuyen el valor real de los bienes.

Por el contrario, si los bienes están sujetos a hipotecas u otros gravámenes análogos, su tratamiento debe ser diferente, porque no disminuyen realmente el valor de la finca, sin perjuicio que la deuda que garantizan habrá de deducirse formando parte del capítulo de deudas, procediendo de la manera anteriormente expuesta.

VII. FUNCIONAMIENTO

Señalaremos una vez más que el régimen de participación atribuye «a cada cónyuge la administración, disfrute y libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título» (art. 1.412).

Aunque la diferencia fundamental entre el sistema de participación y el régimen de separación de bienes (*vide* art. 1.437) se centra en la liquidación, también durante el funcionamiento existen rasgos típicos muy acusados, porque al decir de BAR «los cónyuges mueren en comunidad». Por eso en el régimen de participación existen interferencias de un cón-

yuge en el patrimonio del otro, cuya justificación reside en la necesidad de practicar una partición real, simplificando sus propias reglas, y proteger a cada uno de los esposos de las disposiciones arbitrarias de los bienes.

Dentro del Derecho comparado estas inferencias no tienen el mismo alcance. Así, en el BGB se prohíbe disponer del patrimonio entero y de los muebles del hogar (*Hausrat*) sin el consentimiento del otro cónyuge o ratificación posterior. La jurisprudencia alemana se ha encargado reiteradamente de interpretar de manera extensiva el artículo 1.365 de su ley, considerando como disposición de patrimonio entero las enajenaciones de un bien o varios cuando su valor comprenda la totalidad o la parte más importante del patrimonio del disponente.

En el Código Civil francés el alcance del consentimiento se reduce considerablemente, al quedar limitado a las enajenaciones a título oneroso, a cuenta de renta vitalicia o a fondo perdido, y a las donaciones intervivos realizadas por uno de los cónyuges, ambas consideradas como fraudulentas, a las que hay que agregar como norma imperativa primaria la disposición del alojamiento familiar, del ajuar doméstico.

Trasladando este punto a nuestro Derecho positivo se comprenden como únicas limitaciones las disposiciones a título gratuito, salvo si se tratase de liberalidades de uso, y a los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro (arts. 1.423-1.424).

No nos satisface que nuestro legislador utilice en dichos preceptos la expresión «consentimiento», como tampoco estaríamos conformes si se hubieran expresado los términos de autorización o licencia. Quizá hubiese sido más correcto utilizar, como lo hace el legislador con frecuencia, expresiones como intervención o beneplácito.

Pensamos así porque este consentimiento provoca como únicos efectos los siguientes:

- 1) Un alcance «interpartes». Con o sin consentimiento los acreedores podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana si las donaciones hubieran sido realizadas en fraude de sus derechos (art. 1.291, 3).

- 2) La posibilidad de impugnar estas enajenaciones cuando el crédito de participación no pueda ser cubierto con los bienes del patrimonio del deudor (art. 1.433).

- 3) Incluir la donación no sólo en el patrimonio inicial, sino su valor en el patrimonio final (art. 1.423).

Estas reglas se aplicarán a los actos realizados fraudulentamente en perjuicio del otro, porque la ley, con buen acuerdo, aplica el mismo tratamiento por la inexistencia en ambos supuestos de contrapartidas económicas.

Podemos plantearnos si este consentimiento debe recaer sólo cuando se efectúen donaciones o actos fraudulentos de las ganancias obtenidas que disminuirán el patrimonio final o también sobre los bienes del patrimonio inicial, sobre cuyos bienes el cónyuge del esposo enajenante no tiene ningún derecho. Al no hacer ninguna distinción el Código, la solución debe ser idéntica para ambos supuestos, más cuando las mejoras y plusvalías de los bienes propios se consideran ganancias y se tienen en cuenta, como veremos, en el patrimonio final.

VIII. A) EXTINCIÓN

El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.294 y 1.395 (art. 1.415).

Son estas causas:

1) Cuando se disuelve el matrimonio: por muerte, declaración de fallecimiento y por cualquiera de las causas de divorcio que recoge el artículo 86.

2) Cuando el matrimonio sea declarado nulo. Si se hubiera celebrado en forma civil, por haber incurrido en alguno de los cinco supuestos que señala el artículo 75, remitiéndonos al Codex de 25 de enero de 1983, los cónyuges hubieran celebrado el matrimonio en forma canónica.

3) Cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges.

4) Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

También se considerarán causas de extinción cuando concluya por decisión judicial el régimen de participación a petición de uno de los cónyuges en alguno de los casos siguientes:

1.º Haber sido el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia.

Para que el Juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.

2.º Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

3.º Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

4.º Incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas.

En cuanto a la remisión que hace el artículo 1.415 a los artículos 1.394 y 1.395, es totalmente equivocada si tenemos en cuenta que el primero de los citados es totalmente inaplicable al régimen de participación. Tiene, en cambio, gran interés el artículo 1.395, que reza: «Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.»

Este precepto apunta de manera clara al matrimonio putativo del viejo artículo 69, hoy refundido en el artículo 79, que declara válidos los efectos ya producidos respecto de los hijos y de los contrayentes o contrayente de buena fe. La buena fe se presume. Creemos que cuando ambos cónyuges han procedido de mala fe, supuesto no contemplado por el legislador, debe procederse como si ambos hubiesen obrado con buena fe, compensándose sus culpas, sin que sufra desviación alguna el régimen de participación, que será el aplicable en estos casos.

Por último, el artículo 1.416 contempla un supuesto más de extinción del régimen «cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses».

La gestión de los bienes propios no obsta a que cada uno tenga frente al otro la pretensión de una leal administración, porque irregularidades en la misma, dilapidando bienes, empobreciéndose sin justa causa, repercutirá en la participación que el otro consorte pueda percibir.

Al no ser posible interponer demanda solicitando una mayor prudencia en la administración, es lógico que el legislador corte estas irregularidades, permitiendo la extinción del régimen, siempre que ante la jurisdicción ordinaria se demuestre que la gestión resulte «gravemente perjudicial».

B) PATRIMONIO FINAL

Podemos definir el patrimonio final como una masa heterogénea de bienes y derechos valorados según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen, deducidas las deudas de su titular.

El contenido bruto de este patrimonio comprende los siguientes elementos:

a) Todos los bienes del patrimonio inicial no enajenados con arreglo al valor que tuvieran en el momento de la liquidación. Por tanto, las plusvalías son consideradas como ganancias.

- b) Los bienes de toda clase adquiridos durante el matrimonio, con su correspondiente revalorización.
- c) Los frutos de toda especie, separados, almacenados y no consumidos.
- d) El metálico, en cualquier establecimiento en que se encuentre.
- e) Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél.
- f) Las rentas vitalicias capitalizadas y los seguros, siempre que el beneficiario sea uno de los cónyuges.
- g) El valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito, sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.
- h) El valor de los bienes que uno de los cónyuges haya realizado en fraude de los derechos del otro.

Los comprendidos en el apartado g) y h) tienen como especialidad que forman parte de los dos patrimonios, del inicial con el valor que tenían al comenzar el régimen o cuando fueron adquiridos (art. 1.421), y del patrimonio final, con el valor al tiempo de su enajenación, o que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (artículo 1.425). Es la justa sanción que el legislador impone a los cónyuges por no haber requerido el consentimiento de su consorte en las donaciones y en las enajenaciones y actos por haber obrado fraudulentamente.

Los actos fraudulentos pueden plantear problemas graves por la dificultad que supone aislar su concepto.

Basta pensar en el Código Civil, que alude con frecuencia al fraude con distinto significado y alcance. Así, en el nuevo artículo 6.º, párrafo cuarto, del título preliminar se consideran ejecutados en fraude de ley «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario a él». El fraude en este caso supone un ataque indirecto a la norma. En otras ocasiones nos referimos, entre otros a los artículos 1.111 *in fine* y al 1.291, párrafo tercero; el fraude es sinónimo de lesión patrimonial, que al ser perjudicial a los acreedores la ley les protege con el posible ejercicio de la acción revocatoria o pauliana. También el fraude se emplea como equivalente del vicio del consentimiento; basta leer, entre otros artículos, el 673, que declara nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude, o el 756, que declara indigno de suceder al que con amenaza, fraude o violencia obligare al testador hacer testamento o a cambiarlo (párrafo quinto).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado notables esfuerzos para distinguir el fraude de otras instituciones distintas; piénsese en la fundamental sentencia de 3 de abril de 1968, que alude al abuso del derecho, introducido por nuestra jurisprudencia al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, como una manifestación de culpa extracontractual que tiende a impedir que en el ejercicio de un derecho se produzcan daños o perjuicios a un tercero, bien deliberadamente utilizando aquellos derechos en una finalidad antijurídica, o por ejercitarse de una forma incivil y desconsiderada; de la mala fe, que consiste en no respetar las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal, cuyo principio contrario, la buena fe, va implícitamente exigido en todo negocio jurídico para su normal desenvolvimiento

Se trata de averiguar el significado del fraude que emplea el legislador en el artículo 1.424. Desde luego, rechazamos la equiparación de acto fraudulento con enajenación gratuita (art. 1.425), por ser la regla general en el Código, como expresa el artículo 1.297, «que presume como actos fraudulentos los celebrados por el deudor a título gratuito».

Opino que la voz fraude no debe salir de la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde se lee que es «engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, destrucción u ocultación que produce daño».

Sus manifestaciones durante el matrimonio más o menos duradero de los cónyuges pueden ser múltiples, pero no caeremos en la tentación de citar ejemplos de parvario, aludiendo, como hacen otros autores, a los manidos cuadros, joyas, pulseras de brillantes, ventas a bajo precio o irregularidades en la administración de los bienes. Lo importante es que estos actos, por ser fraudulentos, escondan en el estado psicológico del que lo realiza una clara intención de perjudicar, augurando frecuentes intervenciones judiciales por las posibles desavenencias que puedan surgir en el momento de la liquidación.

En el patrimonio final, por último, deberán ser EXCLUIDOS los bienes de carácter personalísimo, como las indemnizaciones por causa de muerte, pensiones, derechos pasivos, beneficios de las Mutualidades, que no suponen ganancias en sentido técnico, así como los llamados derechos en formación, como donaciones todavía sin aceptar, ofertas de contrato y las que pueden nacer en algunas ocasiones de la Ley de Propiedad Intelectual e Industrial.

Tampoco forman parte de este patrimonio las liberalidades de uso a las que también se refiere el Código en el artículo 1.378, que pueden entenderse como los tradicionales regalos módicos del viejo y desaparecido

artículo 1.334, regalos, como dice CANO TELLO, frecuentes en la vida social por razones de cortesía, cuantía que debe ser calificada en función de los usos y costumbres vigentes en el ámbito social en el que se mueven los sujetos, y principalmente en relación con la posición económica del donante, de tal modo que un mismo objeto puede constituir un regalo módico en unos supuestos y no en otros.

Se excluyen del patrimonio final las donaciones entre los esposos, hoy permitidas por el artículo 1.323, cualquiera que sea su cuantía, cuya aceptación del cónyuge donatario implica el consentimiento que debe prestar al cónyuge donante.

No hay plazo en el Código para la realización del inventario del patrimonio final, a diferencia de la legislación francesa, que concede a los cónyuges el plazo máximo de nueve meses, tiempo suficiente para aportar todos los medios de prueba para su determinación.

IX. LIQUIDACIÓN

Extinguido el régimen de participación por las causas anteriormente señaladas, procede la liquidación, que constituye, sin duda alguna, el momento fundamental del régimen, que justifica su existencia. Se desdobra en dos operaciones, encaminadas, la primera, a la obtención del CALCULO DE LAS GANANCIAS, mediante el análisis paralelo del patrimonio inicial y final de cada uno de los cónyuges, que tienen como punto de unión las deudas que pueden existir en los respectivos patrimonios brutos; la segunda consiste en comparar los patrimonios netos de cada cónyuge para determinar el CALCULO DEL CREDITO, quién lo debe satisfacer, cuantía y demás problemas que serán analizados posteriormente.

La liquidación nos lleva al estudio de las personas que tienen que intervenir en el proceso divisorio.

Si la causa de extinción del régimen tiene lugar por acto intervivos, el análisis del inventario inicial, las respectivas valoraciones, pago de deudas y determinación de los patrimonios netos deberán recaer en los cónyuges o sus representantes con poder expreso; en caso de desavenencias posibles podrán nombrar un árbitro o recabar el auxilio de la autoridad judicial.

Se pueden presentar en la práctica algunos supuestos que deben resolverse de la siguiente manera:

Si los cónyuges son menores de edad (necesariamente habrán tenido que casarse con la correspondiente dispensa; *vide* art. 48) podrán por sí mismos efectuar todas las operaciones, al no estar entre las restricciones que señala el artículo 343, que hace solamente referencia a tomar di-

nero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. Al ser la emancipación una mayoría de edad anticipada, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, de manera reiterada, vienen interpretando restrictivamente este artículo, en el mismo sentido que lo hizo con su antecedente, el artículo 317 de la legislación anterior. Por lo dispuesto en el artículo siguiente las posibles dudas se disiparían cuando alguno de los cónyuges sea mayor de edad.

Si alguno de los cónyuges estuviera incapacitado la liquidación tendría que ser autorizada por el consejo de familia, por aplicación analógica del artículo 269, 7. Así se pronuncia para proceder a la división de la herencia u otra cosa que se poseyera en común.

Si el tutor fuese el otro cónyuge (caso de locura: art. 220) existirían intereses contrapuestos, lo que daría lugar a la intervención del protutor.

Si el proyecto de Ley de 11 de mayo de 1982 se aprueba, sin novedades sustanciales, la autorización del consejo de familia se suplirá por los Jueces de familia, al sustituir el nuevo texto la vieja tutela familiar por la tutela de autoridad, nombrándose defensor judicial cuando existan intereses contrapuestos, al desaparecer el cargo de protutor.

Si alguno de los cónyuges está legalmente declarado ausente debe de intervenir su representante legal, liquidación que deberá obtener la aprobación judicial si el representante es persona distinta del cónyuge, hijos o ascendientes, como recogen los artículos 1.041 y 1.043 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando la liquidación tiene que practicarse por causa de muerte o declaración de fallecimiento estas operaciones deberán realizarse por el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, salvo que no existiese unanimidad entre ellos, lo que daría lugar al juicio de testamentaria o *abin-testato*, según las normas de la LEC.

Si el testador nombró contador-partidor (art. 1.057) o albacea especialmente nombrado para ello (art. 901) serán éstos los encargados de practicar la liquidación. No vemos diferencias esenciales entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la comunidad diferida que representa este régimen de participación, actos preparticionales, en definitiva, que se realizan como permite la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo entre el cónyuge supérstite y el contador (sentencia de 11 de diciembre de 1912).

Parece más dudoso la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.057, que establece que, no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de los herederos y legatarios que representen al menos el 50 por 100 del haber hereditario y con

citación de los demás interesados, si su domicilio fuese conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

LACRUZ, en las escasas líneas que dedica a esta materia, bajo el título de «Cuestiones de procedimiento», no comparte nuestra postura.

Dice el maestro que cuando no se pongan de acuerdo los cónyuges para hacer el cálculo podrán nombrar un arbitrador (especie de contador-partidor), un árbitro o, a través del Juez, expertos o peritos para que elaboren un proyecto de liquidación, sin que en ningún caso tengan la condición de 'partidor', al no tener nada que partir, quedando luego la discusión de los cónyuges o a la compulsión de los Tribunales el pago de la deuda final.

Encadenar al contador-partidor o comisario o al arbitrador, hoy contador dativo, a la realización de meros proyectos como base para futuras discusiones nos parece desnaturalizar este cargo e ignorar las complejas funciones que se les reconoce constantemente por la jurisprudencia. Podrá, por tanto, hacer, con terminología médica, el recuento y fórmula, esto es, inventariar los bienes y su correspondiente avalúo para poder partir las ganancias netas, con arreglo a operaciones aritméticas muy simples que responden a la siguiente fórmula:

Del patrimonio final bruto se deducirán las obligaciones todavía no satisfechas (art. 1.422), y del patrimonio neto se restará el valor numérico del patrimonio inicial.

Esta operación tiene que realizarse en cada una de las ramas patrimoniales. Al restar del patrimonio bruto las deudas se obtendrán las ganancias, en tanto en cuanto la cantidad resultante sea superior al patrimonio inicial. Si se produce el fenómeno contrario, esto es, la cantidad neta es inferior al patrimonio inicial, éste habrá que computarlo con valor cero, ni positivo ni negativo, liquidándose el régimen con arreglo a las directrices del artículo 1.428, que luego expondremos, de lógica justificación, pues sería injusto que el cónyuge que con su esfuerzo a lo largo de su vida matrimonial ha obtenido beneficios tenga que cubrir las deudas del que por cualquier circunstancia, al cesar el matrimonio, su patrimonio fuera negativo o dañoso.

X. CÁLCULO DEL CRÉDITO DE NIVELACIÓN

Mientras funciona el régimen de separación ninguno de los cónyuges es titular de un derecho de crédito, por dos razones elementales: la pri-

mera, porque este derecho personal nace una vez practicada la liquidación definitiva; la segunda, porque este derecho está sometido a dos condicionamientos: que existan ganancias y que uno de los incrementos sea superior al otro para que el de menor entidad sea favorecido por la nivelación.

Esto no quiere decir que al pactar el sistema no surja incardinado en el mismo una obligación futura, *ex lege*, de realizar el crédito en la forma pactada por los cónyuges. Así se pronuncia la legislación francesa, que atribuye a los esposos, como garantía inicial, la posibilidad de acudir a la hipoteca legal expresa, pudiendo, por tanto, hipotecar cada uno de los cónyuges los bienes del otro en garantía del crédito que pueda nacer.

Es evidente la ventaja de esta hipoteca legal, si pensamos que el crédito de participación tiene la consideración de común; al estar reforzado con este tipo de garantía se convierte en singularmente privilegiado, con todos los beneficios que se derivan de dichos créditos, de manera particular si en algún proceso de ejecución concurren con otra clase de acreedores.

Desconozco si la Comisión de Codificación se planteó la posibilidad de admitir en nuestro Derecho esta figura para garantizar el crédito de nivelación. Su exclusión merece nuestro aplauso, porque las hipotecas legales constituyen un peso muerto en la legislación hipotecaria desde hace varios lustros. Como prueba de lo dicho tenemos la vieja Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 1918, de la que entresacamos las siguientes frases: «el deplorable estado de las hipotecas legales»; «el lamentable desuso en que ha caído la institución y la inobservancia práctica de las mismas». Con estos antecedentes mal podríamos exigir la creación de una nueva hipoteca legal, más cuando a raíz de los profundos cambios operados recientemente en la organización familiar hipotecas de contenido semejante, por razón de bienes dotales y parafernales, han sido derogadas.

No queremos decir que esta obligación futura no pueda garantizarse *a priori* acudiendo a otras garantías previstas por la ley. Así, el Código permite, en el artículo 1.825, prestar fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea conocido, que grava al fiador desde su constitución, y la Ley Hipotecaria regula la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art. 142), permitidas cuando existe posibilidad o probabilidad de su existencia, que surten efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse.

Estas hipotecas, llamadas de seguridad, presentan, sin embargo, grandes inconvenientes. El titular de la finca hipotecada encontrará graves obstáculos para su libre circulación, al ignorar los adquirentes la certeza

y la cuantía de la deuda; por su parte, el acreedor hipotecario puede encontrar serias dificultades en la formación del ulterior título ejecutivo, si surgen problemas para concretar el crédito de nivelación. A fuer de ser sinceros, no aconsejamos esta medida previa de garantía, porque, como gráficamente apunta ROCA SASTRE, las hipotecas de seguridad son las que menos seguridad producen.

El artículo clave y general para la determinación del crédito de nivelación responde al número 1.427 del Código, que dice literalmente: «Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.» Los artículos siguientes no son más que reglas especiales, como también, aún sin articular, la inaplicabilidad del régimen de participación, cuando los dos patrimonios arrojen saldo negativo o las ganancias obtenidas por ambos cónyuges sean de igual cuantía.

Comentando LACRUZ el artículo anteriormente citado, ciñéndose a su letra, practica una serie de operaciones aritméticas innecesarias, al sumar las ganancias de ambos patrimonios, que posteriormente divide por mitad, restando del patrimonio del menor incremento su ganancia obtenida, resultando así el crédito que debe satisfacer el otro cónyuge en la forma que luego expondremos. Es mucho más simple la solución francesa, que, previa la compensación de las ganancias de ambos patrimonios, la mitad de la cantidad resultante se entrega al cónyuge que obtuvo el menor incremento. Si alguno de los cónyuges es deudor del otro, en su patrimonio se realizarán las oportunas rectificaciones (art. 1.427), para la obtención del crédito final.

Reglas especiales:

Cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento. Este artículo, el 1.428, tiene su campo de aplicación cuando las deudas de uno de los cónyuges son iguales o excedan del patrimonio inicial.

Un análisis superficial del artículo puede provocar el espejismo de encontrarnos ante una liquidación semejante a la sociedad de gananciales al adjudicarse el titular del patrimonio negativo la mitad del incremento.

Defendí que el régimen de participación no era más que una comunidad diferida y definida por unos rasgos que la separan del sistema ganancial

En efecto, si al cesar el régimen las masas patrimoniales se unieran formando una unidad, las deudas de uno y otro cónyuge tendrían que ser satisfechas por el todo resultante, solución que el precepto rechaza.

Además, en el régimen de participación, las plusvalías reales de los bienes de cada uno de los consortes forman parte de las ganancias, frente al sistema ganancial, que los incrementos de los bienes privativos tienen esta misma consideración.

Por último, en la sociedad de gananciales, las adjudicaciones en caso de división se atribuyen normalmente *in natura*, a diferencia, como veremos, del crédito de nivelación, cuyo pago en principio se efectuará en dinero.

En los dos preceptos examinados el Código se refiere a los incrementos, a diferencia de los que a continuación exponemos, cuyos pactos se refieren exclusivamente a las ganancias.

Cualquiera que sea la naturaleza de los mismos, estarán sometidos a las dos limitaciones siguientes:

Que sean recíprocos y de igual proporción, con el fin de que ambos esposos tengan iguales oportunidades y no se rompa el esquema del régimen de participación. Así se pronuncia el artículo 1.429, que establece que «al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de las que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Interpretando restrictivamente este artículo, estos pactos sólo tendrían cabida en el momento de la constitución del sistema, aunque, dado el contenido del artículo 1.325, es posible su nacimiento en capítulos complementarios posteriores.

Podíamos preguntarnos si es posible el pacto de atribución íntegra de las ganancias a uno solo de los esposos. La contestación, si se respeta la limitación de reciprocidad, no puede ser otra que la afirmativa. Es más: creemos que esta cláusula es conveniente cuando el régimen de participación cesa por causa de muerte y no existieran hijos en el matrimonio.

Sólo existe la excepción que recoge el artículo 1.430, «al no poderse convenir una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes».

Ni la legislación alemana ni la francesa recogen un precepto tan incongruente, cuya *ratio* es difícil descifrar.

Está claro que el nivel de participación no podrá rebasar el 50 por 100; que el pacto se refiere necesariamente a la ganancia total de cada cónyuge y no al exceso de la del uno sobre la del otro; que la ley intenta atribuir a los descendientes no comunes, causantes de la limitación, algún especial beneficio.

Descendientes no comunes, llamados por la ley en otras ocasiones hijos de vínculo sencillo (art. 947), son los que «aporta» alguno de los

cónyuges al matrimonio: por haber nacido de otro matrimonio anterior (artículos 115 al 119: filiación matrimonial); cualquiera de los que tengan la condición de extramatrimonial (arts. 120 al 126), y los hijos adoptados plenamente por uno de ellos antes de la celebración del matrimonio. Los hijos adoptados simples no creemos estén incluidos dentro del contenido del precepto.

Si pensamos que la terminación del régimen de participación por causa distinta de muerte, el crédito de nivelación engrosa el patrimonio del cónyuge menos favorecido, nunca a los descendientes comunes o no comunes, parece que el precepto debe moverse dentro del campo sucesorio, y únicamente para el supuesto que por lógica muera o fallezca el cónyuge con descendiente no común y sea el titular del crédito de participación.

La reforma actual trata de manera evidente de proteger a los descendientes no comunes, asegurándoles la mitad de las ganancias obtenidas a modo de compensación sucesoria o medio de subsistencia, fundamento que no puede ser otro que evitar todo tipo de pacto que intenten perjudicar a estos beneficiarios de filiación a veces dudosa que por lógicas presiones podrían recibir participaciones mínimas o irrisorias que la ley, consecuente con el principio de igualdad de cualquier tipo de filiación, con buen tono trata de evitar.

XI. PAGO DEL CRÉDITO DE PARTICIPACIÓN

De acuerdo con la lógica de un sistema de separación, el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero (art. 1.431). Los cónyuges, sin embargo, son soberanos para sustituir el metálico por cualquiera de sus equivalentes: entrega de pagarés, letras de cambio u otros documentos mercantiles, acciones, participaciones, etc. (art. 1.170).

Pueden satisfacerlo en el acto, así como aplazarlo en todo o en parte, pactando intereses a distinto tipo del legal.

Pueden fijar todo tipo de garantías personales, reales y tabulares, esto es, acudiendo al embargo en caso de litigio, entregar bienes como dación en pago. Así se desprende del artículo 1.432, que alude al acuerdo de los interesados.

Sólo en el caso de desavenencias entrarán en juego las reglas supletorias del Código a través de la intervención del Juez, mediante el procedimiento para los incidentes que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Estas reglas son las siguientes:

Artículo 1.431, 2: «Si mediare dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de

tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.»

Las dificultades graves deben ser justificadas por el cónyuge deudor, que aun siendo solvente puede carecer de liquidez.

No puede el Juez, por ningún concepto, conceder aplazamientos que excedan de tres años ni elevar el interés legal del dinero.

En cuanto a la prestación de garantías, las anteriormente señaladas, el criterio del Juez debe ser ponderado, escogiendo la más adecuada según las posibilidades del deudor y los intereses del acreedor.

El crédito de participación, según recoge el artículo siguiente, 1.432, podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

Esta forma especial de pago deberá aplicarse cuando el deudor justifique la inexistencia de numerario o dificultades para obtenerlo, correspondiendo al deudor el ofrecimiento de bienes concretos cuya elección incumbe al Juez, previa audiencia del acreedor.

Sin duda alguna, el artículo de mayor interés del régimen de participación es el artículo 1.433, conforme al cual «si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias el acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos».

Este artículo parece chocar con los anteriores examinados, pues si el deudor es el cónyuge que ha obtenido la mayor ganancia parece inexplicable que no tenga bienes suficientes para satisfacer la deuda.

La interpretación, sin embargo, es lógica, porque estamos en presencia del contenido de un patrimonio positivo, pero sus ganancias se componen exclusivamente de aquellas enajenaciones gratuitas o fraudulentas que realizó el cónyuge sin el consentimiento del consorte acreedor, lo que nos obliga al estudio de:

1) Naturaleza jurídica de esta acción.

Estamos en presencia de una acción pauliana con ciertas singularidades que permiten calificarla de especial o *sui generis*, comprendida dentro del párrafo quinto del artículo 1.291.

Su estructura material y formal sigue la trayectoria de la acción rescisoria, de la que resulta:

a) Están legitimados activamente para ejecutar esta acción el acreedor, en este caso el cónyuge favorecido con la nivelación, sus herederos, sus representantes legales y, siguiendo la opinión dominante, los acree-

dores, a través de la acción subrogatoria, si se cumplen las exigencias del artículo 1.111.

b) Están legitimados pasivamente el donatario o el adquirente fraudulento, sus herederos y representantes, así como contra los terceros adquirentes, salvo, siguiendo las directrices del artículo 1.295, 2, que su adquisición haya sido a título oneroso y de buena fe (art. 1.434 *in fine*). La acción contra terceros no puede ejercitarse independientemente, sino al mismo tiempo que contra el deudor y con carácter subsidiario (Tribunal Supremo).

El problema se plantea si son varias las donaciones que se trata de impugnar. Se pregunta la doctrina cuál es el sistema más conveniente: ¿el de libertad de elección, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquier donatario?, o ¿seguir un orden preestablecido de impugnaciones?

El profesor LACRUZ, alegando que el precepto no distingue, y siguiendo las reglas de la rescisión por fraude de acreedores, sostiene que el acreedor podrá elegir entre las donaciones o enajenaciones fraudulentas la que desea impugnar, sin acoplarse a ningún orden preestablecido.

Una serie de consideraciones nos inclina a mantener la postura contraria, atacando las donaciones por el orden inverso de fechas.

En primer lugar, porque la acción que estamos analizando, como indicamos, tiene ciertas peculiaridades que la separan de la acción revocatoria en general, lo que es lógico si pensamos que en el fondo no es lo mismo un acto fraudulento que las donaciones que pueden hacer los cónyuges de sus bienes propios, aun sin consentimiento del otro cónyuge.

Por otra parte, cuando se efectúan varias donaciones fraudulentas, es lógico que el acreedor pueda elegir cualquiera de ellas, porque el plazo para el ejercicio de la acción se cuenta desde la realización del acto engañoso. En cambio, en el régimen de separación el plazo de ejercicio arranca desde el día que el régimen queda extinguido, resultando absurdo que viejas donaciones estuvieran en el mismo plano que las más recientes, donde el peligro de fraude es mayor.

Pero sobre todo aportamos como argumentos básicos los dos siguientes: diferenciamos perfectamente la legítima del heredero forzoso y el crédito-ganancia del cónyuge beneficiario; pero ambas figuras inciden en un punto común, porque las donaciones efectuadas tratan de burlar derechos que la ley protege, constituyendo la reducción de donaciones y la acción que estamos examinando manifestaciones claras de una rescisión parcial. Si la reducción, tal como establece el fundamental artículo 655, se ataca por el orden inverso de fechas no vemos ningún inconveniente aplicar el criterio analógico.

Por último, si nuestro Código Civil, como expusimos, toma directa-

mente el régimen de participación del Código Civil francés, debe aplicarse la misma solución de su artículo 1.577, que aplica como criterio «les aliénations les plus récentes».

c) La acción que estamos analizando tiene carácter subsidiario, para el acreedor, al no poder ejercitarla, salvo que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, y por parte del deudor la posibilidad de paralizarla si opta por la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.077).

2) El cambio cronológico de los presupuestos y el plazo de caducidad son las dos peculiaridades más sobresalientes que imprimen carácter especial a esta acción. El Tribunal Supremo y la unanimidad de la doctrina afirman que para el ejercicio de la acción pauliana son necesarios dos requisitos: un titular de un crédito, premisa mayor, y la realización de actividades por el deudor, premisa menor, con el fin de disminuir fraudulentamente su patrimonio. Por este motivo la acción se llama en fraude de acreedores. En la acción de impugnación referida al régimen de participación los presupuestos anteriores se permutan. En efecto, las enajenaciones gratuitas y fraudulentas tuvieron lugar durante el matrimonio y el crédito de participación nacerá con la liquidación del régimen. Por esto, en puridad de doctrina, no se puede hablar de fraude de acreedores, sino de acreedores por fraude.

En cuanto al plazo de caducidad, el legislador cierra el capítulo V con otra incongruencia más, señalando «que las acciones caducan a los dos años de extinguido el régimen», rebajando dos años el plazo legal de la acción rescisoria, que, como señala el artículo 1.299, es de cuatro años.

Una vez más, el Código Civil plagia el Derecho francés, que sanciona el mismo plazo de caducidad, sin tener en cuenta que en este Derecho se señala como plazo de liquidación un período de tres años. Es completamente lógico que en un sistema con plazo de liquidación las acciones de impugnación revistan un plazo menor para poder incorporar a la masa deudora los bienes que en ella deben de figurar y poder satisfacer la deuda contraída. Omitida por nuestro legislador esta circunstancia, creemos un desvío innecesario reducir el plazo general de la acción rescisoria, considerando excesivamente corto el plazo fijado, que puede provocar una lesión más al derecho legítimo que se trata de amparar.

XII. CONCLUSIÓN

1) Se van a cumplir dos años desde la incorporación del régimen de participación en nuestro Derecho. Los Notarios y Registradores pueden

dar buena cuenta, de momento, del fracaso de este nuevo sistema matrimonial totalmente desconocido en el mundo vivo del Derecho.

Las clases modestas no suelen otorgar capitulaciones matrimoniales, porque nada tienen que nivelar. La clase media acomodada necesita sistemas sencillos y ágiles, sin acumular nuevos problemas a los que en sí crea el matrimonio, convirtiendo sus patrimonios en hojas de debe y haber, preocupándose de inventariar los bienes, determinar su valor, comparar los patrimonios para obtener los cálculos de ganancias y el crédito de nivelación, todo ello sin perder de vista que este régimen para su mediano funcionamiento debe de ajustarse a valores reales, con las posibles repercusiones fiscales que pueden entrañar los reconocimientos de deuda y las daciones en pago al realizarse el crédito. No perdemos la esperanza de encontrar algunos matrimonios valientes que quieran iniciar esta complicada aventura.

2) Hubiera sido preferible adaptar este sistema mixto al estilo español, manteniendo en lo posible la coordinación entre el régimen de separación de bienes y el sistema ganancial. Tomaríamos del primero su esencia, evitando toda injerencia entre los esposos en la administración y disposición de los bienes propios, coadyuvando al levantamiento de las cargas, porque el matrimonio constituye una empresa en común.

Del régimen ganancial, el reparto igualitario de los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, que infundiría, sin duda, tranquilidad matrimonial, advirtiéndole que las deudas de los esposos tendrían que satisfacerse con los bienes propios, y la participación que le correspondiese en dicha comunidad, previamente liquidada. De esta manera, quizá el nuevo sistema podría prosperar en las uniones tan frecuentes de «mixta legislación»

Respetamos la opinión de los autores que alaban el sistema de participación, porque cada uno es libre de mantener su criterio. Sin embargo, no parecen muy correctas las afirmaciones del profesor LACRUZ, que dice, entre otras cosas, que el régimen de participación es mucho más perfecto que la sociedad legal, por la mayor realidad de su concepto de ganancias y pérdidas. Contra esta afirmación podemos oponer como argumento legal el artículo 1.435, 2, porque si los cónyuges pactan en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, si el sistema de participación fuera tan perfecto como se alega, éste debería ser supletorio, y sin embargo el precepto se inclina por el de separación de bienes.

Por otra parte, alega que si el nuevo régimen de participación ofreciera el cúmulo de cuestiones dudosas o insolubles difícilmente podría

haber sido encerrado en un conjunto de preceptos muy inferior en número y extensión al de la sociedad de gananciales.

Nunca hemos creído que el criterio numérico fuere elemento interpretativo de claridad; siguiendo esta misma línea el sistema de participación resultaría mucho más diáfano, sencillamente, si el legislador lo suprimiera.

ELADIO BALLESTER GINER
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- BACH: *Droit Civil, Régimes matrimoniaux*, Ed. Sirey, 1978.
BEIZKE: *Revista de Derecho Internacional Comparado*, 1958.
BOULANGER: *Régimes matrimoniaux*, 1957.
CANO TELLO: *Sociedad de gananciales*, 1983.
CARBONNIER: *Droit Civil. La famille*, 1977.
CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho de Familia*, 1.ª y 9.ª edición.
CORNU: *La réforme des régimes matrimoniaux*, 1966.
DE LOS MOZOS: «El régimen económico del matrimonio», Valle de los Caídos, 1980.
DÖLLE: *Igualdad del hombre y de la mujer*, 1953.
FERNÁNDEZ CABALEIRO: *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, 1969.
GARRIDO DE PALMA: *El nuevo derecho de familia español*, 1982.
HAMIAUT: *Les réformes des régimes matrimoniaux*, 1965.
LACRUZ: *Derecho de Familia*, 3 fascículos, 1981-1982.
MARTÍNEZ CALCERRADA: *El nuevo derecho de familia*, 1981.
MARTÍNEZ SARRIÓN: *Revista de Derecho Privado*, 1967.
MELÓN INFANTE: *Anuario de Derecho Civil*, 1969.
MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, 1982.
MORIN, G.-MORIN, M.: *La réforme des régimes matrimoniaux*. Tomo II: *Repertoire du Notariat Defrenois*, 1977.
PATARIN-MORIN: *La réforme des régimes matrimoniaux*, tomo I.
ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948.
SAVATIER: *La séparation de biens en Droit français*, 1975.
SIMÓ SANTONJA: *Regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Ed. Aranzadi, 1978.
VAZ FERREIRA: *Tratado de la sociedad conyugal*, 1959.
ZAJTAY: *L'évolution récente du régime matrimonial*, 1965.

Agradezco la colaboración prestada a María José Reyes López, cuya tesina «El régimen de participación en el actual Derecho europeo» (1982) ha sido un instrumento muy útil para realizar este trabajo, y a mi hija Concha y M. Nikolai por las traducciones de los Códigos que se citan en esta obra.

La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código Civil

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Significado y ámbito de aplicación del artículo 1.355 del Código Civil:* A) Aspectos generales. B) ¿A qué regímenes matrimoniales es aplicable? C) Sujeto activo. D) Momento en que puede hacerse uso de tal facultad atributiva. E) Contenido de la previsión del artículo 1.355. F) Objeto de la facultad atributiva prevista en el artículo 1.355.—III. *Efectos:* A) Entre cónyuges. B) Frente a herederos voluntarios. C) Frente a herederos forzosos. D) En relación a los acreedores. E) Frente al Fisco.—IV. *Incidencia de las normas registrales.*

I. INTRODUCCION (1)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (2), refiriéndose a las reformas introducidas en el Código Civil por las Leyes 11 y 30 de 1981, de 13 de mayo y 7 de julio, pone de relieve los graves peligros de cambios legislativos parciales y tan numerosos y los grandes problemas de interpretación que plantean. Estos peligros y estos problemas de interpretación se presentan con especial virulencia en aquellos artículos que, como el ahora contemplado 1.355, carecen por completo de precedentes en la anterior regulación que a la materia del régimen económico matrimonial dedicaba nuestro Código Civil.

(1) Las presentes notas se muestran como continuación de las publicadas en estas mismas páginas —núm. 550, mayo-junio, págs. 743 y ss.—. Nos ocupábamos entonces de la posible atribución de condición privativa a bienes gananciales, por la vía de la llamada «confesión de privaticidad» del artículo 1.324. Haciéndolo ahora de la posibilidad de atribuir carácter ganancial a bienes en principio privativos, a través de la previsión legal del artículo 1.355 del Código Civil.

(2) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «Los preceptos fracasados en la reforma del Código Civil», *Revista de Derecho Notarial*, núms. 113-114, págs. 275 y ss.

Y se acrecientan de modo particular estos problemas ante aquellas normas (arts. 1.324, 1.355 y 1.323) por las que el legislador pretende introducir un cambio completo en la mentalidad de la ley positiva, que ha de producir un imprescindible e inmediato cambio en la mentalidad del estudioso y práctico de Derecho positivo; en tema de posibilidad de mutaciones en el régimen económico-matrimonial legal supletorio o pactado, causadas constante matrimonio, o de cambios en la naturaleza común o privativa correspondiente a determinados bienes, así como en cuestiones relativas a la posibilidad de relaciones económicas entre cónyuges, entre patrimonios privativos o entre éstos y el patrimonio ganancial.

Siguiendo las opiniones de GARRIDO CERDÁ, no parece muy aventurado suponer que el propósito del legislador al introducir tal tipo de modificaciones haya sido el lograr la adecuación del régimen legal regulador de las relaciones económicas entre cónyuges a las nuevas concepciones sociológicas de la familia y el matrimonio. Nuevas concepciones que, con el citado autor y ANGEL PÉREZ FERNÁNDEZ, podemos sintetizar en estos dos principios (3):

- Democratización e igualdad en las relaciones familiares. Consagrada a nivel constitucional por los artículos 14 y 32 de nuestro superior Cuerpo legislativo, y que encuentra su plasmación en la proclamación de carácter general del artículo 66 del Código Civil: «el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes», y en el artículo 1.328, que predica la nulidad de cualquier estipulación capítular depresiva de la igualdad de derechos que corresponden a cada uno de los cónyuges.
- Tendencia a sustituir los regímenes de comunidad por los de separación o participación.

Pues bien: el primer postulado —libertad e igualdad en las relaciones familiares— se traduce, al concretarse a las relaciones económicas entre los cónyuges, en tres formulaciones de principio:

- Posible modificación por vía de capítulos de un régimen matrimonial preexistente.
- Posibilidad de contratación entre cónyuges.
- Posibilidad de modificación por voluntad de los cónyuges (4) de

(3) GARRIDO CERDÁ, Emilio: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, págs. 87 y ss.

(4) Tomás GIMÉNEZ DUART —«Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, página 118— habla de «el principio de autonomía de la voluntad, parcialmente introducido por la reforma de 2 de mayo de 1975».

la naturaleza común o privativa que para un concreto bien resulte de la aplicación de las previsiones legales en orden a su calificación.

La consagración legislativa de tales principios se ha logrado a través de un —lento sólo relativamente— proceso de evolución y reforma. En efecto, en la primera redacción del Código Civil, el artículo 1.320 consagraba la inmutabilidad del régimen económico matrimonial constante matrimonio. En la redacción dada al Código Civil por Ley 14/1975, de 5 de mayo, se permitía el cambio del régimen económico matrimonial por capítulos otorgados con posterioridad a la celebración del matrimonio, pero vigente un determinado régimen, y por lo que a nosotros interesa, en concreto, el de gananciales, la consideración de un bien aislado como privativo o ganancial venía impuesta por preceptos de naturaleza imperativa que excluían cualquier posible margen de actuación de la autonomía de voluntad de los esposos.

Y a la ausencia de consagración efectiva de tal principio de libertad e igualdad en las relaciones económicas entre cónyuges —aunque su formulación a nivel de principio general se encontrara tras la reforma en el artículo 62 CC— respondía, asimismo, la imposibilidad de relaciones entre marido y mujer, considerados como titulares de patrimonios separados, y, en consecuencia, la prohibición de donaciones, ventas, etc., entre esposos.

En la actual redacción del Código Civil —tras la reforma de 13 de mayo de 1981— suele afirmarse:

- que la posibilidad de contratación entre cónyuges aparece consagrada por el vigente artículo 1.323, que deroga el sistema de los antiguos 1.458 y 1.334;
- que a la posible mutación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes, en principio imperativamente determinada por el origen de su adquisición, se refieren los artículos 1.324 y 1.355.

Sin embargo, tan rotundas afirmaciones encuentran limitaciones derivadas de la propia naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y del juego de principios de carácter superior que no pueden verse conculcados.

Así, en primer lugar, el postulado de que tras la reforma de 13 de mayo es factible la realización de todo tipo de contratos entre cónyuges encuentra pronto restricciones, cuando los cónyuges se hallan sujetos al régimen de gananciales, si se pretenden realizar trasvases de patrimonios privativos al patrimonio común y viceversa (5).

(5) AVILA ALVAREZ, Pedro: «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 547, págs. 1374 y

En orden a la segunda afirmación, se ha pretendido atribuirle un carácter absoluto, que encontraría su apoyo precisamente en la posibilidad de contratación entre cónyuges. Se ha sostenido que si los esposos pueden formalizar entre sí todo tipo de contratos puedan asimismo variar el carácter ganancial o privativo de los bienes que les corresponden por sus solas manifestaciones de voluntad, por cuanto si éstas no se corresponden con la realidad deben entenderse subyacentes los contratos —donaciones, préstamos, compraventas, etc.— que los posibilitaran (6).

Se confundían de este modo dos tipos de normas que se ocupan de cuestiones distintas: posibilidad de contratación entre cónyuges (artículo 1.323); posibilidad de atribución de naturaleza privativa o ganancial distinta de la que a los bienes corresponde por el título adquisitivo (artículos 1.324 y 1.355).

Si bien ambos tipos de preceptos responden en su origen a la plasmación legislativa de un mismo principio constitucional —libertad e igualdad entre cónyuges—, que a su vez obedece a una misma y nueva concepción sociológica de la familia, el hecho de que los cónyuges puedan entre sí contratar no puede significar el que por sus solas manifestaciones puedan variar la naturaleza común o exclusiva de un determinado bien, en cuanto en esta segunda cuestión entran en juego problemas de protección de terceros, de seguridad de tráfico jurídico, del carácter imperativo de las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes y, en fin, problemas de índole fiscal.

Pues bien: teniendo en cuenta la distinción entre uno y otro tipo de

siguientes. Distingue dos supuestos: *a)* Del patrimonio ganancial al de un cónyuge. Es preciso un rodeo, la previa conversión de la comunidad germánica en romana, pues caso contrario un mismo cónyuge tendría que ser a la vez comprador y vendedor. *b)* Del patrimonio de un cónyuge al ganancial. Afirma puede encubrirse el problema actuando un cónyuge en propio nombre y el otro en representación de la sociedad conyugal.

(6) Así, se dijo que el artículo 1.324 permite la atribución a los bienes de carácter definitivamente privativo, por la simple confesión, incluso frente a terceros, pues el artículo 1.323 admite las donaciones entre cónyuges. Y que los terceros sólo pueden impugnar tal confesión si logran demostrar que encubre una donación entre cónyuges en fraude de sus derechos. Frente a ello hemos afirmado que dicha confesión es por sí sola suficiente para atribuir a los bienes afectos carácter privativo en las relaciones entre cónyuges y herederos voluntarios; pero no puede prejuzgar su definitivo carácter privativo o ganancial en las relaciones frente a terceros —herederos forzosos y acreedores—. Y para justificar tal tesis invocamos, además de que ello supondría una modificación de los efectos generales atribuibles a la confesión extrajudicial y un injustificado perjuicio a herederos forzosos y acreedores —en particular a estos últimos, que sólo podrían acudir a la vía de la acción rescisoria o pauliana, probando el fraude a sus derechos, previa rectificación registral por exigencias del tracto—, el argumento positivo derivado del análisis del bloque de preceptos que se ocupan precisamente de la atribución de naturaleza privativa o común, y en concreto de los artículos 1.324, 1.355 y 1.361.

normas y los problemas que se plantean en torno a la atribución a los bienes de una determinada calificación, pasamos a ocuparnos del análisis de los posibles significados y ámbito de actuación de la atribución consagrada por el artículo 1.355.

II. SIGNIFICADO Y AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.355 DEL CODIGO CIVIL

A) ASPECTOS GENERALES

Tres posibles interpretaciones pueden formularse en torno al ámbito de acción del artículo 1.355:

1. Tesis que estima que el artículo 1.355 consagra una libertad absoluta para que los cónyuges puedan atribuir a los bienes que adquieran carácter ganancial, aunque éstos sean realmente de naturaleza privativa, y aunque tal naturaleza privativa pueda prácticamente ser demostrada. Piénsese, por ejemplo, en bienes adquiridos por permuta con bienes privativos a los que se desee atribuir carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.355.

Tal opinión podría encontrar su fundamento principal en el tenor amplio del artículo 1.355, además de en la posibilidad de realizar todo tipo de trasvases patrimoniales —ventas, donaciones, etc.— entre esposos.

2. La que piensa que su sentido es únicamente ratificar la presunción de ganancialidad en casos dudosos (7).

Frente a tal tesis puede invocarse el artículo 93, 1, del Reglamento Hipotecario (y preceptos concordantes), que parecen distinguir claramente el supuesto en que los cónyuges comparezcan para adquirir conjuntamente para la sociedad conyugal de aquel caso en que pretendan atribuir carácter común a bienes, en principio, privativos.

3. La que, sin desconocer tal finalidad, asigna al artículo 1.355 el propósito primordial de permitir a los cónyuges optar por la calificación ganancial de un bien cuando su carácter de tal no venga determinado por aplicación de los artículos 1.346-1.347 y complementarios —que serían normas imperativas—, sino que resulte de los artículos 1.354, 1.356, 1.357 y otros, que serían normas dispositivas.

Como argumentos a favor de tal tesis pueden citarse:

(7) En tal sentido parece opinar BLANQUER UBEROS: «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 115, pág. 38.

- En primer lugar, que los mismos obstáculos —derivados de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales y de la imposibilidad de autocontratación, entendida tal expresión, por lo que a nosotros interesa, como no admisibilidad de las ventas realizadas por un cónyuge de sus bienes privativos a favor de la sociedad de gananciales, por cuanto en tal supuesto sería a la vez comprador y vendedor, donante y donatario— que se aducen frente a una interpretación general y amplia del artículo 1.323 pueden invocarse frente a una interpretación no restrictiva del artículo 1.355 (8).
- Su enclave sistemático. El precepto del artículo 1.355, que, como hemos apuntado al principio de esta exposición, carece por completo de precedentes en la anterior regulación de la materia del régimen económico matrimonial en el Código Civil, se muestra rodeado por otra serie de normas que, asimismo, no tienen ningún antecedente próximo en la anterior redacción. Tales serían los artículos 1.354 y siguientes del Código Civil.

No parece, desde este punto de vista, carente de sentido considerar que tales normas y el artículo 1.355 constituyen un conjunto unitario que se vería completado por la aplicación necesaria del artículo 1.358, caso de que los cónyuges hagan uso de la facultad atributiva que el 1.355 les concede

- El hecho de que con la aplicación de tales normas tiende a establecerse —salvo acuerdo contrario de los cónyuges, acuerdo posibilitado, en nuestra opinión, precisamente por la vía del art. 1.355— un régimen de copropiedad entre la sociedad de gananciales y los patrimonios privativos de los esposos. Y, como sabemos, la idea del legislador es que la comunidad —copropiedad— es una situación transitoria, contraria a los principios de una economía liberal, y que puede siempre darse por conclusa por acuerdo de las partes. En este sentido, el artículo 1.355 sería el camino por el que la autonomía de la voluntad de los esposos podría cambiar tales situaciones de copropiedad (9).
- El tenor imperativo de los artículos 1.346-1.347, unido a la dicción del artículo 1.355, que alude expresamente a «... forma y

(8) No entramos en las diversas teorías sobre la admisibilidad de tal tipo de contratos, por exceder del ámbito de nuestras consideraciones.

(9) De no darse la previsión normativa del artículo 1.355, los preceptos de los artículos 1.354-1.356-1.357 estarían en abierta contradicción con la norma del artículo 400. Sería necesario acudir a la previa liquidación de la sociedad de gananciales para poner fin a tales comunidades, máxime si se admite la no posibilidad de transferencias de patrimonios privativos a gananciales, y viceversa.

plazos en que se satisfaga...» el precio o contraprestación, lo que parece hacer referencia a las adquisiciones por precio aplazado. Supuesto éste —adquisiciones por precio aplazado o en parte ganancial y en parte privativo— que es precisamente el contemplado por los artículos 1.354, 1.356 y 1.357.

Mas de los argumentos, a favor de una u otra tesis, derivados del análisis detallado del artículo 1.355, pasamos a ocuparnos a continuación.

B) ¿A QUÉ RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES ES APLICABLE?

1. Matrimonios que se rigen por el régimen económico-matrimonial de gananciales puro o por variantes del mismo, previstas en capítulos, que no excluyen la aplicación del artículo 1.355. La norma del 1.355 es claramente de aplicación en los siguientes supuestos:

- matrimonios contraídos sin ninguna previsión capitular, en los que el régimen matrimonial aplicable es el de gananciales como régimen legal supletorio (art. 1.316);
- matrimonios contraídos con capítulos previos que se limiten a establecer como régimen matrimonial el de gananciales, sin ninguna modificación en el contenido previsto legalmente —caso poco frecuente, dada su escasa utilidad práctica, salvo cuando figura como contenido complementario de alguna donación prenupcial, pero posible al amparo del artículo 1.325—;
- capitulaciones otorgadas después de celebrado el matrimonio (artículo 1.326) que sustituyan el régimen económico hasta entonces vigente por el de gananciales, pero siendo entonces sólo de aplicación el 1.355 a los bienes adquiridos con posterioridad a tal modificación;
- en el caso del artículo 1.374, en el que el cónyuge no deudor, tras la disolución motivada por embargo de bienes gananciales por deudas privativas, opte por la reanudación del régimen de gananciales. Aceptamos en este punto la opinión de RUEDA de que el régimen ganancial así instaurado no podrá tener efectos retroactivos (10).

(10) RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. », *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, pág. 591. «En el caso de que tal derecho se ejercite . habrá un tiempo en que no hay régimen de gananciales antiguo (por qué se disolvió) ni nuevo (porque el cónyuge aún no optó). ¿Qué régimen se aplicará? Estimamos que debe ser el de separación subsidiaria ., porque lo contrario, retrotraer los efectos del nuevo de gananciales hasta la finalización del anterior, puede atentar contra la seguridad del tráfico.»

2. Matrimonios que en capitulaciones —otorgadas antes o después de celebrado el matrimonio— determinen que el régimen aplicable sea el de gananciales, con modificaciones convencionales, entre las que figure expresamente la exclusión de aplicabilidad del 1.355. La legitimidad de tal concreta modificación capitular es discutible. Como argumentos en contra de su admisibilidad podemos citar los siguientes:

- el hecho de que supondría la renuncia previa a una facultad u opción concedida a los cónyuges por una norma legal, y por ello llevaría aneja la sanción de nulidad prevista en el artículo 1.328 para las estipulaciones contrarias a las leyes;
- el carácter imperativo de las normas reguladoras de los regímenes económico-matrimoniales y, en concreto, dentro del régimen de gananciales, de aquellas normas que tienen por finalidad la determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes;
- la inutilidad práctica de tal previsión capitular, por cuanto al requerir el 1.355 el acuerdo conforme de ambos cónyuges, y supuesto éste, podría también procederse a la modificación de las cartas matrimoniales, con la exclusión de dicha cláusula limitativa.

Como argumentos a favor de la posibilidad de tal exclusión se pueden señalar:

- el hecho de que, aun suponiendo una renuncia previa a una facultad conferida legalmente, tal exclusión tendría carácter bilateral, afectaría recíprocamente a ambos cónyuges, por lo que no podría estimarse depresiva a sus derechos (11);
- que el carácter imperativo de las normas determinantes del carácter común o privativo de los bienes podría afirmarse en el régimen anterior a la reforma de 13 de mayo, pero no en el presente, precisamente por la presencia de preceptos como el 1.355, que al permitir modificaciones al amparo de la autonomía de voluntad de los cónyuges presuponen su carácter dispositivo;
- que aun cuando se admita el carácter imperativo de algunas normas sobre régimen económico matrimonial no puede ello postularse del 1.355, por ser éste un artículo dedicado precisamente a posibilitar la modificación de la naturaleza de ciertos bienes y suponer, por ende, su carácter de norma dispositiva;
- que el hecho de la posibilidad de exclusión de tal previsión, por

(11) ALVAREZ SALA WALTER, Juan: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 112, págs. 7 y ss.

vía de modificación capitular, no supone su inutilidad, pues tal posterior modificación no podría tener carácter retroactivo, en perjuicio de terceros, por aplicación del artículo 1.317;

- que para proceder a tal modificación capitular, que permitiera reconocer nueva vigencia al 1.355, se tendrían que cumplir los requisitos formales previos de los artículos 1.327, 1.331 y siguientes, lo que supone una carga mayor e incluso en ciertos supuestos la intervención de terceras personas (1.329). Predicándose en tal sentido la utilidad de esta hipotética norma capitular (12).

3. Matrimonios que se rigen por regímenes distintos al de gananciales. La posible aplicación analógica del 1.355. En contra de su aplicación analógica:

- su enclave sistemático —sección 2.ª, «De los bienes privativos y comunes», del capítulo IV, «De la sociedad de gananciales»—, alejado de lo que la doctrina ha convenido en llamar «régimen matrimonial primario —capítulo I, «Disposiciones generales», artículos 1.318 a 1.324—;
- el tenor literal del mismo precepto, que habla de «atribuir la condición de gananciales», lo que parece excluir su aplicabilidad a otros regímenes matrimoniales. A favor:
- el hecho de que el enclave sistemático no es en ningún caso determinante de la naturaleza de una institución jurídica;
- que aun cuando habla de atribuir condición ganancial ello supone que su finalidad primordial es ésta, pero no excluye su aplicación a regímenes diversos por vía de analogía;
- el íntimo enlace que existe entre este precepto y la norma del 1.324 —regulando una atribución de carácter ganancial y otra la aseveración de carácter privativo, por vía convencional—, unido al hecho de que esta última norma sí pertenece a lo que se ha dado en llamar régimen matrimonial primario;
- su posible utilidad práctica para atribuir naturaleza común —aunque en régimen de comunidad ordinaria por mitad— a bienes en principio de propiedad exclusiva. Es decir, su conexión con la norma del artículo 1.441 —al que, por remisión, y para el régi-

(12) A este respecto, puede plantearse una interesante cuestión. La de si es posible que haga uso de la facultad atributiva del 1.355 el menor emancipado, por considerarse una aseveración que forma parte del acto adquisitivo, y hallarse capacitado para éste. O si, por implicar una enajenación o préstamo, requiere el consentimiento de sus padres o tutor, ex artículos 323 y 324. De admitirse la primera solución podría tener una evidente utilidad la previsión capitular que le impida hacer uso de esta facultad.

men de participación, se refiere el 1.413—, en el sentido de que mediante acuerdo de los cónyuges puedan éstos establecer que les pertenezcan en común, por mitad, bienes que por su origen debieran pertenecer en propiedad exclusiva a uno de ellos. O bien puedan dejar afectos bienes de tal carácter al régimen de participación en ganancias.

Frente a ello puede aducirse que la vía correcta y lógica para conseguir tales propósitos es acudir a las donaciones entre cónyuges. Que el error en el enclave sistemático afecta al 1.324 y no al artículo 1.355 (13). Y, por fin, que si se estima que el 1.355 se limita a reforzar la presunción de ganancialidad en casos discutibles, o a atribuir a bienes privativos tal condición, pero sólo en supuestos concretos y determinados, pierde sentido su posible aplicación analógica. Esta encuentra mayores argumentos si se considera a este precepto como una norma de aplicación general a todo caso de bienes exclusivos que se deseen hacer comunes.

C) SUJETO ACTIVO

El artículo 1.355 hace referencia expresa como sujeto activo de la facultad que en el mismo se reconoce a los cónyuges, exclusivamente a los esposos. Parece ratificar esta afirmación la dicción del propio precepto cuando habla de que deberán formular su atribución «de común acuerdo». Ello puede sugerirnos al menos tres cuestiones:

1. Pueden entenderse cumplidas las exigencias de este precepto no sólo cuando los cónyuges comparezcan simultáneamente en el momento adquisitivo, manifestando su concorde voluntad de atribuir al bien que pasa a formar parte de su patrimonio naturaleza común. Sino también, cuando es uno solo de ellos el que realiza tal aseveración, siempre que medie el posterior consentimiento del otro consorte, o en su defecto la intervención judicial supletoria (que se presenta como de más discutible admisibilidad cuando el consentimiento suplido sea el del cónyuge no favorecido por tal atribución, pero, caso de producirse, no sujeta a calificación, por imperativo de la regla del art. 100 del Reglamento Hipotecario); o cuando el interviniente sea tutor o representante legal del no presente, por aplicación del artículo 1.387. Suscitándose en este caso la considera-

(13) En tal sentido hemos afirmado que el artículo 1.324, pese a su enclave sistemático entre las normas de régimen primario, resulta únicamente aplicable al régimen de gananciales típico, a sus modificaciones convencionales o a otros regímenes que atribuyan naturaleza común a las adquisiciones a título oneroso constante matrimonio, mas no a los regímenes de separación.

ción, relativa a la necesidad o no del concurso de posteriores personas (consejo de familia, autorización judicial, etc.), cuando el cónyuge no favorecido por la atribución sea precisamente aquel cuyo consentimiento resulte suplido, e incluso en todo caso (14).

Y ello no tanto porque, como se ha afirmado en repetidas ocasiones, el tenor del artículo 1.322 (ratificado hoy por los arts. 94, 2 y 3, RH) supone la sustitución del régimen de codisposición o coadministración que, en principio, establece el artículo 1.375, por un sistema de administración o disposición unipersonal por cualquiera de los cónyuges, con intervención autorizadora del otro consorte para casos determinados (15), sino, básicamente, por una exigencia de celeridad en el tráfico jurídico y conservación de los efectos del negocio, que encuentra su mejor expresión en la proclamación del artículo 1.384 —y hoy en el 94, 2, RH.

2. El consentimiento de un cónyuge, ¿puede suplirse por el de sus herederos, caso de que se produzca su fallecimiento en fase de formalización de la adquisición de un determinado bien?; e incluso, ¿en caso de que tal evento —fallecimiento de un cónyuge— acaezca, formando parte del acervo hereditario bienes pendientes de su calificación como privativos o gananciales?

A favor de tal posibilidad pueden citarse estos argumentos:

- el hecho de que los herederos del consorte fallecido son, a todos los efectos, continuadores de la personalidad del causante;
- la falta de precepto legal que excluya su intervención, siempre con el cónyuge sobreviviente, a tal finalidad;
- los artículos 1.396 y siguientes, que aluden al momento liquidatorio como el adecuado para la formación de un inventario, en cuyo apartado «activo» debe figurar como primera partida la determinación de cuáles sean los bienes gananciales.

En contra:

- el hecho de que el tenor literal del 1.355 alude precisamente a los cónyuges, con lo que parece ser criterio excluyente frente a terceras personas;

(14) Sobre la no necesidad de unidad de acto en el concurso de consentimientos, GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los bienes privativos y gananciales...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 548, pág. 121.

(15) En este sentido, GARRIDO CERDÁ, Emilio: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» (*ob. cit.*).

Conserva, al menos formalmente, la expresión «actuación conjunta». BLANQUER UBEROS, Roberto: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *Revista de Derecho Notarial*, números 113-114, pág. 87, Conclusión 7.^a

- la norma del 1.396, que habla de que la sociedad de gananciales concluye —de pleno derecho: «1.º, cuando se disuelva el matrimonio», en relación con el artículo 85: «el matrimonio se disuelve de pleno derecho por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges». Por tanto, causado el fallecimiento, no puede hablarse con propiedad de bienes gananciales, pues ha desaparecido la base —«sociedad de gananciales»— que sirve de fundamento a tal atribución de naturaleza. Los bienes gananciales se incluyen en el inventario precisamente para dejar de serlo, mediante su atribución por mitad al cónyuge sobreviviente y a la masa hereditaria del fallecido.

La respuesta afirmativa puede tener un sentido para quienes piensen que la finalidad del 1.355 es ratificar la presunción de ganancialidad del 1.361. Y aun en este supuesto revela su inutilidad, pues basta para cumplir sus fines con la aplicación de los artículos 1.392 y siguientes.

Pero si se piensa que su propósito es atribuir naturaleza ganancial a bienes que no son de tal carácter, con la consecuente aplicación del artículo 1.358, deja de tener sentido la aplicación en el momento liquidatorio de tal precepto. Cuando entra en juego el 1.358 deja de tener lógica la aplicación del 1.355. Los bienes dejan de ser tales —privativos o gananciales—, para convertirse en partidas de un activo o pasivo. Es indiferente atribuir a un bien carácter privativo, pero con derecho de reintegro a favor del activo ganancial, que carácter ganancial, pero con derecho de reintegro a favor de uno de los activos privativos.

3. Por último, la afirmación del precepto de que son sujetos activos de lo que en el mismo se contiene «ambos cónyuges... que adquieren... de común acuerdo», sirve para distinguir el supuesto que contemplamos del caso previsto en los artículos 93, 4, ó 94, 1, del Reglamento Hipotecario, en los que:

- un solo cónyuge adquiere con la afirmación de que lo hace para la sociedad de gananciales. El bien se inscribirá a su favor con tal carácter (art. 93, 4);
- un solo cónyuge adquiere a título oneroso sin expresar la naturaleza de su adquisición. El bien se inscribirá a su favor, con carácter presuntivamente ganancial (art. 94, 1). O del normado en el artículo 93, 1: ambos cónyuges adquieren para la comunidad, pero a título oneroso y a costa del caudal común. Se inscribe a nombre de ambos con carácter ganancial.

Para atribuir carácter ganancial a un bien, en supuestos normales, es suficiente la manifestación de *un solo* esposo de adquirir con tal carácter, e incluso su silencio al respecto, y ello por aplicación del artículo 1.361.

Si el artículo 1.355 exige la concurrencia del consentimiento conforme de ambos esposos debe ser ello porque el supuesto que contempla es distinto de los casos del 93, 4, ó 94, 1. Y distinto también del del 94, 1, primer inciso que alude al modelo tipo de bienes gananciales —adquiridos a título oneroso a costa del caudal común—. Encontramos aquí un primer argumento para sostener que el 1.355 no es un simple complemento del 1.361, sino que debe cumplir en el esquema legislativo sobre cuáles sean bienes privativos o gananciales otra finalidad. Finalidad que, con un ámbito de aplicación más o menos amplio, y en conexión con la previsión del 1.358, se expone bajo los epígrafes Teorías 1 y 3, en el apartado II, A), de este trabajo.

D) MOMENTO EN QUE PUEDE HACERSE USO DE TAL FACULTAD ATRIBUTIVA (16)

El artículo 1.355 sigue haciendo referencia a que los cónyuges podrán hacer uso de la facultad que el precepto les confiere respecto a los bienes «que adquieran». Ello parece indicar que podrán realizar tal atribución en el momento adquisitivo, pero plantea la cuestión de su posible manifestación en tal sentido en diversos momentos anteriores o posteriores a la formalización de la adquisición. Veámoslo:

1. Momento adquisitivo. No plantea mayores problemas, dada la dicción del 1.355. Entenderemos por momento adquisitivo el de la formalización de la escritura pública correspondiente (art. 1.218). Y caso de documentación privada, el que resulte de la fecha del escrito, sin perjuicio de la aplicación, respecto a terceros, del artículo 1.227.

2. Momento posterior al adquisitivo. Podemos citar como argumentos en contra de la posibilidad de atribución posterior:

- en primer lugar, el tenor literal de propio precepto, que parece aludir expresa y únicamente al momento adquisitivo;
- la aplicación analógica de la norma del 1.324, en relación con el artículo 95, 6, del Reglamento Hipotecario;
- los problemas fiscales que ello provocaría, por cuanto, al menos formalmente, podría dar lugar a la apariencia de una transmisión onerosa o lucrativa entre patrimonios privativos y común, cuestionándose su sujeción a gravamen:

(16) GIMÉNEZ DUART, Tomás: «Los bienes privativos...» (*ob. cit.*).

- el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, que alude a la formalización de la inscripción como momento para hacer constar el carácter de gananciales de los bienes adquiridos por los cónyuges, atribuyéndoles de común acuerdo tal condición.

Si se estima que la norma del 1.355 se limita a ser un complemento del 1.361, la solución afirmativa en orden a la posibilidad de formular tal atribución en cualquier momento posterior al adquisitivo encuentra un claro fundamento en la norma del 95, 6, RH, pues sería siempre una simple ratificación de una calificación ganancial resultante de la aplicación del artículo 93, 1: 93, 4, ó 94, 1, RH.

Si se piensa que el 1.355 permite atribuir carácter ganancial a bienes de diversa naturaleza —en todo caso, o sólo en determinados supuestos en que su condición de tales vendría determinada por normas dispositivas—, y por aplicación analógica de la regla del 95, 6, sería únicamente posible la atribución posterior cuando no se hubiera producido ninguna aseveración previa contraria de ambos consortes. Es decir, cuando el carácter privativo resultara de la aplicación de disposiciones legales y no de manifestación de los consortes.

Puede plantearse en este punto una cuestión relativa a qué ocurrirá cuando el carácter privativo resulte de norma legal y de aseveración de uno solo de los esposos. El artículo 95, 6, parece excluir en tal caso la posterior rectificación, pero no puede olvidarse que el supuesto a que alude es distinto, confesión de privaticidad en el que la aseveración realmente importante es sólo la del confesante, y no la del favorecido por la confesión. Mientras que aquí se requiere un consentimiento conjunto. Podría en tal sentido incluso pensarse que no podrá volver de sus aseveraciones el cónyuge favorecido por la atribución, pero sí el otro consorte. O estimar que ninguno de ellos, pues pueden lograr sus propósitos de igual modo, articulándolos a través de donaciones entre cónyuges.

3. Capitulaciones matrimoniales previas. No nos referimos al supuesto de capitulaciones que recojan de modo expreso la norma del artículo 1.355, o que excluyan su aplicación, por ser casos ya vistos. Hacemos referencia al pacto capitular que conceda a uno de los cónyuges la facultad de formular por sí solo tales manifestaciones con efectos atributivos. Recogemos en este punto las tesis de ALVAREZ-SALA WALTER: tal estipulación capitular sería válida no como tal, sino como poder formalizado en escritura pública —carta matrimonial—, y, por ende, de interpretación restrictiva (17).

4. Momento liquidatorio. Ya estudiado bajo el epígrafe II, C), 2.

(17) ALVAREZ SALA WALTER, Juan: «Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular»,

E) CONTENIDO DE LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 1.355

Habla el Código de que los cónyuges «podrán...» En un análisis del tenor literal del artículo 1.355 resulta evidente que su finalidad es permitir a los consortes en régimen de gananciales el ejercicio de una facultad, concretada en un derecho de opción. No es una norma imperativa, sino potestativa, permisiva, dispositiva. Y como tal norma dispositiva supone su incidencia sobre otras normas que en principio determinen una calificación legal diferente para ciertos bienes, pero también con carácter dispositivo. Lo que, de entrada, se halla en contradicción con el tenor imperativo de los artículos 1.346 y concordantes.

Continúa hablando el Código de que los cónyuges podrán «atribuir la condición de gananciales...» Centrándonos ahora en el sentido de la palabra «atribuir», vemos que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (18) le asigna cuando menos un doble significado:

- «aplicar, a veces sin conocimiento seguro, hechos o cualidades a alguna persona o cosa»;
- «señalar o asignar una cosa a alguno como de su competencia».

Pues bien: la primera definición parece responder a la función del 1.355 o, con mayor propiedad, de la aseveración realizada por ambos cónyuges al amparo de este artículo, en cuanto medio, modo o instrumento de ratificar o reforzar el carácter ganancial de una adquisición, cuando éste, aun resultando ya de la aplicación de otros preceptos, y en concreto del artículo 1.361, se presente como «inseguro».

Por el contrario, el segundo significado se presenta como más amplio. Y precisamente puede servir de vía para permitir a los cónyuges modificar el carácter de un bien concreto, su pertenencia a uno u otro patrimonio; pero no por el camino de encubrir transmisiones entre patrimonios, sino por la incidencia de su autonomía de voluntad, y por tanto tan sólo cuando la calificación legal aplicable se impusiera únicamente con carácter dispositivo, como resultado de normas legales de tal carácter.

Revista Derecho Notarial, núm. 112, págs. 7 y ss. «... La cláusula capitular que atribuya a uno de los cónyuges la administración de los bienes... podrá valer como apoderamiento o consentimiento general... que se formaliza en escritura pública». Pero tratándose, en este caso, de poder particular.

(18) *Diccionario de la Real Academia*, 13.ª edición, Espasa-Calpe, 1970.

F) OBJETO DE LA FACULTAD ATRIBUTIVA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1.355

El artículo 1.355 determina los bienes que pueden ser objeto de la facultad que en el mismo se contiene con un criterio sucesivamente limitativo:

- «bienes». Tal referencia presupone una doble exclusión:
 - los frutos, en sentido amplio. Quedarían en consecuencia fuera de su campo de aplicación los supuestos de los artículos 1.348 —capitales gananciales de créditos privativos— y 1.352 —nuevas acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas—;
 - las inversiones y mejoras en bienes privativos que sean accesorias de un bien de tal naturaleza (arts. 1.359 y 1.360).
- «que adquieran». De este modo parecen quedar excluidas las edificaciones y plantaciones del artículo 1.359, pues su incorporación al patrimonio ganancial o privativo no se produce por título adquisitivo, sino de inversión o mejora. (Operando también en este caso la exclusión resultante del apartado anterior.)
- «a título oneroso». Supone la inaplicación de la previsión normativa del 1.355 a todos los supuestos de adquisición lucrativa, aun
 - cuando la voluntad concurrente de los esposos se manifieste en contrario sentido.

Significa ello que la voluntad determinante para la atribución de carácter ganancial o privativo a los bienes donados o dejados en testamento es la del donante o testador, sin perjuicio de la aplicación del art. 1.353.

- «constante matrimonio». Quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto de constante referencia los casos del art. 1.357, 1. Excluidas la vivienda y ajuar familiares, que se reconducen a través de la norma del artículo 1.354.

Y posteriormente determina los bienes que constituyen su objeto con un criterio de ampliación o permisión:

- «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación». Nos encontramos aquí quizá con el más sólido argumento para sostener que el artículo 1.355 sirve no sólo para ratificar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361, sino además para modificar la calificación privativa o ganancial, derivada de la proce-

dencia de los fondos invertidos en la adquisición. Y, además, su tenor amplio puede ser un argumento a favor de la interpretación no restrictiva del artículo 1.355.

- «y la forma o plazos en que se satisfaga». Esta expresión parece hacer referencia concreta a los supuestos de los artículos 1.354, 1.356 y 1.357, 2, del Código, por cuanto éstos son casos de adquisición con inversión conjunta, concurriendo simultáneamente o mediante desembolso aplazado de fondos comunes y privativos.

La conjunción copulativa «y» que une ambas expresiones parece exigir el concurso simultáneo de las previsiones a que las mismas se refieren para que entre en juego la aplicabilidad del 1.355. Y por ello mismo parece postular la interpretación restrictiva.

Admitiendo esta interpretación restringida resultarían afectados por el artículo 1.355:

- Artículo 1.354: Bienes adquiridos mediante precio, en parte ganancial y en parte privativo. Así como la vivienda y ajuar familiares del último párrafo del artículo 1.357, adquiridas mediante precio aplazado, en parte privativo y en parte ganancial, realizados algunos desembolsos antes de comenzar la sociedad.
- Artículo 1.356: Bienes adquiridos mediante precio aplazado, en parte ganancial y en parte privativo.

Son estos dos los supuestos de más clara aplicabilidad del artículo 1.355. Se presentan como casos más dudosos:

- Artículo 1.357, 1. El principal obstáculo para admitir en este supuesto la aplicación del 1.355 es el relativo al modo de dar constancia registral a la atribución de posterior carácter ganancial, cuando el bien figure ya inscrito como privativo por tener el primer desembolso tal carácter. Parece que la solución pueda ser la aplicación analógica de la nota marginal prevista en el artículo 91, 3, del Reglamento Hipotecario.

No parece tampoco que constituyan impedimento para tal posterior atribución los argumentos expuestos en contra de la posibilidad de atribuciones posteriores al momento adquisitivo, por poder suponerse que la adquisición no queda consumada hasta el último desembolso.

- las edificaciones, plantaciones y mejoras del artículo 1.359. El principal obstáculo para reconocer virtualidad en estos casos al

1.355 deriva de la dicción del propio precepto, que habla, como hemos visto, de «adquisiciones», mientras que éstos son supuestos en que el ingreso en el patrimonio se verifica por título de inversión, de mejora, pero no por título adquisitivo (19).

Ello no obstante, es el ejemplo más citado por la doctrina como objeto del 1.355, sobre todo por su indudable utilidad práctica. Piénsese en las obras nuevas realizadas constante matrimonio a costa del patrimonio común. La solución más coherente, dado el casi siempre superior valor de lo edificado y su posible destino a vivienda familiar, es el que los cónyuges deseen atribuir al conjunto resultante naturaleza ganancial.

Nos inclinamos por admitir en este caso la posible aplicación del 1.355, por los argumentos derivados de la aplicación analógica del artículo 1.357, 2, caso de que la vivienda edificada se destine a domicilio familiar. Y, sobre todo, por la consideración de las normas destinadas a resolver supuestos de accesión como normas de naturaleza dispositiva, reguladoras de conflictos a falta de acuerdo entre los interesados, acuerdo posibilitado precisamente, por lo que a nosotros interesa, por el art. 1.355 (20).

No resultarán nunca afectados por la previsión del artículo 1.355:

- art. 1.346, 1: «bienes y derechos que les pertenecieran al comenzar la sociedad». No entra dentro del tenor del artículo 1.355, que habla de adquisiciones constante matrimonio.
- art. 1.346, 2: «los que adquieran después a título gratuito». Tampoco debe considerarse incluido, por aludir el artículo 1.355 tan sólo a adquisiciones a título oneroso.
- arts. 1.346, 5: «bienes y derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*»;
1.346, 6: «resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos»;
1.346, 7: «las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor»;

(19) Sin desconocer las teorías que incluyen la accesión entre los modos de adquirir, no parece que sea éste el tipo de adquisición a que alude el artículo 1.355, que además habla de «precio o contraprestación»; es decir, parece contemplar los supuestos de adquisición por contrato «mediante tradición».

(20) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil español...*, tomo II, vol. I, pág. 324: «Habiendo convención expresa o implícita entre los propietarios... debe aquélla ser respetada».

DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, página 205, citando a GARRIDO PALMA: «... que la rigidez del principio no sea en la práctica tan intensa... cabe evitar su aplicación por convenio entre los interesados si el acuerdo se canaliza por y a través de alguno de los medios que la ley admite y regula...». ¿No puede ser este medio precisamente el artículo 1.355?

1.346, 8: «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio...»

Por ser todos ellos casos en que la atribución de carácter privativo viene impuesta por superiores principios de respeto a la dignidad personal —incluso con fundamento constitucional—, y, por tanto, imperativos, de orden público, no sujetos a la autonomía de la voluntad de los esposos.

— artículos 1.348 y 1.352, por ser, como ya hemos dicho, objeto de estos preceptos «frutos», entendida tal expresión en su sentido amplio, y no «bienes» de los citados en el artículo 1.355.

Si se admite la interpretación amplia del artículo 1.355 quedarían dentro de su ámbito de acción los siguientes supuestos, excluibles según la interpretación restringida:

— artículo 1.346, 3: «los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos».

— artículo 1.346, 4: «los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges».

Además de los argumentos ya expuestos (apartado II, A) y de los derivados del propio análisis del tenor literal del artículo 1.355, una nueva argumentación se nos ofrece ahora en contra de la posible aplicación en estos casos del precepto estudiado, y, por tanto, a favor de la interpretación que hemos llamado «restrictiva». Una vez deslindados los casos en que el 1.355 no resulta aplicable según la interpretación restringida, y si según la interpretación amplia, vemos que son supuestos en que la privaticidad resulta del principio de subrogación real.

Si el principio de subrogación real no puede verse conculcado en el tráfico normal, y así, no se admite, por ejemplo, que un padre que permuta un bien propio por otro pueda «atribuir» el adquirido a un hijo suyo, sino que se le impone la necesidad de acudir a una posterior donación, ¿cómo puede serlo en las relaciones entre esposos? ¿Deberá concederse a éstos, por la aplicación del artículo 1.355, la posibilidad de sobrepasar incluso los límites del artículo 1.323, que les permite sólo contratar como los demás sujetos intervinientes en el tráfico, pero no más allá? ¿Deberá el Registrador admitir a inscripción tal documento, aun faltando un escalón negocial, una donación, aun siendo contrario a las exigencias del tracto? ¿Deberá el Fisco permitir la no sujeción a gravamen de una transmisión encubierta, pero real? ¿Deberán herederos forzosos y acreedores verse en la necesidad de probar que se ha producido una transmi-

sión. para impugnarla, cuando la realidad de tal transmisión resulta de la sola contemplación de los antecedentes del negocio?

La contestación negativa a estas preguntas supone rechazar la interpretación amplia del artículo 1.355, llegando a la conclusión de que el sentido de tal precepto es permitir el juego de la autonomía de la voluntad en supuestos en que la calificación ganancial o privativa resulta de normas de naturaleza dispositiva, pero nunca ser un vehículo para encubrir o simular relaciones negociales entre esposos, máxime cuando éstas aparecen, en la actualidad, posibilitadas por la vía directa del artículo 1.323.

III. EFECTOS

Parece unánime en la doctrina —cualquiera que sea la posición, más o menos anplia que se adopte sobre el ámbito de aplicación del artículo 1.355— la opinión de que el citado precepto consagra una atribución de carácter definitivo. Atribución que a nuestro juicio, y por lo que respecta a sus efectos, aparece enlazada con la norma del artículo 1.358. Decíamos, al principio de esta exposición, que el artículo 1.355 debía ser contemplado en su entorno sistemático, y que éste se hallaba integrado por los artículos 1.354 y siguientes, que constituían un todo, el cual, en cuanto a consecuencias jurídicas, produciría las previstas en el artículo 1.358. En efecto, este precepto, al hablar de que lo en él regulado se producirá «cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal...», se halla en directa conexión con el artículo 1.355, que permite a los cónyuges conferir carácter ganancial a ciertos bienes, «cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación». Y esta posible atribución se realiza «conforme al Código Civil», tal como exige el artículo 1.358.

Veamos las diferentes consecuencias de su aplicación:

A) *Entre cónyuges*.—Ninguno de los esposos podrá volver atrás de sus manifestaciones, además de por el carácter definitivo de la atribución de naturaleza que el artículo 1.355 consagra, por aplicación analógica de la norma del artículo 95, 6, *in fine*, del Reglamento Hipotecario.

B) *Frente a herederos voluntarios*.—Estarán obligados a pasar por el contenido de las manifestaciones de sus causantes, por imperativo de los artículos 1.218 y 1.255 del Código Civil.

C) *Frente a herederos forzosos*.—La solución nos viene dada por el mismo artículo 1.358: «... habrá de reembolsarse el caudal satisfecho a costa... del caudal común... mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.»

En conexión con el artículo 1.398, 3.º: «El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: ... 3.º El importe actualizado

de las cantidades que... en general constituyan créditos de los cónyuges frente a la sociedad.»

La liquidación no se opera, por tanto, en fase de partición de herencia, sino en fase de liquidación y división de la sociedad de gananciales. Los herederos forzosos no intervienen como tales herederos, sino en el procedimiento previo a la determinación del haber partible, que constituye la liquidación de la sociedad conyugal. No se trata, por tanto, de colacionar los bienes, sino de satisfacer previamente las deudas a favor de un cónyuge, sea o no el causante, y a cargo de la sociedad. Y por ello mismo es una operación a realizar tanto en caso de fallecimiento del cónyuge favorecido como del perjudicado por la atribución.

Ello no obstante, y por aplicación del artículo 1.410, que remite supletoriamente a las normas sobre partición y liquidación de herencias ante la ausencia de criterios propios en el capítulo correspondiente del Código —IV, «De la sociedad de gananciales», del título III—, en orden al modo de proceder a la actualización de las cantidades adeudadas por la sociedad a uno de los cónyuges, parece que una de las soluciones posibles es acudir a lo que postula el artículo 1.045 para la colación. Entender que tal actualización puede estar representada por el consiguiente aumento de valor, deducidas inversiones y mejoras, de los bienes o partes indivisas de los mismos que, de no mediar la atribución del 1.355, debieran haber sido privativos. Siendo esto, no obstante y en definitiva, una cuestión a resolver en aplicación del arbitrio judicial.

D) *En relación a los acreedores.*—De estimarse que el artículo 1.355 tiene su fundamento en la norma del 1.323, que posibilita la contratación entre cónyuges, en cuanto la atribución supone la existencia de una transmisión encubierta entre esposos, y admitiendo que consagra una atribución definitiva, la vía que quedaría reservada a los acreedores en defensa de sus derechos sería el ejercicio de la acción rescisoria (21).

De admitir que el artículo 1.355 consagra una atribución de carácter ganancial, de un modo definitivo, para bienes cuya calificación como privativos resultara de normas dispositivas, la consecuencia es la aplicabilidad del artículo 1.358, que lleva a la utilización por los acreedores de la acción subrogatoria para ejercitar en nombre del cónyuge que sea su deudor el crédito que éste posee contra la comunidad conyugal.

El obstáculo que resulta del hecho de que el artículo 1.358 parece aludir al momento liquidatorio como el idóneo para que el cónyuge re-

(21) RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas...» (*ob. cit.*), *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, pág. 586: «... El embargo de estos bienes se rige por normas idénticas a cualquier otro bien ganancial, sin perjuicio de que los acreedores antes expresados puedan impugnar por fraude, ejercitando la acción pauliana».

clame los créditos de que es titular contra la sociedad, por lo cual, en principio, sus acreedores deberían esperar a tal momento, puede ser obviado, por cuanto éstos, los acreedores, pueden provocar la liquidación anticipada por la vía del artículo 1.373.

E) *Frente al Fisco*.—Si se estima que lo que se realiza por medio de la atribución del 1.355 es una transmisión entre cónyuges, siquiera sea encubierta, es evidente su posible sujeción a investigación y gravamen.

Si se piensa que el 1.355 se limita a permitir la incidencia de la autonomía de la voluntad sobre normas que determinan la naturaleza privativa de ciertos bienes, pero con carácter dispositivo, es evidente que el acto por este artículo posibilitado no debe hallarse sujeto a tributación.

IV. INCIDENCIA DE LAS NORMAS REGISTRALES

Un único precepto del reciente y reformado —por Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre— Reglamento Hipotecario hace alusión de modo expreso al supuesto que contemplamos. La norma del artículo 93, 1:

«Se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial los bienes adquiridos... atribuyéndoles de común acuerdo tal condición...»

No introduce, por tanto, como no podía ser menos tratándose de norma meramente reglamentaria, modificación alguna en el sistema normado por el Código Civil; pero de su tenor y del de otros preceptos del propio Reglamento podemos inferir las siguientes conclusiones:

- Se distingue claramente el supuesto del artículo 1.355 del caso en que los cónyuges se limitan a reforzar la presunción de ganancialidad adquiriendo de forma conjunta y con tal carácter, mediante la referencia a que: «Se inscribirán a nombre de marido y mujer con carácter ganancial los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad...»
- Se establece que los efectos de tal atribución son los de una calificación definitiva (art. 93, 2), frente al caso del artículo 1.324, confesión de privaticidad, a la que se atribuye carácter meramente probatorio entre cónyuges, inoponible a herederos forzosos y acreedores

San Mateo, enero de 1983.

M.^a CONSUELO RIBERA PONT
Registrador de la Propiedad
Notario

Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio

SUMARIO: I. *La separación de hecho*.—II. *La convivencia de hecho: algunos precedentes*: 1. Concesión de pensión de viudedad: Magistratura de Trabajo, número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979.—2. Concesión de pensión de viudedad: Jaén, Magistratura de Trabajo, núm. 2. Auto núm. 661/79. S-365/2.

1. LA SEPARACION DE HECHO

Uno de los extremos que con más constancia rutinaria y mimética preconizan a sus clientes los letrados inexpertos y/o poco formados humanísticamente es el de que se abstengan de elaborar pactos privados que se opongan al presunto espíritu de algunas de nuestras, hasta ahora, todavía normas. Efectivamente, se menciona el architipificado artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.» Contrario a las leyes, podríamos conceder que se entiende. Ahora bien: decir en estos momentos 'contrario a la moral y al orden público' me temo que no eximiría a nadie de la explicitación oportuna que fuere, con el fin de adecuar tales conceptos al criterio del interlocutor. Para justificación suficiente de este trabajo nuestro, bástenos adelantar aquí que ni moral ni orden público quieren decir lo mismo en dos momentos políticos distintos cualesquiera. Con ajustada y feliz expresión le ha cumplido a mi maestro, profesor MORENO QUESADA, poner de manifiesto la naturaleza proteica de este concepto de orden público:

«Esta noción de orden público es de contenido elástico e históricamente variable; es una concepción esencialmente relativa

y cuyos integrantes varían con los tiempos, los lugares y las sociedades en que se va a aplicar... Además, no es inconveniente relacionar las numerosas y variadas formas de intervención estatal en el Derecho privado con el concepto de orden público, ya que éste en el Derecho actual no sólo ha extendido extraordinariamente su dominio, sino que ha cambiado de signo: mientras en la concepción individualista tenía un simple sentido negativo, en las concepciones sociales contemporáneas de alcance político legislativo el orden público aparece bajo el signo positivo, marcando imperativamente rumbos y derivaciones a la voluntad individual.

Admitiendo, pues, este concepto del principio de orden público, al cual se opondrán, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, los acuerdos y cláusulas 'en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad' [en su Resolución de 3 de marzo de 1952, ratificada en cuanto a este extremo por la de 4 del mismo mes y año], no hay duda que resulta explicada esta evolución del sentido de las instituciones civiles por obra de las doctrinas sociales modernas»¹.

¹ BERNARDO MORENO QUESADA: «Sentido social en la transformación de las instituciones civiles». Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Granada el día 6 de febrero de 1958 (Granada, Escuela Social de Granada, 1958. Publicaciones de la Escuela Social de Granada, XXXII), págs. 27-28.

De nuestro fichero de *orden público* destaquemos, por su representatividad asimismo, las siguientes formulaciones:

«DORAL [*Noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona, 1967), páginas 136 y ss.] dice que el orden público no se contiene exclusivamente en los preceptos legales, no se reduce a ser el contenido típico de una determinada clase de las leyes y la jurisprudencia; compone el entorno en que se desenvuelven las mismas. Es el núcleo del orden social nunca acabado y perfecto, pues tiende a perfeccionarse en sucesivos logros. Las líneas por las cuales discurre hoy el orden público son, según el citado autor, el respeto a la libertad, la igualdad ante la ley y la representatividad», en CELESTINO CANO TELLO (Profesor Adjunto de Derecho civil): «El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 533 (julio-agosto 1979), págs. 787-808, especialmente página 797.

Según RUIZ VADILLO, «lo que nos interesa resaltar... es que la noción de orden público como conjunto de principios fundamentales que acepta como tales la sociedad, y sobre los que se asienta el Estado, es cambiante y dinámica como la vida misma y sujeta a distintas y aun contradictorias interpretaciones, según los cambios sociales, como pueden serlo las ideas de escándalo público o buenas costumbres en el Derecho penal y como pueden serlo tantos y tantos conceptos en los más diversos campos del ordenamiento jurídico. Entendemos que el Juez habrá de extraer la idea del orden público y sus concretas aplicaciones a través de un proceso de decantación del ordenamiento (leyes, costumbres, principios y realidad social...)» (pág. 27).

«La excepción del orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástica y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por 'aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente indispensables para

Lo cierto es que, por fortuna, también ejercen abogados sensatos, de gran experiencia y flexibilidad de cosmovisión, y que, por muy conminatorias que muchos quieran ver las palabras del artículo 1.255 del Código Civil español,

«suelen aconsejar el pactar privadamente, y por escrito, en forma de contrato, una separación de hecho. En el encabezamiento del convenio suele figurar la incompatibilidad de caracteres, y muy pocas veces la culpabilidad de uno de los cónyuges para no juzgar así el fondo de la separación...

... Es práctica bastante extendida suscribir tales contratos de separación ante testigos firmantes, o bien acudiendo a un Notario para protocolizar dicho documento, o sea transcribiéndolo en su archivo y expidiendo testimonio o copia del mismo a favor de los interesados, con lo que se logra revestir el acto de mayor formalidad externa...»².

la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada' (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico, aparte de que, en todo caso, en el campo internacional, la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente» (pág. 30).

«IV. Conclusiones. 1.^a El orden público constituye una noción jurídica, según la cual cada ordenamiento jurídico tiene unas fronteras que vienen a ser como los principios básicos invulnerables en cada momento histórico.

2.^a La Ley, como dice LACRUZ BERDEJO, sólo es fecunda puesta en relación con los hechos a los que se aplica, y que está llamada a ordenar y regular. Del concepto del derecho —sigue diciendo— deriva que una norma encaminada a provocar determinados efectos económicos y sociales, vale en tanto en cuanto en la práctica cumpla la misión para la que fue promulgada. La voluntad del legislador es un punto de partida, pero el resultado último de la aproximación de la norma al problema depende también del entorno social y la circunstancia singular del caso, en relación con los valores superiores de la justicia.

3.^a El Derecho todo, y por supuesto las partes que lo forman, tiene siempre un carácter dinámico y cambiante. El movimiento es a la vida lo que el cambio es al Derecho. También el contenido del orden público es variable en función de las circunstancias históricas. Esto no supone relativizar el Derecho, es sencillamente obtener de su condición de instrumento de convivencia y de cooperación social todas sus consecuencias prácticas (ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Suc. de Rivadeneira, 3 vols., Madrid, 1973). Lo definitivamente importante es que en todo momento realice el ideal de justicia, que no es absoluto dentro de la seguridad y el bien común» (pág. 31).

ENRIQUE RUIZ VADILLO (Letrado del Ministerio de Justicia. Juez excedente y Fiscal supernumerario. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación): «La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución» (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de abril de 1979, sobre celebración de matrimonio civil entre española y extranjero divorciado), *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (abril-junio 1979), págs. 23-33.

² JOSÉ MARÍA ALEMANY GAL-BOGUÑÁ: *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona, Ed. De Vecchi, S. A., 1971), págs. 55-56.

Partiendo de la base de que normalmente la ley no se dispara contra nadie mientras no se la provoque; y de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle³, no sería honrado negar que en todo caso la tendencia más inequívoca de la jurisprudencia en estos últimos años —y por mucho que los agoreros de turno sermonicen con el artículo 1.255 CC— es la de reconocer un cierto valor al contrato privado, con o sin solemnizaciones, respecto a las decisiones que los cónyuges separados de hecho quieran adoptar. Los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS explican todo esto así:

«Para interrumpir la obligación de vivir juntos que tienen los cónyuges es necesario una sentencia judicial de separación personal y por las causas marcadas en la ley...

Pero es el hecho, repetido continuamente, de que los cónyuges evitan afrontar un largo y penoso litigio interrumpiendo la convivencia simplemente...

... la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que reconocer en ocasiones la fuerza de los hechos contra el Derecho, dando valor jurídico a la situación.

Si los cónyuges han regulado su separación mediante convenios, la jurisprudencia los declara nulos e ineficaces, entre otras razones, por constituir una vulneración de la obligación legal de vivir juntos que impone el artículo 56 [art. 68 actual], y por estimar que entrañan una transacción sobre cuestiones matrimoniales, prohibida por el artículo 1.814.

No obstante, es de detectar un movimiento doctrinal favorable a una regulación legal de tales convenios o, por lo menos, a un reconocimiento judicial de su eficacia»⁴.

Semejante testimonio de tan distinguidos juristas nos es doblemente interesante, por datar de fecha anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975,

³ «Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.»

Y también:

«A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.»

MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: «La separación de hecho y la sociedad de gananciales», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXII (enero-marzo 1969), págs. 3-127, especialmente págs 7-10 y pág. 21, respectivamente.

⁴ LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (Madrid, Ed. Tecnos, 1974), págs. 417-418.

por no decir nada de la última reforma de nuestro Derecho de familia, en vigor. Por otra parte, este mismo criterio quedó sancionado, en fecha bastante anterior a las reformas a que nos referimos, en el XI Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 1971):

«Al margen de toda razón religiosa, utilizando consideraciones exclusivamente jurídicas, la ley puede tolerar pactos que justifiquen la falta de convivencia con más o menos extensión»⁵.

Sin ánimo de exhaustividad, pero sí de paradigma, me parece oportuno dejar aquí constancia de varios trabajos significativos sobre el tema de la separación de hecho en el matrimonio, trabajos que —sirva de pauta— están confeccionados desde un talante objetivo y ponderado (LA-CRUZ); o con una tonalidad decididamente irónica (TAULET RODRÍGUEZ-LUESO); pasando por una intención rigurosa y amplia (LUCAS FERNÁNDEZ); o simplemente concreta (JOSSE RAND), etc. Reseñemos a éstos y otros autores, sin dejar de reiterar que el principal valor de sus escritos radica en el hecho de haberse anticipado y, en cierta medida, haber servido de espoleta doctrinal a la normativa en vigor desde la última y sustancial modificación de nuestro Derecho de familia.

De la separación de hecho nos dice BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ que es la

«establecida unilateral o bilateralmente por los esposos, en la que no tiene intervención la autoridad. De las diversas formas que en la realidad sociológica presenta la separación conyugal de hecho nos fijamos o destacamos aquí en la que se denomina 'separación amistosa', 'convencional', 'consensual', con la que los esposos ponen fin, temporal o definitivo, a la vida en común por mutuo acuerdo, evitando la intervención de los Tribunales, o como en el Derecho canónico, sin intervención de la autoridad competente en la materia, que sería el Ordinario del lugar o el Juez eclesiástico.

El medio por el que se establece esta forma de separación es el acuerdo verbal o, como sucede con mayor frecuencia, la escritura pública o privada en que se determinan las normas por las que se ha de regir la nueva forma de vida de los esposos.

⁵ ROBERTO BLANQUER UBEROS (Notario), con la colaboración de JOSÉ LUIS MARTÍNEZ GIL y VICENTE-LUIS SIMÓ SANTONJA (Notarios): «Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado». XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino* (Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975), págs. 717-784, y en especial, pág. 784.

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad, y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos finales que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal. La mayor frecuencia de esta solución ha motivado que el tema haya sido estudiado en los últimos años y que abunden las propuestas en el sentido de que es necesario que la norma jurídica reconozca y regule esta forma de separación, lo que se postula no solamente en relación con el Derecho civil, sino también en relación con el Derecho canónico»⁶.

GARRIDO PALMA, desde su atalaya de observación notarial, y a propósito de las capitulaciones matrimoniales, reconoce que

«es precisamente el supuesto de separación de hecho uno de los más necesitados de atención notarial: el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales constante el matrimonio, cuando está rota la vida común, podrá ser, como ha señalado FOSAR BENLLOCH, traumático, pero evita abandonos de familia, procesos de separación conyugal... y trae paz a las familias»⁷.

En un tono eminentemente práctico, recogiendo además, el sentir ajeno, IZQUIERDO MONTORO nos dice lo siguiente:

«Añade FAUS [ESTEVE] que, a pesar de la indiferencia y hostilidad con que se la mira, la separación de hecho tiene prácticamente un interés considerable. Muchas son las parejas que hacen vida común sin haber contraído matrimonio y numerosos son los matrimonios que viven separados, y dice:

‘A pesar del deber de convivencia y de la prohibición legal de conculcarlo, es evidente que son numerosos los matrimonios que sin haber legitimado su situación viven de hecho separados.

En nuestros despachos profesionales no podemos entregarnos

⁶ BERNARDO ALONSO RODRÍGUEZ (Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España): «Notas sobre las causas de separación conyugal», *Pretor*, núm. 98 (octubre-diciembre 1977), págs. 37-72, especialmente págs. 64-65.

⁷ VÍCTOR M. GARRIDO PALMA (Notario de Madrid): «Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975». *Ilustre Colegio Notarial de Granada. Academia granadina del Notariado, Boletín de Información* (julio-agosto 1976: Suplemento extraordinario), páginas 81-119, especialmente pág. 87. Temas desarrollados en las XIV Jornadas Notariales organizadas el presente año por el Ilustre Colegio Notarial de Albacete, celebradas del 25 al 30 de junio de 1976.

al puro conocimiento contemplativo y monástico de la ciencia jurídica, sino a la creación y configuración de un derecho activo, apto y útil para las necesidades de la vida; nos hemos de enfrentar frecuentemente con estas situaciones, ya para resolver problemas de capacidad, ya para asesorar sobre la pretendida validez y eficacia de separación entre cónyuges mal avenidos.

La vida es más fuerte que la doctrina, y a pesar de su desconocimiento legal la separación de hecho aflora y rezuma a través de la jurisprudencia, de la práctica profesional y, en algunos casos, del propio texto de la ley.⁸

En estas líneas de apretado contenido ideológico se halla como en esquema todo el plan de este trabajo»⁸.

JOSSERAND, refiriéndose a la separación de hecho, opina precisivamente que

«la ley no tiene poder bastante para hacer abstracción de los hechos; la ficción no podría vencer a la realidad»⁹.

Según LACRUZ BERDEJO,

«la separación llamada (paradójicamente) 'amistosa' suele plasmarse hoy en unos capítulos matrimoniales que, esos sí, son válidos y eficaces en cuanto a los pactos de separación absoluta de bienes. Con tales capítulos se evita el contrasentido de que cada cónyuge separado legalmente tenga parte en las ganancias del otro»¹⁰ [sic].

Por su parte, FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ escribe:

«*Los pactos de separación*. El deber de convivencia puede no existir en ciertos casos. [Véase también mi ponencia 'La evolución del Derecho de familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges', en el XIII Congreso Internacional del Notariado

⁸ ELÍAS IZQUIERDO MONTORO: «El abogado ante la separación de hecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXX, núm. 6 (junio 1971), páginas 781-842, especialmente págs. 785-786.

Vid. RAMÓN FAUS ESTEVE: «La separación de hecho en el matrimonio». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, tomo II, 2.ª edición (Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950), págs. 293-365.

⁹ LOUIS JOSSERAND: *Derecho civil*. Revisado y completado por ANDRÉ BRUN. Tomo I. Vol. II: *La familia*. Traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MANTEROLA (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), pág. 210.

¹⁰ JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona, Bosch, 1979), pág. 229.

Latino, año 1975, y separata de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, págs. 450 y sigs.] Si existe o no en los supuestos de pactos de separación, dependerá de la eficacia que a éstos se atribuya.

Por regla general la doctrina y la jurisprudencia se muestran contrarias a la validez de estos pactos, considerándolos nulos de pleno derecho.

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así, CÁMARA, que demuestra que estos pactos no son en todo caso contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprobable, pero la inmoralidad, recuerda CÁMARA, radicará en su caso en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice CARNELUTTI [«Separazione per accordo tra coniugi», *Revista di Diritto Processuale Civile*, II (1936), pág. 153] que 'el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde'. Y, en fin, alega CÁMARA, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el artículo 56 [art. 68 actual], en relación con el 6.º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación.

Es decir, plenos efectos jurídicos no tiene la separación convencional sin intervención judicial... Pero de ahí a afirmar su nulidad es otra cosa. También la separación por autoridad propia de un cónyuge en caso de adulterio del otro, permitida por el Derecho canónico, requiere, para que despliegue su plena eficacia jurídica, que intervenga el Tribunal competente. Y, sin embargo, no se puede calificar de ilícita la separación que el cónyuge inocente realice por propia autoridad.

En la práctica, tanto en el matrimonio canónico como en el civil, los pactos de separación se suelen estipular en documento privado quizá por una prudente aversión de los Notarios a intervenir en los mismos. El pacto básico se suele estipular en docu-

mento privado. Hasta ahora se complementaba con la concesión de licencia o poderes por el marido y de consentimiento o poderes por la mujer, éstos en escritura pública.

El mismo convenio básico de separación creemos posible se otorgue también en escritura pública (págs. 19-22).

Las cláusulas de un convenio o pacto de separación de hecho son muy variadas y dependen, obviamente, de las circunstancias peculiares que concurren en el caso concreto.

Lo usual es que se contengan en documento privado que muchas veces se protocoliza ante Notario. Se complementa el pacto con la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales, modificando el régimen económico del matrimonio y estipulando para lo sucesivo un régimen de absoluta separación de bienes. Además, en algunos casos, se complementa igualmente con poderes o escrituras relativas a algunos aspectos de las relaciones paterno-filiales u otros que permitan una actuación frente a terceros sin necesidad de exhibición del pacto de separación»¹¹ (página 22).

ANTONIO PÉREZ SANZ, Notario de Cuenca, ve en la separación de hecho

«una realidad de la vida, como una manifestación, cada vez más frecuente, de la frustración del matrimonio...

La separación de hecho se presenta en nuestro Ordenamiento jurídico como una situación que carece de trascendencia jurídica inmediata, prevista por el legislador. El matrimonio en estos casos, sin comunidad de vida, sigue sometido al mismo régimen que el legislador previó para la vida en común. De ahí la indudable importancia que el régimen económico matrimonial tiene en estas situaciones de separación de hecho, al repercutir directamente en la situación jurídico-patrimonial de los cónyuges y, por tanto, en la propia capacidad de obrar de los mismos.

La Ley de 1975 ha supuesto un indudable alivio para los cónyuges separados de hecho, cuando su matrimonio estaba sujeto al régimen legal de gananciales. En efecto... 2.º La posibilidad, que ahora se reconoce a los cónyuges, de adoptar y modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio (artículos 1.315, 1.320 y 1.321 CC) permitirá a los esposos separados de hecho abandonar el régimen de gananciales a que esta-

¹¹ FRANCISCO DE LUCAS FERNÁNDEZ (Notario de Madrid): «Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio», *Pretor*, año XXVI, segunda época, número 101 (julio-septiembre 1978), págs. 5-60.

ban sometidos, estableciendo para el futuro la absoluta separación de bienes o los pactos que mejor se avengan a sus intereses»¹² (pág. 64).

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha actualizado aún más el contenido de dichos artículos 1.315, 1.320 y 1.321, así como, en general, de todo el título III del libro IV de nuestro Cuerpo legal.

El también Notario ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO se expresa con especial claridad, con lúcido desenfado, sobre estas cuestiones. Nuestro aprovechamiento de sus testimonios va a ser algo más amplio que para los anteriores autores:

«El tema de la separación de hecho y el de la capacidad jurídica de la mujer casada guardan estrecha relación con el problema de la crisis de la institución matrimonial, problema que no es de ahora, sino de siempre, como puso de relieve el maestro CASTÁN en su libro *La crisis del matrimonio*, publicado en 1915; lo que sucede es que en la época actual la unión conyugal se ha ido deteriorando no poco a poco, sino a pasos agigantados, y últimamente con mayor rapidez, por muy diversas causas. Lo mismo le sucede a la familia, sometida a un impulso renovador que, a juicio de SAVATIER, en su conferencia de Deusto de 1969, nace de tres fuerzas conjugadas: la transformación de la economía familiar; la dinámica liberadora del individuo, y el acercamiento científico a la biología humana...

... Actualmente, como si muchas gentes hubieran perdido la razón o el sentido común, los problemas surgen a diario, el campo de la conflictividad se ha extendido de manera considerable, y como la cosa está en la agenda de todos los días, es muy necesario hablar de las cuestiones que desfilan ante nosotros en los despachos, relacionadas con las separaciones de hecho, prestándoles la necesaria atención, teniendo muy presente lo que dijo IHERING: si el Derecho ha de escribirse como se habla, el jurista que sinceramente quiera servir a los demás en lugar de servirse de ellos ha de esforzarse, ante todo, por entender el lenguaje de las gentes que le rodean y que con él forman parte de la sociedad a que pertenecen...

¹² ANTONIO PÉREZ SANZ (Notario de Cuenca): «La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges», *Boletín de Información*, suplemento extra (julio-agosto 1976), págs. 3-80. Ilustre Colegio Notarial de Granada (Publicaciones de la Academia granadina del Notariado), especialmente pág. 64.

... Es evidente que tales convenios [de separación de hecho] producen varios e importantes efectos. Uno solo bastaría para reconocer y justificar su eficacia; me refiero a la ventaja y beneficio que comporta para ambos contratantes el liberarse del infierno de la presencia de una persona a la que no se puede soportar; me imagino que, una vez lograda la inmensa satisfacción de la soledad, la felicidad tiene que ser completa y absoluta, algo así como haber alcanzado la gloria del paraíso. Por muy nulo que sea el documento, la dicha de no tener que ver en la propia casa al enemigo que se odia ya tiene un valor fabuloso...

... Por más que el legislador se empeñe en ignorar estas situaciones, como la realidad es más fuerte que la ley, no ha tenido más remedio que admitirlas en numerosas casos...

... El II Congreso Catalán, celebrado en 1971, formuló, como una de sus conclusiones, la siguiente:

‘Hay que reconocer plena validez y fuerza de obligar a los convenios de separación amistosa, sin otro requisito que el de la aprobación y homologación’...

...: de acuerdo con esta propuesta discrepo únicamente en cuanto a la exigencia de la aprobación, puesto que a mi juicio basta con la presentación e inscripción.

Mis conclusiones podrían ser las siguientes:

1.^a Reconocimiento explícito de las separaciones de hecho, admitidas y aceptadas en numerosos textos legales y reglamentarios, sirviendo de ejemplo elocuente los casos que antes he citado en el Ordenamiento laboral.

2.^a La concesión de la capacidad completa, sin ninguna cortapisa a los cónyuges separados de hecho, para regir su persona y bienes libremente, con la posibilidad de que tanto el marido como la mujer pueden llevar al patrimonio propio, como privativos, los bienes que adquieran por cualquier título, con facultad de gravarlos y enajenarlos, desapareciendo las actuales prohibiciones y limitaciones de acceso al Registro de la Propiedad.

3.^a Reconocimiento de las pensiones de fallecimiento a las viudas separadas de hecho, abandonadas por sus maridos.

4.^a Para acreditar la efectividad y fecha de la separación se propone la instauración de un procedimiento sencillo que permita recoger la voluntad de los consortes en acta notarial o mediante comparecencia ante el Juez municipal; en cualquiera de

ambos casos se procederá a la inscripción en el libro correspondiente del Registro Civil.

5.^a Reconocer la validez de la liquidación de la sociedad conyugal con motivo de la reforma de las capitulaciones y conversión e instauración de un régimen de separación, pudiendo inscribir a nombre de cada cónyuge, como privativos, los bienes que se les hayan adjudicado con ocasión del convenio de separación amistosa»¹³.

Y un último testimonio, interesantísimo por la operatividad de sus propuestas, de MARÍA TELO NÚÑEZ:

«Son muchas las voces que ya se levantan pidiendo la separación convencional. Los cónyuges la necesitan; no tienen necesidad, mejor dicho, no hay por qué obligarles a presentarse ante un Tribunal para reglar lo que ellos pueden hacer por sí, sin acusarse mutuamente. Son precisamente las separaciones de hecho las que por regla general no se basaron en el odio, o al menos la razón se supo imponer a él.

Nuestra colega doña CONCHA SIERRA, en el año 1972, resumía así los efectos de la separación convencional:

‘Es un reconocimiento de situaciones de hecho que puede servir de antecedente orientador al Juez en caso de que, a pesar de todo, sobrevenga la contienda judicial entre las partes. Lo que ellas libre y voluntariamente han acordado como base de su separación es un valioso antecedente sobre el que el Juez puede aplicar posteriormente sus facultades discrecionales en la materia.

Sirve de resguardo a cada uno de los cónyuges, excluyendo el abandono malicioso del hogar o de las obligaciones conyugales.

Es un pacto de honor, y como tal debe cumplirse; su eficacia está en relación directa con el sentido del honor que tengan sus firmantes. Tienden a evitar, y de hecho evitan, litigios entre los cónyuges, tal como exhorta el canon 1.925.

Tienen la ventaja de su rapidez, su economía y la asepsia con que se excluyen normalmente de su redacción las imputaciones de culpabilidad, la determinación de causas subyacentes, a

¹³ ENRIQUE TAULET RODRÍGUEZ-LUESO: «La separación de hecho en el matrimonio», *Boletín de Información*, año XXXII, núm. 1.149, Madrid, Ministerio de Justicia; Órgano oficial del Departamento (15 de noviembre de 1978), págs. 3-12, y en especial págs. 4, 7, 9-10 y 11.

veces gravísimas y vergonzosas. Todo se diluye en fórmulas asépticas, que no ahondan más, irreparablemente, las diferencias entre los cónyuges' [*La problemática del matrimonio en España*, Coloquios del Círculo de Estudios Jurídicos, Editorial Círculo de Estudios Jurídicos, 1973] »¹⁴.

II. LA CONVIVENCIA DE HECHO: ALGUNOS PRECEDENTES

Nos toca ahora, y en justa correspondencia con el anterior epígrafe, traer a nuestras páginas algunos casos, *dos* exactamente, en que *la convivencia de hecho* ha merecido la atención de la Justicia, respecto de la producción de ciertos efectos económicos. Los dos casos pertenecen al mundo laboral, y creemos que a partir del cada vez más decidido afianzamiento y desarrollo de los preceptos constitucionales, al menos en su espíritu, aumentará la frecuencia de fallos como los que en este trabajo nos ocupan. Además, se explican por sí solos. Permítaseme, pues, transcribir sus fragmentos más representativos:

1. *Concesión de pensión de viudedad. Magistratura de Trabajo número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979.*

«Concesión de pensión de viudedad a favor de la reclamante, que convivió con el causante desde 1934 hasta el 21 de enero de 1977, fecha del fallecimiento, sin que pudieran contraer matrimonio por estar casada la actora y abandonada por su marido; examen de la Ley de Seguridad Social, doctrina del Tribunal Supremo y Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que permiten fundamentar la condena de la Mutualidad Laboral de Autónomos

Magistratura de Trabajo número 15. Sentencia de 10 de marzo de 1979. Resultando probado, y así se declara: 1.º Que la actora convivió maritalmente con don José, adscrito a la demandada Mutualidad Laboral de Autónomos, convivencia que perduró desde el año 1934 hasta la muerte de aquél, acaecida el 27 de enero de 1977... 2.º Que de dicha unión nació el 18 de abril de 1948 un hijo llamado Manuel... 3.º Que solicitada pensión

¹⁴ MARÍA TELO NÚÑEZ: «Situación jurídica de la mujer. Perspectivas de futuro». Constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976, *Pretor*, núm. 94 (octubre-diciembre 1976), págs. 133-154, y en especial pág. 143.

de viudedad, en base a la convivencia de casi treinta y cinco años con el causante, del que tuvo un hijo, *formando una auténtica familia...* 4.º Que la Comisión Provincial de la Mutualidad Laboral de Autónomos, en acuerdo de fecha 26 de mayo de 1978, denegó la petición por no acreditarse documentalmente el derecho a la prestación solicitada, por no aportarse certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil, e interpuesta reclamación previa, se confirmó el primitivo acuerdo... especificándose que la reclamante no acredita la condición legal de viuda...

Considerando... que la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, en su disposición derogatoria tercera, expresamente establece que ella misma deroga 'cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución', y, en cuanto ahora nos afecta, en su artículo 14 contiene el principio de igualdad ante la ley, declarando que los españoles 'son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social', y, en concreto, en su artículo 39, relativo a la protección social, económica y jurídica a la familia derivada del matrimonio, como se deduce de sus apartados segundo y tercero, preceptuándose en el apartado segundo citado que 'los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil', ampliándose claramente, con respecto a la madre, el texto definitivo con relación al anteproyecto, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, precepto constitucional que, entendemos, obliga, al menos, con respecto a las madres, aun no estando unidas en matrimonio al causante, a *entender derogado el estricto concepto de viuda contenido en la legislación de Seguridad Social citada en el anterior Considerando, e interpretado inicialmente como cónyuge legítima del causante, y estimarlo ampliado para comprender bajo el mismo a las mujeres que, aun no unidas en matrimonio con el causante, hubiera procreado hijos de éste, o bien, para no desfigurar el concepto jurídico clásico de viuda, debe entenderse ampliada a tal hipótesis* el supuesto de hecho de la norma...

Por todo lo expuesto entendemos que después de aprobada la Constitución, bien se acoja la vía directa, por los dos medios indicados, o la indirecta o analógica, en nuestra legislación de Seguridad Social, *la mujer unida de hecho al trabajador causante*

que reúna los requisitos de convivencia en aquélla exigidos tiene derecho a la pensión de viudedad, y concurriendo en la actora los requisitos y circunstancias expuestos procede estimar la demanda» [el subrayado es mío; en Revista Jurídica de Cataluña, enero-marzo 1979, núm. 1, año LXXVIII, Jurisprudencia, páginas 205-207].

2. *Concesión de pensión de viudedad. Jaén. Magistratura de Trabajo número 2. Autos números 661/79, S-365/2.*

«Autos números 661/79, S-365/2 (Es copia)

SENTENCIA

En la ciudad de Jaén, a 5 de junio de 1979. El ilustrísimo señor don Luis Hernández Ruiz, Magistrado de Trabajo número 2 de esta provincia, ha visto los presentes autos... seguidos a instancia de ... contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, sobre pensión de viudedad y...

Resultando probado, y así se declara:

1.º Que Andrés Castillo Segura, casado civilmente el 12 de julio de 1935 con Dolores Liébanas Marcos, de la que se separó amistosamente antes del año 1939, se unió para hacer vida marital en 1939 con Isabel Ramírez Quesada, de estado civil soltera..., conviviendo con la misma ininterrumpidamente hasta el 17 de enero de 1979, en que falleció Andrés Castillo, por causas naturales, habiendo tenido durante el tiempo de su relación y vida común dos hijos, que desde su nacimiento han vivido en unión de sus padres... observando buena conducta moral, pública y privada, Isabel Ramírez Quesada...

2.º Que la actora Isabel Ramírez Quesada solicitó el 27 de enero de 1979 prestación de viudedad por la muerte de Andrés Castillo Segura a la Mutualidad de Trabajadores Autónomos, la cual le fue denegada... habida cuenta de que la peticionaria no estaba casada con el causante...

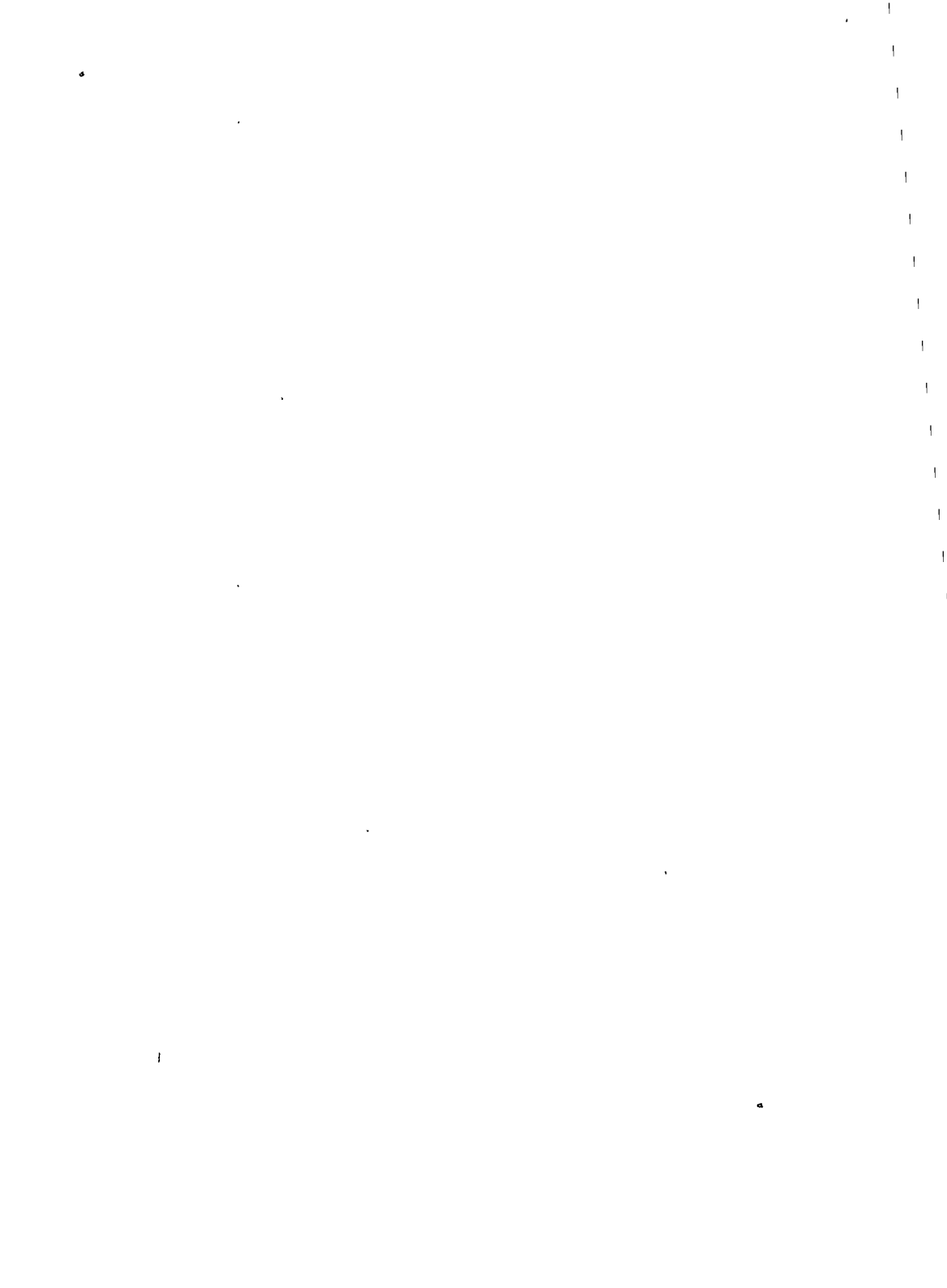
Considerando que el problema que se plantea y que en esta litis se discute viene circunscrito a decidir si un concubinato... mantenido durante cuarenta años, y del que han nacido dos hijos ilegítimos, puede dar lugar a la prestación de viudedad que el artículo ... y el artículo ... establecen exclusivamente para la esposa legítima, la cual en el caso de autos no ha tenido relación

alguna con el causante desde el año 1939, y sobre la base indiscutible que desde el momento en que tuvo lugar tal irregular maridaje entre la actora y el difunto, padre, madre e hijos ilegítimos han convivido, constituyendo un hogar cuyas cargas patrimoniales han sido única y exclusivamente levantadas y soportadas por los medios económicos que con su trabajo obtenía Andrés Castillo Segura, que a su fallecimiento ha dejado en el mayor desamparo a la actora, *cuya relación extramatrimonial con el obrero fallecido ha estado configurada con las notas de comunidad de vida, estabilidad, continuidad de la situación de hecho, publicidad de esta situación y fidelidad*, requisitos éstos de suma importancia a la hora de definir su situación como concubinato *more uxorio*..., entendiendo este Juzgador que... sin discutir el alto valor de la institución matrimonial... es imperiosa la necesidad de protección legal de las uniones extramatrimoniales estables... cuya relación constante, fiel y voluntaria las acercan tanto al verdadero matrimonio que parece absurdo que una legislación tan progresiva como la laboral se desentienda totalmente de ellas.

Fallo que, estimada la demanda interpuesta por Isabel Ramírez Quesada contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, debo declarar y declaro el derecho de la autora a percibir prestación de viudedad... con las revalorizaciones legales que procedan, condenando a la demandada a estar y pasar por ello.» [El subrayado es mío.]

TOMÁS RAMOS OREA

ESTUDIOS DE
DERECHO EXTRANJERO



La navegación de los ríos internacionales, con especial referencia a Venezuela

SUMARIO: 1. *Consideraciones previas.*—2. *La navegación de los ríos internacionales en el ámbito europeo:* A) Derecho romano y Edad Media. B) La Revolución Francesa. C) El Congreso de Viena. D) El régimen jurídico contemporáneo.—3. *La navegación de los ríos internacionales en la esfera americana.*—4. *La navegación de los ríos internacionales en Venezuela:* I. La navegación fluvial con Brasil.—II. La navegación fluvial con Colombia: A) Las primeras negociaciones. B) El arbitraje y la polémica doctrinaria. C) El Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes de 1941.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente estudio va a abordar el problema de la navegación de los ríos internacionales tomando en consideración tanto los aspectos doctrinarios como los normativos implicados en el mismo. Su desenvolvimiento tendrá lugar mediante tres etapas sucesivas: una primera comprensiva de la esfera europea, una segunda referente al planteamiento y soluciones de la cuestión en el campo americano y la tercera relativa a cómo ha sido entendido el problema en Venezuela, cuál ha sido la doctrina imperante al respecto en dicho país y cómo se ha reflejado lo concerniente a la navegación en los ríos internacionales en los tratados celebrados por la República, con especial dedicación a la interesante y rica situación diplomática planteada con Colombia al respecto.

Pero antes de entrar en el análisis de la materia anunciada se precisa, aunque sólo sea a manera de recordatorio, puntualizar algunos conceptos que van a ser utilizados prolijamente en este trabajo sin mayores precisiones *a posteriori*.

Frente a los llamados ríos nacionales, que son aquellos que nacen, discurren y mueren dentro del territorio de un solo Estado (Tíber, Hudson, Támesis, Volga, Ebro, etc.), coloca la doctrina los denominados ríos internacionales, que, en principio, cabe considerar como aquellos que atraviesan o separan dos o más Estados, esto es, no sólo los que sucesivamente discurren por el territorio de varios países, sino también los que, bañando las tierras de dos o más entidades estatales, constituyen al mismo tiempo frontera natural entre las mismas.

A su vez, dentro de la noción *lato sensu* de ríos internacionales, se suele distinguir entre ríos internacionales *stricto sensu*, ríos internacionalizados y vías fluviales de interés internacional. Ríos internacionalizados son aquellos cuya utilización está prevista en tratados *ad hoc*, generalmente mediante la intervención de comisiones fluviales internacionales encargadas de su administración y control.

Por vía fluvial de interés internacional, denominación introducida en la Conferencia de Comunicaciones y Tránsito de Barcelona de 1921, se entiende toda corriente de agua (no sólo ríos) que separa o atraviesa diferentes Estados; noción que, en el sentir de la doctrina, presenta la ventaja, aparte de la ampliación material que supone, de que deslinda con nitidez el problema de la soberanía o dominio del río, que puede corresponder en exclusiva a uno de los Estados ribereños, del aspecto de la navegación, abierta a los demás Estados interesados en la misma.

De todas maneras, en el presente trabajo se utiliza fundamentalmente la expresión ríos internacionales, que, aparte de ser la tradicional, es la que mejor encuadra y conforma el ámbito restringido de la materia que va a constituir su objetivo propio y específico. Finalmente, se advierte que circunscritos al tratamiento de la navegación en las vías fluviales internacionales no vamos a ocuparnos, como no sea de manera general, del arduo y discutido problema del dominio o soberanía sobre los cursos de agua internacionales ni de lo relativo a su utilización o aprovechamiento.

2. LA NAVEGACION DE LOS RIOS INTERNACIONALES EN EL AMBITO EUROPEO

A) DERECHO ROMANO Y EDAD MEDIA

Los romanos distinguían en el río tres elementos: el agua (*flumen*), el cauce (*alveus*) y las orillas (*ripae*); pues bien: el Derecho romano consagró el principio de la libertad de uso y navegación de las aguas e hizo extensivo este principio a las orillas de los ríos.

Esta concepción abierta y amplia se quiebra durante la Edad Media, en la que, por obra de las ideas feudales, los ríos vienen a considerarse no sólo como de la propiedad del Estado por donde discurren, sino incluso bajo la soberanía de los múltiples y locales señores feudales, que mediante la imposición de derechos de peaje y todo tipo de gabelas y gravámenes hicieron prácticamente imposible la navegación con fines comerciales y arruinaron el viejo principio romano de la libertad de navegación.

Lo intolerable y pernicioso de tal situación originó que en el Congreso de Westfalia se reaccionase contra los monopolios fluviales y, recogiendo las enseñanzas de Grocio de que los ríos deben estar abiertos a los Estados que tienen necesidad de pasar por causas legítimas, se votase una moción favorable a la libre navegación, en la que los autores suelen colocar el punto de arranque de los progresos modernos en materia de navegación fluvial internacional. De todas maneras, y como contrapunto, los Tratados de Westfalia, a objeto de favorecer a los Países Bajos, cerraron el Escalda a las provincias belgas, determinación que, entre otras circunstancias, ocasionó la ruina mercantil de la ciudad de Amberes.

B) LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Al calor de las ideas liberales y progresistas de la Revolución francesa se difundió la tesis que los ríos eran del dominio de todos los Estados ribereños y que, en consecuencia, a todos correspondía la facultad de ejercer libremente la navegación en aquéllos.

En tal sentido, el Decreto de 16 de noviembre de 1792 del Congreso Ejecutivo Provincial de la Convención ordenaba al comandante en jefe de las tropas francesas en Bélgica que asegurase la libre navegación a través de los ríos Mosa y Escalda, en razón de estimar que el curso de los ríos que atraviesan o separan dos o más Estados «es propiedad común e inalienable de todos los países regados por sus aguas», aparte de que todos los Estados ribereños tienen un derecho natural de salida al mar, ideas éstas que habrían de tener amplia repercusión en el futuro y que serían esgrimidas por gobiernos y autores en sus disputas, muy especialmente en el continente americano.

Cónsonos con esta tendencia de acabar con los monopolios y privilegios existentes en la navegación fluvial y consagrar el principio de libertad fueron los Tratados de La Haya de 16 de mayo de 1795 (en relación al Mosa y al Escalda), de Campo-Formio de 18 de octubre de 1797 (relativo al Rhin) y, sobre todo, respecto a este último río, el de París de 15 de agosto de 1804, denominado «de la concesión de Rhin».

Empero, como resalta la doctrina, el nuevo sistema, aunque significaba un estimable progreso frente al régimen anterior, todavía suponía una concepción restringida de la navegación, ya que si bien proclamaba la libertad de la misma, el principio quedaba circunscrito a los países ribereños, pues únicamente ellos eran considerados condóminos de la vía fluvial correspondiente, y, por tanto, quedaban excluidas las naves de Estados ajenos al régimen comunitario.

Un nuevo paso estimable en la tendencia aperturista hacia la libertad de navegación no restringida a los Estados ribereños lo constituyó el Tratado de París de 30 de mayo de 1814, en el cual se proclamó por vez primera que el Rhin quedaba abierto a la navegación para los buques de todas las nacionalidades y, sobre todo, se hizo particular énfasis en que este nuevo sistema de libertad irrestricta acordado para el Rhin debía extenderse a los demás ríos internacionales en el Congreso próximo a celebrarse.

C) EL CONGRESO DE VIENA

En líneas generales, se cumplió lo prometido. Los artículos 108 a 116 del Acta final del Congreso de Viena de 5 de junio de 1815 establecieron un estatuto susceptible de aplicación general que, en virtud de sucesivos tratados concluidos a lo largo del siglo XIX, se fue extendiendo a los principales ríos internacionales. Los pilares fundamentales del nuevo régimen de Derecho fluvial internacional venían dados en los artículos 108, 109 y 110 del Acta de Viena, que disponían lo siguiente:

Artículo 108: «Las potencias cuyos Estados se hallan separados o atravesados por un mismo río navegable se obligan a regular de común acuerdo todo lo relativo a la navegación de tal río. Nombrarán, al efecto, comisarios que se reunirán, lo más tarde, seis meses después de finalizado el Congreso, y adoptarán como base de sus trabajos los principios establecidos en los artículos siguientes.»

Artículo 109: «La navegación por todo el curso de los ríos indicados en el precedente artículo desde el punto en que cada uno empieza a ser navegable hasta su desembocadura será enteramente libre y no se podrá prohibir a nadie en lo que respecta al comercio; queda entendido que los reglamentos establecidos respecto a la policía de esta navegación serán por todos respetados y se formarán de un modo uniforme para todos, siendo lo más favorable posible para el comercio de todas las naciones.»

Artículo 110: «El método que se establecerá tanto para la recaudación de los derechos como para el mantenimiento de la policía será en lo posible el mismo para todo el curso del río, y se ampliará también,

si a ello no se oponen circunstancias particulares, a los brazos y afluentes de estos ríos que en su curso navegable separen o atraviesen diferentes Estados.»

En síntesis, pues, el Acta de Viena proclamó el principio de la libre navegación de los ríos que separan o atraviesan varios Estados, desde el punto en que se hacen navegables hasta su salida al mar, así como para los brazos y afluentes que reúnan las mismas condiciones; limitó semejante libertad de navegación a los buques de comercio; permitió a los Estados ribereños reglamentar de manera uniforme la policía fluvial, e impuso a los mismos la obligación de realizar en su propio territorio los trabajos precisos para conservar el río en buenas condiciones de navegabilidad y la de abolir los peajes, permitiendo tan sólo cobrar las tasas precisas para reembolsar lo gastado en interés general de la navegación, dejando a salvo los derechos aduaneros.

Aunque se suele reconocer sin objeciones el adelanto que supuso establecer una serie de principios aplicables de manera general, y no circunscritos a un río determinado, a los ríos internacionales, no deja también de reconocerse que al estatuir los artículos 108 y 109 del Acta general que los Estados ribereños deben regular la navegación, de común acuerdo y mediante reglamentos uniformes favorables al comercio, se estaba adoptando una fórmula lo suficientemente elástica y ambigua como para permitir, tal cual sucedió en la realidad, interpretaciones restrictivas violatorias del espíritu del Convenio; así, por ejemplo, se pretendió por algún Estado interesado que el derecho de navegación estaba restringido, en cuanto derecho o potestad, a los Estados ribereños (los demás eran tan sólo admitidos a la navegación) y que la posibilidad de utilizar el río a fines de navegación, abierta a todos, quedaba circunscrita exclusivamente al tránsito de mercaderías, lo que sin duda constituía una versión restringida y desnaturalizada de la fórmula utilizada en el Acta general: *Sous le rapport du commerce* (los Estados germánicos entendieron que la libertad hacía referencia a las cosas y no a los pabellones).

El sistema instaurado por el Congreso de Viena fue extendido al Danubio por los Congresos de París (1856) y de Berlín (1878) y a los ríos Congo y Níger por el Congreso africano de Berlín de 1885. En el artículo 15 del Acta general del Congreso de París de 30 de mayo de 1856 se estableció lo siguiente: «Habiendo el Acta del Congreso de Viena establecido los principios destinados a reglamentar la navegación de los ríos que atraviesan o separan a varios Estados, las potencias contratantes estipulan entre sí que en lo sucesivo dichos principios serán igualmente aplicables al Danubio y a su desembocadura. Declaran que esta disposi-

ción formará en adelante parte del Derecho público de la Europa y la colocan bajo su garantía.»

Si se quisiera resumir en una breve fórmula la evolución del principio de la libre navegación de los ríos internacionales durante el siglo XIX en Europa podría decirse, utilizando palabras de ROUSSEAU, que la misma se manifestaba en dos direcciones fundamentales: la igualdad de trato en el ejercicio de la navegación entre Estados ribereños y no ribereños y el gobierno del río navegable por su organismo internacional (la Comisión fluvial).

D) RÉGIMEN JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

El actual régimen jurídico de los ríos internacionales se inicia con el Tratado de Versalles, que puso fin a la primera conflagración mundial; a tenor del artículo 332 del mismo se dispuso que en los ríos declarados internacionales por el artículo 331 los súbditos, los bienes y los pabellones de todas las potencias serán tratados bajo pie de absoluta igualdad.

Bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, en acatamiento de la letra e) del artículo 23 del Pacto, relativo a la «libertad de comunicaciones y tránsito», y con el fin de elaborar las bases de la Convención destinada a reemplazar el régimen instaurado por los artículos 332 a 337 del Tratado de Versalles que, a tenor del artículo 338 del mismo, debía aplicarse a los ríos Elba, Oder, Niemen, Danubio y cualquier otro sistema fluvial que pudiera ser incluido en una definición general, se reunió en Barcelona (España), en 1921, la Conferencia de Comunicaciones y de Tránsito, que aprobó el denominado Convenio de Barcelona de 20 de abril de 1921, integrado por tres instrumentos: convenio propiamente dicho, estatuto y protocolo adjunto.

El Convenio de Barcelona era aplicable: a los Estados firmantes, a los miembros de la Sociedad de Naciones que se hubieran adherido y a los Estados ajenos a la Sociedad que, invitados a la adhesión por su Consejo, hubiesen aceptado la invitación.

- El Convenio de Barcelona declara internacionalizados todos los ríos que reúnan determinados requisitos, esto es, instaura un sistema de internacionalización general o abstracto que reemplaza con ventaja al anterior régimen, según el cual cada río tenía que ser internacionalizado en virtud de un tratado especial concluido al respecto.

¿Cuáles son los requisitos que se precisan para que una corriente de agua pueda catalogarse como río internacional y quedar, por ende, sujeta al particular régimen jurídico que semejante calificación entraña? El Convenio de Barcelona, conservando los tradicionales elementos contemplados por el Acta de Viena (que el río separe o atraviese varios

Estados y sea navegable), añade un nuevo requisito que consiste en que el río sea susceptible de utilización económica desde el ángulo de la navegación; ahora, pues, los ríos sólo estarán sometidos a un régimen internacional cuando, aparte del fraccionamiento territorial y el ser naturalmente navegables, sean aptos para la navegación comercial ordinaria, esto es, comercial y corrientemente practicable.

Por otra parte, el Convenio^o de Barcelona sustituyó la denominación tradicional de ríos internacionales por la de vías fluviales de interés internacional, cambio que si, por un lado, supone un mayor reconocimiento y énfasis de los derechos de soberanía local, en cuanto resalta que la vía de agua continúa sometida a la jurisdicción del Estado que atraviesa, permite, por el otro, ampliar de manera sensible el número de corrientes de agua sometidas al régimen de utilización internacional para fines de navegación comercial. En tal sentido, el Convenio de Barcelona abarca no sólo a los tradicionales ríos internacionales, sino también a las vías navegables naturales o artificiales que atraviesen diversos Estados e incluso aquellas que ubicadas en un solo Estado revista interés internacional su navegación.

El régimen de Barcelona no se extiende a las naves militares ni a otras embarcaciones a ellas asimiladas, reserva a los Estados particulares la navegación de cabotaje y, como es natural, extiende su ámbito de aplicación tan sólo a los países que se han adherido a él (de los 42 Estados que participaron en la Conferencia sólo continuaban adheridos, para 1939, 21, de los cuales 15 eran europeos).

Los principios fundamentales del Convenio de Barcelona de 1921 podrían resumirse de la siguiente manera:

Se consagra y ratifica el principio tradicional de la libre navegación, recogiénose la práctica consuetudinaria y contractual anterior. Los ríos de interés internacional quedan abiertos a la libre utilización, en cuanto vías de comunicación, por las naves tanto de los Estados ribereños como de los no ribereños.

Se establece la igualdad de trato para todos los Estados contratantes y, en consecuencia, queda prohibida toda actuación o medida que tienda a provocar discriminación entre los mismos en cuanto al ejercicio de la navegación.

Sólo pueden establecerse impuestos gravatorios de la circulación que constituyan el reembolso para el Estado ribereño de los gastos efectuados en interés y para facilitar la navegación; se prohíbe en forma terminante todo impuesto de enriquecimiento que no corresponda a ningún servicio prestado o inversión efectuada. Finalmente, y por lo que respecta a las obligaciones de los Estados ribereños, el Estatuto de Barcelona prevé en su artículo 10 dos tipos de vinculación: la obligación de

contenido negativo de abstenerse de realizar cualquier actuación que sea susceptible de obstar o perjudicar la navegabilidad de la vía fluvial y una variada gama de deberes positivos que incluye desde ciertos actos elementales de intervención, a cargo exclusivo del Estado ribereño correspondiente, hasta las obras y trabajos de conservación y mantenimiento de obligatorio cumplimiento, que quedan al arbitrio y contribución del Estado que opte realizarlas.

A pesar de que al Estatuto de Barcelona se le han hecho diversas y agudas críticas por su carácter demasiado abstracto y por su excesivo internacionalismo, y a pesar, como antes se indicaba, de que el número de países acogidos al mismo ha venido paulatinamente disminuyendo, lo cierto es que todavía en la actualidad constituye el régimen vigente en materia de vías de aguas internacionales y que, no obstante algún pedimento concreto (como el formulado por el presidente Truman en 1945), las Naciones Unidas no se han ocupado hasta el presente de elaborar un nuevo régimen de Derecho fluvial internacional que establecería las normas sobre navegación de los ríos que demanda la nueva situación política en el mundo de nuestros días.

De todas maneras, en cuanto el Convenio de Barcelona no derogó el régimen existente para los ríos centroeuropeos (establecido en virtud de una serie de tratados), debe realizarse, tal como lo hace VERDROSS, la siguiente clasificación de las vías fluviales desde el punto de vista de su situación jurídica: a) Ríos no navegables y ríos que en su curso navegable sólo atraviesan un Estado (ríos nacionales). A ellos se asimilan los ríos que separan o atraviesan Estados que no hayan ratificado ni el Convenio de Barcelona ni otro tratado fluvial. b) Ríos de interés internacional que separan o atraviesan Estados que han ratificado el Convenio de Barcelona u otro tratado fluvial, pero están sustraídos a la fiscalización de una Comisión fluvial. c) Ríos de interés internacional bajo la fiscalización de una Comisión internacional, compuesta únicamente de representantes de los Estados ribereños (internacionalización de primer grado). d) Ríos de interés internacional bajo la fiscalización de una Comisión internacional, en la que están representados también Estados no ribereños (internacionalización de segundo grado). e) Ríos internacionales sometidos a la administración directa de una Comisión fluvial (internacionalización de tercer grado).

3. LA NAVEGACION DE LOS RIOS INTERNACIONALES EN LA ESFERA AMERICANA

Como se encargan de resaltar los autores, el principio de la libertad de navegación fluvial no ha tenido en América, en razón de la diversi-

dad de condiciones geográficas y económicas, la misma evolución que en Europa. En ésta, se advierte, a consecuencia de la densidad de población, de la extensión limitada de los territorios, del gran número de Estados separados o atravesados por los grandes ríos y de la concentración industrial, los ríos navegables presentan general interés y la libre navegación se impone como un derecho del que gozan los Estados ribereños y los que no lo son; por el contrario, la situación de los ríos americanos, y sobre todo la de los sudamericanos, es muy diferente, porque atraviesan a menudo vastas regiones poco pobladas y porque ofrecen escaso interés para la navegación internacional, siendo más bien utilizados para el transporte de madera, por flotación, o para la producción de energía eléctrica.

Si a estas circunstancias se unen las derivadas de las peculiaridades políticas y sociales de América se explica que el régimen jurídico de los ríos internacionales de este continente revista especiales características que lo distinguen con nitidez frente al imperante en Europa y en las áreas sometidas a la influencia europea.

Una de estas características, y muy resaltante, es que en América, frente a la libertad o derecho de libre navegación, nunca negado, se ha colocado siempre en forma primaria y preponderante el derecho o soberanía que corresponde a los Estados sobre los ríos que corren por su territorio.

Así, frente a las concepciones doctrinarias europeas tendentes a resaltar los derechos de la comunidad internacional en materia de navegación fluvial, bien invocando su carácter natural, bien acogiéndose a la tesis de que el curso de los ríos internacionales es propiedad común de los Estados ribereños, los autores americanos han insistido en todo momento en que los ríos internacionales forman parte del territorio que atraviesan y en que, por tanto, corresponde sobre los mismos dominio exclusivo a los Estados bañados por sus aguas. Contrastemos en tal sentido, y a manera de ejemplo, las ideas al respecto del internacionalista italiano DIENA y las del internacionalista venezolano PLANAS SUÁREZ.

Dice el primero: «Sobre los ríos internacionales, cuando sean navegables, cada uno de los Estados ribereños debe tener el derecho a la libre navegación, sin que ninguno de ellos pueda a este propósito atribuirse un derecho exclusivo, ni aun en aquella parte del río que pasa por su propio territorio. Este derecho se justifica observando que la naturaleza ha constituido una especie de consorcio entre los Estados ribereños y cada uno de ellos debe, por esta razón, tener la posibilidad de participar de las ventajas que de tal situación se derivan. En cuanto a los terceros Estados, es también racional y justo reconocerles la facultad de ejercer la navegación en los ríos internacionales que son navegables,

incluso para las naves que remontan la corriente procedentes del mar, porque los ríos de tal especie se consideran como medios de comunicación óptimos que la naturaleza ofrece a los hombres a fin de que éstos puedan usarlos.»

Considera el segundo: «Por lo demás, el principio de la libre navegación de los ríos internacionales no ha tenido nunca, ni podrá tenerlo jamás, el carácter absoluto que algunas veces se ha pretendido darle, aunque se trate de tránsito inocente, de la navegación para fines comerciales, porque en la materia hay que tomar en cuenta, y de modo especial, las situaciones en que los ríos desarrollan su curso, que no admiten, por su propia naturaleza, reglas de aplicación idénticas... La opinión, consiguientemente, no puede ser otra, en este caso, sino que la navegación de los ríos internacionales o convencionales, como con sobrada razón los califica el doctor Mérignhac, está subordinada a tratados públicos, que por su naturaleza requieren el consentimiento de varios países para su ejercicio, mediante compensaciones que han de consultar los positivos intereses de las naciones limítrofes, como efecto de la práctica de un derecho que no es en manera alguna absoluto, y que, por lo tanto, ha de estar sometido a especiales estipulaciones.» Es más, PLANAS SUÁREZ estima que esta concepción es trasladable, si bien en forma más matizada, a la propia realidad europea, respecto a la cual afirma lo siguiente: «El examen minucioso de los tratados firmados en los Congresos mencionados (se refiere a los Congresos de Viena de 1815, de París de 1856 y de Berlín de 1878) nos da la impresión nítida de que cuanto se propusieron sus negociadores fue conciliar el postulado absoluto, universalmente reconocido, de que los ríos forman parte del territorio que atraviesan, con la regla de derecho relativo o condicional, admitida en principio, de la libertad de navegación de los ríos que atraviesen el territorio de varios Estados. De no ser así habrían resultado superfluas las numerosas convenciones o arreglos que en distintas épocas han determinado, ampliando o modificando los pactos anteriores, las condiciones de navegación y del comercio en los ríos internacionales.»

El hecho de que en el ámbito americano se haya colocado de manera preferente el interés de los Estados ribereños en cuanto se hace destacar el dominio exclusivo que a los mismos corresponde sobre los ríos que atraviesan o separan sus territorios, no ha obstado, empero, a que de manera constante y a escala continental se haya creado y acrecentado una tendencia favorable a la libre navegación, debidamente matizada, eso sí, por la influencia del principio contrario a que se ha aludido. Así, ya en el Congreso Latinoamericano de Lima de 1847-1849 se hizo particular énfasis en la conveniencia de reconocer la libertad de navegación de los ríos internacionales a favor de los Estados ribereños. En la I Conferencia

Panamericana, reunida en Washington en 1889-1890, se adoptó la recomendación (de 18 de abril de 1890) de que los ríos que separan diversos Estados o corren por sus territorios deben estar abiertos a la libre navegación de las naciones ribereñas, sin que ello afecte «el dominio ni la soberanía de cada una de las naciones ribereñas así en tiempo de paz como de guerra»; esta declaración se adoptó con el voto adverso de Estados Unidos y Nicaragua, y la Cancillería venezolana, en su informe al Congreso Nacional, formuló las siguientes puntualizaciones: «aunque en el propio dictamen se advierte que la declaración no afectaría nunca, en paz o en guerra, el dominio ni la soberanía de los países ribereños, acaso fuera conveniente, dadas las especiales circunstancias en que se encuentra Venezuela por motivos de límites, hacer ciertas salvedades en el particular, con el objeto de poner a cubierto los fueros jurisdiccionales de la República».

La II Conferencia Panamericana, reunida en Méjico en 1901-1902, proyectó una Conferencia Geográfica Fluvial en Río de Janeiro, a la que asistirían los representantes de los Estados ribereños del Amazonas, Orinoco y Río de la Plata, conferencia que no llegó a realizarse. En la V Conferencia Panamericana, celebrada en Santiago de Chile en 1923, se propuso la constitución de una comisión de geógrafos que estudiaría las comunicaciones fluviales entre las cuencas de los ríos mencionados, pero las discrepancias entre Venezuela y Colombia en relación a la navegación del Orinoco impidieron la consecución de lo proyectado. La VII Conferencia Panamericana, en su sesión de Montevideo en 1933, acordó la creación de un Comité Interamericano de Navegación Fluvial, con sede en Río de Janeiro, que se encargaría de convocar un congreso geográfico para el estudio de las cuencas del Amazonas, del Orinoco y del Río de la Plata.

Por lo que respecta a la situación de los principales ríos de América en cuanto a su navegación, existen disimilitudes de régimen jurídico, aunque se observa una clara tendencia a extender el reconocimiento de la libertad de navegación, unas veces a través de los tratados y otras mediante reglamentaciones unilaterales verificadas por vía legislativa interna, hasta el punto de que algún conocido internacionalista americano ha creído entrever que «llegará un día en que todos los Estados se reconocerán mutuamente el derecho de navegar sin necesidad de tratados y sin más condición que la reciprocidad legislativa» (ANTOKOLETZ).

La navegación en el río San Lorenzo fue contemplada por el Tratado anglo-norteamericano de Washington de 8 de mayo de 1871; por el de 18 de julio de 1932 entre Estados Unidos y Canadá, rechazado por el Senado norteamericano, y por el de 19 de marzo de 1941 entre los mismos países, objetado, a su vez, por la Comisión de Obras Públicas de la

Cámara de Representantes norteamericana; ante el fracaso de la vía contractual, los Estados Unidos y Canadá han determinado regular la situación mediante reglamentaciones internas uniformes, y, en tal sentido, fue promulgada por el primero de dichos países, el 13 de mayo de 1954, el *St. Lawrence Seaway Bill*.

El Amazonas, que, por sus numerosos afluentes, interesa a varios Estados ribereños, fue abierto en 1856 y en 1857 a la navegación de la Confederación Argentina incluso para los buques de guerra, prohibiéndose expresamente el bloqueo de puertos y demás lugares de los ríos; se excluyó el libre tránsito por los afluentes y el cabotaje. Por Decreto del Gobierno de Brasil de 1 de octubre de 1867, el Amazonas fue abierto a la navegación de los buques de todas las nacionalidades desde su desembocadura en el Atlántico hasta Putumayo, Coquetá y Río Negro. Colombia reclamó contra las restricciones impuestas en este decreto por considerarlas negativas de su derecho natural de comunicarse o salir al océano; también hubo protestas por parte de Bolivia, que fueron resueltas por el Tratado de Comercio de 1911.

En 1841, Francia e Inglaterra bloquearon el Río de la Plata con el objeto de obtener la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay, reclamo que también hacía Paraguay. Como señala el internacionalista PODESTÁ COSTA, el dictador Rosas resistía tenazmente estas exigencias por motivos políticos y económicos y además porque admitir la libre navegación para el Paraguay habría importado reconocer su independencia, y esto habría obligado a hacer extensivo aquel derecho a los británicos, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida existente en el tratado con Inglaterra de 1852. El bloqueo concluyó en virtud de los tratados celebrados con Gran Bretaña y Francia, el primero el 24 de noviembre de 1849 y el segundo el 31 de agosto de 1850, en los que los países bloqueadores reconocieron «ser la navegación del río Paraná una navegación de la Confederación Argentina y sujeta solamente a sus leyes y reglamentos, lo mismo que la del río Uruguay en común con el Estado Oriental».

Terminada la dictadura de Rosas, dominaba la idea de abrir el país a la inmigración europea y a la afluencia de capitales, y las provincias del litoral veíanse libres para levantar la clausura en que habían permanecido (PODESTÁ COSTA); por ello el general Justo José de Urquiza, por Decreto de 3 de octubre de 1852, declaró que la navegación de los ríos Paraná y Uruguay sería permitida a todo buque mercante, cualquiera que sea su nacionalidad, procedencia y tonelaje, lo mismo que la entrada inofensiva de los buques de guerra extranjeros; y pocos días después, el Gobierno del Estado de Buenos Aires promulgó una ley que incluía idéntica declaración respecto al río Paraná.

Este proceso aperturista fue continuado, reforzado y solemnemente proclamado por la Constitución promulgada por la Confederación el 1 de mayo de 1853, la cual en su artículo 26 estableció una fórmula que en forma unánime se ha juzgado siempre como generosa y progresista, en cuanto abrió la navegación interior argentina a las necesidades de la comunidad internacional. Decía dicho artículo 26: «La navegación de los ríos interiores de la Confederación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional»; frente al decreto de Urquiza, circunscrito a los ríos Paraná y Uruguay, la Constitución de 1853 proclamó la libre navegación de todos los ríos interiores de la Confederación, sin señalar nada sobre los ríos internacionales, aunque la solución respecto a éstos sea fácilmente deducible por mero argumento *a maiori ad minus*. En época tan temprana, pues, como el año de 1853 la cuenca del Plata vino a ser, junto a la del Escalda y a la del Elba, una de las tres, en todo el mundo, abierta a la libre navegación de los buques de todas las banderas, con la circunstancia inclusive, de que, frente a lo que sucedía en las otras dos zonas fluviales, la cuenca del Plata se declaró abierta hasta en tiempo de guerra.

El nuevo régimen había sido establecido por actos unilaterales de las dos partes en que se dividía el país; por ello, el Gobierno de la Confederación trató de consolidarlo por una vía contractual internacional, cosa que logró mediante sendos tratados firmados en San José de Flores el 10 de julio de 1853 con los Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña, cuyo artículo primero disponía lo siguiente: «La Confederación Argentina, en el ejercicio de sus derechos soberanos, permite la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay, en todas las partes de su curso que le pertenezca, a los buques mercantes de todas las naciones, con sujeción únicamente a las condiciones que establece este tratado y a los reglamentos sancionados o que en adelante sancionare la autoridad nacional de la Confederación.»

Según el artículo 6.º, continuando una progresista tradición: «Si sucediese (lo que Dios no permita) que la guerra estallase entre cualquiera de los Estados, Repúblicas o Provincias del Río de la Plata o de sus afluentes, la navegación de los ríos Paraná y Uruguay quedará libre para el pabellón mercantil de todas las naciones. No habrá excepción a este principio sino en lo relativo a las municiones de guerra, como las armas de toda clase, la pólvora, el plomo y las balas de cañón»; y, en fin, según el artículo 7.º, se reserva al Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay el derecho de adherirse a dichos tratados para el caso de que acepten los mismos principios en las partes de los ríos Paraná, Uruguay y Paraguay que les correspondan.

El Brasil dio su adhesión al principio de libre navegación de los

afluentes del Río de la Plata en virtud del Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación concluido con la Confederación Argentina el 7 de marzo de 1856 y la Convención Fluvial de 20 de noviembre de 1857. Bolivia se adhirió al principio en base al Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación celebrado con la República Argentina el 9 de julio de 1869, cuyo artículo 12 establece: «Las partes contratantes se conceden mutuamente la libre navegación del Plata y sus respectivos afluentes, con arreglo a lo que pactarán en una Convención especial.» También se adhirió el Paraguay mediante el Tratado Definitivo de Paz de 3 de febrero de 1876.

Y estos son los rasgos y datos fundamentales en relación a la navegación en los principales ríos internacionales de América (con excepción del Orinoco, que será objeto de estudio *in extenso* en el punto siguiente). Si se quisieran sintetizar al máximo las características del Derecho fluvial internacional americano podría indicarse que, aparte de la señalada nota del predominio del interés o soberanía de los Estados involucrados en los ríos internacionales, otras dos ideas fundamentales presiden el régimen jurídico de los ríos de América: el carácter francamente abierto y progresista de las reglamentaciones internas, que tienden a permitir la navegación a los barcos mercantes de todas las banderas, y la administración exclusiva de la vía fluvial por parte de los Estados ribereños, desconociéndose en este continente la figura, tan importante y corriente en Europa, de las comisiones fluviales mixtas.

4. LA NAVEGACION DE LOS RIOS INTERNACIONALES EN VENEZUELA

El problema de la navegación de los ríos internacionales presenta en Venezuela una gran variedad y desarrollo no sólo por ser cuestión íntimamente ligada a la tradicional y espinosa materia de la delimitación fronteriza, sino porque, ante las pretensiones formuladas fundamentalmente por Colombia, la Cancillería venezolana se vio obligada a elaborar y exponer una rica y minuciosa doctrina sobre navegación fluvial, que llama la atención por lo documentada, ponderada y constante, y que ha sido objeto de merecido reconocimiento y elogio tanto por propios como por extraños.

Con anterioridad a 1830, ni el río Orinoco ni sus afluentes tenían carácter internacional, ya que todos discurrían por el territorio de la República de la Gran Colombia; pues bien, ya para esa fecha se habían celebrado tratados con diversos países europeos que recogían y garantizaban la libre navegación de los ríos.

Así, el artículo 2.º del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación concluido entre Colombia y Gran Bretaña el 18 de abril de 1825 establecía: «Habrà entre todos los territorios de Colombia y los territorios de S. M. Britànica en Europa una recíproca libertad de comercio. Los ciudadanos y súbditos de los dos países, respectivamente, tendrán libertad para ir libre y seguramente con sus buques y cargamentos a todos aquellos parajes, puertos y ríos en los territorios antedichos a los cuales se permite o se permitiere ir a otros extranjeros; entrar en los mismos y permanecer y residir en cualquier parte de los dichos territorios respectivamente; también para alquilar y ocupar casas y almacenes para los objetos de su comercio, y generalmente los comerciantes y traficantes de cada nación, respectivamente, gozarán la más completa protección y seguridad para su comercio, estando siempre sujetos a las leyes y estatutos de los dos países respectivamente.» E idéntica fórmula se repite en el artículo 2.º del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado en Londres el 1 de mayo de 1829 entre Colombia y los Países Bajos.

Al separarse Venezuela de la Gran Colombia (1830), el Orinoco se halló bajo jurisdicción de Venezuela, pero buen número de sus principales afluentes, en porciones sustanciales de su curso, quedaron encuadrados en territorio correspondiente a Colombia, circunstancia que llevaba en su seno el germen de la querella que habría de plantearse durante tantos años entre las dos Repúblicas.

Bajo el peso de la tradición y de las ideas a la sazón dominantes a escala mundial sobre la materia, Venezuela celebró diversos tratados durante los primeros años de su vida independiente, en los que volvía a recogerse y repetirse aquella vieja fórmula utilizada antaño por la Gran Colombia de que «los ciudadanos de cualquiera de las Altas Partes Contratantes podrán ir libre y seguramente con sus buques y cargamentos a todos aquellos parajes, puertos y ríos en los territorios y dominios de la otra, a los cuales se permite o se permitiere ir a otros extranjeros». Tal es lo que sucede en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado entre Venezuela y Dinamarca, firmado en Caracas el 26 de marzo de 1838, cuyo artículo 2.º habla de que «los habitantes de los dos países podrán frecuentar libre y seguramente todos los lugares, radas, ríos, puertos y parajes respectivos en los cuales se permite o en adelante se permitiere entrar a los buques extranjeros»: en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, concluido entre Venezuela y Francia el 25 de marzo de 1843, cuyo artículo 2.º prevé que «los venezolanos en Francia y los franceses en Venezuela podrán recíprocamente y con entera libertad entrar con sus buques y cargamentos en todos los lugares, puertos y ríos que están o estuvieren abiertos al comercio extranjero», y en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Venezuela y Bél-

gica, firmado en Caracas el 8 de febrero de 1858, pues según su artículo 2.º «los venezolanos en Bélgica y los belgas en Venezuela tendrán plena libertad y seguridad para entrar con sus buques y cargamentos, como los nacionales mismos, en todos los lugares, puertos y ríos abiertos o que se abran al comercio extranjero, salvo las precauciones de policía empleadas respecto de los ciudadanos de las naciones más favorecidas».

Se observará que no obstante la amplitud con que recíprocamente se reconocen las partes, en los tratados mencionados, la libertad de navegación, se hace siempre la salvedad de que ha de tratarse de lugares abiertos o que se abran al comercio extranjero, lo que patentiza que semejante situación corresponde declararla al Estado interesado y, por ende, que en materia de navegación fluvial (que es la que a nosotros interesa) el criterio preponderante es el del dominio o soberanía por parte del Estado ribereño, tesis que posteriormente será declarada y desarrollada *in extenso* por Venezuela, según tendremos ocasión de ver más adelante.

De todas maneras, como el problema de la navegación de los ríos internacionales se ha presentado de distinta forma, aun siendo siempre única y misma la doctrina oficial venezolana, y ha experimentado diversas vicisitudes según se trate de las relaciones con Brasil o con Colombia, creemos que la exposición de los distintos momentos en que cabe contemplar aquél debe hacerse considerando por separado las relaciones, negociaciones, convenios y cambios de impresiones habidas con uno y otro país fronterizo. Comencemos por el Brasil.

I. LA NAVEGACIÓN FLUVIAL CON BRASIL

Con Brasil, Venezuela no ha tenido en materia de navegación fluvial los problemas que se han suscitado con Colombia, en parte porque desde tempranos momentos fue contemplada la situación mediante el oportuno tratado y en parte, lo que reviste un especial interés, porque, como se expondrá más adelante, ha existido siempre un evidente paralelismo y hasta identidad entre las doctrinas y criterios mantenidos al respecto por las Cancillerías de ambos países, cosa que, desgraciadamente, no ha sucedido con Colombia.

El 5 de mayo de 1859, Venezuela y Brasil celebraron un Tratado de Límites y Navegación Fluvial al objeto, entre otras cosas, de facilitar y promover entre uno y otro país la libertad de comunicación por la frontera común y por los ríos *en la parte que a cada uno pertenece* (subrayado nuestro). El Congreso venezolano, al aprobar el Tratado el 6 de julio de 1860, dispuso en el aparte único del artículo único de la ley aprobatoria que «la limitación por el tiempo de diez años para que los venezo-

lanos puedan navegar el Amazonas y los brasileños el Orinoco, bajo las condiciones estipuladas, en nada menoscaba los derechos que asistan en la actualidad a ambas naciones, pues al fenecer dicho término readquirirán los mismos que tenían antes de la celebración del Tratado en la parte referente a la navegación». La advertencia es bien clara: aun mediante estipulación contractual, como en el caso presente, la soberanía del Estado sobre los cursos de agua que atraviesan su territorio no desaparece, sino que únicamente queda en suspenso en los términos contemplados en el tratado, volviendo a corresponder al respectivo país en toda su pureza, extensión e ilimitación a partir del momento en que el convenio cese su vida legal. De todas maneras, al no haber procedido ninguno de los Gobiernos interesados a la denuncia correspondiente, el régimen fluvial estipulado en el tratado que se comenta ha continuado en vigor hasta el momento presente.

En lo que respecta a la navegación fluvial, el artículo 8.º del Tratado de 1859 contiene las más importantes especificaciones y recoge y proclama la que habrá de ser doctrina tradicional de ambos países en materia de ríos que separan o atraviesan varios Estados. Dice dicho precepto: «La República de Venezuela conviene en permitir que las embarcaciones brasileras, regularmente registradas, pasen del Brasil a Venezuela y viceversa por los ríos Negro y Guainía, en la parte que le pertenece, Casiquiare y Orinoco, siempre que se sujeten a los reglamentos fiscales y de policía establecidos por la autoridad superior de Venezuela. En reciprocidad, y como compensación, S. M. el Emperador del Brasil conviene en permitir que las embarcaciones venezolanas, regularmente registradas, puedan libremente pasar de Venezuela al Brasil y viceversa por los ríos Negro o Guainía y Amazonas en la parte de su exclusiva propiedad, y salir al océano y viceversa, siempre que se sujeten a los reglamentos fiscales y de policía establecidos por la competente autoridad superior brasilerá. Queda entendido y declarado que en esta navegación no se comprende la de puerto a puerto de la misma nación, o de cabotaje fluvial, que las Altas Partes contratantes reservan para sus respectivos ciudadanos y súbditos.»

De la lectura atenta de este artículo pueden derivarse interesantes enseñanzas en relación a cuáles eran las concepciones oficiales de Venezuela y Brasil sobre la navegación de los ríos internacionales. Lo primero que patentemente se resalta es que frente al criterio sostenido por algunos países que «cuando un río navegable cruza el territorio de dos o más Estados antes de desembocar en el mar el derecho de navegarlo para objetos comerciales es común a todos los ribereños», los países contratantes patrocinan la tesis de la soberanía del Estado sobre la parte del río que atraviesa su territorio, por lo que, consecuentemente, la

navegación de los ríos internacionales no puede ser libre, sino consentida mediante estipulaciones formales; y en tal sentido en el referido artículo 8.º se habla de que las partes contratantes *convienen en permitir* (la idea de permisión está ligada a la de dominio: sólo permite quien es dueño) la navegación por los ríos que se mencionan *en la parte que le pertenece o en la parte de su exclusiva propiedad*, términos éstos que dejan bien a las claras la vigencia indiscutida del principio de la soberanía territorial; por otro lado, las partes se conceden el libre tránsito fluvial *en reciprocidad y como compensación*, cláusula que incorpora la idea, lógica con el principio recién citado, de que las facilidades de navegación en cuanto implican concesión por parte del soberano deben tener una contrapartida: ya la reciprocidad, ya el otorgamiento de otras positivas compensaciones.

Según el artículo 9.º del Tratado: «Los reglamentos que establecieron las Altas Partes Contratantes deben ser lo más favorables a la navegación y comercio entre los dos países. Cada uno de los Estados adoptará, en la parte de los ríos que le pertenece, tanto cuanto sea posible, y de común acuerdo, un sistema uniforme de policía fluvial; y procurará atender también a la conveniencia de esa uniformidad en lo que dice respecto al sistema y régimen fiscal que estableciere en los puertos habilitados para el comercio.» Nuevamente se resalta aquí el principio dominante y básico de que cada Estado es soberano de la parte del río que atraviesa su territorio: *en la parte de los ríos que le pertenece*.

La circunstancia de que la libertad de navegación en los ríos señalados es fruto de reconocimiento o concesión por cada uno de los Estados que ostentan el dominio fraccionado sobre los mismos y no ejercicio de un derecho natural, se resalta de los términos en que aparece redactado el artículo 10 del Tratado, claramente restrictivos de la comunidad de navegación relativa a los intereses de los países partícipes y excluyentes de la participación de terceros en los beneficios del libre tránsito fluvial. Dice así dicho artículo: «Ninguna embarcación brasilera podrá ser considerada en las condiciones de ser regularmente registrada para la navegación de que se trata, en las aguas de Venezuela, si su propietario y capitán no fueren súbditos del Imperio de Brasil. Ninguna embarcación venezolana podrá ser considerada en las condiciones de ser regularmente registrada para la navegación de que se trata en las aguas del Brasil, si su propietario y capitán no fueren ciudadanos de la República de Venezuela. En la tripulación de las embarcaciones de cada una de las Altas Partes Contratantes debe haber una tercera parte cuando menos de venezolanos o brasileros, o dos terceras partes de extranjeros ribereños, debiendo en todo caso pertenecer el capitán a la nación cuya bandera lleve el buque.»

Por las demás disposiciones del Tratado se establece que las embarcaciones podrán comerciar en aquellos puntos de Venezuela o del Brasil que para ese fin se hallen o fueran habilitados por los respectivos Gobiernos (art. 11); los casos de arribada forzosa por causa de averías o falta de combustible (art. 12); las descargas forzosas (art. 15); las multas y penas por trasbordos clandestinos y contrabando (art. 16); el auxilio que deberán prestar las autoridades en caso de naufragio o de cualquier otra desgracia (art. 18); la posibilidad de que cada Estado establezca un derecho destinado a los gastos de faros, balizas y cualesquiera otros auxilios que dé a la navegación (art. 21); y, en fin, «conociendo las Altas Partes contratantes cuán dispendiosas son las empresas de navegación por vapor, y que en el principio ninguna utilidad puede sacar la primera empresa venezolana o brasilera que se estableciere para la navegación por vapor entre los dos países por las vías fluviales, convienen recíprocamente en auxiliarla de la manera y con los medios que posteriormente se estipulen por convenios y acuerdos especiales» (artículo 22).

A tenor del artículo 23: «Todas las estipulaciones de este Tratado que no se refieran a límites tendrán vigor por espacio de diez años contados desde la fecha del canje de las respectivas ratificaciones; terminados los cuales continuarán subsistiendo hasta que una de las Altas Partes contratantes notifique a la otra su deseo de darlas por concluidas y cesarán doce meses después de la fecha de esa notificación.» Como ya se indicaba anteriormente, hasta el momento ningún país ha comunicado al otro su voluntad de poner fin a las cláusulas no relativas a límites existentes en el Tratado de 1859, por lo que las estipulaciones sobre navegación fluvial recogidas en el mismo continúan en pleno e irrestricto vigor.

II. LA NAVEGACIÓN FLUVIAL CON COLOMBIA

Frente al panorama de armonía, reconocimientos recíprocos, concordancia de doctrinas y temprana regulación por vía de tratado que se da con Brasil en materia de navegación de los ríos internacionales, muy otra es la situación que se presenta con Colombia en la misma materia. La existencia de una inacabable disputa sobre límites fronterizos y las peculiares, unilaterales e interesadas teorías en el ámbito del tráfico fluvial mantenidas por Colombia no sólo frente a Venezuela, sino, también contra Brasil, determinaron el planteamiento de agrias y peligrosas situaciones conflictivas y la formulación de una apasionada y rica polémica.

mica diplomática que, sostenida a lo largo de varios años, permitió a la Cancillería venezolana la elaboración de una doctrina propia, sazónada, documentada, hábil y de gran fuerza lógica sobre navegación fluvial, que justamente despierta asombro y admiración. Sólo en momento tan tardío como el año de 1941 se llega al acuerdo y pacto público mediante el Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes, firmado en Cúcuta el 5 de abril de 1941; mas para llegar a esta situación hubo de pasarse por variadas y desiguales etapas:

A) *Las primeras negociaciones*

El problema de la navegación de los ríos fronterizos aparece desde los primeros momentos indisolublemente ligado al más vasto y acuciante de la delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela; por ello no es de extrañar que siga los altibajos de las negociaciones y disputas relativas a éste y que, en numerosas ocasiones, el acuerdo alcanzado o alcanzable respecto a aquél no pueda materializarse por la falta de consenso en el trazado de la línea divisoria.

El 6 de mayo de 1833, el presidente Páez nombra al señor Santos Michelena enviado extraordinario y ministro plenipotenciario de Venezuela ante el Gobierno de Bogotá; el 29 de agosto del mismo año presenta sus cartas credenciales al presidente Santander, quien designa como plenipotenciario a su secretario del Interior y Relaciones Exteriores, el señor Lino de Pombo.

Ambos plenipotenciarios, a un ritmo de trabajo realmente admirable, concluyen y firman el 14 de diciembre de 1833 un Tratado de Amistad, Comercio, Navegación y Límites. El Tratado fijaba la línea limítrofe entre las dos Repúblicas a partir del cabo Chichivacoa en la costa del Atlántico hasta la frontera con Brasil, y concedía a Venezuela ventajas territoriales (se aceptaba en líneas generales la línea divisoria que en 1840 Agustín Codazzi indicaría como fronteriza con Colombia) que nunca más volvería a obtener en sus tratos con la vecina República, hasta el punto de que los historiadores colombianos han alegado que en virtud de un presunto error cometido por Pombo, al fijar la línea oriental por el meridiano que pasaba por el Apostadero del Meta y el Río Negro, se perdían más de dos mil leguas cuadradas y, además, la libre navegación de los ríos Orinoco, Casiquiare y Negro (CAVELIER); en lo relativo a la navegación fluvial, las más importantes prescripciones estaban contenidas en los artículos 9.º y 18, que, respectivamente, establecían lo siguiente: «Habrá entre las dos Repúblicas contratantes recíproca libertad de comercio y navegación. Los habitantes de cualquiera de ellas podrán entrar libremente en los puertos, radas, bahías y ríos de la otra

en que sea permitido el comercio extranjero.» «Para dar mayor facilidad al comercio entre los pueblos fronterizos se ha convenido y conviene que la navegación de los ríos comunes a las dos Repúblicas sea libre para ambas y que no se impondrán otros o más altos derechos sobre los buques pertenecientes a la una, que naveguen dentro de los dominios de la otra, que los que paguen o pagaren los nacionales.»

Resalta de estos artículos que la doctrina que animaba a las partes era la de que los ríos internacionales pertenecen al dominio exclusivo del Estado que atraviesan y, en consecuencia, que su navegación no puede ser un derecho natural, sino convencional; por ello, se reconocen recíprocamente la libertad de comercio y navegación y se habla de que «se ha convenido y conviene que la navegación de los ríos comunes a las dos Repúblicas sea libre para ambas». La libre navegación en cuanto no es de Derecho natural, sino de Derecho positivo, necesita de estipulaciones concretas entre los Estados interesados que la establezcan, la reconozcan y concedan mutuamente; antes del Tratado oportuno, no existe, y ello se colige con facilidad de las expresiones y términos utilizados en el Convenio a que se está haciendo referencia.

El Tratado Michelena-Pombo fue aprobado por el Congreso de Nueva Granada, con excepción de su artículo 6.º (que estipulaba el derecho recíproco de solicitarse y concederse ayuda para combatir las revueltas internas) el 9 de mayo de 1834. En Venezuela, por el contrario, el Congreso tan sólo lo aprobó parcialmente, rechazando todo lo relativo a límites (que era la esencia del Tratado), por lo que el Gobierno colombiano rehusó el canje de ratificaciones propuesto, alegando que las «supresiones y modificaciones convertían el proyecto de Tratado en un instrumento distinto, por lo cual requería un nuevo sometimiento al estudio del Congreso». El Congreso venezolano volvió de nuevo sobre el tema en 1838, 1839 y 1840, año este último en que quedó desechado de manera definitiva, con lo cual el Tratado no llegó a perfeccionarse; entre las diversas objeciones que se le hicieron en la Cámara venezolana merece destacarse, en razón del objeto de nuestro estudio, la de que si bien en el proyecto de Tratado se declaraba libre la navegación de los ríos comunes, no se especificaba si eran comunes sólo los limítrofes o también los que atravesaban en su curso parte del territorio de cada uno de los Estados. Así, pues, quedó enterrada la primera tentativa seria de regular contractualmente con Colombia la navegación de los ríos internacionales.

En 1841, el Gobierno de Colombia designa al negociador Lino de Pombo enviado extraordinario y ministro plenipotenciario en Venezuela, con el encargo específico de indagar entre los jefes políticos venezolanos la posibilidad de que fuese reconsiderado el Tratado de 1883, que

el Congreso de Venezuela había rechazado, para lo cual no encontró ambiente adecuado. Tras conversaciones iniciales con el canciller venezolano, licenciado Francisco Aranda, se nombra por Venezuela como plenipotenciario especial al doctor Juan J. Romero, con quien, el 23 de julio de 1842, Pombo suscribe el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, que fue aprobado por el Congreso venezolano el 29 de abril de 1843 y ratificado por el Ejecutivo el 1 de mayo de 1843. Por lo que hace a la navegación fluvial, el Tratado presenta la particularidad de que fue el primero y el último de los celebrados o negociados con Colombia en el que la cuestión del comercio y la navegación fue separada de la de límites, si bien en su artículo 2.º se convino que los Gobiernos deberían abrir, en el lapso de cuatro años, nuevas negociaciones «para la exacta determinación y reconocimiento de los límites territoriales entre ambas Repúblicas y su demarcación en el terreno por medio de comisionados especiales». En lo referente al tema de nuestro estudio (la navegación fluvial), las disposiciones más importantes del nuevo Tratado fueron las siguientes:

Artículo 5.º: «Habrà entre las dos Repùblicas contratantes recíproca libertad de comercio y navegación. Los ciudadanos de cualquiera de ellas podrán frecuentar libremente todas las costas y territorios de la otra, traficar y residir en ellas y manejar por sí o por medio de sus agentes sus propios negocios; entrar con sus buques y cargamentos en los puertos, radas, bahías y ríos abiertos al comercio extranjero, y salir de ellos sin obstáculo ni impedimento; y gozarán al efecto de la misma seguridad y protección que los naturales del país en que trafiquen o residan, sometiéndose en el uso del derecho de entrada, tráfico y residencia a las leyes, decretos y reglamentos que rijan, concernientes al orden público y al comercio.»

Artículo 15: «A fin de dar mayores facilidades al comercio entre los pueblos fronterizos, se ha convenido y conviene en que la navegación de los ríos comunes a las dos Repùblicas sea libre para ambas, y que no se impondrán otros o más altos derechos de ninguna clase o denominación, nacionales o municipales, sobre los buques pertenecientes a cualquiera de las dos Repùblicas que naveguen dentro de los dominios de la otra que los que paguen o pagaren los nacionales. Esta libertad e igualdad de derechos de navegación se hacen extensivas por parte de Venezuela a los buques granadinos que naveguen en las aguas del río Orinoco o del lago de Maracaibo, en toda su extensión hasta la costa del mar.»

Artículo 29: «La duración del presente Tratado será de seis años, contados desde el día del canje de sus ratificaciones (hecho que tuvo lugar en Bogotá el 14 de noviembre de 1844), en lo relativo a los artículos duodécimo, decimotercero y decimocuarto; de doce años contados

desde la misma fecha, en cuanto a los demás artículos sobre comercio y navegación; y en todos los restantes que arreglan las relaciones políticas entre las dos Repúblicas será perpetuamente obligatorio para ambas. Con respecto a los artículos que tienen señalado término definido de duración, se estipula no obstante: que si ninguna de las partes contratantes notificare a la otra su intención de reformarlos total o parcialmente, un año antes de expirar el respectivo término de su validación, continuarán en fuerza y vigor hasta un año después de notificada por cualquiera de las dos partes su voluntad de que sean reformados.»

Al igual que ocurría con el proyecto de Tratado de 1833, en el Tratado ahora suscrito se observa, como fondo doctrinario que informa sus estipulaciones, un perfecto acuerdo teórico entre Venezuela y Colombia por lo que respecta a los derechos de los Estados sobre los ríos que corren por su territorio y a la naturaleza de la libertad de navegación; y hacemos hincapié en estas observaciones porque, como más adelante se tendrá ocasión de exponer en forma pormenorizada, posteriormente Colombia abandona de manera abrupta la doctrina que venía practicando y trata de hallar, por motivos interesados, una justificación diferente a la problemática general de la navegación de los ríos internacionales, política que la llevará a chocar diplomáticamente con Venezuela y Brasil.

Que para la fecha de la firma del Tratado de 1842 Colombia estimaba igual que Venezuela que los Estados ejercen plena soberanía sobre la parte del río que atraviesa su territorio, se ve con claridad en el artículo 15 de aquél, en el que se habla de «buques pertenecientes a cualquiera de las dos Repúblicas que naveguen dentro de *los dominios de la otra*», esto es, en el caso de que las aguas navegadas correspondan a un curso fluvial, las mismas se consideran como del dominio del país por donde discurren. De igual forma, si la libre navegación la hubieran estimado las partes como un derecho natural, no habría hecho falta que en el mismo artículo 15 estableciesen que «se ha convenido y conviene en que la navegación de los ríos comunes a las dos Repúblicas sea libre para ambas», pues lo que naturalmente es libre no hace falta convenirlo ni concederlo. Se resalta así que los Estados contratantes consideraban que la libre navegación es un derecho convencional que sólo se da cuando los Estados interesados se lo conceden mediante formales estipulaciones, y además esta idea va ligada a la de que el otorgamiento de tal derecho por un país debe entrañar alguna contraprestación por parte del receptor, ya la reciprocidad, ya otra compensación positiva.

El artículo 12 del Tratado de 1842 estipulaba que «las producciones y manufacturas extranjeras que se introduzcan en la Nueva Granada por su frontera terrestre, importadas por los puertos de Venezuela, no pagarán en las aduanas de esta República sino un derecho de tránsito, u otro

equivalente, destinado a la conservación y mejora de los caminos y canales, que no exceda de un tres por ciento de su valor»; pues bien: a tenor del artículo 29 *eiusdem* antes transcrito el precepto mencionado caducó a los seis años del canje de ratificaciones (o sea el 14 de noviembre de 1850), aunque Venezuela continuó aplicándolo, por lo que, de acuerdo a las disposiciones del mismo artículo 29, mantuvo su «fuerza y vigor». En 1865, el Gobierno venezolano dictó un decreto por el que se aumentaban los derechos de tránsito a pagar por las mercancías introducidas hacia Colombia e imponía algunas otras trabas y requisitos de signo oneroso por el ejercicio del comercio internacional; el Gobierno colombiano estimó que el nuevo régimen fiscal equivalía a la supresión del uso del Zulia para Colombia, ya que «los derechos prohibitivos para la importación hacían negatoria la libertad de navegación en los ríos comunes, aun cuando no hubiese caducado el artículo 15 del Tratado que la consagraba» (la caducidad de los artículos 12, 13 y 14 sobre el comercio fronterizo fue notificada por el Gobierno de Venezuela el 14 de diciembre de 1851).

Fue a propósito de estos acontecimientos que Colombia verificó un giro copernicano en las concepciones que hasta entonces habían mantenido y que claramente palpitaban en los proyectos y tratados suscritos según hemos apuntado en diversas ocasiones sobre la navegación de los ríos internacionales, e inauguró una nueva doctrina, interesada y forzada, que en adelante iba a tratar de mantener de manera constante e irrestricta y que fue esgrimida no sólo contra Venezuela, sino también contra Brasil. El inicio de la formulación de la nueva teoría sobre navegación fluvial internacional correspondió al secretario del Exterior don Santiago Pérez, quien la expresó en los siguientes términos: «No sólo por necesidad superior, por uso inocente y por costumbre podemos reclamar la libertad de ir por el Zulia hasta el mar, sino que lo podemos hacer en nombre también del derecho que en nuestro favor establece la sanción universal de este principio. El dueño de la parte superior de un río navegable tiene derecho de navegarlo hasta su desembocadura, sin más sujeción que la de indemnizar los gastos que ocasione al dueño o dueños de las porciones inferiores del mismo río y la de respetar la soberanía territorial respectiva... Así, Colombia no reclama para sus pueblos del Nordeste, con respecto a Venezuela, y para sus territorios del Sudeste, con respecto al Brasil, sino lo mismo que con la mayor amplitud posible ha reconocido el mundo entero en el libre tránsito de su tierra interoceánica. Y a Venezuela no convendría desconocer la justicia de nuestra demanda; porque la ventaja que adquiriese con ese desconocimiento para su frontera occidental con Colombia aparejaría un gravamen para sus tierras orientales,

confinantes con la colonia inglesa de las Guayanas, y para sus enlaces hacia el Sur con la hoya opulenta del Amazonas... La cuestión mencionada no puede rigurosamente obtener mejor término que el reconocimiento de los principios de franquicia de tránsito y libertad de aguas comunes.»

Colombia reclamó formalmente contra los nuevos derechos de tránsito mediante nota de 14 de enero de 1866, y al mismo tiempo formuló diversas propuestas de avenimiento y arreglo sobre los gravámenes establecidos; ante esta situación, Venezuela optó por denunciar, como expresamente le estaba permitido hacerlo, la estipulación de libertad de navegación de los ríos comunes contenida en el artículo 15 del Tratado de 1842, denuncia que se hizo efectiva el 27 de septiembre de 1867.

Denunciado el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1842, volvemos, por lo que hace a la navegación fluvial, a la misma situación anterior. La cuestión del libre tránsito de las vías fluviales navegables deja de tener carácter autónomo y va a representar en adelante sólo un elemento circunstancial y accesorio dentro del más grave problema de la delimitación fronteriza, que Venezuela, en situación favorable, tratará de utilizar para conseguir ventajas territoriales, y que Colombia, en posición desfavorable, tratará de obtener a título gratuito mediante la invocación de doctrinas sobre el carácter natural y aun sagrado de la libre navegación hacia el mar y sobre el condominio que a los Estados ribereños presuntamente corresponde sobre los ríos que surcan sus tierras.

El carácter acomodaticio y voluble de la posición diplomática colombiana sobre el tema de la navegación fluvial internacional, que admite sin problemas el principio de la soberanía territorial y la naturaleza convencional del derecho de navegación cuando Venezuela le reconoce o está dispuesta a reconocerle el libre tránsito en los ríos que atraviesan su territorio, y que, en cambio, reniega de tales concepciones y hace invocación de presuntos principios universales cuando Venezuela le niega aquél o exige contraprestación por su otorgamiento, se revela nítidamente en la comunicación que, todavía en vigor el Tratado de 1842, dirige a su Gobierno el ministro plenipotenciario de Colombia en Caracas, don Manuel Ancízar, en 1846; dice Ancízar: «Tendré presente los artículos adicionales que V. S. recomienda, y muy particularmente el pensamiento de conservar para Nueva Granada la libre navegación del Orinoco, sea por la posesión natural de la parte alta o, si esto no se pudiera alcanzar, por estipulaciones que lleven un carácter tan permanente como el Tratado de límites mismo.»

Sobre límites, tras el fracaso de las negociaciones Toro-Acosta y lo infructuoso de la misión de Ancízar, se inicia una larga e insulsa etapa

(1846-1880), en la que, según opinión de un autor colombiano, «las relaciones... tienen un tono anecdótico y discurren entre insustanciales complicaciones de etiqueta, protesta y satisfacciones, frustrados intentos de reanudar las negociaciones limítrofes y fallidos intentos de realizar contactos diplomáticos normales» (VALOIS ARCE). Subsumido dentro del ámbito general de las desaveniencias fronterizas, el tema de la navegación fluvial de los mal denominados «ríos comunes a las dos Repúblicas» iba a seguir los altibajos de las negociaciones sobre límites; por lo que respecta al mismo, las incidencias más dignas de destacar ocurrieron así:

En 1867, el presidente colombiano, general Santos Acosta, restablece la Legación en Caracas con carácter de primera clase y designa como ministro de ella al doctor Murillo Toro, quien acababa de concluir su período presidencial. Durante su corta permanencia en Caracas, Murillo Toro firmó (el 23 de mayo de 1869) con el plenipotenciario venezolano doctor Fernando Arvelo un Tratado de Navegación, Tránsito y Aduanas, en el que se declaraba libre la navegación de los ríos comunes a ambas naciones y se fijaban cien mil pesos a favor de Venezuela como compensación por la clausura de la Aduana de Táchira. El Tratado no fue aprobado ni por el Congreso venezolano ni por el colombiano, por lo que no llegó a perfeccionarse.

Frustrada la ratificación del Tratado, al año siguiente (1870) el presidente colombiano, doctor Eustorgio Salgar, nombra al doctor Aníbal Galindo ministro en Caracas. En 1872, el ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, doctor Gil Colunje, transmite (el 14 de agosto) a su representante en Venezuela las instrucciones del Gobierno para el cumplimiento de su misión. Ratificándole el encargo anterior de la Cancillería colombiana de que trate de «obtener la libre navegación de los ríos Zulia y Meta para toda clase de vehículos nacionales y extranjeros, y la misma libertad con respecto al lago de Maracaibo y el Orinoco», insiste el ministro del Exterior de Colombia en que «se tome gran trabajo e interés en obtener que el Gobierno de Venezuela reconozca explícitamente el principio de Derecho de gentes, en virtud del cual la nación que posee el dominio de la parte superior de un río navegable tiene derecho perfecto a navegarlo libremente hasta el mar; que, por lo tanto, respecto a ríos como el Zulia, Rionegro, brazo del Casiquiare y demás tributarios del Orinoco que bajan de Colombia, el único derecho que podría pretender Venezuela sería el de establecer, de acuerdo con Colombia, un impuesto sobre las mercancías de tránsito para indemnizarse de los gastos de policía de navegación que tuviese que hacer en la parte sujeta a la jurisdicción venezolana».

La nueva doctrina oficial colombiana de que en virtud del Derecho

condicional, que el derecho del ribereño a navegar la parte inferior de un río no tiene carácter absoluto, es decir, no es un derecho natural.

d') El 17 de julio de 1899, según Correspondencia número 870, el ministro venezolano de Relaciones Exteriores replica al encargado de la Legación de Colombia en Caracas, aduciendo, entre otras cosas:

«Para que la costumbre adquiriera fuerza invariable en determinados ramos de la vida de los pueblos requiere hechos o antecedentes de aceptación general, que no hagan depender su sanción jurídica de esos actos concretos en que principalmente se asegura toda concesión de un país a otro. Si la libertad de navegar los ríos, cualquiera que sea el territorio que atravesasen, constituyera una costumbre como base de derecho positivo, ni las naciones europeas hubieran necesitado subordinarla para ciertos raudales a convenciones y reglamentos de carácter especial, ni tenido las de América que hacerla en ciertos casos parte de su legislación interior e incluirla en tratados públicos para su relativa estabilidad... En la opinión de Bello, muy respetable para Venezuela y para todos los países de América del Sur, juzga hallar V. E. consignada la doctrina de la libre navegación de los ríos; mas desde que en la parte misma citada por V. E. se habla de la exclusión de los reglamentos y gravámenes *que no sean necesarios para la seguridad del país poseedor de la parte baja del respectivo raudal, para COMPENSARLO de la incomodidad que la navegación le ocasione*, tendrá que reconocer en mi eminente compatriota el espíritu de previsión a que hube de referirme en sentido general cuando en la nota del 28 de junio dije a V. E.: 'que cumplía a los pueblos y los gobiernos consultar en las concesiones de esa especie la seguridad interior'... Ellos reconocen el derecho de usar del río navegable para las necesidades del comercio; pero declaran imperfecto ese derecho y conceden a los Estados por cuyo territorio corre la facultad de poder declararse propietarios de la parte del río que tiene su lecho en su territorio, y de dictar condiciones a los que quieran navegar por él (FIORE)... 'El derecho de navegar para fines comerciales un río que corre por los territorios de diferentes Estados es común a todas las naciones que demoran en sus márgenes; pero como este derecho de tránsito inocente es lo que se llama por los publicistas derecho imperfecto, su ejercicio se modifica necesariamente conforme a la seguridad y conveniencia del Estado que él afecte, y sólo puede asegurarse de manera efectiva MEDIANTE CONVENCIONES MUTUAS que regulen la manera de usarlo' (WHEATON)... En el supuesto de que un gran número de vertientes que forman el Meta, el Vichada y el Guaviare, ríos que entran en el Orinoco, o estos mismos, dieran a Colombia dominio y señorío, ¿no sería lógico, natural y justo —y aquí apelo de nuevo a la probada ilustración de V. E.— que Vene-

zuela hallase en progresión ascendente el mismo derecho sobre todo el curso de aquellos raudales, y aun sobre los afluentes de ellos que puedan ofrecer accesos a ligeras embarcaciones? No hay doctrina del Derecho público que no tenga por base la justicia, y ésta padecería menoscabo siempre que se antepusiera a esos efectos algún principio inspirado en la conveniencia de uno solo, con perjuicio de los demás.»

En suma, la Cancillería venezolana precisa el correcto significado y alcance de la costumbre en la esfera internacional; puntualiza la cita de Bello, replica a los párrafos de los autores y vuelve a hacer notar la justicia de tener que aceptar la libre navegación ascendente cuando se predica la libre navegación descendente.

e) El 29 de julio de 1899, mediante Nota número 766, la Legación de Colombia verifica una serie de señalamientos:

«Es evidente que el principio de la libertad de navegación fluvial está incorporado en el Derecho público europeo. Y como 'los Estados de Europa, lo mismo que los transatlánticos nacidos de su seno, obedecen a una ley común', el principio cardinal de la libre navegación de los ríos ha sido aceptado y aplicado en la gran mayoría de los países del Nuevo Continente por actos que hacen parte de sus respectivas instituciones... La incorporación de un principio en tratados públicos no implica su desconocimiento anterior; antes lo vigoriza y lo consagra en la más abundante y segura fuente del Derecho internacional; y así en nada infirma el de la libre navegación el que Francia y Prusia hubieran dedicado en el de 1861 un artículo a definir el derecho de las respectivas naves a recorrer el Rhin y el Mosela; ni el que en el Tratado de Berlín de 1878 se hubiera mencionado nuevamente el libre tránsito por las aguas danubianas... Por estimar en todo el alcance de las precedentes apreciaciones, no dudo que V. E. tuvo en cuenta que he sostenido el derecho de Colombia, como Estado ribereño del Orinoco, a navegar ese río con fines comerciales hasta su desembocadura en el mar; que ese derecho no debe serle restringido con gravosas condiciones, innecesarias o extrañas a la misma navegación; y que el Gobierno de V. E. puede permitir que continúe por esa vía fluvial el tránsito de mercancías extranjeras hasta aquel país, previa la expedición de disposiciones provisionales en guarda de la seguridad del Fisco, *mientras se reglamenta la navegación sobre la base de un Tratado entre las dos Repúblicas* (subrayado nuestro), porque esa medida es la aplicación de un principio de Derecho de gentes, el cual hace parte de la legislación de Venezuela.»

La posición colombiana vuelve a identificar Derecho de gentes con Derecho público europeo y trata de opacar el hecho de que cuando un derecho necesita para su existencia y ejercicio del reconocimiento con-

tractual o de la concesión legal no puede tratarse de un derecho absoluto o natural. Ciertamente que la incorporación de un principio en tratados públicos no implica su desconocimiento anterior, pero cierto también que si se trata de un principio que sólo goza de reconocimiento y efectividad, como sucede con el de la libre navegación fluvial, cuando es establecido por tratado o sancionado por una ley interior su pretendida vigencia anterior tiene más de *desideratum* o de meta a alcanzar que de auténtica existencia normativa. Por lo demás, toda la argumentación colombiana sobre el carácter natural y previo de su derecho a navegar los ríos venezolanos queda en entredicho cuando la propia Legación hace depender la futura regulación del tránsito fluvial de un «Tratado entre las dos Repúblicas», que implica el reconocimiento de la soberanía venezolana, ya que lo que naturalmente se posee no hace falta obtenerlo de nadie.

e') El 4 de agosto de 1899, por Comunicación número 974, el ministro venezolano del Exterior expresa la conveniencia de poner fin al debate, dado que en los escritos colombianos no encuentra «ni un solo argumento que no corrobore, explícita o implícitamente, el principio de derecho sostenido en el particular por Venezuela», y a continuación hace notar:

«Lejos de afirmar que no haya habido tratados para la navegación de ciertos ríos europeos y americanos, lo que he sostenido en esta correspondencia es que las arterias fluviales extendidas por el territorio de dos o más naciones se han abierto a la navegación común mediante pacto expreso entre los respectivos Estados; hecho del cual he deducido que si se necesita acuerdo mutuo acerca de la libre navegación de los ríos no puede considerarse ésta como parte del Derecho de gentes y obligatoria, como tal, para los países poseedores de las aguas navegables. Cuando no media tratado alguno es la soberanía interior la que determina el libre paso fluvial, por virtud de leyes especiales, inspiradas en la propia conveniencia... Díceme V. E. que la libre navegación de los ríos con objetos comerciales es al presente costumbre establecida en Europa y América y está aplicada a los grandes raudales de África; mas he de observar a V. E. que, en tales casos, sólo se trata de hechos dependientes de pactos y convenciones internacionales o de leyes dictadas en ejercicio de la soberanía territorial por los respectivos países... Libre es la navegación del mar, y, sin embargo, el derecho territorial se extiende a una parte de sus aguas como efecto de la necesidad en que se hallan las naciones de preservar sus costas de cierto género de peligros.»

Venezuela reafirma su doctrina de que la libertad de navegación o se concierta por tratado entre los países interesados o la concede por ley el Estado afectado, lo que supone tanto en un caso como en el otro el juego

del principio de la soberanía territorial, aparte de que lo que necesita del mutuo acuerdo para existir mal puede estimarse como regla del Derecho de gentes y, por ende, obligatorio.

f) El 7 de agosto de 1899, la Legación de Colombia, a través de Nota número 770, comunica a la Cancillería que su aserto de que no ha hallado en la correspondencia colombiana «ni un solo argumento que no corrobore, explícita o implícitamente, el principio de derecho sostenido en el particular por Venezuela», pone «en evidencia su criterio de adaptación corroborante de los argumentos míos a los argumentos de V. E. tan absoluto y general, que naturalmente discrepa por completo de mi manera de pensar en el asunto, y me obliga a asentir a su concepto de que la prosecución del debate sobre el derecho de Colombia a navegar el río Orinoco no tendrá ningún resultado positivo».

f') El 9 de agosto de 1899, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, mediante Correspondencia número 1.004, reafirma que el país no puede «sino mediante estipulaciones especiales y mutuas concesiones otorgar a banderas extranjeras la navegación de los raudales que bañan el territorio nacional» y comunica «la buena acogida que prestó el señor presidente de la República a la idea categóricamente sugerida por V. E. en la Nota de 7 de julio, número 754, de celebrar un tratado en que se condensen las indicadas estipulaciones».

g) El 14 de agosto de 1899, según Nota número 771, la Legación de Colombia adversa el presunto entendido alegado por la Cancillería y aclara:

«En las notas que he tenido la honra de dirigir a V. E. con relación a este asunto he procurado demostrar que la expresión 'y mediante positivas compensaciones' es contraria al principio que reconoce a los ribereños de un río el derecho de navegarlo con objetos comerciales hasta su desembocadura en el mar. Conviene en que los derechos incidentales, necesarios al principal de la navegación, deben ser reglados por tratados públicos; pero ni implícita ni explícitamente he dicho qué estipulaciones especiales y mutuas concesiones sean indispensables para el reconocimiento del derecho principal, y no podía haber emitido tal concepto, porque además de que venía sosteniendo un principio que se aparta sustancialmente de esa afirmación, aparece de antecedentes aducidos por mí que conocía actos de soberanía nacional por los cuales, prescindiendo de estipulaciones y concesiones mutuas, se habían abierto numerosos ríos a la libre navegación de las naves de todos los países... Lejos de sustentar la opinión que V. E. ha deducido, Venezuela puede, a mi juicio, en uso de su soberanía, por un acto análogo a los que acabo de mencio-

nar, abrir sus ríos a la libre navegación de los buques mercantes colombianos y a un a los de todas las naciones.»

g') Finalmente, el 15 de agosto de 1899, mediante Comunicación número 1.021, el canciller venezolano da por terminada la discusión sobre jurisdicción fluvial y toma nota, hábilmente, de los conceptos emitidos en su última misiva por el encargado colombiano, en los siguientes términos:

«Debo, sin embargo, antes de ponerle punto, tomar nota de la explícita declaración hecha ahora por V. E. de que Venezuela puede, *en uso de su soberanía*, abrir sus ríos a la libre navegación; lo cual concuerda perfectamente con el principio de derecho cuya defensa ha sido el objeto principal de mi argumentación en toda la presente correspondencia. La República puede, efectivamente, abrir sus arterias fluviales a una o a todas las naciones; pero no habrá de adoptar tal medida sino cuando razones de propia conveniencia y prendas de seguridad interior la justifiquen de consuno.» Sin duda, un grave desliz diplomático por parte de Colombia.

Y así concluye la correspondencia cursada entre el ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela y la Legación de Colombia, que hemos tratado de extractar y comentar sin que perdiera nada de su prístina presentación y riqueza; a no dudar, se trata de un intercambio epistolar doctrinario que no tiene parangón, en tema de la navegación fluvial, en los anales de la diplomacia mundial.

¿Qué conclusiones cabe extraer de la polémica?

En nuestra opinión, al margen de las que parcialmente se han ido adelantando al comentar de manera sucinta el contenido de cada una de las misivas, una muy clara y contundente: mientras Colombia oscila entre diversos criterios en apoyo de su tesis de la irrestricta libertad de navegación, ora alegando que se trata de un principio de Derecho de gentes vinculante para Venezuela, ora en base al condominio de los ribereños, ora en virtud de que los ríos han sido dados por la naturaleza para su común utilización, ora en razón del derecho que corresponde al Estado ribereño de la parte superior de un río de navegarlo hasta el mar, ora en base a la costumbre internacional, etc., y no tiene aparente reparo en conciliar tan variados puntos de apoyo con la idea de que la libre navegación puede ser concertada por tratado o concedida por ley interior del Estado en «uso de su soberanía», Venezuela mantiene una sola y misma posición, que refuerza y enriquece de manera constante con la cita de autores y concretas situaciones históricas, y, a decir verdad, también con el apoyo indirecto que le brinda la oscilante, poco firme y acomodaticia posición colombiana. Para Venezuela, los ríos navegables que discurren

por su suelo forman parte integrante del territorio nacional y, en consecuencia, el Estado ejerce sobre ellos dominio o soberanía exclusivo (se habla de que constituyen propiedad pública nacional), procediendo tan sólo su libre navegación comercial mediante formales estipulaciones concertadas en tratados que contemplen compensaciones recíprocas y positivas o mediante ley interior que el Estado en ejercicio de su soberanía promulgue.

De los alegatos de Colombia parecería desprenderse que la postura de Venezuela respecto al libre paso fluvial es única y disonante en el concierto americano de naciones, y, sin embargo, no ocurre tal cosa. Prescindiendo de otras circunstancias, la doctrina venezolana guarda una evidente semejanza con la que en Brasil defendía la Cancillería y era acogida por lo más selecto de sus internacionalistas, con la advertencia de que tradicionalmente la doctrina internacionalista brasileira ha sido reconocida y alabada por su ponderación, erudición y finura.

Así, por ejemplo, Clovis BEVILAQUA escribía: «La doctrina brasileña respecto a esta materia se viene dibujando desde los primeros tiempos de la monarquía: el Estado es soberano de la parte del río que atraviesa su territorio, y por eso el ribereño inferior, como dice el señor Silva Paranhos, barón de Río Branco, anotando a Schneider, puede negar el tránsito al ribereño superior, desde que éste no se conforme con las cláusulas que aquél juzgue necesarias en razón a su seguridad. Como se verá en seguida, por muchas veces tuvo Brasil que defender ese principio, tocando al autor de la fórmula transcrita darle efectividad cuando el destino lo colocó al frente de los negocios exteriores del país. Justificando la Circular del ministro de Hacienda de 8 de agosto de 1902, que imponía derechos sobre las mercaderías en tránsito para Bolivia, dijo él, en Nota de 15 de febrero de 1903: 'Aquella circular se apoya en la opinión de los escritores ingleses, como Phillimore y Hall, los cuales dicen que a los Estados poseedores del curso inferior de un río les es lícito ejercer todas las facultades de único poseedor y también el derecho de abrir o cerrar sus aguas.' Esta afirmación fue repetida en Nota de 20 de febrero del mismo año.» Recoge el mismo autor las declaraciones del vizconde de Abaeté al ministro americano en Río de Janeiro, contenidas en Nota de 13 de septiembre de 1854, y que expresaban: «El Amazonas, recorriendo Brasil en una extensión de 480 leguas, si tiene anchura considerable, aun en su mayor extensión, puede ser dominado por las fortalezas situadas en una de sus márgenes, pudiendo así impedir el tránsito; que la navegación del gran río no puede ser hecha sin el uso de las márgenes, y éstas, en la parte en cuestión, pertenecen exclusivamente al Brasil; y así, el Brasil ejerce sobre la parte del Amazonas que atraviesa su territorio plena

y eficazmente su soberanía. Consiguientemente, cuando le pareciese llegada la oportunidad de ver el gran río abierto al comercio del mundo, eso se haría mediante cautelas que resguardasen su derecho.»

En respuesta a Colombia, que esgrimía, al igual que frente a Venezuela, el parecer de Andrés Bello, Brasil respondió en 1868 que «no aceptaba ese principio de servidumbre internacional, entendiendo que su soberanía se ejercía plenamente sobre la parte fluvial de su territorio, a pesar de que estuviese dispuesto a entrar en acuerdo con los vecinos, como lo demostraban los tratados con varias Repúblicas americanas». Frente al Perú sostuvo en 1899 que la navegación meramente tolerada nada probaba, ya que ésta «es un acto de simple benevolencia, mientras que el Gobierno que de ella goce no pretenda navegar en las aguas brasileñas en virtud de un derecho; desde que éste es alegado toma el caso otro aspecto». Y respondiendo a las gestiones de varias potencias en 1903, la Cancillería brasilera sintetizó su doctrina en los siguientes términos: «El Brasil sostuvo siempre que cuando un río atraviesa el territorio de dos o más Estados la libertad de navegación o de tránsito para el ribereño superior depende del previo acuerdo con el ribereño inferior, acuerdo que contenga la cláusula de reciprocidad.»

Llama la atención, pues, la completa identidad de criterios que se advierte entre las doctrinas oficiales de Brasil y Venezuela aproximadamente para los mismos años, lo que prueba que la tesis venezolana no era algo insólito y disonante en el ámbito americano, sino que, por el contrario, concordaba con la mejor doctrina a la sazón en vigor. El debate entre Colombia y Venezuela sobre la libre navegación del Orinoco podríamos resumirlo con las siguientes palabras del especialista argentino en Derecho fluvial internacional Juan C. CARLOMAGNO: «Puede afirmarse que la historia de la navegación del Orinoco se reduce a la lucha entre Colombia y Venezuela por su libre navegación; tratando la primera de hacer dominar los principios de derecho natural por ella sostenidos y lograr la completa comunidad del río, e imponiendo la segunda la doctrina de la propiedad exclusiva de los ríos navegables y de la navegación de los mismos sujeta a las estipulaciones convencionales de los Estados.»

C) *El Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes de 1941*

No habiendo adelantado nada el tratamiento autónomo del problema fluvial, volvió el mismo a caer dentro del más amplio y complicado de la fijación de los límites fronterizos.

El 8 de diciembre de 1905, el agente confidencial del Gobierno de Colombia general José I. Díaz Granados, y el que Venezuela nombró con el mismo carácter, doctor Rafael López Baralt, suscribían en Caracas un Acta cuyo artículo 1.º declaraba: «Los Gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de la República de Colombia nombrarán simultáneamente ministros plenipotenciarios en misión especial que ajusten las bases de un Tratado sobre Navegación, Fronteras y Comercio Fronterizo y de Tránsito, que consulte y satisfaga las necesidades y aspiraciones de los dos países.»

En 1907 es nombrado agente confidencial de Colombia en Caracas el doctor Antonio José Restrepo, quien inició conversaciones con el comisionado venezolano doctor Manuel Clemente Urbaneja. El doctor Restrepo, en Memorándum enviado a su contraparte, reconocía: «Como la experiencia de las cosas ha venido demostrando que sin una efectiva compensación o permuta es difícil que un convenio cualquiera entre los dos países sea aceptado con beneplácito; y queriendo el comisionado de Colombia acercarse a ese fin, tiene el honor, a su turno, de proponer al honorable comisionado de Venezuela el siguiente proyecto de rectificaciones de la frontera, siguiendo el orden de secciones en que el laudo la dividió.» Abandono, pues, por una parte, de la posición de irrestricta y natural libertad de navegación y admisión, por la otra, del criterio de las compensaciones territoriales.

En mayo de 1908 llega a Caracas el general Alfredo Vásquez Cabo, agente confidencial de Colombia, quien el 2 de junio de 1909 firma con el plenipotenciario venezolano doctor Angel César Rivas un Acta sobre las bases del Tratado de Navegación, Fronteras y Comercio Fronterizo y de Tránsito entre los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia. El Gobierno colombiano no aprobó el Acta, y el general Vásquez Cobo renunció como ministro plenipotenciario.

El 3 de noviembre de 1916 se firma en Bogotá un nuevo Tratado de Arbitraje, por el cual se sometía al arbitramento del presidente de la Confederación Helvética la cuestión de si «la ejecución del laudo español puede hacerse parcialmente, como lo sostiene Colombia, o tiene que hacerse íntegramente, como lo sostiene Venezuela, para que puedan ocuparse los territorios reconocidos a cada una de las naciones y que no estaban ocupados por ellas antes del laudo».

El 24 de marzo de 1922 se dicta el fallo arbitral, y en septiembre del mismo año llegaba a Caracas la comisión de los expertos suizos que, de acuerdo al artículo 3.º del Tratado Arbitral, debía proceder a ejecutar las operaciones para «la completa terminación del deslinde y amojonamiento de la frontera fijada por el laudo». A fines de 1923, los expertos

suizos habían concluido su misión y regresaron a su país, procediendo el Consejo Federal Suizo, el 30 de julio de 1924, a notificar a los representantes de los dos países en litigio las sentencias de alinderamiento.

A partir de 1928 se nombran por Colombia y Venezuela diversas comisiones mixtas encargadas de solucionar los variados problemas todavía pendientes, cuyos trabajos prepararon el camino y facilitaron el material que había de concluir en el Tratado de Límites de 1941.

Tras diversas vicisitudes en las negociaciones, el 5 de abril de 1941 se firmaba en Cúcuta, entre Venezuela y Colombia, el Tratado sobre Demarcación de Fronteras y Navegación de los Ríos Comunes; por Venezuela firmaron el doctor Esteban Gil Borges, ministro de Relaciones Exteriores, y el doctor José Santiago Rodríguez, embajador en Bogotá, y por Colombia, el doctor Luis López de Mesa, ministro de Relaciones Exteriores, y el doctor Alberto Pumarejo, embajador en Caracas.

El Tratado suscrito ponía fin a la secular disputa fronteriza entre los dos países, al establecer en su artículo 1.º que: «Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia declaran que la frontera entre las dos naciones está en todas sus partes definida por los pactos y actos de alindamiento y el presente Tratado; que todas las diferencias sobre materia de límites quedan terminadas; y que reconocen como definitivos e irrevocables los trabajos de demarcación hechos por las Comisiones demarcadoras en 1901, por la Comisión de expertos suizos y los que se hagan de común acuerdo por los comisionados designados conforme al párrafo cuarto de este artículo.»

Paralelamente a la conclusión del problema fronterizo, el Tratado aborda la cuestión de la navegación de los ríos internacionales (que su epígrafe denomina, de manera incorrecta, «Ríos Comunes»), consagrando a la misma los artículos que siguen:

Artículo 2.º: «Los Estados Unidos de Venezuela y la República de Colombia se reconocen recíprocamente y a perpetuidad, de la manera más amplia, el derecho a la libre navegación de los ríos que atraviesan o separan los dos países. Las embarcaciones, tripulantes y pasajeros deberán sujetarse únicamente a las leyes y reglamentos fiscales, de higiene y de policía fluvial, los cuales serán idénticos en todo caso para venezolanos y colombianos, e inspirados en el propósito de facilitar la navegación y el comercio de ambos países. Los reglamentos de que aquí se habla deben ser tan uniformes y favorables a la navegación y al comercio como sea posible.

Parágrafo 1. En ningún caso se establecerán mayores derechos o gravámenes ni más formalidades para los buques, efectos y personas de los

venezolanos en Colombia ni de los colombianos en Venezuela de los que se hayan establecido o se establezcan para los respectivos nacionales.

Parágrafo 2. Es entendido, y así se declara, que los derechos de navegación a que se refiere el presente Tratado no incluyen la de puerto a puerto del mismo país o de cabotaje, que queda reservada a los nacionales de cada país y sometida en cada uno de ellos a sus respectivas leyes.»

Artículo 3.º: «Las dos Altas Partes contratantes procederán a la mayor brevedad a negociar y celebrar un Tratado de Comercio y Navegación fundado en principios de amplia libertad de tránsito terrestre y navegación fluvial para ambas naciones, con la mira de regular su comercio recíproco y un Estatuto fronterizo sobre bases que estimulen y fortalezcan la amistad y la economía de sus dos pueblos.»

El Congreso de Colombia aprobó el Tratado el 21 de agosto de 1941, y el Congreso de Venezuela, el 18 de junio del mismo año. El canje de ratificaciones tuvo lugar el 12 de septiembre de 1941, en Caracas.

En el Congreso venezolano se levantaron voces en el sentido de que Venezuela había otorgado la libre navegación de sus ríos no sólo sin ninguna de las compensaciones antes ofrecidas, sino con pérdida territorial, cuando en todas las soluciones consideradas después del laudo español y hasta el laudo suizo se habían estudiado compensaciones territoriales a cambio de la navegación fluvial; y posteriormente esta opinión se ha mantenido de manera constante en los círculos políticos y diplomáticos venezolanos.

Por nuestra parte creemos que debe hacerse una disección del problema, separando el aspecto práctico y la faceta teórica del mismo. En el primero es evidente que hubo concesión por parte de Venezuela, ya que en las negociaciones se había venido sosteniendo a partir del laudo español que los derechos de libre navegación en los ríos fronterizos sólo los concedería Venezuela mediante compensaciones territoriales que Colombia otorgaría para atemperar las consecuencias desventajosas del laudo, y, como se ha visto, Colombia aceptó oficiosamente este criterio en más de una ocasión. Al obtener ahora Colombia el libre paso fluvial sin tener que experimentar rectificaciones fronterizas a cambio es claro que obtuvo un triunfo en el plano de las realidades fácticas.

En la segunda, la situación es por completo diferente: en el plano teórico se impuso la tesis venezolana. Frente a las pretensiones colombianas de que la navegación en las grandes arterias fluviales viene consagrada por el Derecho de gentes y, por tanto, se impone a la voluntad de los Estados, la Cancillería venezolana defendió de manera reiterada y constante que el libre tránsito sólo se da cuando los Estados interesados

lo conciertan o cuando el país dueño del río soberanamente lo concede por ley interior. Colombia quería ver reconocido el derecho a navegar los ríos venezolanos con independencia de cuál fuese la voluntad venezolana al respecto; Venezuela sostenía que tal reconocimiento debía ser fruto de los tratados, y esto fue lo que sucedió: Colombia adquirió el derecho de navegación en virtud del Tratado concluido al respecto con Venezuela, con lo que evidentemente, en el plano teórico y de la discusión doctrinaria, se impuso y triunfó la tesis diplomática de este último país. Esto es algo que de ordinario se desconoce o margina y que, sin embargo, reviste extraordinario interés.

Por otro lado, si en la esfera de las compensaciones concretas a lo que se aspiraba por parte de Venezuela era a compensaciones territoriales y rectificaciones fronterizas, lo cierto es que este tipo de pretensión nunca se exteriorizó formalmente en la posición diplomática venezolana, ya que la Cancillería se limitó a indicar que la libre navegación no podía otorgarse «sino mediante estipulaciones especiales y mutuas concesiones» o «mediante positivas compensaciones». Ahora bien: al igual que se entendía en Brasil, Venezuela entendió que la exigencia señalada se cubría a través de la cláusula de reciprocidad (recuérdese el pedimento venezolano del reconocimiento de la navegación aguas arriba, para ella conceder la navegación hasta la desembocadura).

En el Tratado de Límites y Navegación Fluvial concluido con Brasil en 1859 se habla, según se tuvo ocasión de señalar en su oportunidad, de que los países contratantes se conferían el libre tránsito fluvial «en reciprocidad y como compensación», lo que indica que la libre navegación recíproca se entendía como compensación suficiente o contraprestación apta por cada país para justificar la concesión otorgada. Pues bien, esto mismo vuelve a repetirse en el Tratado con Colombia, en el que se estipula que los Estados interesados se reconocen la libre navegación de los ríos que atraviesan o separan los dos países «recíprocamente y a perpetuidad». No hubo, en consecuencia, régimen de excepción o favor hacia Colombia, pues Venezuela repitió en el Tratado con este país lo que ya había insertado en el Convenio con Brasil y lo que, por lo demás, había sido la doctrina firme y reiterada de su Cancillería.

Es más, mientras en el Tratado con Brasil se conviene que las partes establecerán un sistema uniforme de policía fluvial «de común acuerdo», en el Tratado con Colombia, cuando estaba en fase de discusión y negociación, se suprimió, por pedimento del doctor Gil Borges, la cláusula final del párrafo primero del artículo 2.º, que rezaba «no se establece-

rán impuestos ni otra clase de gravámenes relativos a la navegación sino de común acuerdo entre las dos Altas Partes contratantes», ya que, según advertía el canciller venezolano, «ni el Poder ejecutivo ni el legislativo en Venezuela pueden comprometerse a renunciar facultad de legislar ni subordinarla al consentimiento de otro Estado, la obligación sería constitucionalmente nula, si se incorpora esa cláusula en Tratado se hará imposible aprobación» (Radiograma número 100, de 29 de marzo de 1941, dirigido por el doctor Gil Borges al embajador en Bogotá). Colombia accedió a la petición venezolana.

En nuestra modesta opinión, pues, padece error el extendido criterio de que Venezuela claudicó de sus pretensiones en el Tratado de 1941, o, al menos, hay exageración en semejante afirmación, ya que si bien no obtuvo compensaciones territoriales en la frontera (lo que, por otra parte, nunca había sido objeto de formal petición o principio doctrinario), vio triunfar su tesis de la necesidad del Tratado *ad hoc* para instaurar la libre navegación fluvial (a la que evidentemente Colombia se doblegó haciendo caso omiso de las posiciones contrarias sostenidas en forma oficial) y de las mutuas concesiones, pues la libre navegación no fue otorgada unilateralmente por Venezuela, sino reconocida «recíprocamente».

En el ámbito doctrinario no hay duda de que el triunfo correspondió a Venezuela.

Desde el punto de vista pragmático, ¿por qué Venezuela abandonó el reclamo de compensaciones territoriales fronterizas que oficiosamente había venido esgrimiendo para reconocer a Colombia la navegación por el Orinoco? Documentalmente no hay suficientes elementos de juicio para dar una contestación satisfactoria y completa, por lo que todo queda en el reino de las hipótesis y conjeturas.

Por nuestra parte, creemos que si no toda la explicación de tal acontecer, sí, al menos, un buen sector de ella puede hallarse en un radiograma (número 226, de 11 de junio de 1940) que el canciller Gil Borges remite al embajador venezolano en Bogotá, el cual revela cuáles fueron las preocupaciones, temores e ideas que posiblemente precipitaron la decisión venezolana para la firma del Tratado. Se dice en el mencionado radiograma:

«Usted se servirá ver al presidente y canciller (colombianos) y proponer lo siguiente: 1.º Fijar la frontera en río Oirá desde su origen hasta su desembocadura y desde allí una línea recta hasta el punto fijado en la ribera del Arauca por las Comisiones demarcadoras de 1901. 2.º Fijar la frontera del Tamá-Sarare-Arauca siguiendo el curso del río Oirá desde

su origen hasta su desembocadura y desde allí una línea recta hasta el punto fijado en la ribera del Arauca por las Comisiones demarcadoras de 1901. 3.º Una vez hecho el acuerdo sobre los puntos primero y segundo, abrir, de conformidad con el artículo 6.º de la Convención de 3 de noviembre de 1916, las negociaciones para la celebración de un Tratado de Comercio y Navegación. 4.º Este Tratado se concluirá dentro del año de la firma del acuerdo que ahora se propone, y entretanto, durante el año Venezuela y Colombia suscribirán *modus vivendi* por el cual se *concedan recíprocamente la libertad de navegación comercial de los ríos que limitan los dos países* (subrayado nuestro). La navegación comercial, bajo el régimen del *modus vivendi*, se hará en el territorio de cada país con sujeción a sus leyes.» Y añade: «Sírvasse decir al presidente y al canciller que este es un supremo y último esfuerzo que el Gobierno de Venezuela hace para resolver todos los problemas pendientes entre los dos países.»

Pues bien: ¿cuáles son las razones para que el Gobierno venezolano haga este supremo y último esfuerzo en pro del arreglo de las diferencias, incluidas las de navegación de las vías fluviales? Someramente se indican en el preámbulo del radiograma a que se está haciendo referencia con estas palabras: «Deseando el Gobierno de Venezuela liquidar todas las cuestiones pendientes con Colombia y preparar entre los dos países la estrecha colaboración que nos exigen la gravedad de la situación mundial y los intereses vitales del continente...»

Aquí puede hallarse el *quid* de la cuestión. Se había iniciado ya la segunda guerra mundial, cuya futura extensión y graves consecuencias resultaban imprevisibles; ante tal situación se siente la necesidad urgente de estrechar los lazos entre los países americanos, especialmente entre los fronterizos, ya que las querellas existentes podían ser utilizadas por terceros para provocar algún conflicto. Venezuela tiene conciencia de esta realidad, y ante los graves acontecimientos que pueden precipitarse (quizá se recibió también alguna recomendación de las potencias anglosajonas) está dispuesta a prescindir de su viejo pedimento *de facto* de las rectificaciones fronterizas a cambio de derechos de libre navegación y otorga éstos en los términos que antes se vieron y que no implicaban una retractación o cambio de criterio, movida por el deseo de «preparar entre los dos países la estrecha colaboración que nos exigen la gravedad de la situación mundial y los intereses vitales del continente».

Esta es, sin duda, tan sólo una hipótesis, pero la misma tiene un basamento documental expreso y está dotada de logicidad. ¿Por qué el Tratado se concluyó precisamente el año 1941, y con carácter de ur-

gencia, y no antes, cuando la situación fronteriza ya estaba finiquitada y definida? ¿Por qué, si la materia no tenía relación alguna con el estallido de la conflagración mundial, no se esperó a la terminación de ésta para solventarla de manera tranquila y sin presiones extrañas? Preguntas difíciles de responder si se rechaza *a priori* la explicación que hemos adelantado.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor extraordinario de la
Universidad de Zaragoza

NOTAS

¿Subsiste tras la reforma del Código Civil el usufructo viudal en la sucesión abintestato?

I

La Base 17 de las establecidas por la Ley de 11 de mayo de 1888 para la redacción del Código Civil preveía «el establecimiento a favor del viudo o viuda del usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a la que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos si los hubiere». Y la 18, por su parte, con referencia a la sucesión intestada, dispuso el llamamiento del cónyuge viudo luego de los hermanos y los hijos de éstos, lo que al parecer debía tener lugar en plena propiedad y siempre que faltaran los órdenes preferentes, pues no se establecía supuesto alguno de concurrencia con éstos.

En opinión de ALONSO MARTÍNEZ, bajo cuyo Ministerio se promulgó el Código, el acuerdo adoptado por la Comisión Codificadora afirmativo de la concesión del usufructo viudal quería decir que este derecho operaba en todo caso, con testamento o sin él e independientemente de la voluntad del testador, por ministerio de la ley, pero lo cierto es que esta voluntad y este deseo no plasmaron en la redacción originaria del Código, cuyo artículo 953 (recortando lo opinado por aquél) decía lo siguiente:

«En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos el viudo o viuda tendrá derecho a percibir, en concurrencia con éstos, la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el artículo 837.»

Esta redacción vino a consagrar una dirección intermedia respecto a lo ordenado por las Bases, pues aplica a la sucesión intestada el usufructo viudal —previsto al parecer sólo para la testada por la Base 17—, estableciendo además un supuesto de concurrencia de órdenes sucesorios (el de colaterales privilegiados) con aquel no previsto en modo alguno por la Base 18.

Y la cuestión que inmediatamente se suscitó era si esa concurrencia se limitaba sólo a los hermanos y sobrinos o si cabía además que el viudo concurriese a la sucesión intestada con los ascendientes y descendientes del difunto, siendo muy debatida por los autores:

1. *Por la solución afirmativa* se mostraron ALCUBILLA y VALVERDE, entre otros, quienes sostuvieron que al ser el viudo heredero forzoso ha de suceder forzosamente y no puede ser privado de sus derechos sin causa justificada. Además —dicen—, probablemente fuera esa la presumible intención del legislador, que, tanto por lo dispuesto en la Ley de Bases como por las razones que llevaron a prohibir al testador la desheredación del cónyuge salvo por determinadas causas, no puede ser otra sino la de reconocer el derecho al viudo en todo caso, sin distinguir entre una y otra clase de sucesión. Opina VALVERDE que el derecho de aquél de concurrir también en la sucesión intestada se basa en la especialidad del título con que es llamado, pues teniendo sólo un derecho de usufructo —dice— lo lógico es fijar en dicha sucesión quiénes son los llamados a suceder en propiedad, cosa que es precisamente lo que hace la ley, sobreentendiendo que el viudo concurre siempre, pese a prever sólo la concurrencia en un caso específico. Con ello incurre, en realidad, en una petición de principio, pues da por supuesto lo que trata de demostrar.

Aducen ambos, por último, que si el legislador establece causas concretas para desheredar al cónyuge no es de creer que considerase equitativo privar de su legítima al viudo sólo porque el finado no haya otorgado testamento.

2. *Contra lo dicho*, MORELL destacó que el artículo 953 limita expresamente la posible concurrencia del viudo únicamente con los hermanos y los hijos de éstos y que no existe disposición alguna que la estableciera con los órdenes preferentes. Y SCAEVOLA, aun calificando de dura y cruel la solución legal, se inclina también por la negativa, destacando que la expresión «heredero forzoso» conviene sólo a la sucesión testada y que no puede inferirse una presumible intención del legislador que pugne contra lo dispuesto en las Bases 17 y 18, a las que debió ajustarse, máxime cuando habiéndolo previsto en un caso no consideró conveniente extenderlo a otros.

En las Resoluciones de la Dirección General, la de 14 de junio de

1897 destacó que si bien ni la Ley de Bases ni las disposiciones del Código que tratan de la sucesión intestada llaman al cónyuge viudo a la herencia del premuerto cuando éste fallece dejando hijos o nietos, «la práctica jurídica, partiendo del supuesto de que la intención del legislador fue la de dar también al viudo una porción alícuota forzosa en la sucesión intestada del premuerto cuando éste concurre con descendientes» llena la supuesta omisión del legislador bien «aplicando los preceptos establecidos por el Código para la legítima» (por analogía), bien «ampliando la disposición contenida en el artículo 953 en el sentido de equiparar el supérstite con los hijos, de suerte que aquél perciba en usufructo una parte igual a la que éstos reciben en propiedad». Pero lo cierto es que acto seguido califica a dicha práctica (y a las dos soluciones adoptadas por la misma para salvar la pretendida deficiencia) como constitutivas de un mero conjunto de «opiniones jurídicas individuales o privadas» carentes de la «autoridad de una regla o doctrina legal de observancia obligatoria», de suerte que los actos que la contradigan no quedan sujetos a la sanción de nulidad establecida por el artículo 4.º del Código Civil.

Empero, y pese al tenor de los Considerandos, se aprueba por motivos de equidad la partición efectuada (pues la propuesta por el cónyuge viudo recurrente era más beneficiosa respecto a sus hijos que la que se hubiera verificado conforme al criterio del Registrador). En rigor, el tema de la procedencia o no del derecho viudal usufructuario quedó marginado —pues en nada se cuestionaba— frente al de la cuantía del mismo, supuesto verdaderamente debatido en el caso.

Por su parte, la de 6 de noviembre de 1912, admitiendo que el derecho del cónyuge viudo de concurrir en la sucesión intestada con los hijos del difunto nace de «una práctica jurídica» (y nada más), considera que aquélla «... ha interpretado justa y rectamente las disposiciones del Código que regulan las legítimas y la sucesión intestada», y —no interviniendo la viuda en la partición— existe un vicio esencial en la misma que impide su inscripción, al ser necesaria para la validez de toda clase de contratos (y, por ende, el de división o adjudicación de bienes) el consentimiento de todos los contratantes.

II

La reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958 zanjó por completo toda discusión al reconocer el artículo 953 al viudo su derecho «en todo caso». Pero quedando el precepto vacío de contenido con la de 13 de mayo de 1981, ¿ha de entenderse que queda sin efecto la cuota

usufructuaria del viudo cuando éste concurre en la sucesión intestada con ascendientes o descendientes?

Los autores suelen inclinarse sin más por la pervivencia de aquel derecho. Así, LACRUZ considera «aplicable a la relación entre matrimonio y derechos sucesorios del viudo lo dicho en tema de legítima», y REY PORTOLÉS afirma que «no hay jurista sensato que se atreva a sustentar... (en la derogación del precepto comentado) la desaparición de los tradicionales llamamientos usufructuarios del supérstite...», calificando incluso de «revolucionaria» la tesis opuesta. No obstante, la indemostrada veracidad de tan rotundas afirmaciones merece, al menos, algunas consideraciones por nuestra parte.

El artículo derogado establecía, en tema de derechos viduales usufructuarios, dos reglas, de las cuales una era simple especificación de otra: la primera —congruente con la preferencia de los hermanos y los sobrinos a heredar en propiedad— reconocía al viudo el derecho de concurrir con éstos por su cuota usufructuaria; la segunda (apoyada en el inciso «en todo caso») hacía de suyo innecesaria la primera al reconocérsela siempre. Es bastante probable que el tema del usufructo vidual pasara desapercibido en la discusión parlamentaria del texto en vigor, pues lo cierto es que, aprobado el preferente derecho del cónyuge a heredar en propiedad antes que los hermanos y sobrinos, el vacío de los artículos 952 y 953 quiso llenarse con unas oscuras reglas (1) que para nada se referían a dicha cuota y que desaparecieron finalmente en el Senado por consecuencia de ciertas enmiendas del Grupo Socialista.

En tal circunstancia: ¿pervive el derecho vidual usufructuario en la concurrencia con órdenes preferentes?

Desde un punto de vista lógico, y ante el silencio del legislador, cabe ciertamente razonar en ambos sentidos. Así, contra la pervivencia del usufructo vidual podría aducirse:

a) Que el único artículo que permitía aplicar a la sucesión intestada los beneficios viduales legitimarios —el artículo 953— ha sido derogado.

b) Que ello probablemente pueda entenderse como manifestación contraria a la pervivencia de aquel derecho, pues de otra forma se hubiera mantenido de algún modo la conexión (cfr. art. 942), y, lejos de ello, el precepto se ha dejado en blanco.

(1) Artículo 952: «Los medio hermanos concebidos durante el matrimonio del que nació el difunto, y los hijos de aquéllos, sólo sucederán en defecto de otros hermanos o hijos de hermanos».

Artículo 953: «La misma regla se observará si el causante fue concebido durante el matrimonio de uno de sus progenitores respecto de los medio hermanos nacidos de este matrimonio».

c) Que la regla general de la sucesión intestada es la de suceder en propiedad, y que el hacerlo en usufructo es una excepción que por tanto ha de fundarse en norma expresa.

d) Y, por último, que con tal desaparición se compensaría en cierto modo el trato preferencial que se da con la reforma al viudo, al suceder ahora antes que los hermanos y los hijos de éstos.

Por la contraria pudiera igualmente afirmarse:

a) Que es absurdo suprimir derechos del viudo en el contexto de una legislación directamente encaminada a potenciarlos.

b) Que no tiene sentido que el viudo, que ha de concurrir con ascendientes y descendientes en la sucesión voluntaria aun contra lo querido por el testador, no pueda hacerlo en cambio en ausencia de disposición individual (LACRUZ, BONET), lo que ha de estimarse contradictorio de su voluntad presunta, que es para muchos el criterio que fundamenta la regulación del *ab intestato*.

c) Que de otra forma sería muy fácil vulnerar los derechos del viudo, pues el testador, carente de una justa causa para desheredarlo, podría dejarlo sin nada simplemente no otorgando testamento.

d) Y, finalmente, que lo pretendido por el legislador al suprimir el artículo 953 fue simplemente dar coherencia interna al sistema (pues el viudo ya no concurre con los hermanos y sobrinos, sino que es preferido a ellos), pero nunca dejar sin efecto su cuota usufructuaria, que debe considerarse subsistente. Se trataría, por tanto, de un simple olvido del legislador.

No obstante, tales argumentos deben considerarse en principio meramente especulativos ante el silencio del Código, pues la bondad de una posible solución no basta *per se* para transformarla en mandato legal. Nótese que en la primitiva redacción del Código el problema consistía en buscar criterios con los que justificar la interpretación amplia de una norma existente, en tanto que ahora se trata de un supuesto de inexistencia de aquélla. Partiendo de esto —que parece evidente—, parece que la cuestión deba recibir el tratamiento de los vacíos legislativos y, por tanto, la solución ha de buscarse:

a) O en la posible aplicación analógica de los artículos 834 y siguientes (como se apuntaba en la primera de las indicadas Resoluciones), para lo cual habremos de demostrar previamente que entre ambos supuestos existen « semejanza » e « identidad de razón » (art. 4, 1, del Código Civil).

b) O, como parece más claro, colmando el vacío por los medios es-

pecíficamente previstos por el artículo 1.º del Código Civil, que mandan acudir a la costumbre «en defecto de ley».

La laguna se colmaría, por tanto, mediante la aplicación de una costumbre de casi cien años de antigüedad que no puede decirse sea contraria a la moral ni al orden público, es congruente con los principios inspiradores de nuestro sistema y resulta más que probada por su notoriedad. El olvido evidente del legislador quedaría así subsanado por aplicación de la doctrina general de las fuentes del Derecho.

Claro que en tal caso habría que destacar que aunque dicha «degradación de rango normativo» (de disposición legal a norma consuetudinaria) no parece vaya a tener gran repercusión en la práctica, conviene tener presente (CASTRO):

a) Que en los textos legales no se impone como obligación de los Jueces y funcionarios el conocimiento de las costumbres, de suerte que éstas no se aplican de oficio, sino que han de alegarse y probarse por las partes al igual que los simples hechos. (¿Cabría, por tanto, que los Tribunales reconocieran su derecho al viudo si específicamente no se ha solicitado así? ¿Sería ello constitutivo de incongruencia?)

b) Que los favorecidos por la costumbre pueden o no prevalerse de ella. (¿Podría, por tanto, el viudo renunciar a su derecho de cualquier forma y sin sujetarse, por tanto, a las prescripciones del artículo 1.008 del Código Civil?)

c) Que sus reglas han de aplicarse de modo estricto. (¿Podría, por tanto ocurrir que si no «es costumbre» verificar la conmutación del usufructo ésta no pueda tener lugar?) (2).

d) Y, finalmente, que la infracción de su contenido no puede ser objeto de recurso de casación.

Todo ello hubiera hecho conveniente dar contenido al precepto, previendo expresamente la concurrencia del viudo con los órdenes preferentes por su cuota usufructuaria en los términos establecidos por los artículos 834 y siguientes del Código Civil. En cualquier caso (como destacarán las apuntadas Resoluciones) la práctica se muestra unánimemente favorable a reconocérselo.

FRANCISCO GARCÍA SERRANO
Notario

(2) Quiero decir como tal conmutación, independientemente de que lleguen a la misma finalidad en base a su libertad de contratar (con las diferentes consecuencias de trato fiscal).

Los trabajos y los días de un pasante letrado en Madrid, hacia 1756

Hablando de las *Juntas de Jurisprudencia*, embriones de las Academias de Letrados madrileñas del siglo XVIII, VICENTE DE LA FUENTE advierte que las mismas «arrebataban (*sic*) a los jóvenes pasantes» (1). Mis investigaciones sobre la primera y más célebre de dichas Academias, la denominada de Santa Bárbara (2), me llevaron a pensar que DE LA FUENTE no había exagerado mucho. Recientemente he podido cuantificar algunos supuestos operando con datos reales, aunque por ahora restringidos a la referida Academia. Por la Real Academia de Santa Bárbara pasaron no menos de setecientos jóvenes Letrados, de ellos algo más de un centenar en los años en que la Academia funcionó como una *Junta privada* (1730-63, aunque los datos que manejo empiezan a ser operativos hacia 1750), y el resto entre 1763 (la *Junta* se convierte en Real Academia) y 1804. Difícil es, por otra parte, evaluar el número de jóvenes golillas, Letrados en pretensiones, que pululaba por Madrid, pero todos los testimonios coinciden en señalar su notorio incremento. Un rápido cálculo, realizado en base a los datos de inscripción y recepción en el Colegio de Abogados de la Villa y Corte, suministrados por BARBADILLO (3), permite ver que el número de inscripciones, que era de 150 en 1738, pasa a 200 en 1760, cifra esta última que se había duplicado a finales de siglo, concretamente en 1794.

(1) V. DE LA FUENTE: *Historia eclesiástica de España*, III, Madrid, 1855, página 445.

(2) A. RISCO: *La Real Academia de Santa Bárbara de Madrid (1730-1808). Naissance et formation d'une élite dans l'Espagne du XVIII^e siècle*, Toulouse, 1979, 2 vols., 934 págs. (tesis doctoral inédita en castellano)

(3) Cfr. P. BARBADILLO: *Historia del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, II, Madrid, 1957, págs. 231 y ss.

En constante progresión, pues, el número de Letrados que acudían a Madrid inquietó al Colegio de Abogados, que intentó, en temprana hora, establecer un *numerus clausus*. Así, en 1755, relacionando la progresión del número de bufetes abiertos en la capital con la incesante emigración de jóvenes Letrados, el Colegio consiguió que el Consejo aprobase una disposición a tenor de la cual se exigía a los candidatos a la inscripción que tuviesen *casa puesta* o estudio en Madrid (4). No todo eran inconvenientes, sin embargo, para los Letrados en ejercicio. La afluencia de jóvenes graduados suministraba una mano de obra abundante y disponible para las pasantías. Recordemos que los golillas que aspiraban a ejercer la profesión de Abogado tenían que cumplir cuatro requisitos: el grado de bachiller en Leyes (cuatro o cinco años de estudios); la pasantía o práctica en un bufete (cuatro años); el examen (*re-bibimiento*) ante los Consejos, Chancillerías o Audiencias, y, finalmente, la inscripción o *incorporación* en un Colegio de Abogados (5). En la medida en que las Academias trataron y consiguieron que los ejercicios que en ellas tenían lugar fuesen computados como tiempo de práctica, es explicable, dada la atracción que ejercían, que «arrebataren» a los jóvenes pasantes, y que los Abogados utilizadores de pasantes contemplasen su desarrollo con hostilidad (6). Dado que el grado de bachiller no representaba, desde el punto de vista de la formación, más que la laboriosa digestión de una copiosa *collectio* romanista, la pasantía o práctica aparecía como el único modo de iniciarse al conocimiento del Derecho nacional y de los mecanismos judiciales que la segunda Ley de Toro imponía a los Letrados. Con estas ambiciones nacieron, precisamente, las Academias, que no omitieron en sus denominaciones el adjetivo de «prácticas», y que pretendían, por consiguiente, remediar una carencia.

Si el trabajo realizado en las Academias no es hoy conocido (7), poco o nada sabemos de la realidad de las pasantías. Mariano PESET lo advirtió en su día: «precisar en qué consistiría esa práctica no resulta fá-

(4) *Ibidem*, págs. 201 y ss., y M. GARCÍA VENERO: *Orígenes y vida del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, 1971, págs. 146-148.

(5) Cfr. P. BARBADILLO: *Op. cit.*, págs. 136 y ss.; M. GARCÍA VENERO: *Op. cit.*, páginas 146-147; M. y J. L. PESET: *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974, pág. 287; y, sobre todo, M. PESET: «La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. LXII, 1971, páginas 608 y ss.

(6) La dependencia del pasante con respecto al abogado que lo empleaba en su bufete era grande en razón de la escasa o nula autonomía profesional del primero: a principios de siglo un auto del Consejo había prohibido a los pasantes que, por escribir las peticiones, hacer extractos o minutas de los pleitos o redactar otros escritos, llevasen a las partes derecho alguno. Cfr. P. BARBADILLO: *Op. cit.* página 136.

(7) *Vid.* A. RISCO: *Op. cit.*, I, *passim*.

cil... Lo que ocurriese en los despachos de los Abogados y cómo los pasantes iban aprendiendo el manejo de las leyes patrias carece de fuentes directas» (8). Por su parte, M. GARCÍA VENERO piensa que «puede sostenerse que la pasantía, entonces, servía a los intereses de los Abogados ya establecidos, por el trabajo obtenido con mínima retribución, quizás a veces sin ésta, y, en ocasiones, por el solo sustento» (9). Pues bien: un documento encontrado en el más antiguo de los libros de la Academia de Santa Bárbara (10) me permite hoy contestar, al menos en parte, a los interrogantes planteados por M. PESET y certificar la opinión adelantada por M. GARCÍA VENERO.

Se trata de un *memorial* dirigido al presidente de la *Junta Práctica de Leyes* (más tarde, Academia de Santa Bárbara) en el mes de mayo de 1756 por uno de sus miembros, el licenciado Francisco Joaquín Herberos, Abogado de los Reales Consejos, en solicitud de la *jubilación* excepcional prevista en los estatutos de la *Junta* (11). A tenor de los mismos, el aspirante al ingreso era considerado, desde su admisión, miembro *actual* de la Junta. La asistencia a sus sesiones durante un período de tres años abría el acceso a la categoría de *huésped* o *jubilado* (advirtiéndose la semejanza con el sistema de los *Colegios Mayores*, modelo detestado y admirado al mismo tiempo). Para pretender la *jubilación* los *actuales* tenían que justificar la realización de dieciocho informes de Abogado (seis por año) y haber asumido la mayor parte de los *empleos* de la Junta y, obligatoriamente, la vicepresidencia. Ahora bien: como «el conceder hospedería» era «materia arbitraria» de la Junta, se había previsto que ésta pudiese «negarla a los muy antiguos si la asistencia ha sido corta, o si los individuos son pocos». Del mismo modo, y a título excepcional, podía concederse «a los nuevos si sus achaques o empleos les impidan (*sic*) dicha asistencia» (12). Los *jubilados* estaban exentos «de toda carga, asistencia y multas de constitución expresa», aunque conservaban su derecho al voto y podían presidir la *Junta* y ocupar los *empleos* de la misma (13).

(8) M. PESET: *Op cit.*, pág. 616.

(9) M. GARCÍA VENERO: *Op. cit.*, pág. 147.

(10) Archivo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Archivo RAJYL): *Libro de admisiones de los individuos y sus jubilaciones, que tuvo principio en 9 de julio del año de 1742*. El documento se encuentra inserto entre los folios 71 v.º y 72.

(11) *Constituciones de la Junta de Práctica de Nuestra Señora de la Concepción, hoy sita en el Oratorio de los Padres clérigos del Salvador en esta Corte* (s. l., s. a.), Arch. RAJYL, *Antiguas Academias*, Leg. 29. Como era tradicional entre los letrados, la *Junta Práctica de Leyes* se acogió a la advocación de la Concepción, que luego trocó por la de Santa Bárbara.

(12) *Ibidem*, pág. 33.

(13) *Ibidem*, pág. 35.

Mas volvamos al licenciado Herreros y dejemos que nos explique los motivos en que apoyaba su solicitud de *jubilación* excepcional:

«Que con el motivo de haberse acomodado el compañero del que suplica, Pasante de pluma del licenciado don Alvaro Martínez de Rozas, y quedando en su lugar, le es imposible su asistencia a esta *la Junta* por los muchos negocios que ocurren, juntos con el cuidado del estudio, que a todas horas le precisa su permanencia en él, de modo que desde las siete de la mañana hasta la una y media no puede faltar de él, y desde las tres y media de la tarde hasta las once de la noche en la misma conformidad...»

Henos, pues, ante un Abogado instalado —el Letrado Martínez de Rozas estaba inscrito en el Colegio de Madrid desde 1738 (14)— que tiene, al menos, dos pasantes a su servicio. El crecimiento demográfico de los golillas explica fácilmente esta situación, que no se daba sólo en Madrid: M. PESET ha referido el caso de un Abogado valenciano que tenía cuatro pasantes a su servicio (15). Entre los pasantes parece establecerse cierta jerarquía: el «compañero» del licenciado Herreros ha sido promocionado al puesto de «Pasante de pluma», lo que suponemos equivaldría a Amanuense, en tanto que Herreros, Pasante a secas, ha de ocuparse de tareas menos gloriosas, como se verá más adelante. Retengamos de momento el dato en la medida en que documenta la pérdida de valor del grado de licenciado, consecuencia, igualmente, de la inflación de Letrados. M. PESET ha escrito que «el grado de licencia se destina especialmente a la carrera en la Universidad, aunque también podía desembocar en nombramiento de algunas cargas, naturalmente» (16). No parece que, a mediados del siglo XVIII, alcanzar una u otra sinecura fuese tan «natural» para un licenciado, ni que la Universidad abriese fácilmente «carrera» a los titulares de este grado. Don Francisco Joaquín Herreros es no sólo licenciado, sino además Abogado de los Reales Consejos, lo que quiere decir que había sido examinado y recibido por los referidos Consejos, y a pesar de ello no ha encontrado mejor ocupación, en el Madrid de 1756, que la de Pasante en el estudio de un Abogado en ejercicio.

No era, desde luego, el único miembro de la *Junta Práctica de Leyes* que estando en posesión del título de licenciado no le había sacado gran provecho. La *Real Cédula* de 20 de febrero de 1763, que elevó a la *Junta Práctica de Leyes* a la dignidad de *Real Academia de Santa Bár-*

(14) P. BARBADILLO: *Op. cit.*, pág. 242.

(15) M. PESET: *Op. cit.*, pág. 617.

(16) *Ibidem*, pág. 608.

bara, señala que la *Junta* estaba formada «de algunos sujetos que, después de cursar las Universidades muchos años, recurren a ella» (17), y V. DE LA FUENTE anotó el hecho de que, a pesar de que el grado requerido para ingresar en la Junta-Academia fuese el de bachiller, «la mayor parte eran doctores y licenciados» (18), extremo éste que la compulsa de numerosas *Relaciones de méritos y servicios* de los académicos, en el Archivo Histórico Nacional, me permite hoy acreditar documentalmente. De la misma manera puedo afirmar que el plural «Universidades» empleado en la *Real Cédula* de 1763 no es caprichoso ni arbitrario: uso frecuente era la obtención de aquellos grados en diversas Universidades y aun en diferentes disciplinas. Mas ¿para qué servían unos y otros grados? Para dedicarse a la enseñanza o bien para optar a cargos por designación real (19). Pero en lo que esta teórica posibilidad se concretaba había que seguir viviendo, y el ejercicio profesional aparecía entonces como un medio de irse ganando la vida, en espera de mejores tiempos. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid hacía patente su inquietud, en una reunión celebrada en agosto de 1755, por el hecho de que numerosos *Le-trados* solicitaban su ingreso «por parecerles medio para proporcionar el logro de sus pretensiones, *único objeto de su residencia en la Corte*, y abogar en ella interin las consiguen» (20). Este testimonio ilustra, igualmente, la creciente apertura de los aparatos de poder en dirección de los Abogados, con frecuencia de origen mesocrático. Así que se *abogaba* para vivir y para hacerse notar.

Ahora bien: para *abogar* era necesaria la *práctica* o pasantía. Pasantés *de pluma*, como el «compañero» del licenciado Herreros, o Pasantes a secas. como este último, numerosos eran los jóvenes golillas apostados a las puertas de los bufetes de los Abogados ya instalados, de donde se seguía, ciertamente, la depreciación de sus títulos y de su consideración social. Un ejemplo: en 1744 los Abogados del Ilustre Colegio de Pamplona comunican indignados al Colegio de Madrid que sus amanuenses, por orden de las autoridades locales confirmada por el virrey, podían ser incluidos en el tercio de vecinos y residentes al que correspondía asumir las guardias de plaza, ciudadela y depósito de pólvora, tareas de que hasta

(17) Arch. RAJYL: *Libro V.º: nuevo de los acuerdos, actas o deliberaciones de la Real Academia de Jurisprudencia, que con el título de Santa Bárbara se ha crigido en esta Corte, con la soberana protección y Real Cédula de S. M. el S. D. Carlos III (que Dios guarde), fecha en 20 de febrero de este año de 1763, y rige desde 15 de marzo del mismo, fol. 5 v.º*

(18) V. DE LA FUENTE: *Historia de las Universidades, Colegios y demás establecimientos de enseñanza de España*, IV. Madrid, 1884-89. págs. 169-170.

(19) M. PESET: *Op. cit.*, pág. 609.

(20) P. BARBADILLO: *Op. cit.*, pág. 202. El subrayado es mío.

entonces estaban exonerados los Letrados (21). Indudablemente, el trabajo suministrado por los Pasantes era un trabajo precioso para los Abogados, por su necesidad y su bajo precio.

Pero ¿en qué consistía realmente ese trabajo? Según M. PESET, la actividad de los Pasantes se desarrollaría «ayudando en la confección de escritos y preparación de intervenciones orales al maestro. Algunas veces le consultarían u oirían. Su asiduidad al bufete había de ser diaria, al menos un par de horas, pero dependería en todo caso de las exigencias de quien había de extender la certificación» (22), es decir, del «maestro». De hecho, los Pasantes madrileños trabajaban por las mañanas: según el licenciado Herreros no era «regular» (*sic*) en los bufetes de Madrid el trabajo por las tardes. Viene este dato confirmado por la práctica habitual en las Academias de Letrados de celebrar sus reuniones por las tardes, por lo general dos veces por semana (caso de las Academias de Santa Bárbara de Jurisprudencia Práctica, de Jurisprudencia Teórico-Práctica y Derecho Real Pragmático de Carlos III), y, en ocasiones, tres (Academia de San Isidro). Tres veces por semana, pero por las mañanas, se reunía la Academia de Derecho Civil y Canónico, si bien es cierto que esta Academia, por dirigirse «por lo común [a] los profesores que tienen obligación de seguir las Universidades» (23), sólo funcionaba durante los meses de julio, agosto y septiembre. El horario matinal, por otra parte, iba más allá de las dos horas señaladas por M. PESET: en la Academia de Derecho Civil y Canónico las sesiones empiezan a las ocho de la mañana, hora que no debía extrañar a los Pasantes si damos por bueno el testimonio del licenciado Herreros, que empezaba a trabajar en el bufete del Abogado Martínez de Rozas a las siete de la mañana.

El tipo de tareas encomendadas a Herreros parece claro. No siendo todavía Pasante *de pluma*, y aunque pueda ayudar *profesionalmente* al «maestro», en razón de «los muchos negocios que ocurren», su trabajo

(21) *Ibidem*, págs. 137-138.

(22) M. PESET: *Op. cit.*, pág. 617.

(23) *Cédula de S. M. y Señores del Consejo de Castilla aprobando las Constituciones y sello de la Real Academia de Derecho Canónico y Patrio titulada de la Purísima Concepción, sita en la casa de PP. de San Felipe Neri de esta corte, en [Libro de] Reales Cédulas aprobando los estatutos de la Real Academia de Jurisprudencia de la Purísima Concepción* (Arch. RAJYL). Esta Academia recibió la sanción oficial el 12 de agosto de 1780. El término de «profesor» equivale aquí sencillamente a «cursante» en las Universidades, puesto que cuando la *Junta de Derecho Civil y Canónico* acude al Consejo solicitando su elevación al rango de Academia, señala que su fundación se debió a «varios profesores de ambos derechos que, concluidos los cursos en las respectivas Universidades, se hallaban en esta Corte durante los meses de julio, agosto y septiembre. [tuvieron] igualmente presente las utilidades que les resultarían de controvertir y conferenciar las mismas materias que durante el curso habían estudiado en sus Universidades» (A. H. N.: *Consejos*, Leg. 735-34).

consiste en «el cuidado», sin duda más o menos doméstico, del estudio, puesto que «a todas horas le precisa su permanencia en él». Hablando de horas, adviértase el horario riguroso a que está sometido nuestro Pasante: desde las siete de la mañana hasta la una y media, y desde las tres y media de la tarde hasta las once de la noche. ¡Catorce horas, si no de trabajo, al menos de presencia, pues durante las mismas Herreros dice no poder «faltar» del bufete! Ciertamente que el mismo Herreros «cree sin duda ser singular» en punto tal, por «no ser regular en cualesquiera estudio de esta Corte el trabajo por las tardes», y asegura a sus colegas que su caso no podrá ser invocado como precedente, «a no ser que versen los mismos fundamentos, que cree ingenuamente no se encontrarán en Madrid». ¿Excepcionalidad real del caso o exageración consciente —y, por supuesto, no «ingenua»— para consolidar la argumentación y apoyar la solicitud? Hay un dato que permite suponer que si el trabajo por las tardes en los bufetes no era «regular» no dejaba por ello de ser probablemente frecuente, y es el siguiente: en 1743, cuando los miembros de la *Junta Práctica de Leyes* se dotan de nuevos estatutos, subrayan un deseo que no parece puramente retórico: «quisiéramos —dicen— pudieran las ocupaciones y tareas darnos libre la tarde de cada día, empero puesto que a tanto no hay arbitrio, serán las juntas todos los lunes y jueves de cada semana por la tarde» (24). El caso del licenciado Herreros no debía ser tan excepcional cuando otros golillas en similar situación profesional consignaban la imposibilidad de tener libre «la tarde de cada día».

Una relación de servidumbre entre Abogados y Pasantes parece así inevitable, hecha cuenta del crecimiento del número de aspirantes a la pasantía y del monopolio de los Abogados ya instalados en la dispensa de certificados. Dicha relación podía alcanzar aspectos más o menos cómicos: el rigor de las catorce horas de presencia en el bufete impuestas al licenciado Herreros venía atenuado por los frecuentes paseos del «maestro», durante los cuales el discípulo acompañaba —¡obligatoriamente!— al paseante. Tras el paseo parece que a Herreros le resultase más fácil recobrar algo de libertad. Así promete a la *Junta Práctica de Leyes* su asistencia «si el tiempo se lo permite, bien que lo contempla difícil, a no ser que proporcionándose el estudio de otra forma, o como acostumbra su maestro alguna tarde el salirse a pasear, con la precisión de acompañarle el suplicante, que entonces a la hora que fuese oportuna de dejarlo logrará el mayor gusto al asistir». Tanto más cuanto que tan asiduo frecuentación del «maestro» no parece contribuir gran cosa a la formación del discípulo. Este dice haber solicitado, en 1754, su ingreso en la *Junta*, «habiendo tenido ... vivos deseos de ilustrarse ... con la expe-

(24) *Constituciones de la Junta de Práctica...*, pág. 5.

riencia y práctica de tantos negocios como con tanto acierto se ventilan». Más parece, pues, aprender Herreros discurrendo con sus compañeros de la *Junta* sobre los casos prácticos que en ella se plantean que con los «muchos negocios que ocurren» en el estudio del Abogado Martínez de Rozas. Adviértase, a mayor abundamiento, la distinción establecida por el mismo Herreros: en el bufete los «negocios» simplemente *ocurren*; en la *Junta*, dice, *se ventilan con acierto*. Con énfasis señala nuestro Pasante, como lógico colofón de las anteriores apreciaciones, que «lo que con sus cortos fondos ha alcanzado en nuestra facultad es doctrina de ella [la *Junta*]» (25). Elogio, en definitiva, de los trabajos de la *Junta* y desdoro tanto de la enseñanza universitaria como de la formación complementaria que el Abogado en ejercicio debía aportar en teoría a sus Pasantes.

En teoría, puesto que las Juntas-Academias de Letrados fundamentarían su atracción y desarrollo en el estudio de las *leyes patrias*, cuyo conocimiento no parece que el paso por los bufetes suministrase de manera satisfactoria a los Pasantes. Así se entiende que aquellas «arrebataren», como decía DE LA FUENTE, a éstos. Así se explica también el empeño puesto por las Juntas-Academias en lograr el reconocimiento oficial de sus tareas, reconocimiento que tenía un alcance considerable: cuando la *Real Cédula* de 20 de febrero de 1763 otorga a la *Junta Práctica de Leyes* la consideración de *Real Academia* y prescribe que «se tengan por actos positivos los que se efectuasen en ella», ello quiere decir, sencillamente, que, en el momento de postular el *recibimiento* por y ante los tribunales, el tiempo que los jóvenes Letrados habían pasado en la Academia sería computado como tiempo de práctica a efectos de inscripción en el Colegio de Abogados. Puede por eso fácilmente imaginarse que la mayor parte de los Abogados en ejercicio no contemplasen con muy buenos ojos esa ruptura en el monopolio de la *práctica*, teniendo en cuenta además que si en los bufetes el tiempo de práctica requerido era de cuatro años, en las Academias este período se reducía, por lo general, a tres años, lo cual no dejaba de ser una manera de hacerlas más atractivas y de contribuir a la valoración de las actividades que en ellas se desarrollaban. La enemiga de los Abogados, inquietos de ver a sus Pasantes atraídos por otros circuitos de formación y, probablemente, menos atentos al «cuidado» del bufete, podría explicar los diez años largos que trans-

(25) La *jubilación* le fue, finalmente, concedida «con la calidad de sin ejemplo» el 9 de mayo de 1756 (*Libro de admisiones...* fol. 72). Este asunto, además de lo que nos enseña sobre los trabajos y los días de un pasante letrado en Madrid mediada la centuria, documenta la disponibilidad que las tareas de la *Junta* exigían de sus miembros. Estos debían, de hecho, consagrarle la mayor parte de su tiempo libre, lo que suponía mucha convicción y no poca libertad. Si la primera no le faltaba al licenciado Herreros, la segunda, obviamente, no le sobraba. ¿Y como a él a cuántos pasantes?

currieron entre el momento en que la *Junta Práctica de Leyes* inició gestiones para obtener una sanción oficial y la *Real Cédula* de 1763 (26). Hay un dato que corrobora esta hipótesis, y es la parquedad de los informes emitidos por el Colegio de Abogados de Madrid cada vez que tuvo que dictaminar las «pretensiones» de las Juntas de Letrados de verse reconocidas como *Academias*. Los informantes —a veces miembros a un tiempo del Ilustre Colegio y de una u otra Academia— saben que no pueden oponerse frontalmente a unas instituciones que gozan del *real agrado*, pero no se extienden, desde luego, en elogios, ni en ejercicio tan frecuente en el siglo XVIII como el que consistía en discurrir sobre la «utilidad» de una institución.

ANTONIO RISCO

APENDICE

MEMORIAL DE JUBILACION

DEL LICENCIADO

FRANCISCO JOAQUIN HERREROS

Ilmo. Señor:

El Lizdo. Dn. Franco. Joaquín Herreros, Abdo. de los Rls. Consejos, natural de la Villa de Quintanar del Rey, Obispado de Cuenca, Individuo desta Ilte Junta, con la mayor veneración a V. I. dize qe en 25 de Enero del año pasado de 794 tubo el honor de ser admitido por tal, en la qe ha continuado hasta el presente en que expone lo siguiente:

Que con el motivo de haverse acomodado el compañero del que Suppca. Pasante de Pluma del Lizdo. Dn. Alvaro Martínez de Rozas, y,

(26) Hay una coincidencia que no está desprovista de interés. El abogado TORREMOCHA, fundador de la *Junta Práctica de Leyes* en 1730, fue Decano del Ilustre Colegio de Madrid entre el 21 de agosto de 1751 y el 17 de septiembre de 1752 (M. GARCÍA VENERO: *Op. cit.*, pág. 430). Pues bien, fue en el momento en que TORREMOCHA dejó de ser Decano cuando la *Junta* se decidió a solicitar el reconocimiento oficial de sus actividades. La evicción, casi simultánea, de TORREMOCHA de la Presidencia de la *Junta* y del Decanato del Colegio debe ser, probablemente, interpretada a la luz del juego de intereses y presiones que abogados instalados y pretendientes pasantes no podían dejar de desarrollar en torno a unas pasantías poco atractivas y a unas juntas de jurisprudencia práctica mucho más sugestivas y prometedoras.

quedando en su lugar, le es imposible su asistencia a ésta por los muchos negocios que ocurren juntos con el cuidado del estudio, que a todas horas le precisa su permanencia en él, de modo que desde las siete de la mañana hasta la una y media, no puede faltar dél, y desde las tres y media de la tarde hasta las once de la noche en la misma conformidad, por lo que tiene la pretensión el Suplicante de que se le tenga por Jubilado conforme al Cap. 13 y P. 1 de las constituciones, que en semejante caso así lo previenen, aunque dejándolo al arbitrio de la Junta determine lo que fuere de su agrado, atendiendo las Calidades y circunstancias del Pretendiente, que en ellas no es su ánimo se haga el mayor arbitrio por quanto contempla el que Suppca ser las suyas las más inútiles y sólo si pone en la suprema consideración de V. I. su continua asistencia y deseos que siempre a tenido de aprender del más ínfimo Individuo, aunque a ninguno contempla de esta clase, los empleos con que la Junta se ha servido honrrarle y lo demás que deja al prudente arbitrio de cada uno de los Sres:

Bien se hace cargo el suplicante de las respuestas que a semejantes pretensiones se han dado y a las que él mismo ha coadyubado para evitar qualesquiera no bien ideada másima, pero siempre teniendo presente para fundarlas no ser Regular en qualesquiera estudio de esta Corte el trabajo por las tardes, y, por lo propio, teniéndolas desocupadas, no vería razón para su inasistencia, quando le era tan fácil gozarse de las Preheminencias de tal Individuo, pero como al que Suppca no le suzede esto, en lo que cree sin duda ser singular, como V. I. y demás Sres les consta así, y de no, podrá mandar para averiguaziones de esta certeza, se informe en su razón con Yndividualidad, le parece también no ser mui extraño, que constando así, se defiera a la pretensión que lleva introduzida, sin embargo de no tener los tres años completos que previenen nuestras constituciones para la Jubilación, a causa de aver consumido uno en la Junta del Dr. Dn. Thomás de Azpuro, situada en el Colegio Imperial, de la que se mudó a ésta con motivo de celebrarse aquella a las ocho de la mañana y no poder continuar en hora tan incómoda, en lo que le parece no se quebrantan, ni violan los repetidos acuerdos que sobre estas pretensiones están decretados, porque están fundadas en lo que queda referido, faltando este fundamento en la del que Suppca no le parece hay motivo para que se mida con todas, pues siendo singular su legítima ocupación, no será de admirar que lo sea igualmte la Jubilación que pide, y en la que no podrá ninguno asegurarse para introducir otra semejante a no ser que versen los mismos fundamentos, que cree ingenuamente no se encontrará en Madrid.

No anhela el que Suppca a eximirse por medio de la jubilación de

quantas cargas, gravámenes y Gavelas, con que estén honerados los Sres Yndividuos actuales, por que desde luego está pronto a contribuir con ellas, como uno de tantos y señaladamente en la nueva y honrrosa pretensión que se tiene planteada e introducida, y ansioso desea su logro, sino es por que haviendo tenido tanto afecto y vivos deseos de ilustrarse el suppte con la experiencia y práctica de tantos negocios como con tanto azierto se ventilan, le sería y serviría de grande desconsuelo el que por una tan legítima ocupación, o se le tildase o a lo menos se le gravase con multas, que en lo subcesivo, como no se notan las causas por que se imponen en los Livros, le causase el mayor desdoro impropio del buen ánimo y sana intenzion del suplicante.

* Y para que se reconozca su buena fe, y qe no sólo apeteze el que se tenga y perpetúe por tal individuo, sino es que desde luego promete su asistencia si el tpo. se lo permite, bien que lo contempla difícil a no ser que proporcionándose el estudio en otra forma o como acostumbra su maestro alguna tarde el salirse a pasear, con la precisión de acompañarle el Suppte, que entonzes a la ora que fuese oportuna de dejarlo, logrará el mayor gusto de asistir, por cuyos motivos:

Suppca a V. I. se digne conzederle la Jubilación que lleva pretendida, y para que en adelante no se haga por otro queriendo se def era por lo proveído en ésta, mandar tomar los más seguros informes, poniéndolos por los que se nombrasen para ello en la Acta, o aciendo que a su continuación se determine con prebía vista del Sor. Fiscal y demás solemnidades que se requieren, por que el Suppte apeteze la mayor formalidad y no quiere ser motivo de desazones en adelante, quando tanto debe a esta Iltre. Junta que prudencialmente haze el juicio de que lo que con sus cortos fondos ha alcanzado en nuestra facultad es Doctrina de ella, a quien vibirá eternamente agradecido espresando que se dignará dispensarle el favor y honrra que pide (*).

(*) Archivo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Libro de admisiones de individuos y sus jubilaciones, que tuvo principio en 9 de julio del año de 1742*, fols. 71 v.º-72.

VIDA JURIDICA

XI Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (una comunicación y una crónica). Sistema de valores y estructuras jurídicas(1)

SUMARIO: 1. *El hombre, ser físico y ser moral.*—2. *Orden-Libertad.*—3. *Derecho-Justicia.*—4. *Crónica.*

1. EL HOMBRE, SER FISICO Y SER MORAL

Una sociedad se basa en un *sistema de valores*, que hace de *soporte* de las *estructuras* y *órganos* que entrelazan una convivencia, en la cual se dan, en unos casos, con *naturalidad* (comprador-vendedor, arrendador-arrendatario, es decir, los «asuntos o negocios humanos» de que hablaba RECASENS SICHES), y en otros, con cierta *patología* o conflictividad (demandante-demandado, víctima-reo, matrimonio-divorcio), y aunar relaciones *jurídicas* aproximadamente *justas*.

Si falla ese sistema de valores aparecen uno de estos tres, entre otros, efectos: o se produce un *vacío*; o se *conmueven* el resto de las *estructuras*, *órganos* y *relaciones*; o aquellos valores tienden a ser *sustituídos* subrepticamente por otros. (Citemos ejemplos en uno y otro sentido, en sociedades contemporáneas: la revolución *iraní*, previo al derrocamiento del Sha, la pérdida de valores islámicos, fermentados por un proceso educativo agnóstico, son sustituidos por el mito y la revolución en marcha. V. n. tr. *Un diagnóstico sobre la enseñanza*, Madrid, 1978.) En el proceso de la transición española —son datos ajenos a todo partidismo— la expresión formal de *valores* son reflejo de una gestación o tendencia

(1) Este trabajo fue la base para nuestra Comunicación al XI Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social de Helsinki y fue debatido en la Sección II, «Derecho y Moral», el día 16-8-83. Al comienzo de la misma tuvimos un recuerdo para los maestros iusnaturalistas españoles que ya no están con nosotros: RECASENS SICHES, ELÍAS DE TEJADA, LEGAZ LACAMBRA y ASÍS GARROTE.

consensuada partitocrática y contienen el riesgo de una deificación de lo constitucional (2).

Al contrario, puede ocurrir en determinados tipos de sociedades, en las que ha pesado siempre esa problemática tensional entre *valores* y *estructuras*, con prevalencia de aquéllos. Y así, pese a los intentos de separación Iglesia-Estado, se mantiene en los frontispicios de la Constitución suiza... «*En nombre de Dios Todopoderoso*». Y otro tanto sucede en Inglaterra, cuyas Cámaras, al comienzo de la legislatura, siguen utilizando la larga y sentida oración que empieza diciendo: «*Dios Todopoderoso por quien solamente los reyes reinan y los príncipes hacen justicia*»..., y que termina implorando «*la verdadera caridad y amor cristianos, de unos para otros, por medio de Jesucristo nuestro Señor y Salvador*». O en Alemania, cuya Ley Fundamental comienza: «*consciente de su responsabilidad ante Dios y los hombres...*» O el preámbulo de la Constitución de Irlanda: «*En nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien, como nuestro objeto final, debemos dirigir todas las acciones, tanto humanas como estatales. Nosotros, el pueblo de Eire, reconociendo con humildad todas nuestras obligaciones ante nuestro Divino Señor, Jesucristo, que confortó a nuestros padres a lo largo de siglos de juicio...*»

¿Cuál puede ser esa razón de que un desmontaje o desprecio de tales valores produzca de una y otra manera semejantes efectos para el resto del edificio social?

La razón está en que el *hombre es un ser físico y moral, al tiempo*. Incluso en los fenómenos juveniles o escolares —«pasotismo», «rechazo»— se advierte esa interacción. RENARD hablaba de cómo elevarse del torbellino de la vida para alcanzar las tranquilas aguas de la filosofía. JAVIER CONDE, de cómo «una política que no resista la *prueba de la moral* está minada». FEDERICO DE CASTRO hablaba de «*un Derecho natural que es soporte del orden jurídico del Estado*». AMADEO FUENMAYOR, en un

(2) El artículo 1.º predica efectivamente que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». En el preámbulo se habla de *Justicia, libertad y seguridad*. En el 10, de la «dignidad de la persona y los derechos inviolables, precepto que animaba a HERNÁNDEZ GIL a hablar de una base «iusnaturalista». Los problemas surgen de la consagración constitucional de un sistema (art. 68.3) proporcional electoral de listas cerradas que coacciona la libertad efectiva de elegir y hace confuso el propio *pluralismo político*. La *estructura* puede ahogar el *valor*, y la *ambigüedad* puede originar la contradicción: «*Nación española*» y «*nacionalidades*» (preámbulo y art. 2.º); «*protección de la familia*» y *divorcio* (art. 39 y art. 32); «*libertad de enseñanza*» y *autogestión* (artículo 27.10 y art. 27.7.º) —véase nuestro trabajo *Un proceso educativo. El artículo 27 de la Constitución y sus circunstancias*, Madrid, 1980—; «*libertad de empresa* en el marco de la economía de mercado» y «*acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*» (art. 38 y art. 129.2).

gran libro, *Legalidad, moralidad y cambio social* (Pamplona, 1981), habla de la «*ley como representación del camino a través del cual el hombre es dirigido en su retorno a Dios*». Todo el pensamiento de Max SCHELER radica —en el plano ontológico— en esa bipolaridad de *idealidad-realidad*. Nosotros, en nuestra obra *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho natural* (Madrid, 1975), hemos insistido en una *unidad funcional* de lo humano, que nos hace *al tiempo: elevarnos*, con espíritu enérgico, o *de las cosas hacia arriba*; o condicionarnos *desde arriba, hacia las cosas*, el mundo, la «Weltanschauung».

¿Cómo opera y cómo se realiza esto?

A nuestro modo de ver, y con independencia del punto, del momento, o del resultado, en el *Estado* —deificado como Norma fundamental por Kelsen en los prolegómenos de la segunda guerra mundial, cuyo pensamiento desmitificaron en buena parte LEGAZ, RECASENS o COSSÍO, con independencia de la *praxis* correctora en nuestra sociedad contemporánea— hay una serie de *categorías*, y no meros predicamentos, que entrecruzan lo *humano-material*, y que dan pie para que el sistema de valores no sea meramente formal, ni meramente empírico. De ellos vamos a referenciar los que nos parecen esenciales. No exhaustivamente.

2. ORDEN-LIBERTAD

El «*Orden*» es la disposición de las cosas entre sí. Viene más atrás de lo que vemos o *re-lacionamos* cerca de nosotros. Hay un mundo creado, dado y preordenado: los días suceden a las noches. Se da en el mundo vegetativo (los jardineros no suelen morir del corazón); del mundo animal-instintivo (en las abejas hay zánganos y hay «desertoras»); el mundo racional (el *lenguaje* lo expresa con *espontaneidad*). Y está el *mundo-jurídico-moral*, que es la plasmación *existencial vital* (ELÍAS DE TEJADA) no sólo de un *proceso*, sino de un *resultado*. La interdependencia del orden moral y orden jurídico no es meramente formal, ni experimental. Hacia arriba se sublima en un *orden ético*. Hacia abajo, o más a ras de las cosas jurídicas, se traduce en *seguridad jurídica*. La zona *patológica* en el desorden está en el *conflicto-revolución* (CATTANEO). O está en la insensibilidad moral, sustituida por una dialéctica social (MARX).

La *libertad*, que presume el orden, constituye la dimensión opcional de todo ser. No es mera coexistencia de libertades (KANT), aunque ello sirva, formalmente, para los inicios de una separación entre Moral y Derecho. Hay la libertad profunda del hombre, que lo ha de expresar en *todas sus dimensiones* («Yo entregué a Dios mi libertad para encontrar

en *El la Libertad*», dice San Agustín: cf. n. t. San Agustín. «De la justicia y la ley a la paz y el amor», *Rev. Nuevo Indice*, 1983).

Decíamos que la libertad se expresa en *todas sus direcciones*, y se traduce en libertad-personal-moral; libertad-moral-familiar; libertad socio-económica (BATTAGLIA); libertad política-concreta, etc. Va realizándose en la Historia (HEGEL acierta en esto). Pero su explicación auténtica está más que en la igualdad, en la *Verdad* («Sólo la Verdad nos hace libres», afirma Jesús Redentor). Hay una *verdad-real*. Y una *realidad-verdadera*. Aun en el pragmatismo de una sociedad normalmente ordenada no se puede omitir la referencia a la *libertad verdadera* (Mrs. Thatcher inició su gobierno con estas palabras: «Quiero experimentar una estrategia política basada en la verdad»).

3. DERECHO-JUSTICIA

El segundo parámetro de un sistema de valores, sin fijación de prioridades, pero sí de interdependencias, está en la relación *Justicia-Derecho* o *Derecho-Justicia*. A nuestro modo de ver, Orden-Libertad predispone, y autoexige, paralelamente, una regulación normativa-instrumental-Derecho; y una finalidad operativa en la que se consuman los *valores* del sistema social, la *Justicia*. El Orden está predicando una normación, que es algo más que regla, que estructura, que técnica, que mandato, que utilidad, que poder. ¿Por qué KELSEN en su lección final en la Universidad de California abandona toda su «arquitectura» formal de lo jurídico, que parecía un dogmatismo, y se recrea —casi con estilo unamuniano— en preguntarse *¿Qué es Justicia?*, partiendo, en sus palabras iniciales, del interrogatorio de Jesús de Nazaret por Pilatos? (El trabajo, al que por cierto se hacen muy pocas referencias por los kelsenianos puros, fue editado en lengua castellana, en versión de GARZÓN VALDÉS, por el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba: R. A. 1966.)

El Derecho, por tanto, ha ido asumiendo los presupuestos normalizados del juego orden y libertad. Pero hay otro dato, la *Justicia*, que de suyo es *virtud*, una virtud que, a diferencia de otras —la templanza, la paciencia, la fortaleza, la humildad—, autoexige el «otro». «*Lo justo se da en la Comunidad*» (ARISTÓTELES).

Hay virtud, pero su manifestación puede estar en la *Idea* o en el *Sentimiento* de lo justo (Derecho romano. V. n. t. *Ortega en el pensamiento jurídico*, Madrid, 1964). El sujeto operante son *todos*: «No hay Justicia si no se hace Justicia con todos» (GOLDSMICHT). Sin embargo, al tratar de realizar esa *operatividad generalizada* por los sujetos se corren

algunos riesgos. Entre ellos, los siguientes: que se cosifique en la propia norma *resultante-ordenada* (positivismo); que el Estado asuma con apariencias neutralistas o mesiánicas las raíces populares (cf. n. t. *Derecho. Guía de estudios universitarios*, Universidad de Navarra, 1979, al hablar de «Justicia y Derecho en el pensamiento jurídico soviético»), o que erradiquen a la Justicia —sin negarla— a «*otro mundo*», sea el de las *ideologías* políticas (el RADBRUCH de la preguerra mundial); sea el de unas teorías puras; sea el de las arquitecturas dogmáticamente formales (estructuralismo) o metaempíricas (WENZEL). Con todo eso, más la invasión administrativista desfuncionalizada, contradictoriamente o paradójicamente, se desmonta la raíz de una «*seguridad jurídica*» que se había presentado como conquistada de la *legalidad institucional*.

Hoy se habla del «*rapto de la Justicia*», al predominar en la *praxis* los *mitos* del Orden-libertad, y el endiosamiento de la Norma fundamental. La secularización del Derecho, al igual que la secularización de la Vida, están suponiendo *parcelaciones* de la Verdad-Justicia, que constituye el *basamiento* último, aunque *efecto* primero, de *Orden-Libertad-Derecho*. Naturalmente que el Estado está ahí, en una de sus formas históricas. Pero se trataría de discernir qué cosas ha de hacer el *Estado* y qué cosas ha de hacer —ordenar-vivir, sentir— la *Sociedad*, o sea la Familia, las Instituciones, la Empresa, el Trabajo. El *Estado social de Justicia* será la expresión final de un sistema de valores comunitarios. Precisamente porque detectaría, como fruto, el valor sustantivo: la *Paz*, la cual, en lo *interior*, traduce el *orden-libre del Espíritu*; y en lo *exterior* refleja el *orden-justo de una sociedad libre* (3).

4. CRONICA

Con la motivación expresa y confesada de que «*el hombre de nuestro tiempo se encuentra confrontado a diversas crisis de naturaleza mundial*», iusfilósofos y juristas de todo el mundo nos hemos reunido en Helsinki para estudiar, en el XI Congreso de Filosofía Jurídica, «*Los fundamentos filosóficos de las ciencias jurídicas y sociales*». El escenario, el Palacio de Finlandia, con la solera de la celebración de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa-1975, a la que siguió la de Madrid-1983. La cita fue inmediatamente después de los Campeonatos Mun-

(3) Nota en octubre-83: Siendo imposible dar una noticia documentada del Congreso, una vez celebrado, indicar que el próximo se celebrará en 1985 en ATENAS y el siguiente en Tokio. Reflejamos, en síntesis, un pequeño resumen de lo que fue el XI Congreso en la parte que más vivimos, haciendo remisión para en su día a las actas.

diales de Atletismo. Helsinki, con una gran trayectoria cultural, parecía convertida en convocatoria para la doble dimensión de lo humano, en lo *físico* y en lo *social*. En seis grupos hubo que desglosar el temario, para analizar las relaciones de la ley con la sociedad; la moral; los modelos legales; los sistemas jurídicos, etc. Los títulos de las ponencias y comunicaciones y los nombres de los participantes, unos cuatrocientos, nos llevaría varios folios. Tampoco es del caso aquí resumir la policromía de los debates (aunque algo digamos).

Se trata, en estos congresos, de una toma de conciencia cada dos años de la problemática que subyace en las ciencias jurídicas y sociales, por encima o al lado de la técnica jurídica, la interpretación práctica o la realidad fáctica del Derecho. Los nombres del Comité directivo son de suyo expresivos: TRAPPE, DORSEY, KERINOV, REALE, AOMI, COTTA, JORGENSEN, KLENNER, LOPATKA, PERELMAN, SHARMA, SZABS, ERH, SOON TAY, MAIHOFFER. De este Comité formaba parte el profesor LEGAZ LACAMBRA, que hacía de muñón con los representantes españoles.

Como comunicantes había varios españoles. Pero allí sólo vi a Gregorio ROBLES (joven catedrático de Derecho Natural en la Universidad de Mallorca; a ZULUETA, argentino-español, y CERVERA, Decano de Puerto Rico. (El intento que se hizo en 1974 en el Congreso de Bruselas para que la lengua española fuera también oficial, sigue siendo «intento», a pesar de que ya pasaron las «razones políticas» —decían—. Por mi parte, dadas las dificultades del inglés, he incorporado ya a alguno de mis hijos, en este caso Manuel María, que ya está muy compenetrado con los temas iusfilosóficos y educativos, y que —lo he de decir con satisfacción— comienza a ser conocido en esas áreas del pensamiento «internacional».)

Naturalmente, no pude asistir a todas las sesiones de trabajo, y por ello casi telegráficamente, como información, daré algunos datos:

— Aunque sea difícil hacer una clasificación, se perfilaban los siguientes grupos: el anglosajón; el de los países del Este —con una numerosa representación de la República Democrática Alemana, a los que les suelen denominar «enviados», y en general, sin discutir su valía personal, «portavoces» oficiosos de la «ideología jurídica» en cada momento—; el germano-occidental; el escandinavo —también numeroso—; los del área mediterránea —desde Portugal a Grecia—; el asiático-japonés (cada vez más compacto), y el de países tercermundistas. Pueden imaginarse las distancias entre un KLENNING, australiano, hablando del «paternalismo jurídico y la libertad moral», y un BLAHOZ, checo, refiriéndose a la legalidad, igualdad, revolución y «capitalismo marxista». En realidad, eran ópticas distintas, que otros intervinientes modelaban, en su caso.

— MAIHOFFER —simpre figura de estos congresos, por haber sido desde el mundo germano el que tratara de hacer puente con el marxismo desde posiciones existenciales— tendría una comunicación sobre «Socialismo y teoría sociológica del Derecho». Estuvimos expresamente en su grupo, y le vimos como más moderado (ya no es el gran ministro alemán del Interior que acabó con el terrorismo en su país en la etapa socialdemócrata, ni con su aparatosa escolta). Lo advertí también al saludarle personalmente tras su intervención.

— El grupo de VILLEY era muy compacto. Se les veía en los descansos conversando sobre los temas. Y sus actuaciones en cada una de las sesiones estaban en su punto. Fue el equipo que más claramente mantenía —juntamente con los argentinos, mejicanos y nosotros— una posición menos pragmática y crítica, partiendo siempre de una concepción de la persona humana y su vocación permanente de libertad, de raíz cristiana.

— El P. LLOMPART, jesuita español, con diez años en Alemania y diecisiete en Japón, es un «veterano» muy estimado en estos congresos, a los que asiste con un grupo importante de iusfilósofos japoneses, todos ellos muy atentos al desarrollo del pensamiento jurídico español. Nos hizo el encargo de que para el Congreso del 87 en Tokio hubiera una representación española más numerosa.

En la conversación con VILLEY, a quien ya conocía de Madrid y de Chile, y también con los hispanoamericanos, especialmente con RAMOS —admirador de ELÍAS DE TEJADA y de VALLET DE GOYTISOLO—, comprobé con satisfacción que mi posición, dentro de una concepción iusnaturalista dinámica, era de las más concretas. A VILLEY le entregué mi trabajo sobre San Agustín publicado en cuaderno especial en *Nuevo Índice*.

— Y una idea global: se mantiene la altura e interés de estos congresos, cuya parte más efectiva está en los pasillos, en las conversaciones y en los contactos personales. Aunque sean ángulos o concepciones jurídicas sobre el mundo y la vida tan dispares, hay manifestamente un deseo de analizar sosegadamente los problemas con una dimensión que sirva a lo humano y a la sociedad. Aquí empiezan los matices, y comienza a verse lo que hay de «ideología», o de «propaganda» —cada vez menos—. La insatisfacción del pragmatismo o del realismo jurídicos es cada vez más evidente. Por eso el grupo más cercano a VILLEY daba siempre la sensación de estar más a tono con el frontispicio de la convocatoria, es decir, que a las confrontaciones del hombre en nuestro tiempo —que las tiene— hay que darles una comprensión trascendente a la propia crisis, y al tiempo es necesario encontrar caminos de un personalismo no mera-

mente formal o ideológico, por la llamada «natural» a la vocación de libertad del hombre, cuyas raíces medulares están —se confiese o no— en el cristianismo. La secularización o la tecnificación *pueden modificarlas*, pero no *sustituirlas*. Y en ningún caso *destruirlas*. Esta también era nuestra opinión. Y es la que, en el fondo, predominaba en el congreso. (Al comienzo de la sesión inaugural hablé con el ministro de Educación, Mrs. Karina Suonio, rubia con ojos azules —no podía ser menos como finlandesa—, con la que conversamos después.) Al final, la Orquesta de Cámara interpretó una obra del gran compositor finlandés Sibelius: todos estuvimos de acuerdo en los aplausos; la vida humana es un gran concierto, que nos trasciende desde la Libertad, la Seguridad Jurídica, la Paz, el Orden, la Justicia y el Amor.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

El proceso de adaptación constitucional del Derecho Civil de las Islas Baleares *

SUMARIO: I *Consideraciones previas.*—II. *La dimensión estática de dicho proceso.*—III. *La dimensión dinámica de dicho proceso.*—IV. *Conclusiones*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Bastaría, a los efectos de estas Jornadas de Derecho Aragonés, y como dato comparativo de interés, el exponer sucintamente la situación actual del Derecho civil de las Baleares.

Buena parte del desarrollo de nuestro similar proceso —al que vosotros ya disteis solución prudente— os ha podido llegar en ocasiones precedentes de reuniones foralistas, en las que los participantes de las islas os iban poniendo al corriente de nuestra problemática y dificultades.

El aquí comunicante os ha ido presentando sus peculiares visiones de los temas interrelacionados con el presente, bien en anteriores reuniones en esta hospitalaria Jaca, bien en otros foros, bien en el Congreso del año 1981 (1).

(*) Comunicación a las «Jornadas de Derecho aragonés» (La adaptación constitucional del Derecho aragonés) en Jaca los días 2, 3 y 4 de septiembre de 1983.

(1) Cfr., cronológicamente, mis aportaciones siguientes: «Las Comisiones Compiladoras de los Derechos Forales» (comunicación a las Jornadas de Derecho Foral de Jaca en 1976) —inédito—; «La competencia legislativa en materia de Derecho Privado en Baleares» (comunicación a las «Jornades sobre L'Estatut d'Autonomia de Catalunya» en Barcelona, 1980), en el volumen de tales Jornadas, Barcelona, 1980, págs. 67 y ss., especialmente págs. 84 y ss. y 87 y ss.; «Los Derechos Forales en el Estado de las Autonomías» (conferencia —inédita— pronunciada en el local de la «Institución Fernando el Católico» en Zaragoza el día 24 de noviembre de 1980); «Baleares ante el artículo 149.1.8 de la Constitución» (comunicación pre-

El hecho evidente de la sucesión de acontecimientos históricos que han ido jalonando este período que nos ha correspondido vivir es el que predetermina la forma expositiva, con la necesaria alusión a una serie de factores de indispensable conocimiento para todos aquellos que quieran acercarse con la mente limpia de prejuicios a este espinoso tema de las especiales relaciones de los Derechos civiles especiales o forales con la legislación común del Código Civil.

Parece necesario, en consecuencia, el efectuar un pequeño recorrido histórico por estos últimos años para centrar el tema.

Llamo la atención, por otro lado, hacia la especial complejidad del tema, dada la serie de perspectivas concurrentes en este proceso objeto del presente análisis.

Finalizo ahora esta introducción con la referencia a los puntos de análisis de este apartado, que abarcan los antecedentes más próximos, la aparición de la Constitución y la situación de los Derechos civiles españoles o forales dentro del llamado «Estado de las Autonomías».

1. ANTECEDENTES PRÓXIMOS

El origen próximo de la actual situación podría centrarse en la aparición del Real Decreto de 1 de abril de 1977, sobre la reactualización de las Comisiones de Juristas en las regiones con Derecho foral. La enconada discusión sobre el mismo y su rechazo unánime en las Jornadas de Derecho Foral de Huesca de 1977, unido al hecho de que la segunda de las *Conclusiones* de aquellas Jornadas reservaba a los correspondientes organismos legislativos autónomos en cada territorio foral la competencia legítima para la renovación de su derecho, fueron determinantes del fracaso práctico de aquel real decreto y de la paralización *de facto* de todo el proceso compilador foral y de su necesaria revisión y actualización.

A ello, tras las elecciones generales de aquel año 1977 y el consiguiente tránsito del anterior régimen hacia una democracia parlamentaria, se unía el hecho de un proceso constituyente y de unos borradores o proyectos constitucionales en los que *el tema* de los Derechos civiles especiales o forales venía contemplado bajo una óptica o perspectiva muy distinta a la concepción tradicional. Conviene recordar que en esta

sentada al «Congreso Nacional de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución», celebrado en Zaragoza los días 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981), publicada doblemente por error en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 551, julio-agosto 1982, págs. 1055 y ss., especialmente págs. 1071 y ss., y en *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1982, págs. 787 y ss.; *Comentarios a la Compilación de Baleares*, tomo XXXI, vol. 2.º, Ed. Edersa, Madrid, 1981, páginas 596 y ss.

misma Jaca se analizaba ya en 1978 la incidencia para el Derecho aragonés de la modificación de la ley civil sobre mayoría de edad, impuesta por la dinámica constitucional.

La consideración del Gobierno de UCD hacia las regiones que históricamente plebiscitaron su Estatuto de Autonomía y la marcada distinción respecto de otras regiones fueron llevando a la convicción de que habría *dos tipos de autonomías*. Por parte de los juristas más sensibilizados en el tema se iba haciendo patente a los políticos y parlamentarios de cada región foral la necesidad de tomar en cuenta el hecho obvio de un Derecho civil especial propio y la *necesidad* de dar salida a las demandas de su actualización y revisión. Me consta —en cuanto a ARAGON y BALEARES— que esta prioritaria atención de los juristas fue constante en todo el período señalado y que, pese a la buena voluntad de los parlamentarios, la gran complejidad de poner en pie un nuevo Estado iba demorando el poner los cimientos de la necesaria renovación del proceso compilador foral.

A mediados de aquel año 1978 el Gobierno procedía a la instauración de los regímenes especiales de «preautonomía» en determinadas regiones, como ARAGON y BALEARES. El organismo preautonómico correspondiente —el llamado Consell General Interinsular de las Islas Baleares (RD-L. 13-VI-1978)— fue objeto de nuestras comunicaciones y demandas. Hacia finales de 1978 hubo una propuesta concreta por parte de los foralistas insulares de que por el organismo preautonómico —a través de la Consellería de Cultura—, y en uso de la competencia legítima para adaptar su Derecho (2), se procediera a la creación de un organismo asesor cualificado para las tareas de revisión del peculiar Derecho privado de las islas. Las dificultades de poner en pie, a su vez, todo un nuevo entramado de organismos nuevos y la aparente no urgencia del tema planteado impidieron en la práctica que ya entonces se acometiera con decisión esta problemática.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La aparición en 1978 de nuestra vigente Constitución producía el notable *efecto* de la incidencia de los principios constitucionales y de las normas concretas constitucionales sobre el vetusto Derecho civil patrio, anclado sobre presupuestos ideológicos del siglo XIX, y muy especialmente sobre el arcaico Derecho de familia en él contemplado. Esta incidencia era aún mayor sobre los denominados ordenamientos civiles forales, ba-

(2) Cfr. la Conclusión 2.^a de las decisiones adoptadas en la Asamblea de Jaca el día 29 de agosto de 1977, en mi libro, citado, *Comentarios...*, págs. 610 y ss.

sados mayoritariamente sobre estructuras familiares asimismo tradicionales (3).

Mayor efecto e impacto decisivo en las conservadoras mentalidades de algunos juristas patrios produjo el hecho notable de la equiparación entre la normativa del Código Civil y la de los ordenamientos forales establecida en el artículo 149 de la Constitución. En la práctica ello equivalía a la quiebra definitiva del *monosistema* del Código Civil y a su sustitución por el *polisistema* centrado alrededor de la Constitución (4).

La necesidad de *adaptación* de los viejos textos civiles patrios a la Constitución fue la que originó la presentación por el Gobierno de UCD de una serie de proyectos de ley de reforma de parte del Código Civil. Ello ocurría en 1979. Pero también en 1979 se aprobaron los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco, lo que posibilitaba en la práctica a los respectivos Parlamentos autónomos el legislar sobre su Derecho civil especial o foral propio.

La consecuencia notable era que, entre todos los territorios con Derecho civil especial o foral propio, tan sólo ARAGON y BALEARES quedaron en franca *situación de discriminación y sin posibilidad alguna* de proceder a la modificación de su Derecho peculiar y a su necesaria adaptación a la Constitución. Por lo cual los juristas más conscientes y atentos fueron manteniendo contactos con los de otras regiones, ideando mecanismos de respuesta a los retos del presente problemático y procediendo a la redacción de *anteproyectos* normativos emanados del Gobierno central, en los que la idea central pasaba por *la creación* de un organismo técnico muy cualificado y representativo, integrado por una serie de miembros nombrados por elección por las entidades y corporaciones regionales de entre los profesionales más distinguidos en el estudio y difusión del Derecho civil propio (5).

(3) Cfr. esta incidencia de la Constitución en la posición diversa de los escasos autores que se ocuparon hasta hoy del tema: RUIZ VADILLO: «La Constitución española y el Derecho Civil», en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1979, págs. 233 y s.; MARTÍNEZ CALCERRADA: «La familia en la Constitución española», en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1981, págs. 963 y ss.; mi comunicación al Congreso de Zaragoza de 1981, citada, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, citada, págs. citadas.

(4) Cfr. N. IRTI: *L'età della decodificazione*, ed. Giuffrè, Milano, 1979, páginas 33 y ss., especialmente págs. 65 y ss. y 72 y ss.

(5) Toda esa mini-historia de aquel período está por hacer. Con el tiempo habrá la necesaria perspectiva para valorar el esfuerzo combinado de los parlamentarios —MERINO y CLAR— y de los foralistas —LACRUZ, MASOT, etc.— y su amor hacia la tierra que les vio nacer.

3. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES DENTRO DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Las preocupaciones de los juristas de las regiones forales pasaban a lo largo de aquel año 1980 por la labor de encuentro y discusión de su problemática similar y por el análisis y comentario de la normativa constitucional y, en su caso, estatutaria. De esta forma se produjeron los encuentros de Barcelona (6), Palma de Mallorca (7) y Zaragoza (8).

En aquel entonces comenzaba a gestarse y programarse un futuro Congreso Nacional de Derecho Civil, con una cuidada organización de un entusiasta equipo que coordinaba y dirigía J. L. MERINO HERNÁNDEZ (9).

En aquellas fechas yo tenía muy claro que el tema era entonces inacabado (pendiente como estaba del necesario desarrollo constitucional); que la inseguridad jurídica derivaba de una serie de perspectivas o puntos de vista inconciliables (el constitucional, el histórico, el administrativo y el privatista); que en mi opinión era de carácter prevalente el punto de vista *publicista* (dada la existencia de sectores ordenados como subconjuntos *dentro* de un conjunto normativo formado por la Constitución), y que parecía necesaria una labor de equipo interdisciplinaria y sin prisas. Me parecía muy problemático el futuro para aquellas regiones, como ARAGON y BALEARES, en las que, pese al notable esfuerzo e interés de sus mejores juristas, la referencia a los políticos y parlamentarios era inevitable si no se quería volver a caer en formulaciones centralistas del tipo del antiguo artículo 12 —y su secuela del artículo 13— del Código Civil en 1889 (10).

La idea compartida por los juristas de Aragón y Baleares era la de crear una «Comisión de Juristas» para cada territorio, partiendo de un *proyecto* elaborado por los aragoneses (exposición de motivos a cargo del profesor LACRUZ y texto articulado obra de J. L. MERINO) inicialmente

(6) Con motivo de la celebración de las «Jornades sobre L'Estatut d'Autonomia de Catalunya» en 1980, citadas.

(7) El motivo lo propició una conferencia pronunciada en la capital del archipiélago por el Profesor LACRUZ BERDEJO en febrero de 1980.

(8) El motivo fue la invitación que se me dirigió por la «Institución Fernando el Católico» para pronunciar una conferencia en noviembre de 1980, ya citada.

(9) Dado que todavía no se ha publicado el Libro del Congreso, no se conocen todavía los detalles de su cuidada *preparación* y programación, que tuve ocasión de apreciar personalmente al ser invitado a una de las sesiones de preparación *un año antes* de la celebración del mismo. Conozco bien la intensa dedicación, entusiasmo, contactos, ideas, interrelaciones, etc., desplegadas por el infatigable J. L. MERINO HERNÁNDEZ, motor y alma del Congreso, al que un día se le hará justicia como se merece.

(10) Cfr. el apartado de *Conclusiones* en mi conferencia en Zaragoza en 1980, citada en nota 1 precedente.

sólo para Aragón, pero que, vista la adhesión de los mallorquines e ibicencos (MASOT, CLAR, NOGUERA, VERGER, entre aquéllos, y TUR SERRA y CERDÁ GIMENO, entre éstos) se veía transformado en cuanto a las entidades y colegios profesionales citados como electores. Todo ello entra ya en la fase de *origen o embrión* de los Reales Decretos 1006 y 1007 de 22 de mayo de 1981, en los que es dable observar una vez más el constante paralelismo histórico entre Aragón y Baleares en tema de Derecho civil.

En lo que a BALEARES específicamente respecta, hay que hacer notar que —convocada una reunión por la Sección de BALEARES del anquilosado y mortecino Instituto Español de Derecho Foral, llamando a profesionales, corporaciones y parlamentarios de las islas— se celebró el día 7 de julio de 1980 en el Colegio de Abogados de Baleares una fructífera mesa redonda acerca de las decisiones a adoptar en torno al proyecto del profesor LACRUZ, llegándose en la práctica a la unanimidad absoluta de continuar la colaboración con los aragoneses y apoyar en el Parlamento y ante el Gobierno dicha medida, por estimarse preferible que por parte del Ministerio de Justicia se dictase un real decreto creando la Comisión de Juristas de Baleares que el tener que esperar al año 1983 para acceder a la autonomía y así poder legislar autonómicamente sobre el Derecho civil propio (11).

A lo largo del verano de 1980 citado y en el otoño del mismo se continuaron los contactos entre aragoneses y baleáricos, intercambiando sus puntos de vista. A su vez, dentro de las islas, se debatieron entre los foralistas insulares qué entidades y colegios debían ser consultados y elegir sus representantes, número de éstos, forma de elección, nombramiento, etcétera. Largas dudas suscitaba el punto de si el Instituto Español de Derecho Foral debía o no ser incluido —en su Sección de Baleares— entre las entidades electoras de sus representantes. Parece que muy a última hora desde la misma capital de las islas se sugirió que era preferible sustituir tal mención por la del Instituto de Estudios Baleáricos, integrado o dependiente del organismo preautonómico.

Dado que un representante del órgano preautonómico Consell General Interinsular de Baleares había asistido a la reunión del día 7 de julio en el Colegio de Abogados, algunos de los juristas que redactaban los anteproyectos de real decreto para Baleares entendieron que el postulado requisito *previo* contenido en el proyecto de pedir opinión al Consell ya se había cumplido, con lo que, en consecuencia, el proceso de elaboración

(11) Es muy importante señalar la presencia de los entonces diputados por Baleares señores CLAR GARAU (UCD) y PONS IRAZAZÁBAL (PSOE), que asumieron la problemática, participaron en las deliberaciones y se preocuparon ya entonces de la posible *competencia* del organismo a crear.

normativa —conjuntamente con el propio Ministerio de Justicia— había prácticamente finalizado y era el Consell el que debía dirigir la pertinente *solicitud* al Ministerio de Justicia. Ello no obstante, se decidió que era mucho más operativo el continuar las gestiones informales y oficiosas de forma privada, en colaboración con los diputados por Baleares (12).

Hacia finales de dicho año 1980 podía decirse que la fase *prelegislativa* de elaboración del postulado real decreto había finalizado prácticamente. Tan sólo quedaba por hacer el retoque final, con la ayuda de los diputados de UCD de Aragón y Baleares, que fue demorándose un cierto tiempo, dado que los esfuerzos del entonces equipo del Ministerio de Justicia se centraron en sacar adelante la andadura del proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en tema de matrimonio y disolución del mismo (la popularmente llamada «Ley del Divorcio»). Con lo cual fueron pasando varios meses, y comenzaba el año 1981 sin apenas variación en el planteamiento indicado ni desde el plano del Gobierno o Administración central ni desde el plano de las islas, inmersas en la vorágine del desarrollo preautonómico y en la preparación del correspondiente Estatuto de Autonomía.

El acontecimiento jurídico más importante de estos primeros meses de 1981 lo constituyó la aparición y presentación al público de los primeros *comentarios* científicos al actual texto de la Compilación de Derecho Civil Especial de las Islas Baleares de 19 de abril de 1961 (13). Por una serie de razones que no son del caso, a pesar del gran peso de la Escuela civilista aragonesa y de su pujante Universidad, por una sola vez los juristas de Baleares aventajaban a los aragoneses y sólo en el reducido campo de presentación de dichos comentarios.

Paralelamente a ello, por iniciativa de la entusiasta Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, se organizaba un ciclo de conferencias sobre la Compilación de Derecho Civil de las Baleares, centrandose los temas en una serie de instituciones básicas del consuetudinario Derecho de las islas, a desarrollar cada una por el prestigioso grupo de los especialistas que habían comentado el texto normativo de la compilación (14). Precisamente, y en cuanto al tema que es objeto de esta co-

(12) La fase inicial de gestiones con el Ministerio fue llevada entre el Subsecretario, Profesor LINDE PANIAGUA, de un lado, y de otro, los señores LACRUZ y MERINO (por Aragón), y CLAR y CERDÁ (por Baleares). En la fase final los contactos fueron entre los señores LINDE, MERINO y CLAR.

(13) Es la obra contenida en los dos volúmenes del tomo XXXI, «Comentarios a la Compilación de Baleares», Madrid, 1981, en la gran obra dirigida por el Profesor M. ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, editada por EDESA.

(14) Por orden cronológico fueron pronunciadas por los señores CLAR, MASOT, COLL, FERRER, MIR, VERGER y CERDÁ GIMENO.

municación, me fue encomendado el encargo de pronunciar la conferencia final del ciclo, con el tema «La revisión de la Compilación de Derecho Civil de Baleares» (15).

Así las cosas, y tras la larga espera indicada, había aparecido en el *Boletín Oficial del Estado* número 129, de 30 de mayo de 1981, el Real Decreto 1007, de 22 de mayo de 1981, sobre Comisión de Juristas de Baleares (16).

Finalmente, en cuanto a este epígrafe en orden a «los Derechos civiles forales dentro del nuevo Estado de las Autonomías», habría aquí que incluir y analizar la incidencia de una serie de *hechos* que hoy ya son historia y que en su momento fueron trascendentes: el fracasado golpe de Estado de 23 de febrero de 1981; la génesis del famoso «Informe» sobre las autonomías obra de un equipo dirigido por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA; la publicación del Informe citado; la gestación de la polémica Ley de Armonización del Proceso Autonómico (la famosa LOAPA), y, por encima de todo ello, la convocatoria y celebración del Congreso Nacional de Jurisconsultos Españoles sobre «Los Derechos civiles territoriales en la Constitución», en Zaragoza, en los días finales de octubre de 1981 (17).

Las repercusiones de dicho congreso en orden a BALEARES me suscitaron una serie de preocupaciones, plasmadas en la *comunicación* que presenté a dicho congreso y que en su día apareció publicada (18).

Entre algunas de las *conclusiones* más relevantes del citado Congreso de Zaragoza de 1981, y en cuanto a la SECCION relativo al «Artículo 149.1.8 de la Constitución», la más llamativa era la de la proclamación,

(15) Pronunciada el día 4 de junio de 1981.

(16) Paralelamente al Real Decreto 1006 de la misma fecha para ARAGON y prácticamente idéntico. Una vez más, por extrañas vicisitudes, Aragón y Baleares recibían el mismo trato unitario desde el Poder Central en cuanto a su Derecho Privado: cfr. pág. 11964 del *Boletín Oficial del Estado*, citado.

(17) Es sorprendente la escasa y poca «prensa» que ha recibido el citado Congreso de Zaragoza de 1981. Digno de relieve el magnífico trabajo de resumen del Congreso efectuado por mi querido amigo y compañero en Santa Eulalia del Río don JUAN ALVAREZ-SALA Y WALTHER, publicado en *Anuario de Derecho Civil*, XXXV-II, abril-junio 1982, págs. 377 y ss. También el esfuerzo de síntesis y las apretadas líneas que le dedican LACRUZ-SANCHO y LUNA en *Elementos de Derecho Civil*, vol. 1.º, Introducción, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 112 y ss., y 120 y ss.

Es sorprendente la postura de M. GARCÍA AMIGO: «La competencia legislativa civil según la Constitución», en *Revista de Derecho Privado*, mayo 1983, págs. 435 y siguientes, especialmente págs. 451-452. Parece que dicho autor no se ha enterado bien ni del Congreso ni de lo que allí se debatió, y por supuesto ignora toda una serie de aportaciones doctrinales precedentes bien ilustrativas acerca de los comentarios a la Constitución, tanto por privatistas como por administrativistas.

(18) Cfr. en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit. en nota 1. En cuanto a la aparición inexplicable en *Revista de Derecho Privado* sólo cabe decir que yo no había solicitado de esta última revista su publicación.

en la 5.2, de que «En la actual Constitución, a diferencia de otras Constituciones anteriores, la unificación legislativa civil no se establece como un desiderátum». Al propio tiempo, se establecían las *bases* de toda la futura ordenación civil foral y las interrelaciones de los ordenamientos civiles forales con el Código Civil. Estas ideas eran nuevas para algunos de los asistentes nostálgicos de la unificación civil auspiciada en el Congreso de Zaragoza de 1946 y, por supuesto, pueden parecer algo fuertes para quienes no fueron asistentes al Congreso de 1981, pero fueron la decantación de un proceso natural y de un riguroso análisis textual del articulado constitucional (18 bis).

La *consecuencia* evidente para cada territorio foral era la de quedar no sólo histórica sino normativamente legitimado para hacer uso de competencias legislativas en orden a su respectivo Derecho civil propio. Que en unos supuestos era ya el Parlamento regional respectivo, pero que en otros —como en ARAGON y BALEARES— era el organismo técnico Comisión de Juristas el encargado de la «conservación, modificación y desarrollo» de su Compilación de Derecho civil.

II. LA DIMENSION ESTATICA DE DICHO PROCESO

La perspectiva *estructural* del proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Baleares debe centrarse en el organismo Comisión de Juristas de Baleares, creado por el Real Decreto 1007 de 22 de mayo de 1981. Esta perspectiva estructural era diferente según la óptica elegida, bien desde la pura normativa del real decreto, bien desde las posiciones doctrinales, bien desde la aplicación práctica.

A) EL PERFIL NORMATIVO

1. En el apartado precedente, y en su lugar, he puesto de relieve la importante actuación del profesor LACRUZ y de los entonces diputados por UCD señores MERINO (por Aragón) y CLAR GARAU (por Baleares), que secundaron con entusiasmo el proyecto inicial aragonés. El análisis pormenorizado de toda la *gestión* de los dichos Reales Decretos 1006 y 1007 sería muy interesante, y quizá en el futuro alguien lo haga, con una contribución historicista a la marcha del proceso compilador foral.

La idea inicial del profesor LACRUZ había devenido algo más com-

(18 bis) De ahí que considere muy desafortunada la opinión de GARCÍA AMIGO, citada en nota 17 precedente, en una línea no constitucional y postulando unos resultados que no se corresponden con la realidad de las discusiones del Congreso.

pleja, al ocurrir la adhesión de los juristas de Baleares, con lo que se tenía que ir a un real decreto *conjunto* para Aragón y Baleares (19). Al cambiar el equipo ministerial de Justicia se siguió con la otra alternativa de *dos* reales decretos *separados*, uno para Aragón y otro para Baleares, cosa que el nuevo equipo ministerial asumió sin dificultad.

La concepción y planteamiento idénticos en los anteproyectos aragoneses (LACRUZ-MERINO) y baleáricos (CERDÁ-MASOT) venían enmarcados dentro de lo que había dado en llamarse «espíritu de Huesca en 1977». O de otro modo se pensaba en que el correspondiente organismo preautonómico se dirigiera a las corporaciones profesionales y entidades para elegir éstos a los miembros más relevantes y que, una vez elegidos los miembros de cada comisión, los *nombramientos* respectivos se harían por el Ministerio de Justicia. De ahí que se pensase en que el órgano preautonómico debía dirigirse al Ministerio con una previa *solicitud o instancia*.

Sin embargo de lo expuesto, el entonces subsecretario de Justicia, con una perfecta visión administrativa del tema, entendió que era preferible la fórmula de *delegación* de la iniciativa de actualización de la Comisión de Juristas. De ahí que en la *exposición de motivos* de los citados reales decretos —prácticamente idéntica para Aragón y Baleares— se diga reveladoramente que «la situación preautonómica aragonesa/balear *hace poco aconsejable* la directa actualización por parte del Ministerio de Justicia...», y que «*siendo preferible* en el momento actual que para Aragón/Baleares sea el propio Ente preautonómico aragonés/balear el que asuma la iniciativa de dicha actualización, *para lo que expresamente el Ministerio de Justicia le delega* a través del presente real decreto» (20).

Dentro de esta fundamentación de la normativa de dichos reales decretos parece un injerto extraño el inciso referente a «la directa actualización, por parte del Ministerio de Justicia, de las Comisiones de Juristas *a que hacía referencia el Real Decreto mil ciento noventa y seis/mil novecientos setenta y siete, de veintitrés de abril...*» (21). Lo que hacía extraño este inciso era el perfecto conocimiento por el equipo del ministro F. Fernández Ordóñez de toda la problemática foral, del rechazo absoluto de aquel Real Decreto de 23 de abril de 1977 en Huesca y de las reivindicaciones foralistas de una competencia legislativa atribuida a sus

(19) La alternativa de *dos Reales Decretos* separados fue idea del Ministro señor CAVERO (diputado de UCD por BALEARES), que estimaba preferible la separación y dar un decreto para cada región foral que quisiese acogerse a este peculiar sistema.

(20) Esta redacción parece fue obra personal del Subsecretario, E. LINDE PAÑAGUA: los subrayados son míos (J. C. G.).

(21) Cfr. la Exposición de Motivos de los dos Reales Decretos citados: los subrayados son míos (J. C. G.).

organismos regionales respectivos, e incluso de la gestación del proyectado Congreso Nacional de Zaragoza en el mismo año. Más extraño todavía el inciso porque la DISPOSICION DEROGATORIA dejaba prácticamente inservible aquel Real Decreto de 1977 (22). La antinomia, si bien no completa, era a nivel de los principios, y éstos quedaban a salvo, y, en definitiva, subsistió el espíritu de Huesca en el Real Decreto de 1981.

Es de estricta justicia reconocer que el equipo ministerial de F. Fernández Ordóñez demostró una gran sensibilidad hacia la compleja temática foral y prácticamente aceptó las propuestas emanadas desde Aragón y Baleares en demanda de la actualización de las Comisiones de Juristas como solución interina hasta la obtención de la autonomía. No era de extrañar, por tanto, que la redacción final de los reales decretos citados respondiese con exactitud a toda la problemática que nuestros respectivos anteproyectos contenían, tanto en orden al aspecto de constitución de tales organismos («se constituirán», «se crearán», etc.), como en cuanto a las entidades que podían y debían elegir a los juristas, forma de elección y plazo, nombramientos, sesión constituyente, vocales por cooptación, etc.

Un punto notable de especial relieve era el relativo a la previsión de que, una vez estuviere en pleno funcionamiento la respectiva Comisión de Juristas, resultare aprobado el correspondiente Estatuto de Autonomía. Dicha previsión fue llevada a los reales decretos como norma transitoria (23).

Otro punto notable era el relativo a la posible norma derogatoria de toda otra normativa precedente opuesta al contenido de estos reales decretos. No aparecía esta previsión en el anteproyecto aragonés citado, aunque justo es señalar que en la exposición de motivos el profesor LACRUZ aludía a la obediencia al texto constitucional en cuanto éste «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». Lo que implícitamente equivalía a un replanteamiento de toda la problemática de la Compilación de los Derechos forales desde una perspectiva muy diferente de la resultante del Congreso de Zaragoza de 1946. Lo que, a su vez, equivalía a un rechazo de la normativa resultante de aquella situación (Decretos de 1947, Ordenes ministeriales de 1947-48 y Real Decreto de 23 de abril de 1977). Esta derogación expresa de toda aquella normativa era contemplada en el anteproyecto por mí redactado en una norma dero-

(22) En el *anteproyecto* por mí elaborado la *Disposición Derogatoria* se refería expresamente a la derogación del Decreto de 1947, Ordenes de 1948 y Real Decreto de 23 de abril de 1977, e *implícitamente* a las disposiciones contradictorias u opuestas al Real Decreto elaborado.

(23) Su *antecedente* proviene del artículo 5-2.º del anteproyecto de MERINO. Contemplada expresamente como tal *Disposición Transitoria* en mi *anteproyecto*, fue respetada en su integridad por E. LINDE al dar el toque final al texto normativo.

gatoria que contemplaba los dos aspectos de la derogación, el *explicito*, en cuanto a aquella normativa obsoleta, y el *implícito*, en cuanto a toda otra normativa opuesta o contradictoria con el postulado real decreto. En la redacción final se recogía esta idea mía, eliminando el aspecto explícito de la derogación y aludiendo sólo al implícito, y, dentro de él, recogiendo solamente el concepto de *oposición* y no la contradicción.

Finalmente, dichos reales decretos contienen una *disposición final*, cuyo origen radica en una previsión expresa efectuada en mi anteproyecto. La idea inicial era el dejar a salvo la posibilidad de que por el Ministerio de Justicia se dictasen normas de desarrollo de tales reales decretos, sobre todo para la posible coordinación con el Ministerio de Justicia a efectos de nombramientos de vocales foralistas u otros temas similares de interrelación con la Administración central (24).

2. *Los nombramientos.* Al presentar en forma panorámica toda la fase de preparación de los Reales Decretos de 22 de mayo de 1981 se ha hecho referencia a los contactos, cambios de impresiones, etc., entre los foralistas aragoneses y baleáricos, y, dentro de las islas, entre los de las Baleares y de las Pitiusas, con una coincidencia prácticamente total acerca del mecanismo ideado y de las entidades y corporaciones que debían elegir sus representantes e incluso el número de éstos.

La formulación inicial venía presentada en el anteproyecto de LACRUZ-MERINO en el párrafo segundo del artículo 2.º, de manera que en el anteproyecto de los baleáricos solamente había que adaptar aquellas ideas de los aragoneses a nuestras especiales características y a las peculiaridades insulares. Así, v.gr., donde ellos decían «Diputación General de Aragón», nosotros proponíamos decir «Consell General Interinsular de las Baleares»; donde se decía «tres Diputaciones provinciales», nosotros proponíamos «tres Consells insulares», etc. Quedaban en similar forma de redacción las menciones relativas a los Magistrados y Jueces del territorio foral, Colegio de Abogados, Delegación del Colegio de Registradores, Colegio Notarial y Facultad de Derecho. No teníamos un equivalente exacto a lo que en Aragón se conoce como el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, de tanta importancia histórica y peso específico entre vosotros. Había que encontrar una entidad u organismo similar, y de ahí que se pensase en la posibilidad de referirse a la *Sección Balear* del Instituto Español de Derecho Foral, anteriormente aludida, si bien en la redacción final se procedió algo sorpresivamente a la inclusión del Instituto de Estudios Baleáricos.

La redacción final del real decreto introdujo pocas variaciones en la

(24) Tampoco andaba muy lejos la idea de dejar a salvo e institucionalizar la curiosa *Comisión de Juristas de Ibiza*, cuya subsistencia en adelante iba a depender tan sólo de la buena voluntad de los juristas mallorquines.

relación de estas entidades y organismos electores. Tan sólo variaba el aspecto lingüístico —«Consejo», en lugar de «Consell»; «Audiencia Territorial», en lugar de «los Jueces y Magistrados con jurisdicción...»—, pero se mantuvo la esencia de los proyectos y la idea subyacente.

En cuanto al *número de juristas a elegir*, ya desde el principio habíamos llegado a la conclusión los juristas de las islas de que la representatividad «foral» podía y debía mantenerse en parecidos términos a los del proyecto de MERINO para Aragón, si bien con las necesarias adaptaciones a nuestras peculiaridades. De esta forma no había dudas en cuanto a los representantes del órgano preautonómico, Consells Insulares, Audiencia Territorial y Delegación del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad: el número de *uno* por cada uno de ellos parecía suficiente. No obstante, teníamos ciertas dudas en cuanto a los Colegios de Abogados y Colegio de Notarios, dado que en la tradición insular el peso específico de tales corporaciones profesionales era muy superior al de otros organismos, por lo que, en buena lógica, y dada la naturaleza de las cosas y el hecho de que de entre tales profesionales salían los cultivadores o «foralistas» de las islas, parecía normal aumentar a *dos* el número de sus representantes en la posible Comisión de Juristas. Finalmente, había otro notable hecho diferenciador respecto de Aragón, en cuanto a la representatividad de la Facultad de Derecho: ésta tenía y tiene en Aragón un prestigio y peso social muy notables, con una historia detrás y unos nombres que han sido determinantes de la aparición de lo que se ha dado en llamar «Escuela civilista aragonesa», en tanto que entre nosotros y para las islas la implantación recientísima de dicha Facultad en la capital de las islas no parecía justificar el mismo número que entre los aragoneses se postulaba.

En la redacción final del real decreto no se introdujeron variaciones en cuanto al número de juristas a elegir por cada entidad designada, conforme a lo proyectado desde las islas.

B) EL PERFIL DOCTRINAL

1. Una buena parte de los juristas de las islas, como anteriormente he precisado, había llegado al convencimiento de la necesidad y/u oportunidad de la creación de la Comisión de Juristas en tanto en cuanto no hubieran accedido las islas a la autonomía plena. En tal sentido, expuse en la conferencia citada (25) que el tema de la revisión venía rodeado de un halo conceptual marcado por la incertidumbre; que existían una

(25) «La revisión de la Compilación .», citada en nota 15, en sus epígrafes IV y V.

serie de temas conexos al de la revisión de la Compilación y una distinción entre los aspectos genérico y específico de la revisión, y que había además un perfil privatista y un perfil publicista en el tema. En cuanto al *procedimiento* de la revisión, exponía un iter procedimental basado en dos fases: una primera, *inmediata*, con diversas tareas a ejecutar por la Comisión de Juristas, de entre las que la más urgente era la de la adaptación del texto de la Compilación a la Constitución, con la eliminación de las posibles discriminaciones existentes por razón de filiación, sexo o condición social, cuya *adaptación* a la Constitución era en esencia la propia razón legitimadora de la existencia de la Comisión conforme a la exposición de motivos del real decreto de creación. Una segunda fase, *posterior*, partía de la subsistencia del régimen de preautonomía —SIN Estatuto de Autonomía— y de la necesidad de una prioritaria catalogación de las tareas a efectuar, y entre ellas, en el punto séptimo, aludía a la designación de PONENCIAS y a ser posible una ponencia por cada institución (25 bis).

Estas ideas más precedentes eran y son compartidas por una buena parte de los juristas mallorquines y por los propios miembros de la Comisión, si bien con algunos pequeños matices diferenciadores.

2. Es natural que en el fondo la razón de ser de esta Comisión de Juristas y su fuerza legitimadora eran compartidos por buena parte de los juristas aragoneses y baleáricos, ya que no en balde la idea inicial había sido propiciada por el encuentro entre el profesor LACRUZ y los juristas mallorquines. De ahí que el propio LACRUZ en su recentísima obra aluda a esa idea de *punteo* hacia el Estatuto de Autonomía que tienen estas Comisiones (26).

3. Parece conveniente el indicar aquí que no todos los juristas patrios comparten estas razones precedentemente expuestas. Así, desde la perspectiva *estrictamente catalana*, argumenta P. SALVADOR CODERCH que

(25 bis) Dado el carácter de este trabajo, que intenta tan sólo dar cuenta del proceso de adaptación constitucional y sus incidencias, es observable las mínimas referencias a un punto tan grave e importante cual el de la *naturaleza* de las «Comisiones de Juristas» como organismos colegiados. Para lo cual me permito remitirme a las precedentes aportaciones mías, especialmente a la *comunicación* que presenté a estas mismas Jornadas de Jaca en 1976, citada en nota 1 precedente, titulada «Las Comisiones Compiladoras de los Derechos Forales».

Para un análisis sucinto desde un punto de vista estructural y uno funcional, cfr. mi libro, citado, *Comentarios...* págs. 605 y ss., especialmente págs. 610 y siguientes. Digo allí, resumidamente, que se trata de «un ente presumiblemente orgánico, pero no dependiente de otro ente 'de cobertura' formalmente al menos» (claro es que ello era en 1980) y que «parece que se trata de un ente no constitucional, colegiado, complejo, representativo, extraordinario, territorial, especial, consultivo, sin personalidad jurídica, en parte directivo y en parte ejecutivo». Para ulteriores precisiones, cfr. *mi comunicación* a las Jornadas de Jaca en 1976

(26) Cfr. LACRUZ y otros: *Op. cit.* en nota 17 anterior, pág. 99.

con la peculiar sistemática adoptada en el artículo 5.1 —en relación con el 6.1— del Anteproyecto Catalán de 1955 *las opiniones del estamento de los juristas se solapan* a la práctica social, y en nota aclaratoria añade que «estas propuestas evidentemente *conservadoras* son el resultado de una técnica prelegislativa que durante ochenta años (desde el Decreto de 2 de febrero de 1980) atribuye a *una comisión de notables* (juristas) la elaboración del proyecto de leyes civiles catalanas. La *autocomplacencia* que revelan los textos del proyecto y la absoluta abstracción que se hace de toda *manifestación popular (sic)* es, tal vez, *la consecuencia más notable de una tradición jurídica antidemocrática* que sólo en nuestros días se ha vuelto a quebrar» (27). Y a renglón seguido remacha que «aparece así una de las contramedidas clásicas de los proyectos elaborados *al margen* de la tradición autonómica. De nuevo, además, *el gremio de los juristas se irroga la legitimidad* para actuar el escaso margen de iniciativa que las disposiciones entonces vigentes dejaban a instituciones catalanas...» (28).

Por supuesto que toda esta argumentación va referida a un concreto entorno social —el catalán— y a una manera de actuar históricamente constatada de *determinados* juristas catalanes. En principio, e incluso dentro del propio contexto catalán, parece un poco fuerte tildar a un ROCA SASTRE, v.gr., con esos calificativos. Después, ya que no se trata de una tesis lineal, sino de un comentario breve o glosa a un concreto texto histórico, me gustaría conocer la idea exacta de P. SALVADOR sobre este punto *dentro de una problemática general* no exclusivamente catalana y desde una situación *carente* de la plena autonomía. Quizá el autor tenga alguna solución mejor que las tradicionales ideadas para eludir la carencia de Poder legislativo propio y conservar y adecuar el Derecho propio a la realidad social. Parece que en la concepción global de P. SALVADOR toda esta problemática puede y debe enmarcarse dentro de *un replanteamiento* acerca del problema sobre el sistema de fuentes en la Compilación catalana y con la distinción entre fuentes de producción del Derecho catalán y fuentes de aplicación.

Queda expuesta esta solitaria opinión, hoy por hoy, francamente contraria al sistema de las Comisiones de Juristas, y dejo abierto el tema a la posible discusión doctrinal al respecto.

4. Entre nosotros, los juristas de las islas, existían algunas pequeñas discrepancias en torno a una serie de puntos concretos como, v.gr., el de si había que ir a un *vaciado* total del texto compilado y a su sustitución

(27) Cfr. P. SALVADOR-A. MIRAMBELL: *Comentarios a la Compilación de Cataluña*, tomo XXVII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1981, pág. 107 y nota 257.

(28) Cfr. la obra citada en nota precedente, pág. 108: en relación con el punto sobre la derogación o modificación de la Compilación.

por uno nuevo distinto o bien había que ir paso a paso y tratar de adaptar parcialmente algunas normas a la Constitución; el de si el procedimiento de revisión debiera ser objeto de una ley especial nueva o bien si cabría ir dictando leyes de reforma parciales; el derivado de la integración normativa, etc. De entre todos ellos, el más importante era y es el de la *integración normativa*, ya que —como puse de relieve en otros lugares (29)— parece que no cabe el confundir una insuficiencia normativa con un procedimiento de *heterointegración* (30), ni tampoco cabe el confundir la *autointegración* con la supletoriedad del Derecho del Estado (artículo 149.1.8 de la Constitución), supletoriedad que sólo actúa para las competencias *concurrentes* y no para las exclusivas —como son las derivadas de la *posibilidad* de legislar sobre el ámbito de Derecho privado propio de las Baleares—.

Finalmente, en orden a una serie de puntos de aspecto *procesal* o *procedimental interno* (remisión genérica a la reglamentación pautada para los organismos colegiados en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, o bien elaboración de un reglamento interno peculiar) y de aspectos *administrativos* (vertebración y/o vinculación de los miembros designados para la Comisión, representación territorial y ámbito de ésta, institucionalización o de la *preexistente de facto* Comisión de Juristas de Ibiza) no podía haber —no la hubo— la conveniente unanimidad de criterios. En el fondo, jugaba y juega la obvia contraposición entre las representaciones de la isla mayor y de las islas menores.

C) EL PERFIL PRÁCTICO

1. La rapidez y urgencia de las previsiones sentadas en el artículo 3.º del real decreto —idéntico para Aragón y Baleares—, acerca de la *constitución* de la Comisión en el plazo de *dos meses*, tan sólo se cumplió en Aragón. Precisamente pude denunciar en su día que *a finales de octubre* no había sido convocada la reunión constituyente para la de BALEARES (31). A la denunciada e inexplicada demora se unió el hecho de que las cartas de convocatoria a algunos miembros de la Comisión les llegasen *después* de celebrada dicha reunión inaugural el día 26 de noviembre de 1981.

De ahí que, subsanadas dichas deficiencias, la propia sesión *constituyente* fuera celebrada el día 3 de diciembre de 1981.

(29) Cfr. mis comunicaciones citadas en nota 1 precedente a las Jornadas de Barcelona en 1980 y al Congreso de Zaragoza en 1981.

(30) Cfr. en sentido muy similar P. SALVADOR-A. MIRAMBELL: *Op. cit.* en nota 27 anterior, págs. 126 y ss.: lo que se trata de evitar es la heterointegración.

(31) Cfr. expresamente en mi comunicación al Congreso de Zaragoza en 1981.

2. *Los miembros elegidos inicialmente.* Por las diversas entidades y corporaciones antes aludidas —art. 2.º del real decreto— se había procedido a los diversos nombramientos entre los juristas más distinguidos en el estudio del Derecho civil especial de las islas. Si bien, *previamente* a tales nombramientos, había habido una serie de contactos y conversaciones tendentes a eliminar la posible *duplicidad de nombres*. Los miembros *inicialmente* designados fueron los siguientes:

- Por el Consell General Interinsular de las islas, don Francisco NOGUERA ROIG.
- Por el Consell Insular de Mallorca, don Román PIÑA HOMS.
- Por el Consell Insular de Menorca, don Miguel COLL CARRERAS.
- Por el Consell Insular de Ibiza-Formentera, don José CERDÁ GIMENO.
- Por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, don Ramón MONTERO FERNÁNDEZ-CID.
- Por el Colegio de Abogados de Baleares, don Miguel MASOT MIQUEL y don Juan José TUR SERRA (†).
- Por el Colegio Notarial de Baleares, don Raimundo CLAR GARAU y don Eduardo MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS.
- Por la Delegación Regional del Colegio Nacional de Registradores, don Juan VIDAL PERELLÓ.
- Por la Facultad de Derecho, don Tomás MIR DE LA FUENTE.
- Por el Instituto de Estudios Baleáricos, don Juan BLASCOS SERRA.

3. *Los miembros elegidos por cooptación.* En la sesión del día 3 de diciembre de 1981 los miembros elegidos, posesionados de sus cargos, procedieron, conforme al artículo 6.º del real decreto, a nombrar *tres vocales* más, en cuanto a juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho civil de Baleares, considerando de modo fundamental que debían serlo quienes especial y sacrificadamente se habían dedicado al estudio de tal Derecho en los años precedentes. Resultaron así elegidos, por absoluta unanimidad, los señores don Juan VERGER GARAU, don Jaime FERRER PONS y don Francisco SAMPER POLO.

4. *Los miembros sustituidos.* Previa petición por su parte, resultó sustituido don Ramón Montero Fernández-Cid, siendo designado en su lugar el también Magistrado don Guillermo VIDAL ANDREU.

Por la defunción de don Juan José Tur Serra, y previa elección por la Delegación en Ibiza del Ilustre Colegio de Abogados, resultó nombrado en su lugar don Bernardo CARDONA ESCANDELL.

Finalmente, por la ausencia de la isla de Mallorca a causa de su traslado académico, ha causado baja don Francisco Samper Polo. Se le ha requerido para que comunique si desea seguir como miembro de la Comisión o si estima más preferible su sustitución.

5. *Otros nombramientos.* A pesar de que el párrafo segundo del artículo 4.º del real decreto preveía el nombramiento directo por el Consell General Interinsular del presidente de la Comisión, por la presidencia del citado Consell se estimó preferible el que los propios miembros de la Comisión procedieran en la sesión constituyente al nombramiento del presidente. Así se hizo el día 3 de diciembre de 1981, resultando elegido prácticamente por aclamación don Francisco NOGUERA ROIG (32).

En la sesión de la Comisión del día 26 de enero de 1982 se procedió a la elección de secretario, resultando elegido don Tomás MIR DE LA FUENTE. En la misma sesión se acordó por mayoría, a propuesta de don Miguel Coll Carreras, que en orden al reglamento interno de la Comisión se tomasen como supletorias las normas que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 establece para los organismos colegiados.

6. *Los profesionales elegidos.* A la vista de las personas nombradas en Baleares para su Comisión de Juristas y de sus profesiones e incardinación respectiva, cabe resumir en la actualidad las procedencias como sigue:

- Magistrados, dos: señores Noguera Roig y Vidal Andreu.
- Abogados del Estado, dos: señores Coll Carreras y Mir de la Fuente.
- Registradores de la Propiedad, dos: señores Verger y Vidal Perelló (33).
- Abogados, cuatro: señores Piña, Masot, Blascos y Cardona.
- Notarios, cuatro: señores Clar, Martínez-Piñeiro, Ferrer y Cerdá Gimeno.

Por la vinculación con la Facultad de Derecho, de todos los nombrados había *seis* que desempeñaban funciones de encargado de cátedra: señores Piña, Masot, Mir, Vidal Perelló, Martínez-Piñeiro y Ferrer Pons (éste cesó al ser trasladado a Bilbao).

En su vertiente típicamente *formalista* había *siete* de entre los elegidos con notables antecedentes en este campo del Derecho privado, siendo curiosamente los siete que habían procedido a la labor de *comentarios* al

(32) Era Presidente del órgano preautonómico (C. G. I. de Baleares) don JERÓNIMO ALBERTI PICORNELL.

(33) Se toma a don JUAN VERGER GARAU como Registrador en ejercicio, aunque debe hacerse notar que es también Notario y ejerce muchos años como tal en la isla de Mallorca.

vigente texto compilado de 1961 (34): señores Noguera, Clar, Masot, Verger, Coll, Ferrer Pons, Mir de la Fuente y Cerdá Gimeno.

7. *Comienzo de los trabajos de la Comisión.* Por lo ya dicho anteriormente, la demora en poner en marcha este organismo técnico y las consecuentes dilaciones en su andadura producidas por la necesidad de la interconexión con profesionales hoy ejercientes *fuera* de las islas había determinado que hasta la sesión del 26 de enero de 1982 no se podía propiamente hablar de *comienzo* de los trabajos.

Además de ello, por la necesaria distribución del trabajo y por el planeamiento elegido al entrar en funcionamiento, la fecha *real* de *entrada en funcionamiento* se iba a demorar unos meses más, hasta bien entrado el año 1982.

III. LA DIMENSION DINAMICA DE DICHO PROCESO

1. La perspectiva *funcional* del proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Baleares parece debe centrarse a partir del momento preciso en que la COMISION DE JURISTAS DE BALEARES, que había creado el Real Decreto de 1981, comenzase su funcionamiento.

Una previsión que parecía —a mi modo de ver— tenía que ser *previa* a toda la labor a desarrollar se centraba en *la idea* de que los trabajos a efectuar y las ponencias por cada institución o sector normativo debían eliminar todo posible asomo de «juristenrecht», suprimiendo dogmatismos y procediendo a la confrontación de cada institución con la realidad social en la que se inserta. Esta previsión inicial mía era compartida por algunos —no todos— de los juristas de la Comisión, siendo la objeción común la de la enorme dificultad de proceder a una investigación sociológica de la subsistencia de las costumbres insulares respectivas. Se adoptaba la vía media de considerar que los protocolos notariales y la práctica jurídica iban a suministrar los materiales más adecuados para nuestro trabajo.

La idea inicial fue la de proceder a un *inventario* o *catálogo* de las instituciones que pudieran resultar afectadas por la Constitución, de forma que resultaron los siguientes grupos o sectores normativos y los siguientes miembros de la Comisión encargados de elaborar las ponencias o trabajos al respecto:

- 1.º Título Preliminar y Disposiciones Finales: señores Clar, Piña y Cerdá Gimeno.

(34) Cfr. la nota 13 precedente.

- 2.º Régimen Económico-Conyugal: señores Clar, Masot y Cerdá Gimeno.
- 3.º Principios Sucesorios: señores Samper Polo, Verger, Martínez-Piñeiro, Mir de la Fuente y Montero Fernández-Cid.
- 4.º Donaciones Universales: señores Masot, Coll, Samper y Montero.
- 5.º Sustituciones Hereditarias: señores Coll, Samper, Blascos y Montero.
- 6.º Legítimas: señores Ferrer, Martínez-Piñeiro y Clar.
- 7.º Derechos Reales: señores Piña, Vidal Perelló y Mir de la Fuente.
- 8.º Derecho de Menorca: señores Coll, Blascos y Vidal Perelló.
- 9.º Derecho de Ibiza-Formentera: señores Tur Serra y Cerdá Gimeno.

2. Uno de los problemas que mayormente preocupó a los miembros de la Comisión en sus sesiones iniciales —especialmente, en la del día 26 de enero de 1982, cuando se procedió a la distribución de los trabajos— era el de si la *competencia* que el artículo 6.º del Real Decreto de 22 de mayo de 1981 atribuía a la creada Comisión *se limitaba a la adaptación* a la Constitución del texto compilado (conforme a la propia exposición de motivos del real decreto) o si la competencia atribuida a la Comisión era *amplia y sin condiciones* en orden a la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil de las islas (conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución y al propio art. 6.1 del real decreto, *en tanto en cuanto* no se hubiere aprobado el Estatuto de Autonomía). Por una amplia mayoría, y tras escuchar los informes de los señores asistentes al recién terminado Congreso de Zaragoza de 1981 —en el sentido de que la opinión prevaleciente mayoritariamente en el Congreso fue la de que «las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos, como competencia exclusiva, la legislación sobre el Derecho civil foral o especial en ellas existente», y que «la competencia legislativa aludida no se restringe, en modo alguno, a la situación actual de las Compilaciones vigentes, lo que sería ya contradictorio con la idea misma de legislación: legislar supone innovar» (35)—, la Comisión entendió que su *competencia* debía entenderse en sentido *amplio* y sin perjuicio de lo que en su día dispusiera el Estatuto de Autonomía.

Una vez acordado este punto, y tras la distribución de los trabajos a efectuar, había que esperar, una vez más, a la presentación de las res-

(35) Cfr. las Conclusiones 1.ª y 2.ª sobre la Ponencia 1.ª en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, cit. en nota 1 precedente.

pectivas PONENCIAS, para así acometer la tarea encomendada a la Comisión.

3. *El sistema de Ponencias.* A la vista de la distribución del trabajo, y tras los pertinentes contactos entre los miembros de la Comisión, se presentaron las siguientes *Ponencias*:

- Título Preliminar y Disposiciones Finales: señor Clar Garau.
- Régimen Económico-Conyugal: señores Masot y Cerdá (y observaciones a cargo de los señores Verger y Martínez-Piñeiro).
- Principios Sucesorios: señor Verger Garau.
- Donaciones Universales: señor Masot Miquel.
- Sustituciones: señor Coll.
- Legítimas: señor Ferrer Pons, y observaciones del señor Martínez-Piñeiro.
- Derechos Reales: señor Mir de la Fuente.
- Derecho de Ibiza-Formentera: señor Cerdá Gimeno.

4. *El comienzo de las deliberaciones.* Como puede fácilmente deducirse de las dificultades iniciales para la elaboración de las Ponencias y su remisión al secretario por parte de los juristas no residentes en la isla mayor, la tarea de redacción de las Ponencias ocupó parte de la primavera del año 1982. De esta forma el comienzo *real* de las sesiones y deliberaciones de nuestra Comisión fue el día 26 de mayo de 1982.

En dicha sesión se debatieron algunas propuestas del señor Cerdá Gimeno en torno al procedimiento de la revisión y a las especialidades del Libro III de la Compilación sobre Ibiza-Formentera.

Seguidamente se pasó a debatir la Ponencia del señor Masot sobre el Régimen Económico-Conyugal.

5. *Las sesiones siguientes de la Comisión.* A lo largo del año 1982 y del corriente 1983 se han ido debatiendo, por riguroso orden *cronológico*, las Ponencias que siguen: Régimen Económico-Conyugal, Donaciones Universales, Título Preliminar y Disposiciones Finales y Legítimas.

Las materias que más tiempo han ido consumiendo fueron las del Régimen Económico-Conyugal —en especial; el punto sobre la valoración del trabajo doméstico de la mujer casada— y las de las Legítimas.

6. *La publicación del ESTATUTO DE AUTONOMIA para Baleares.* En el momento de mayor discusión de argumentos doctrinales se ha producido el hecho notable de la aprobación del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares por Ley Orgánica 2/83, de 25 de febrero (*Boletín Oficial del Estado* núm. 51, de 1 de marzo de 1983, pág. 5776), hecho histórico que supone para nuestras islas la vuelta atrás y el volver a la situación anterior a los Decretos de Nueva Planta. Entre las compe-

tencias exclusivas que se atribuyen a la Comunidad Autónoma figura la de «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil especial de las islas». Es ya ahora, por tanto, una competencia *exclusiva* de nuestro Parlamento autónomo, y en tal sentido siguen siendo válidas todas las consideraciones por mí efectuadas en anteriores estudios (36).

En el Estatuto recién aprobado no se alude, como es natural, a las tareas prelegislativas encomendadas a nuestra Comisión de Juristas. La situación entre nosotros seguía siendo igual —una vez más el caso histórico comparativo— a la de los juristas aragoneses. Se ha efectuado una gestión *oficiosa* consultando al Gobierno de la Comunidad Autónoma sobre si se debían continuar o no nuestros trabajos, y a lo que parece se ha estimado que es preferible que demos cima a la tarea encomendada.

En las actuales circunstancias la situación exacta de nuestro trabajo no pasa de ser el de una obra *privada* preparada por un grupo de juristas de las islas llamados de entre los especialistas cultivadores del Derecho civil de las islas, y ello con una amplia representatividad, como se ha visto más arriba.

Es en este momento actual cuando debe empezar a funcionar la previsión contenida en mi anteproyecto de real decreto y configurada como norma transitoria, recogida en la redacción oficial del real decreto. Y en esta forma, una vez ha sido aprobado el Estatuto de Autonomía, parece que nuestra Comisión de Juristas debe «acomodar su funcionamiento a las previsiones del Estatuto». O de otro modo, no podemos seguir funcionando separadamente, sino de consuno y de acuerdo con la política que establezca el Gobierno de la Comunidad Autónoma. Es de señalar como relieve curioso el que, entre las críticas dirigidas al nombrado presidente del Gobierno don Gabriel CAÑELLAS por parte del «conseller» o diputado don Félix PONS IRAZAZÁBAL (PSOE) se hizo especial mención de que en su discurso programático el presidente nombrado «no había hecho ninguna referencia al Derecho civil de las Baleares» (37).

7. *Las tareas de la Comisión y la competencia legislativa del Parlamento de la Comunidad Autónoma de las Baleares.* Una vez indicado que *oficiosamente* vamos a seguir con nuestros trabajos, sólo cabe añadir que la finalización de éstos parece que será entrado el próximo año 1984. Seguidamente procederá la entrega de la obra por nuestro presidente al que lo es del Parlamento, a los efectos oportunos. Que la obra realizada haya devenido o no una proposición de ley o que sirva de base para una proposición de ley no es mi tema ni parece prudente aventurar un juicio al respecto.

(36) Cfr., por todas, mis consideraciones en la *comunicación* presentada a las Jornadas de Barcelona en 1980, cit. en nota 1.

(37) Tomó las referencias de los extractos de la Prensa local.

Lo que en definitiva sucederá es que el Parlamento va a ser quien decida y adopte las decisiones más adecuadas en nuestro tema. Para ello tiene las competencias legislativas indicadas.

IV. CONCLUSIONES

Una vez efectuadas las precedentes consideraciones introductorias al tema presentado, analizada la dimensión estructural del proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las islas, y examinada toda la perspectiva funcional de la Comisión de Juristas de Baleares, sólo nos resta terminar este breve bosquejo de matiz historicista proponiendo una serie de consideraciones concluyentes, en la manera que sigue:

1.^a Las *premisas introductorias* han permitido la constatación de un conjunto de datos fácticos de insoslayable mención para la historia del proceso objeto de este estudio, como sigue:

a) La situación especial de preautonomía —creación en 13-6-1978 del Consell General Interinsular de las Baleares por real decreto— demandaba la conveniencia de crear un organismo técnico adecuado para la renovación y/o modificación del Derecho civil de las islas.

b) La publicación y aprobación de la Constitución de 29 de diciembre de 1978 y su incidencia sobre todos los Derechos forales o civiles especiales, unido al hecho de la autonomía especial de Navarra y la de Cataluña y del País Vasco al aprobarse sus respectivos Estatutos de Autonomía, venía a originar una situación de *discriminación* respecto de ARAGON y BALEARES en cuanto a la posibilidad cerrada para estas regiones históricas para proceder a la modificación y/o renovación de sus peculiares Derechos civiles especiales y a la adaptación de los mismos a la Constitución.

c) La especial situación de ARAGON y BALEARES como «Derechos civiles forales o especiales dentro del Estado de las Autonomías» —pero *sin* esa autonomía— parecía abundar en la conveniencia de la creación para ambas regiones históricas de un organismo técnico cualificado y representativo —COMISION DE JURISTAS— y llevaba a la convicción entre los aragoneses de convocar un «Congreso nacional» destinado a estudiar toda esa problemática y en especial la derivada del artículo 149.1.8 de la Constitución.

d) La fase *prelegislativa* de elaboración de un real decreto por el Ministerio de Justicia encaminado a la creación o constitución en ARAGON y BALEARES de sendas COMISIONES DE JURISTAS fue apo-

yada por el Gobierno de UCD en todo momento y por los sucesivos ministros de Justicia, siendo firmados los reales decretos por el entonces ministro señor FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ como fórmula *interina* hasta la obtención de las respectivas autonomías y previa la técnica de *delegación* de la iniciativa a tal efecto en el órgano preautonómico respectivo en cada región.

e) La situación de los Derechos civiles territoriales en la Constitución de 1978 fue examinada en el «Congreso nacional» reunido a tal efecto en Zaragoza en los últimos días de octubre de 1981, llegándose por amplia mayoría a adoptar la conclusión de recabar la más amplia competencia legislativa para que cada Parlamento de las Comunidades Autónomas pudiera actuar en orden a la conservación, modificación y desarrollo de su respectivo Derecho civil foral o especial.

2.^a La dimensión *estática* del proceso objeto de este estudio, centrada en el organismo COMISION DE JURISTAS DE BALEARES, creado por Real Decreto 1007, de 22 de mayo de 1981, ha permitido analizar algunos perfiles de la normativa dicha, de las opiniones doctrinales y de los aspectos derivados de la práctica en orden a la constitución, profesionales elegidos, comienzo de los trabajos, sistema de ponencias y deliberaciones.

3.^a La dimensión *dinámica* del proceso objeto de este estudio, analizada bajo la perspectiva del funcionamiento real de la creada COMISION DE JURISTAS, ha permitido constatar —una vez más— nuestro *retraso* injustificado respecto de ARAGON y las dificultades de la andadura de la Comisión, ha ofrecido la panorámica reducida de los trabajos hasta la fecha, que han comenzado con un catálogo o inventario de las instituciones afectadas por la Constitución, una distribución de ellas entre los miembros de la Comisión, una presentación de *Ponencias* y unas deliberaciones en torno a dichas Ponencias. Con una referencia al tema de las competencias de la Comisión y una alusión al aprobado ESTATUTO DE AUTONOMIA ha quedado completado el análisis de esta dimensión.

4.^a El resultado final de la obra resultado de las tareas de nuestra Comisión va a ser el de unos materiales de trabajo para las tareas legislativas del recién comenzado ejercicio del Parlamento de las islas Baleares. Quizá no tengamos la suficiente perspectiva histórica para apreciar la utilidad y eficacia de unos trabajos prelegislativos abordados con una buena dosis de entusiasmo, sacrificio y desinterés, destinados a economizar el tiempo de nuestros legisladores autónomos y considerados desde nuestro punto de vista más como un modesto punto de partida que como una meta o llegada definitiva.

A modo de *recapitulación final* cabría decir aquí que:

1.º La especial situación de preautonomía de ARAGON y BALEARES —a su vez, con un Derecho civil foral o especial propio— demandaba la necesidad de un organismo cual el de la COMISION DE JURISTAS como *punte* hasta la obtención de la autonomía plena.

2.º Debe señalarse el firme y especial apoyo del Gobierno de UCD —en especial, el equipo del señor Fernández Ordóñez— a esas demandas y a las tareas prelegislativas emanadas de los juristas aragoneses y balearicos.

3.º Dada la idéntica estructura de tales organismos —COMISION DE JURISTAS— en Aragón y Baleares, es observable el gran retraso en los nombramientos hechos para Baleares y en la constitución de tal Comisión de las islas.

4.º El funcionamiento de nuestra Comisión de Baleares ha sido más lento que el de la de Aragón y se ha basado en el sistema de Ponencias, con deliberaciones posteriores.

5.º La obra, una vez terminada, servirá de material de trabajo —cual punto de partida o tema abierto— para el Parlamento de Baleares.

Formentera, agosto de 1983.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

Por JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. EXPEDIDA UNA NUEVA COPIA DE ESCRITURA NOTARIAL, QUE AFIRMA ANULAR OTRA ANTERIOR INSCRITA, POR HABERSE PADECIDO EN ESTA ÚLTIMA UN MERO ERROR DE TRANSCRIPCIÓN DESDE LA MATRIZ ACERCA DE LOS SUJETOS Y DEL OBJETO DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE CONTENÍA, NO PUEDE EXIGIRSE PARA INSCRIBIR AQUÉLLA UN NUEVO INSTRUMENTO OTORGADO POR TODOS LOS INTERESADOS, SO PENA DE DESVIRTUAR LA FE PÚBLICA NOTARIAL, NI UN ESPECÍFICO CONSENTIMIENTO CANCELATORIO DISTINTO DEL RECTIFICATIVO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40, D), DE LA LEY HIPOTECARIA. REITERACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL ARTÍCULO 254 DE DICHA LEY Y 414 (HOY 107) DE SU REGLAMENTO. *Resolución de 4 de mayo de 1982 (B. O. del E. del 21 de junio.)*

MINISTERIO DE JUSTICIA

RESOLUCION DE 4 DE MAYO DE 1982, DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, EN EL RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR EL NOTARIO DE HOSPITALET DON JOAQUIN DE PRADA GONZALEZ CONTRA LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD NUMERO 4 DE DICHA POBLACION A INSCRIBIR UNA COPIA, EXPEDIDA EN SUSTITUCION DE OTRA ANTERIOR, DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA EN VIRTUD DE APELACION DEL RECURRENTE.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Hospitalet don Joaquín de Prada González contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de dicha población a inscribir una copia, expedida en sustitución de otra anterior, de una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por el Notario de Hospitalet don Joaquín de Prada González se expidió el día 1 de marzo de 1979 copia de la escritura de compraventa otorgada el 28 de febrero de 1979, y de la que resulta que don Rafael Marquina Bellido vendió a doña Nuria Maciá Guiral una finca urbana situada en Gavá; que tras el pago del impuesto correspondiente esta copia tiene acceso al Registro de la Propiedad, causando la inscripción segunda de dicha finca; que el día 3 de octubre de 1979, por el Notario autorizante de la anterior escritura se otorga escritura de subsanación al haber sido advertido del error gráfico cometido al reseñar el segundo apellido de la compradora, que en realidad es Giralt; que la copia de esta última escritura tiene igualmente acceso al Registro de la Propiedad, dando lugar a la inscripción tercera; que el día 14 de diciembre de 1979 procede el mismo Notario a expedir una copia de la escritura de compraventa otorgada el 28 de febrero de 1979, haciéndose constar en el pie de la copia que «la presente copia anula a la anterior, expedida el día 1 de marzo del corriente año, por resultar incompleta, sustituyéndola por la presente para todos los efectos legales, y resultando de esta copia que don Rafael Marquina Bellido vendió a doña Nuria Maciá Giralt, don Fernando Maciá Llanosa y doña María del Carmen Giralt Ventura, que compren la primera la nuda propiedad y los segundos el usufructo de la finca urbana; que el día 4 de febrero de 1980, y ante el mismo Notario, compareció doña Nuria Maciá Giralt otorgando escritura por la que se prestaba su consentimiento para que en el Registro de la Propiedad correspondiente se inscriba a favor de ella la nuda propiedad y a favor de sus padres el usufructo vitalicio sobre la finca;

Resultando que presentada en el Registro de la Propiedad la nueva copia de la escritura de compraventa, fue calificada con nota del siguiente tenor literal: «Se suspende la inscripción del precedente documento, al que se acompaña copia anterior del mismo expedida el uno de marzo de mil novecientos setenta y nueve; escritura de subsanación autorizada por el Notario de la presente, don Joaquín de Prada González, el tres de octubre último, y que motivaron respectivamente las inscripciones segunda y tercera de la finca número dieciséis mil cuarenta y cuatro, al folio ciento noventa y ocho, libro ciento setenta y seis de Gavá, tomo cuatrocientos diecisiete del archivo; escritura autorizada por el mismo Notario con fecha cuatro de febrero último, por los siguientes defectos subsanables: 1.º Por no acompañarse escritura de rectificación otorgada por todas las partes contratantes del título que motivó la inscripción registral en que se haga constar el error cometido en el mismo tanto en las personas de los comparecientes como en la adquisición de sus respectivos derechos. 2.º Por no solicitarse en escritura pública la cancelación registral de las inscripciones segunda y tercera de la citada finca número dieciséis mil cuarenta y cuatro que motivaron la inscripción del título erróneo por su actual titular registral doña Nuria Maciá Giralt. 3.º Por no justificarse haber liquidado ni pagado el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales por las adquisiciones de la nuda propiedad y el usufructo respectivamente. 4.º Por no constar en la escritura autorizada el cuatro de febrero último nota de exento o liquidación del ex-

presado impuesto. Todo a tenor de lo dispuesto en los artículos veinte, cuarenta, apartado *d*), ochenta y dos, ciento tres, doscientos cincuenta y cuatro y doscientos cincuenta y cinco de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Hospitalet, veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta»;

Resultando que por el Notario autorizante se interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el punto cuarto de la nota calificatoria responde a un error material en la apreciación de los hechos, ya que la escritura mencionada fue presentada en la oficina liquidadora por la que se extendió la nota de estar exento el acto que contenía; que el punto tercero de la nota incurre en un error de derecho al excederse el Registrador en sus facultades calificadoras, ya que, constando en la escritura la oportuna nota de la oficina liquidadora, no corresponde al Registrador calificar la corrección o no de dicha nota y no puede negar la inscripción por dicho motivo, todo ello de conformidad con el artículo 254 de la Ley Hipotecaria, artículo 414 del Reglamento para su ejecución y numerosas resoluciones de la Dirección General; que la inexactitud registral está provocada por un error en la expedición de la primera copia que causó la inscripción y no por un error de la propia escritura pública, razón por la que resulta improcedente exigir una escritura de rectificación otorgada por todas las partes contratantes en que se haga constar el error cometido; que, de conformidad con el artículo 1.220 del Código Civil, la realidad jurídica está representada por la última copia, expedida el día 14 de diciembre de 1979; que existe por tanto una inexactitud del Registro debida a un defecto del título que motivó el asiento, apartado *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, inexactitud que se traduce en no haber tenido acceso al Registro una relación jurídica inmobiliaria, en el presente caso el derecho de usufructo adquirido por los padres de doña Nuria Maciá Giral; que la inexactitud registral debe subsanarse mediante la extensión de un asiento de inscripción de los derechos de usufructo cuya expresión registral se omitió, o en su caso mediante la extensión del correspondiente asiento de rectificación, en ambos casos previo el consentimiento del titular de la finca, por aplicación de los apartados *a*) y *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, 314 y siguientes del Reglamento y Resolución de la Dirección General de 23 de enero de 1975; que ni el artículo 20, ni el apartado *d*) del artículo 40, ni el artículo 82 de la Ley Hipotecaria exigen que se solicite la cancelación de las inscripciones anteriores, ni siquiera la práctica de la misma, ya que el asiento erróneo que debe ser rectificado no refleja ningún derecho extinguido, sino que, por el contrario, lo que procede es la inscripción de los derechos de usufructo omitidos, con lo que quedará rectificado el registro inexacto;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó: Que de la relación de hechos que interesan en el presente recurso deben destacarse dos notas, la primera consiste en que el recurrente no hace alusión a la escritura de subsanación del segundo apellido de la compradora, resultando extraño que en ese momento no se apercibiesen del error padecido al expedir la primera copia, y la segunda nota a destacar radica en que es sorprendente el que en la escritura de consentimiento otorgada el día 4 de febrero de 1980 aparezca nota de la oficina liquidadora en que se hace constar la exención del impuesto, cuando en realidad no se retiró el documento de la oficina del Registro; que al haberse practicado las inscripciones segunda y tercera de la finca referenciada, dichos asientos producen un doble efecto

jurídico: 1.º Presunción legal de veracidad del contenido referente a personas y a derechos. 2.º Estar bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos jurídicos en tanto no se declare su inexactitud; que si se practican unos asientos en virtud de una copia notarial de la que posteriormente se afirma que es formalmente falsa, ello provoca una inexactitud registral que por su origen produce la nulidad del asiento, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual habrá de ser cancelado según dispone el párrafo tercero del artículo 79, todo ello sin perjuicio de los derechos que pudieran haber adquirido los terceros y de que dicho asiento surta sus efectos mientras no se declare su inexactitud; que si el título que motivó el asiento es falso, será preciso el otorgamiento de una nueva escritura en la que todos los interesados manifiesten los errores que se padecieron en la copia, además de la solicitud de la favorecida por dichos asientos para la cancelación de los mismos, como trámite previo para poder practicar una nueva inscripción; que no cabe alegar la aplicabilidad de la norma a) del artículo 40, pues como ha quedado demostrado, la inexactitud proviene de no haberse inscrito un título válido; que el nuevo acceso al Registro no consiste sólo en la del derecho de usufructo, sino también de la nuda propiedad, pues ésta dejó de inscribirse, habiéndose inscrito en cambio el pleno dominio; que tampoco pueden ser alegados los artículos 314 y siguientes del Reglamento Hipotecario, puesto que vienen referidos a los errores materiales o de concepto que cometa el Registrador al extender el asiento, y en el presente supuesto la inexactitud registral deriva de la nulidad formal de la escritura que los motiva; que, respecto del punto tercero de la nota, del examen de ambas copias no resulta cajetín de haberse liquidado el usufructo y la nuda propiedad, además de que no se acompañan las cartas de pago del impuesto, sin cuyo requisito no pueden inscribirse dichos derechos ni pueden ser archivadas en el correspondiente legajo; que respecto al punto cuarto de la nota, se trata de una cuestión de hecho que necesita de previa aclaración a la vista de lo alegado en las consideraciones iniciales del informe;

Resultando que el Presidente de la Audiencia dictó auto confirmando la nota calificatoria, alegando análogos fundamentos a los señalados por el Registrador, y además, respecto a los puntos tercero y cuarto, que no aparece suficientemente justificada la exención o cumplimiento de las obligaciones fiscales;

Vistos los artículos 1.216, 1.218, 1.220 y 1.223 del Código Civil; 18, 33, 40, 79, 82 y 254 de la Ley Hipotecaria, y 414 del Reglamento para su ejecución; 1.º y 30 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862; 144, 153, 221 y 241 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, y las Resoluciones de 14 de marzo de 1910, 26 de diciembre de 1930, 5 de enero de 1959 y 23 de enero de 1975;

Considerando que inscrita una escritura de compraventa en virtud de una copia que, según se indica con posterioridad, era errónea por discrepar del contenido de la matriz y rectificadas la inscripción en cuanto a uno de los apellidos de la compradora en base a una nueva escritura de subsanación, se causaron unos asientos que gozan de la presunción legal de veracidad establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y se encuentran bajo la salvaguardia de los Tribunales, según dispone el artículo 1.º de la

misma Ley, y producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud;

Considerando que teniendo en cuenta los anteriores antecedentes, el Notario autorizante expide, sin previa petición de parte, una nueva copia en utilidad de los compradores que anula la anterior ya inscrita por resultar incompleta la primera, y esta copia, junto a una nueva escritura otorgada por la compradora, en la que, tras dejar constancia del error producido, presta su consentimiento como titular registral para que se proceda a la rectificación del asiento y se inscriba a su nombre tan sólo la nuda propiedad sobre la finca comprada y en favor de sus padres el usufructo vitalicio, al ser presentadas en el Registro, dan lugar a la nota recurrida, que plantea, como cuestión de fondo, la de si para proceder a la rectificación del Registro bastan los documentos presentados o se requiere además una escritura de rectificación en la que comparezcan todos los otorgantes de la primera escritura;

Considerando que de los artículos 1.218 del Código Civil, 1.º de la Ley del Notariado y 1.º del Reglamento para su ejecución resulta la presunción de veracidad del documento público notarial en tanto no se impugne y se declare judicialmente su falsedad, y dado que la copia tiene la consideración de escritura pública (art. 221 del Reglamento Notarial), y que en caso de discrepancia entre ésta y la matriz, sólo si ha sido impugnada por aquéllos a quienes perjudique tendrá fuerza probatoria una vez cotejadas ambas, prevaleciendo si hay variante el contenido de la matriz, según establece el artículo 1.220, hay que concluir que en tanto no se haya producido este evento, la aseveración hecha por el Notario al pie de la última copia expedida de su correspondencia en el protocolo, artículo 241 del mencionado Reglamento, implica la presunción no desvirtuada de haberse extendido una primera copia errónea, que provocó un asiento registral inexacto, y otra posterior, ya completa, objeto de la nota de calificación;

Considerando, en consecuencia, que no se trata de subsanar o rectificar una escritura otorgada mediante otra nueva con la presencia de los mismos comparecientes, en que una vez manifestados los errores se subsanen por todos ellos, dado que la matriz, en tanto no aparezca impugnada, contiene la voluntad manifestada por todos los interesados, según se deduce de la última copia expedida, sino que se pretende rectificar un asiento practicado en base, no a un título-matriz erróneo o inexacto que exigiría un título nuevo en que las partes así lo conviniesen, artículo 219 de la Ley Hipotecaria, sino en base a una copia inexacta, y por tanto defectuosa, que exige, aparte la presentación de la copia ya rectificada, de acuerdo con el artículo 40, *d)*, de la misma Ley, el consentimiento del titular registral, lo que ha tenido lugar en la escritura de 4 de febrero de 1980, cuando consiente que se practique la rectificación que se solicita;

Considerando, en cuanto a los defectos 3.º y 4.º, que el artículo 414 del Reglamento Hipotecario, al desarrollar el artículo 254 de la Ley, ha recogido una reiterada doctrina de este Centro directivo de que los Registradores se abstendrán de calificar cuanto se relaciona con la liquidación del impuesto, ya que su función queda cumplida si los documentos presentados contienen nota firmada por el liquidador del impuesto que acredite el pago, prescripción, exención o aplazamiento, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Delegación de Hacienda respectiva los errores o deficiencias que advirtieren, si lo estiman procedente, y con mucho más motivo si se

entiende que en una de las notas de liquidación ha podido concurrir en su extensión alguna irregularidad,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunica a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 4 de mayo de 1982.—El Director general, *Fernando Marco Baró*.
Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona.

SUMARIO: I. *Preliminar*.—II. *Conceptos previos*: 1. Patología del instrumento: nulidad y falsedad. Especies.—2. La falsedad ideológica inintencionada: el error. Variedades; en especial errores en la matriz y errores en las copias.—3. Soluciones legales.—III. *Fórmula empleada en el caso de la Resolución: Observaciones*.—IV. *Acotaciones*: 1. A la nota.—2. Al escrito de interposición.—3. Al Informe.—4. A los considerandos de la Dirección.—V. *Otras cuestiones*: 1. ¿Llevaba nota de liquidación la copia rectificadora? ¿Infringía o no el artículo 254 de la Ley Hipotecaria?—2. Breve referencia al actual artículo 107 del Reglamento Hipotecario.—3. Elusión por el Centro Directivo de toda anomalía liquidatoria.—VI. *Un caso claro de consentimiento formal (tabular): breve excurso*.

I. La dificultad del supuesto de hecho de esta resolución radica en que confluyen en él dos teorías generales con fama de oscuras: la de la inexactitud del instrumento público y la de la inexactitud registral. Las dos abstractas y casuísticas a la vez y las dos estudiadas (1) casi siempre por separado pese a que necesariamente se superponen, cual en nuestro caso, en la hipótesis *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Quizá la Dirección General haya centrado demasiado la controversia en la segunda (probablemente

(1) Con mayor detenimiento la registral que la instrumental, máxime tras el V Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma del 8 al 12 de noviembre de 1982, donde constituyó el tema de la cuarta comisión. Véanse las meritorias siete ponencias presentadas por JOSÉ M.^a DE MENA Y SAN MILLÁN («La inexactitud registral procedente de delitos»), TIRSO CARRETERO GARCÍA («La inexactitud registral —Derecho comparado—»), JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ («La inexactitud registral. La rectificación de la inscripción»), JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA («El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública»), TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y M. CORDOVA («Inexactitud registral y concordancia entre Registro de la Propiedad y realidad jurídica. Apuntes y sugerencias»), RAFAEL ARNAIZ EGUREN («Inexactitud registral. La descripción de la finca en el Registro de la Propiedad») y el colectivo formado por JOSÉ TOMÁS BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, JOSÉ ERNESTO GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR, JAVIER M. NAVARRO GONZÁLEZ, GREGORIO F. RODRÍGUEZ-ACOSTA GÓMEZ, JUAN PABLO RUANO BORRELLA y JUAN SARMIENTO RAMOS («La inexactitud registral. Sus causas. Medios de rectificación»), ponencias todas recogidas, como es sabido, en el libro que al efecto y siguiendo la tradición de anteriores Congresos acaba de editar el Centro de Estudios Hipotecarios del I.C.N.R.P.M.E., Madrid, 1983. Véase también la bibliografía recogida en la mayoría de dichos trabajos y en particular el resumen crítico que hace CARRETERO —págs. 392 y ss.— de los mejores tratamientos que la inexactitud registral ha recibido en las obras generales de ROCA SASTRE y LACRUZ-SANCHO. La inexactitud del instrumento notarial, por su parte, ha sido abordada desde una perspectiva menos general por ANTONIO MOXÓ RUANO, «Nulidad y falsedad civil del instrumento público», conferencia pronunciada el 30 de abril de 1945 y recogida luego en los *A.A.M.N.*, tomo III, Madrid, Reus, 2.^a ed., 1959, págs. 195 a 269, y por RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, «Falsedad civil en documento público», conferencia pronunciada en Santander el 8 de septiembre de 1951 y publicada en los mismos *Anales*, tomo IX, 1957, págs. 411 a 505. Aparte de menciones tangenciales en los trabajos capitales sobre el instrumento público del citado NÚÑEZ LAGOS (en especial de entre los muchos surgidos de su pluma el titulado *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, I.N.E.J., 1950), de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO («Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria», conferencia leída en el I. C. N. de Valencia el 3 de junio de 1950, editada después, con todas las del Curso de ese año, por Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1951, págs. 279 a 508) y de ANTONIO RODRÍGUEZ ABRADOS («Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial», *R. D. N.*, núms. 41-42, correspondiente a julio-diciembre de 1963, págs. 71 a 183), sólo he encontrado, además de las dos conferencias dichas, los capítulos correspondientes sobre «nulidad y falsedad del instrumento público» de los manuales de Derecho notarial, entre los cuales los más recientes son hoy los de ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU (*Derecho Notarial*, Euns, Pamplona, 1976, págs. 458 a 480), PEDRO ÁVILA ALVAREZ (*Estudios de Derecho Notarial*, 5.^a edición, Montecorvo, 1982, págs. 103 a 112) y JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ (*Temas de Derecho Notarial y calificación registral del instrumento público*, Montecorvo, Madrid, 1972, páginas 61 a 66).

te porque lo que se discutía era la rectificación de un contenido registral inexacto, el instrumento se consideraba ya enmendado), y por eso el flanco más desgarnecido normativamente, y a la vez el más novedoso e interesante de su decisión, se encuentra en la calificación que efectúa de la dolencia que afectaba al documento en cuestión y, sobre todo, en la bendición que, por lo menos para este caso concreto, parece dar al procedimiento empleado para su sanación.

Pero prelude ineludible para cualquier profundización en los considerandos de nuestra resolución e incluso para cualquier acotación de sus resultandos, estimo que lo es la fijación de los conceptos y de la terminología que proyecto utilizar.

II. 1. Sabido es, ciertamente, que la patología del instrumento público se suele condensar en dos únicas categorías: la nulidad y la falsedad. La primera implica falta de efectos y la segunda de veracidad, y también, por lo mismo, casi siempre de aquéllos, evidenciando que las dos nociones no son sino subtipos del «Oberbegriff» ineficacia (2). La nulidad —se dice— presenta dos fuentes distintas: La que deriva del negocio objeto del documento (nulidad material, interna, de fondo, negocial o de contenido) (3) y la que deriva de la infracción de las normas que prescriben el «modus» de confección del instrumento (nulidad formal, externa o de continente), siendo esta última la única que interesa propiamente al Derecho notarial (4). La falsedad, por su parte, entendida en un sentido lato, no penal, de falta de concordancia con la verdad, se clasifica también en dos especies: La falsedad material, que tiene lugar por la invención, suplantación o alteración corporal del documento por parte de persona no legitimada para ello (falsificación propiamente dicha que es una noción más estricta que la tipificada y sancionada en el art. 302 del Código Penal) y la falsedad ideológica o falsedad intelectual, en las que «queriendo decir la verdad, no se ha acertado con la redacción adecuada, o en que siendo ciertas las condiciones o declaraciones intrínsecas del documento, no son ciertas (consciente o inconscientemente) las ideas o hechos que sirven de base y que las partes afirman como verdaderas» (5). Profundizando en las causas y en los suje-

(2) En el mismo sentido, Moxó: *Ob. cit.*, pág. 267.

(3) Sólo posible, conceptualmente, en los instrumentos comprensivos de un negocio o, mejor, de un acto jurídico, no en los atinentes a hechos (actas), pues, como observa NÚÑEZ LAGOS, los hechos —esfera del ser— nunca pueden ser válidos o nulos —esfera del valer o del deber ser—.

(4) La distinción se oscurece en los negocios con forma *ad solemnitatem*, donde la nulidad del continente arrastra la del contenido y, en general, es criticada por AVILA (*ob. cit.*, pág. 103), que no las considera dos subespecies de un mismo instituto, ya que —argumenta— ni la nulidad del instrumento determina la del negocio —salvo que la forma sea sustancial— ni la del negocio produce la del instrumento, «aunque sí un cierto grado de ineficacia de éste».

(5) GIMÉNEZ ARNAU *Ob. cit.*, pág. 463 AVILA, *ob. cit.*, pág. 111, nota 25, tiene, en cambio, un concepto más estricto de esta distinción y acaso de la idea misma de falsedad, pues afirma que «la falsedad intelectual se produce cuando en LA FORMACION del instrumento por el Notario se vierten en aquél *a sabiendas* (este subrayado es mío), por el Notario o los particulares, conceptos o circunstancias que no responden a la verdad, la material, cuando se simula por el no Notario o se altera por cualquiera un instrumento YA FORMADO»; mas su definición probablemente obedece a la previa distinción radical entre falsedad penal —de la que predica la dicotomía expresada— y falsedad civil que resulta del documento no verdadero por culpa (no dolo) o error. A mí me parece preferible prescindir *ab initio* de la separación entre falsedad penal y falsedad civil que tendrá trascendencia a muchos efectos (sancionadores, procedimentales —querella penal o querella civil—, etc.), pero no a los conceptuales. Y, desde luego, si exigimos para que haya falsedad instrumental sin más la consciencia del distanciamiento entre el contenido documental y la verdad, entonces sería preciso elaborar otra categoría que comprendiese al documento notarial erróneo, siendo así que el motivo de la discordancia entre realidad y narración, por muy importante que resulte a otros aspectos, no debería trascender a la delimitación de los conceptos; y en ese sentido, tanto da que la disparidad obedezca a dolo, a culpa, a error e incluso a violencia física o psíquica. Obsérvese que esa polémica terminológica se produce, soterrada, en nuestra resolución. El Registrador en su Informe utiliza expresiones como la de que la copia expedida en primer lugar es «formalmente FALSA» o la de que «el título que motivó el

tos de la falsedad ideológica o intelectual, resulta que la divergencia puede ser consciente o inconsciente y aun aquélla querida o forzada, y todas, dentro del instrumento notarial, pueden proceder de las personas de los otorgantes o del sujeto autorizante, o sea del Notario (6). Pues bien, las falsedades intelectuales de todo tipo emanadas de los otorgantes (7) entroncan con la teoría de los vicios del consentimiento negocial y afines (error —incluido el obstativo—, dolo, violencia, intimidación, simulación, reserva mental...), y corresponde su estudio, al igual que el de la nulidad material antes referida, al Derecho civil puro (y en su caso al penal), en tanto que las falsedades intelectuales que interesan al Derecho notarial (aunque también al penal) estimo que son sólo las producidas por el sujeto sobre el que debería quizá estructurarse ese Derecho, en cierta medida estatutario, a saber, el notario autorizante. Y todavía cabría distinguir, dentro de un sistema de notariado protocolar como el nuestro, entre las falsedades intelectuales cometidas por los fedatarios al confeccionar la matriz y las perpetradas al confeccionar su traslado o copia (8). En uno y otro momento la inadecuación a la verdad de las manifestaciones notariales, v. gr., de la fecha y lugar, de las personas de los comparecientes, de su intervención, de sus manifestaciones, del hecho de la lectura íntegra y, en general, de cualquier aspecto de las esferas fáctica y jurídica a que, según expresa el artículo 1.º del Reglamento Notarial, se extiende su *fides publica*, puede ser, como decía, consciente o inconsciente, y en el primer caso voluntaria o involuntaria,

asiento es FALSO» (aunque luego también afirma que «en el presente supuesto la inexactitud registral deriva de la NULIDAD formal de la escritura»). La Dirección, en cambio, elude en todo momento una catalogación tan malsonante y emplea los giros de «escritura errónea» —considerando primero—, «error producido» —considerando segundo—, «copia errónea» —considerando tercero—, «copia inexacta y, por tanto, defectuosa» —considerando cuarto— y aun el de que la segunda copia «completa la anterior» —considerando segundo y tercero—, tal y como, en cierta medida, hizo constar en el pie de aquélla el Notario autorizante y recurrente. La Ley Hipotecaria deja abierta la espita para que la inexactitud «ex título» pueda proceder no sólo de falsedad o nulidad de éste, sino también de un «defecto», en general, del mismo [cfr. art. 40, d), pero *vide* también el artículo 220 de la misma]; la Resolución de 28 de febrero de 1951 afirma que la inexactitud registral puede obedecer, entre otras causas, «a la falsedad, nulidad, defecto o error de los títulos inscritos». Como puede apreciarse, a la vista de los anteriores datos, nos encontramos, una vez más, ante una de tantas *questiones nominis* sin demasiada trascendencia, una vez que haya acuerdo en las nociones, pero en la que es preciso tomar partido para poder seguir escribiendo con justeza; y en ese sentido la nomenclatura del Registrador, a la que me adhiero, tiene la ventaja de su acierto conceptual (lo falso es la antítesis de lo verdadero: *falsum est quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur*, decía PAULO) y la de su aceptación quizá mayoritaria entre los notarialistas [ya desde BARTOLO se admitió la noción de *falsum largissime*, en la que *sumptum est omne id quod bon est verum, sive dolose, sive sine dolo*, además acabo de referirme —recuérdense— a las definiciones omnicomprendivas de «falsedad ideológica» de GIMÉNEZ ARNAU —quien invoca en el mismo sentido, pág. 464, la opinión de ANTONIONI— y de «falsedad civil» en ÁVILA. Pero, en cambio, Moxó, *ob cit.*, pág. 248, sólo roza el tema cuando recoge el parecer de LESSONA, quien sí distingue entre falsedad y «error material»; NÚÑEZ LAGOS, de quien he tomado las anteriores citas de PAULO y BARTOLO, considera —*ob. cit.*, pág. 484— como algo distinto de la impugnación de un documento por falsedad civil la pretensión de rectificación de sus errores materiales o de concepto, y CHICO-CATALINO RAMÍREZ tratan bajo epígrafes diferenciados y estancos «la subsanación y salvadura de errores» y la «falsedad del instrumento público», afirmando a propósito de ésta que «estaremos ante una falsedad civil cuando el documento no sea verdadero por CULPA (no dolo) y será penal cuando intervenga dolo»]. La terminología de la Dirección, por su parte, tiene la ventaja de su mayor suavidad para el lenguaje corriente (reconozco que no me agradaría que se tildara de falsos a los asientos registrales en que a veces cometemos errores no siempre salvados a tiempo —cfr. Resolución de 20 de agosto de 1982—), pero no se olvide que a veces el propio legislador emplea la noción de falsedad en su genuino sentido de inadecuación a la verdad por cualquier motivo incluido el error, sin que ello escandalice a nadie, v. gr., en el artículo 1.276 o en el 767, ambos del Código Civil; *vide* también el artículo 172, 2, del Reglamento Notarial.

(6) Sujeto que, como ha sostenido ADRADOS —*ob cit.*, págs. 131 y ss.—, es el autor exclusivo del documento notarial.

(7) Prescindo ahora de otros sujetos instrumentales: testigos, facultativos, intérpretes, etc.

(8) Y eso, por supuesto, aunque la redacción material de una y otra se efectúe por empleados del Notario, siguiendo sus indicaciones y, en todo caso, bajo la posterior autorización y responsabilidad de aquél, que asume su autoría.

y obedecer en todos esos supuestos a una plural etiología que dejo para los especialistas el apurar y rotular.

2. A mí me interesa aquí, en este bosquejo de conceptos previos, sólo la falsedad ideológica o intelectual del instrumento derivada de un comportamiento inconsciente (9) del fedatario autorizante y ya se cometa al confeccionar la matriz o al confeccionar su copia. Pues bien, esa falsedad, que delimitada de esa suerte cabe también calificarla sencillamente de error (10), puede proyectarse, tratándose de la matriz, sobre los aspectos del instrumento que al Notario le constan por ciencia propia —fecha, lugar, lectura, etcétera— o sobre aquellos que advena, no en sí mismos, sino en el simple hecho de ser manifestados por los otorgantes —v. gr., que el transmitente dice vender o que ha confesado tener recibido el precio (11)—. En cambio, tratándose de la copia, que es también una escritura (art. 221 del Reglamento Notarial), pero de confección aún más unilateral, si cabe, por el fedatario (incluso en los casos en que su expedición la suscriben también sus peticionarios: arts. 230 y 234 del Reglamento Notarial) (12), los errores posibles se reducen a uno solo (aparte de los que pueda tener la matriz y se contagien a su traslado), a saber, el error de transcripción o de reproducción (13), que consiste en que no se calca fidedignamente, sin intención, el contenido íntegro de la matriz. Y éste parece que fue el caso de nuestra resolución, pese al recelo del Registrador, según tendré ocasión de precisar.

3. Pues bien, efectuado el introito conceptual que antecede, conviene ahora repasar cómo soluciona la legislación notarial los errores o falsedades intelectuales involuntarias cometidos en los instrumentos públicos, y a este respecto recuerdo que:

— El artículo 146 del Reglamento Notarial dispone en sus dos primeros párrafos que «cuando el acto o contrato deje de inscribirse por dolo, culpa o ignorancia inexcusable del Notario autorizante, subsanará éste la falta extendiendo a su costa una nueva escritura, si fuera posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiere ocasionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Hipotecaria.

Los defectos de forma u omisiones padecidos en los documentos notariales intervivos podrán ser subsanados por el Notario autorizante, su sustituto o sucesor en la Notaría, por propia iniciativa o a instancia de la parte que los hubiere originado o sufrido, por medio de acta notarial en que se haga constar el defecto o error, su causa y la declaración que lo subsana.

(9) O sea, erróneo, porque hasta el *dei* afectado por «vis» absoluta sigue siendo consciente.

(10) Véase nota 5.

(11) Mientras el error sobre los primeros aspectos puede ser sólo bien de fondo o bien obstativo, o en la declaración (v. gr., se da fe de que es el 25 de mayo, siendo en realidad el 26, o bien, siendo consciente de esto último, transcribe, por descuido, la primera fecha) el error sobre las manifestaciones de las partes puede ser resultado, además, de una defectuosa intelección de las mismas, es decir, se puede equivocar no sólo al atribuir a un sujeto interviniente una determinada declaración que nunca hizo o al maltraducirla al papel una vez captada bien y en su integridad, sino también al tergiversarla por no haber sabido interpretar el sentido real de sus palabras; ello puede ocurrir porque se superponen en ese caso dos manifestaciones de pensamiento humano, ambas igualmente falibles y de compleja intelección.

(12) ADRADOS —*ob. cit.*, pág. 140— incluye a las copias entre los documentos notariales de ciclo cerrado, que contienen sólo declaraciones del Notario y que no plantean dificultades en cuanto a su autoría exclusiva; en tanto que los de ciclo abierto o parcialmente heterógrafos contienen directamente declaraciones de los comparecientes y de otros intervinientes, además de las del Notario, pese a lo cual concluye afirmando, como avancé en nota 6, que éste es siempre su exclusivo autor en todos los casos.

(13) Que puede ser de omisión, de adición o de alteración, y, al igual que en los asientos registrales, material o de concepto, según la trascendencia del elemento desfigurado.

Si fuera imposible hacer la subsanación en la forma indicada anteriormente, se podrá ésta obtener por cualquier medio de prueba admitido en Derecho y mediante el procedimiento judicial correspondiente».

— Por su parte, el artículo 153 del Reglamento Notarial, en la versión que le dio el Decreto 2310/1967, de 22 de julio, establece que «las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados existentes en un instrumento público se salvarán, al final de éste, antes de la firma de los que lo suscriban.

Los interlineados se podrán hacer, bien en el mismo texto, bien mediante una llamada que haga referencia a la salvadura, al final de aquél.

Cuando después de la firma de un instrumento, y antes de expedir su primera copia, se advierta la existencia de algún error puramente material, sin perjuicio de su posible subsanación en la forma prevista en el artículo 146 de este Reglamento, si fuere de aplicación, el Notario podrá realizar la enmienda mediante diligencia a continuación de la matriz. Deberá quedar siempre constancia de la alteración introducida y de la forma en que con anterioridad estaba redactada la parte que se altera. En las copias no será necesario hacer constar el contenido de esta diligencia y bastará transcribir la matriz en la forma en que haya sido redactada definitivamente».

— Finalmente, el artículo 243 del Reglamento Notarial añade que «los errores que se padezcan en las copias se subsanarán en la forma prevenida para los de las matrices, salvándolos en la nota de suscripción de la misma copia, antes del signo, firma y rúbrica del Notario, o bien por nota posterior autorizada de igual modo que la copia».

Para un análisis y sistematización de estas reglas me remito a los comentarios más recientes y de mayor solvencia (14).

De los preceptos reproducidos, el que más interés reviste para nuestro caso es, por cierto, el artículo 243 (curiosamente silenciado a todo lo largo del recurso), que prevé la forma de rectificar los «errores que se padezcan en las copias», porque en eso precisamente, en un error de copia, es forzoso entender, como avancé, que había incurrido el Notario de Hospitalet de Llobregat. Esos errores, además, ya he dicho también que sólo pueden consistir, como aquí (15), en una defectuosa transcripción de la matriz, perfecta por hipótesis. Si se escribe «Manzares» por «Manzanares», «legatarios» por «legatario», «hipotecario» por «hipoteca», etc., cual ejemplifica el artículo 321 del Reglamento Hipotecario para fenómeno similar, lo que ha ocurrido es que no ha sabido transcribirse fidedignamente el modelo donde esos vocablos deben figurar correctamente redactados.

Pues bien, dos fórmulas prevé el Reglamento Notarial para rectificar los errores de las copias:

— La misma prevenida para las matrices, siempre que no se hubiese estampado el signo, firma y rúbrica del Notario.

— O la de salvarlos «POR NOTA POSTERIOR AUTORIZADA DE IGUAL MODO QUE LA COPIA.»

(14) AVILA. *Ob. cit.*, págs. 106 a 110, donde en nota 23 remite a otros dos trabajos suyos; GIMÉNEZ ARNAU. *Ob. cit.*, págs. 439 a 444, MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ «Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por el Decreto de 22 de julio de 1967», que antecede al vol. I de la *Legislación Notarial*, editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1971, págs. LX a LXV.

(15) Y a salvo los propios errores cometibles en las notas de expedición y suscripción.

La primera fórmula, desde el momento en que requiere que el instrumento no se halle perfeccionado con la firma y su parafernalia, entiendo que implica una remisión a los párrafos primero y segundo del artículo 153 del Reglamento Notarial (y en ningún caso al tercero del mismo ni al artículo 146, 1 y 2), de manera que las «adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados» existentes en el cuerpo de la copia se salvarán al final en la nota de suscripción (reproduciéndolas seguidas del habitual «valen» o «se salvan»), o bien los interlineados se podrán efectuar «a la catalana» (es decir, extendiéndolos sólo en la nota de suscripción por orden numérico o alfabético e intercalando en el texto de la copia sólo la correspondiente llamada mediante un escueto número o letra) (16).

La segunda fórmula, en cambio, es privativa de las copias y probablemente es la que debió haberse utilizado en el caso del expediente. Viene a equivaler a la que establece el artículo 153, 3, del Reglamento Notarial para las matrices, pero sin que en principio esté limitada por un *dies ad quem* hasta el que poderla emplear: Si en aquéllas la diligencia de subsanación es extensible desde la firma del instrumento hasta la expedición de su primera copia, en éstas lo es *sine die* desde aquella firma, dado que las copias no tienen por qué ser objeto a su vez de traslado (17).

III. Sin embargo, en nuestro caso, y con ello inicio la somera glosa de la resolución, el Notario utilizó una fórmula *sui generis*, que consistió en expedir, «sin previa petición de parte» —y así lo subraya el considerando segundo—, una nueva copia «en utilidad de los compradores» que *anula* la anterior por resultar incompleta, *sustituyéndola* por aquélla. Varias observaciones me sugiere este singular proceder:

— En primer lugar parece una fórmula construida sobre la base de la analogía con la que prevé el artículo 146, 2, del Reglamento Notarial para las matrices. Si éstas —debíó pensarse—, una vez que se ha pedido su copia, sólo pueden rectificarse mediante acta subsanatoria expedida por las personas que allí se indican y hasta por su propia iniciativa, así también las copias, si ya se han entregado a los particulares, si ya han podido ser utilizadas para el tráfico y máxime si ya han provocado una inscripción, deben también rectificarse mediante otro instrumento distinto de ellas, ya no un acta, pero sí, ¡jeureka!, una nueva copia que *anule* y *sustituya* a la anterior.

— En segundo lugar hubiera sido interesante saber si esa «nueva copia» sustitutiva se numeró o no (arts. 238 y 240, *b*), del Reglamento Notarial), y en el primer evento si recibió el mismo ordinal que la sustituida o el correlativo siguiente y en qué medida podía haberse alineado tras la primera de los compradores, toda vez que éstos no instaron, externa y formalmente, la copia rectificadora (cf. art. 239 del Reglamento Notarial). De todas maneras, estas disquisiciones no pasan de ser un problema de pura técnica notarial sin demasiada trascendencia *en tanto el instrumento no contuviera obliga-*

(16) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA en «Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio de 1968, pág. 90, y GIMÉNEZ ARNAU: *Ob. cit.*, pág. 442, entienden, apoyados en el artículo 26 de la Ley del Notariado, que el artículo 153, 2, alternativa segunda de su Reglamento, no implica la admisión de las referidas «enmiendas a la catalana», pero sí AVILA: *Ob. cit.*, pág. 110, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ *Ob. cit.*, pág. LXII. Todo depende, un vez más, de lo que se entienda por tan castiza frase («interlineado a la catalana»). Lo que parece evidente de los artículos 153, 1 y 2, y 243 del Reglamento Notarial es que esas adiciones de última hora, comoquiera que se las denomine, deben estamparse antes de la firma de los que suscriban el documento.

(17) Excepcionalmente podrán serlo de un testimonio. Cfr. el supuesto del artículo 1.221 *fine* del Código Civil.

ción exigible en juicio ejecutivo (y no hay razón para suponer que en la inicial transmisión a la señora Maciá Giralt hubiera «precio o suma aplazados» ni obligación similar).

— Y en tercer lugar habría que preguntarse si la original fórmula subsanatoria empleada por el señor Notario de Hospitalet, y que la Dirección da implícitamente por buena en este caso, encierra las mismas garantías que la prevista por la alternativa segunda del artículo 243 del Reglamento Notarial. Y a este respecto pueden suscitarse dudas (18), porque si bien para apercibir al Notario del error padecido lo normal será presentarle la primera copia autorizada demostrativa de su discordancia con lo realmente convenido o afirmado en la matriz, no puede descartarse que el fedatario caiga en la cuenta de su falta «haciendo memoria» o cotejando alguna copia simple, idéntica a la autorizada, que tuviese en su poder por cualquier motivo. Se me dirá que si no recupera la copia equivocada y se cerciora de su error ningún Notario prudente se atrevería a expedir otra copia rectificadora de la que se halla en circulación; cierto, pero ni es absolutamente imperativa, ante la anomia del proceder, aquella recuperación, ni la misma equivale a destrucción o anulación (19) de la copia errónea, ni sabemos en nuestro caso concreto de qué modo se conectaron la copia enmendante y la enmendada en el texto de ésta (20). Y ni qué decir tiene que todo lo que signifique duplicar títulos, ambos formalmente perfectos e inscritos (o inscribibles) y desprovistos acaso de notas avisadoras como las de los artículos 238 (21) ó 174, 2 (22), del Reglamento Notarial, equivale a generar riesgos de dobles enajenaciones y exponerse a que pueda entrar en juego la fe pública registral y/o los Tribunales de Justicia. De todas maneras, reconozco que el evento de que una misma persona tenga (ex art. 240 del Reglamento Notarial) varios títulos, indistinguibles, de su derecho es reglamentariamente inevitable, sin que por ello pueda afirmarse que las estafas se prodiguen; de ahí que, en definitiva, no le vea demasiada trascendencia al *modus corrigendi* (23) de la copia de nuestro supuesto concreto y hasta es previsible una mejor estética y legibilidad de su resultado que la que se conseguiría por el cauce del artículo 243 *fine* del Reglamento Notarial.

Además, y en todo caso, el Centro Directivo, como dije, tampoco opone reparos aparentes (24) al mecanismo rectificatorio empleado, y desde esa premisa ya todos los pasos del debate resultan desarrollados y resueltos con perfecta lógica interna.

IV. 1. En efecto, el Registrador, a mi juicio, se excedió en sus dos primeros y básicos defectos, que, a la vista de cuanto llevo dicho, me parecen claramente enfocados. Bien que no se utilizó la vía subsanatoria correcta —la tantas veces repetida del artículo 243 *fine* del Reglamento

(18) Amén de por el peligro de las segundas o ulteriores copias ejecutivas ya apuntado.

(19) Este último efecto sí se predicó de la del supuesto de la presente resolución, pero es dudoso que quede al arbitrio del Notario invalidar sus instrumentos por cauces atípicos.

(20) Lo único cierto es que se presentaron juntas a la calificación, según la nota en que se contiene ésta.

(21) Si a la copia correctora se le da el mismo ordinal —primera— que a la corregida y no se inserta antes de la nota de suscripción de aquélla la de expedición de ésta, se oculta hasta el ligero sobreaviso en que pone siempre el uso de una segunda copia como antetítulo.

(22) Que puede constar en uno de los duplicados, pero no en el que se utilizaría hipotéticamente para una segunda transmisión.

(23) Sí más al impulso corrector que debió partir de los interesados y, por supuesto, no transgredir nunca los artículos 233 a 235 del Reglamento Notarial.

(24) Seguramente porque no se le suscitó en los términos que dejo apuntados. En todo caso la atípica fórmula correctora sólo indirectamente se ha convalidado, y además para este supuesto concreto, de inconveniente repetición —entiendo— en otros futuros.

Notarial—, pero de ahí a exigir un medio de rectificación tan drástico como el del artículo 146, 1, del Reglamento Notarial para lo que fue sólo un error cometido en el traslado de la matriz, media cierta distancia que no se debe recorrer sin desvirtuar la fe pública notarial, que averaba la correspondencia de la nueva copia con su modelo (25). Y, por otro lado, el que el artículo 79, 3.º, de la Ley Hipotecaria prevea que «podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas... 3.º Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho», no autoriza a exigir ese asiento (26) cuando el defecto de que adolece el instrumento no es la nulidad (y así lo reconocerá luego el calificador al informar), sino la falsedad, y además, la falsedad ideológica derivada de un error inconsciente (excúseseme el pleonismo) afectante sólo a una parte de la titularidad real (pues se atribuyó el pleno dominio a quien sólo había adquirido la nuda propiedad). El desdoblamiento de aquella titularidad plena es evidente que no puede encuadrarse dentro del ámbito del artículo 79, 3.º, de la Ley Hipotecaria, ya que, a lo máximo, habría que cancelar el asiento de la señora Maciá sólo en cuanto al usufructo, y para ello, insisto, la patología afectante al instrumento tendría que haber sido la nulidad (total) del título y no su simple inveracidad parcial. Por eso estimo que estaba en lo cierto el Notario cuando concluye su escrito de interposición del recurso afirmando que «ni el artículo 20, ni el apartado d) del artículo 40, ni el artículo 82 de la Ley Hipotecaria —en la nota no se había citado el artículo 79, como se haría luego en el Informe—, exigen que se solicite la cancelación de las inscripciones anteriores, ni siquiera la práctica de la misma, ya que el asiento erróneo que debe ser rectificado no refleja ningún derecho extinguido, sino que, por el contrario, lo que procede es la inscripción de los derechos de usufructo omitidos, con lo que quedará rectificado el registro

(25) La «fe pública derivativa o transcriptiva» de que nos habla NÚÑEZ LAGOS *Ob. cit.*, pág. 440, como categoría paralela a la «fe pública original u originaria» que sólo cubre a los documentos matrices.

(26) Ni en principio ninguno específico, pues el Registrador ya practicará el precedente sobre la base de la rogación registral genérica (lo cual no excluye que quepa recurso si se pide un asiento singular y el calificador no accede por considerarlo improcedente o lo acepta, pero en otros términos —Resolución de 19 de junio de 1975— y sin perjuicio del atípico supuesto del artículo 258 de la Ley Hipotecaria y 385 de su Reglamento) El único caso en que quizá sea preceptiva la solicitud expresa de una operación registral es el del llamado consentimiento formal, cuyo nido principal entre nosotros se ha querido ver en el artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria; pero aun admitiendo dialécticamente su existencia (mi opinión positiva, *infra*), no parece que se erija en sacrosanto el objeto del consentimiento cancelatorio. Quiero decir que podrá discutirse si se exige por nuestra legislación hipotecaria un consentimiento formal dirigido a la rectificación tabular como algo distinto del consentimiento material extintivo del derecho inscrito, pero lo que ni los más acérrimos germanistas han pretendido es que esa voluntad sobre la operación registral deba manifestarse utilizando sacramentalmente el sustantivo cancelación o el verbo cancelar. Sin duda, serían suficientes expresiones como las de que el titular registral consiente la práctica de las operaciones registrales oportunas o consecuentes con la voluntad material que acaba de manifestar, o que den como resultado la plenitud registral del derecho del liberado, etc. En nuestro caso, aun prescindiendo de que la dolencia del título era, como digo en el texto, la falsedad y no la nulidad, y aceptando por un momento que estuviese afectado por este último tipo de ineffectia, e imaginando que por ser total procediese la cancelación íntegra del correspondiente asiento ex artículo 79.3.º de la Ley Hipotecaria, el consentimiento específico que puede entenderse exige el artículo 82, 1 [al igual que el 40, d), siempre de la Ley Hipotecaria], bien puede manifestarse de cualquier manera inequívoca aunque no se emplee ningún vocablo emparentado con el verbo cancelar, por ejemplo, prestando consentimiento —como aquí— «para que en el Registro de la Propiedad correspondiente se inscriba a favor de ella — de la titular— la nuda propiedad, y a favor de sus padres, el usufructo vitalicio sobre la finca» En el Derecho moderno el fetichismo de las palabras insustituibles debe estar tan alejado del artículo 82 de la Ley Hipotecaria como de otras muchas instituciones jurídico-civiles (v. gr., la mejora —art. 828 del Código Civil—, la sustitución fideicomisaria —art. 785, 1.º, del Código Civil—, la institución de heredero —art. 668, 2.º, del Código Civil—, etc.). Desde luego, la elasticidad en la manifestación de voluntad cancelatoria ha sido sostenida reiteradamente (Resoluciones de 8-10-1886, 10-12-1889 y 28-6-1909) por la jurisprudencia registral, la última vez en la Resolución de 22 de agosto de 1978.

inexacto». El único aspecto que no me parece impecable de esta vertiente de la argumentación notarial es la invocación —efectuada poco antes— de la letra a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, sin duda a propósito de la inexactitud consistente en no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. La Dirección, en su considerando cuarto, no le sigue en la cita y mantiene el deslinde absoluto entre los apartados a) y d) del precepto: Aquél previene el caso de completa falta de inscripción de un título, y éste —aquí—, el de inscripción de un título equivocado precisamente en cuanto a parte de la titularidad del derecho adquirido e inscrito, para cuya enmienda lo que procede simplemente es la presentación del documento corrector y practicar el oportuno asiento de rectificación (27).

2. Al escrito de interposición del recurso, tal y como se resume, sólo se le pueden oponer dos peros:

— El primero ya lo he reprochado antes, y consiste en que una vez que ha afirmado certeramente que «la inexactitud registral está provocada por un error en la expedición de la primera copia que causó la inscripción y no por un error de la propia escritura pública, razón por la que resulta improcedente exigir una escritura de rectificación otorgada por todas las partes contratantes», da un salto en el vacío e intenta (y consigue) purificar su fórmula subsanatoria en el Jordán del artículo 1.220 del Código Civil, precepto probatorio que no debería extravasarse para resolver problemas de pura mecánica notarial, ya despejados además por el artículo 243 del Reglamento Notarial (28).

(27) Una excelente exposición de las causas de inexactitud registral y de los asientos (cancelación, rectificación e inscripción ulterior independiente) por los que cabe remediar aquella puede verse en la obra de MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUITRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, págs. 572 a 580. De acuerdo con él la inexactitud sólo se traduce en un asiento cancelatorio en los casos que analiza, entre ellos el del artículo 79.3.º de la Ley Hipotecaria, parece que estrictamente entendido; en los demás el cauce formal de enmienda será distinto. No debe inducir a confusión la reminiscencia extintiva que, por descuido, aún anida en el artículo 318 del Reglamento Hipotecario tras la reforma del artículo 314 por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977 (*vide* la observación que sobre aquel precepto efectúa JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en la edición a su cuidado de la *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil* de Civitas). También la Resolución de 28 de febrero de 1951 afirma que «la inscripción de la rectificación no constituye una cancelación formal en sentido técnico».

(28) RODRÍGUEZ ABRADOS, *ob cit.*, pág. 175, ha situado en su justa perspectiva a este artículo —el 1.220 del Código Civil— cuando escribe: «El Derecho español sólo regula expresamente la querella civil de falsedad corporal de copias de matrices basadas en la disconformidad de las mismas con su correspondiente documento matriz. La querella se resuelve mediante una diligencia de cotejo, porque aunque las copias también tienen fe pública, se trata de una fe pública derivativa o transcriptiva, no originaria, y «si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera» (art. 1.220, II, del Código Civil). El cotejo es, pues, una modalidad de la querella civil de falsedad corporal de las copias de documentos matrices, perfectamente adaptada a su propia naturaleza. De acuerdo con los principios generales, esta impugnación *no puede interponerse en las esferas administrativa y del tráfico*, sino sólo en la judicial, y precisamente en juicio declarativo, según se deduce de la colocación sistemática de los preceptos que la regulan en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (arts. 597, 1.º, y 599). De acuerdo con esta magistral explicación de ABRADOS el precepto estaría bien aducido si lo que quería resaltarse era que en la esfera del tráfico, incluida la del registral, está vedado poner en duda la autenticidad de un instrumento notarial que sólo en sede judicial puede ser controvertido mediante hacer triunfar contra él querella penal, y aquí también civil, de falsedad. Pero la fehaciencia, *a priori* invulnerable, de la copia rectificadora deriva precisamente de los preceptos que luego citará la Dirección en el Vistos y en el considerando tercero (1.218 del Código Civil, 1 y 30 de la Ley del Notariado y 1.º de su Reglamento), y sólo *a contrario sensu* del artículo 1.220, el cual, por tanto, únicamente debe argüirse tras aquéllos y precisamente, como hace la Dirección, para destacar que nada más combatiéndolo por el cauce que el mismo señala y que en el caso no se utilizó —ni se podía utilizar por el Registrador, salvada la acción popular—, puede cuestionarse la aseveración, hecha por el Notario al pie de la última copia, de su correspondencia con el protocolo (art. 241 del Reglamento Notarial), aseveración amparada por la fe pública que consagran aquellos preceptos capitales. El recurrente, en cambio, parece invocar el artículo 1.220 del Código para convalidar su singular método corrector, concluyendo que «la realidad jurídica está representada por la última copia» (repárese en el adjetivo subrayado), como si la primera copia errónea estuviese realmente anulada y desprovista de fehaciencia por la expedición

— El segundo radica en la doble fórmula que sugiere para la rectificación de la inexactitud registral: «Bien la extensión de un asiento de inscripción de los derechos de usufructo cuya expresión registral se omitió», bien, «en su caso, mediante la extensión del correspondiente asiento de rectificación». La primera técnica resulta inadmisibile porque equivaldría a una inscripción de transferencia *sin título* del derecho de usufructo desde la señora Maciá a sus padres; la segunda, que es la correcta, se desenvuelve con citas no muy certeras: La del apartado a) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que ya reproché, o la de los artículos 314 y siguientes del Reglamento Hipotecario, que, como también objetará el informante, es dudoso que sean directamente aplicables a nuestro caso. En efecto, aunque las rúbricas de los respectivos títulos VII de la Ley y Reglamento Hipotecarios llevan el enunciado amplio «de la rectificación de los errores en los asientos» y no «de los errores de los asientos» (29), es lo cierto que sólo imaginan la posible doble fuente de inexactitudes (*ex titulo y ex tabulis*) los artículos 219 y 220 de la Ley Hipotecaria, y que luego esa dualidad sólo se desarrolla también *in extremis*, y para un aspecto tan marginal como el de los gastos, en el artículo 331, 2, del Reglamento. De todas maneras, la cita de los preceptos reglamentarios no sería inadecuada si, como es probable, sólo se formula para designar la técnica de rectificación a emplear en casos como en el presente de error instrumental, huérfanos de regulación propia, salvo la indicada, y a los que cabe aplicar por analogía (como así lo hacemos en la práctica) el *modus operandi* prescrito en los artículos 314 ó 315 y concordantes del Reglamento Hipotecario, insertos bajo el subtítulo amplio de «Reglas generales».

3. El Registrador sitúa en el frontispicio de su informe un argumento empírico pero poco jurídico cuando se extraña de que no se cayese en la cuenta del error de concepto cometido en la extensión de la copia al otorgarse nada menos que una escritura de subsanación (30) para rectificar el error gráfico de dos letras en el segundo apellido de la compradora. Y, efectivamente, es insólito ese modo de proceder, pues evidencia que, a menos que dicho error se averiguase por la matriz, la copia se había probablemente leído con minuciosidad por los interesados, que no repararon en cambio —como tampoco los redactores de la subsanación— en la omisión de dos comparecientes, en los derechos objeto de la transmisión y en el probable desglose de su precio. Se comprende, ante hipótesis tan poco verosímil, la suspicacia del calificador, que le lleva a adentrarse en un recurso de difícil argumentación y defensa. Pero por muy increíble que parezca el caso, la fallibilidad humana no tiene límites, y no se puede descartar que en vez de un cambio de criterio sobre los sujetos y el objeto del negocio —lo que sólo podría afirmarse tras un proceso judicial de falsedad— se había producido un simple error —múltiple error— en la confección de la copia. Así lo en-

de su pseudosucesora En suma, el reproche que destaco en el texto es el intento de argumentar con el artículo 1.220 del Código Civil en cualquier sentido distinto al en que certeramente lo hace luego el Centro Directivo.

(29) Sobre estos errores, además de los manuales generales y de algunos de los trabajos sobre inexactitud reseñados en la nota 1, véase el comentario de TIRSO CARRETERO GARCÍA a la Resolución de 11 de noviembre de 1970 en esta misma Revista, núm. 484, mayo-junio de 1971, págs. 668 a 682.

(30) ¿Al amparo del artículo 146, 1, del Reglamento Notarial? ¿El cauce apropiado no debería haber sido el acta a instancia de parte del párrafo segundo de dicho precepto, reproducción del artículo 3.º de la Ley de 1 de abril de 1939? ¿Depende ello de quien fuera el culpable del error ortográfico: el Notario o los comparecientes? Dejo la cuestión a los especialistas y me vuelvo a remitir a los autores citados en la nota 14.

tenderá la Dirección, amparada en los artículos citados de la legislación notarial y del Código en que se cimenta la noción de fe pública, o mejor, la de autenticidad del instrumento notarial en todas las facetas que ha destacado la doctrina, en especial RODRÍGUEZ ABRADOS (31). Precisamente de este autor son estas palabras, confirmadas plenamente por la presente resolución: «En la esfera del tráfico la autenticidad surte todos sus efectos sin posibilidad de impugnación; incluso los Registradores de la Propiedad, cuyos juicios se sobreponen, dejando aparte la posibilidad de recurso, a los del Notario autorizante a los solos efectos de extender, suspender o denegar el asiento, han de limitar su calificación a la esfera de la legalidad (artículo 18 de la Ley Hipotecaria), sin entrar en la de los hechos, a que la autenticidad se contrae» (32). Aquí el hecho inconcuso que se imponía incluso hasta al Registrador de Hospitalet, era el de la identidad de la nueva copia con su matriz (art. 241 del Reglamento Notarial), y no servirían para desvirtuarlo todos los indicios y sospechas que intentase acumular sobre el instrumento en cuestión, sino tan sólo la inintendada (33) querrella de falsedad.

El resto que ahora interesa del informe insiste en el desenfoque de la nota, y saca a relucir preceptos (no sólo el 79, sino también el 33 de la Ley Hipotecaria) que, como ya he expuesto, se refieren a la nulidad y no a la falsedad del título, defecto este último que, entendido en su sentido lato, no siempre conduce a aquélla.

4. La Dirección, tras una muy ilustrativa y reveladora relación de preceptos legales (34) y una más bien parca recopilación de resoluciones (35), necesita dos considerandos, los dos primeros, para centrar la cuestión con su maestría habitual.

El tercero se destina a preparar la solución sentando la premisa, ya aludida, de la fehaciencia indubitada de la copia rectificadora desde el punto y hora en que el Notario que la autoriza afirma, de acuerdo con el artículo 241 del Reglamento Notarial, su correspondencia con el protocolo, correspondencia, por supuesto, en los términos que preceptúa el artículo 236 del propio Reglamento. Este es el considerando doctrinalmente más enjundioso en orden a la teoría general del instrumento público, y, sin duda, habrán tomado ya buena nota de él los notarialistas patrios.

Y, en fin, el cuarto extrae la conclusión del silogismo jurisprudencial, con más acierto en su fondo que en su forma, al fallar que estamos ante un simple caso de rectificación de Registro inexacto, canalizable por la letra *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Y destaco lo del desacierto en la forma porque no estimo afortunado el giro en que dice que «se pretende rectificar un asiento practicado en base, no a un título-matriz erróneo o inexacto, que exigiría un título nuevo en que las partes así lo conviniesen,

(31) *Ob. cit.*, págs. 150 y ss.

(32) *Ob. cit.*, págs. 172-3.

(33) «Por aquellos a quienes perjudique» precisa el Código (art. 1 220) y recuerda el considerando tercero, lo que no hubiera excluido, como apunté, la acción popular por cualquiera —art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, si bien con el contrapeso de los artículos 453 y ss. del Código Penal.

(34) Sólo desentonaba acaso la cita del artículo 1.223 del Código Civil atinente a la conversión en documento privado de la escritura defectuosa por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma —¿por no ajustarse, v. gr., al art. 243 del Reglamento Notarial?—, pues de ser así surgiría para la inscripción el insuperable obstáculo del artículo 3º de la Ley Hipotecaria. Sin duda, se ha tenido en cuenta el precepto del Código sólo *a contrario sensu*, pero aún desde esa perspectiva su referencia aquí se me antoja superflua.

(35) De las que sólo la de 23 de enero de 1975 se refiere a la inexactitud registral y aun en ella se provocó por error de concepto al redactar el asiento y no por error del título o de su copia, lo que la aleja de nuestra problemática.

artículo 219 de la Ley Hipotecaria, sino...», etc., con lo que parece dar a entender que todas las inexactitudes, sin distinguir cuáles, de la matriz de un instrumento inscrito requieren siempre nueva escritura entre las partes, cuando puede bastar el acta unilateral introducida por la Ley de 1939 y enanchada por el artículo 146, 2, del Reglamento Notarial. Sin duda la falta aquí de matizaciones viene motivada por el supuesto del caso que de haberse producido en la matriz sería difícil (aunque acaso no imposible) enmendar por simple acta y no por nueva escritura similar a la rectificadora del apellido.

V. Y ya para ir terminando diré dos palabras sobre otros aspectos no menos interesantes de la resolución.

1. El primero de ellos es la reiteración de la archisabida doctrina condensada en el artículo 414 del Reglamento Hipotecario (36), conforme a la que los Registradores se abstendrán de calificar cuanto se relacione con la liquidación de los impuestos que se devengaren por el acto o contrato que se pretenda inscribir (37). El calificador de nuestro caso, en su afán de acumular motivos, aduce éste, que acaso sabía perdido de antemano, y la cita en el Vistos de las Resoluciones de 14 de marzo de 1910, 26 de diciembre de 1930 y 5 de enero de 1959 ya preludiaban la decisión que iba a adoptar una vez más el Centro Directivo (38). Pero quizá hubiera ahora factores nuevos que podrían hacer dudar de la justeza de este aspecto del fallo.

(36) Hoy derogado y dejado sin efecto por el artículo primero del Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, y trasplantado básicamente su contenido al artículo 107 del propio Reglamento Hipotecario.

(37) Resulta hoy más problemático que nunca precisar a qué impuestos se refiere el artículo 254 de la Ley Hipotecaria y su desenvolvimiento reglamentario. Literalmente el precepto legal comprende todos los que «devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir», pero luego el Reglamento (artículo 107, hoy) parece circunscribir su ámbito a los impuestos que cabría designar *grosso modo* registrales —es decir, a cargo de las Oficinas liquidadoras de partido, aunque también los gestionen las de capital—, pues sólo en ellos es práctica habitual la estampación de una nota de pago, exención, etc., al pie del documento (arts. 123.1, 128.1, etc., del Reglamento aprobado por el Decreto 176/1959, de 15 de enero), incluso tras la implantación del procedimiento autoliquidatorio (arts. 85 y ss. del Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, en especial arts. 87.3 y 4 y 88.2). El problema se plantea con respecto al impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos (vulgo plusvalía) y con el de tráfico de empresas que grava (desde las Leyes de 25 de septiembre de 1979 y 5 de julio de 1980) las transmisiones empresariales de inmuebles y los arrendamientos inmobiliarios no rústicos y los créditos hipotecarios que constituyen operaciones típicas y habituales de empresas con ese objeto. Entiendo que ninguno de esos dos tributos es subsumible en la previsión de los preceptos hipotecarios: el de plusvalía por no gravar propiamente el acto o contrato inscribible, sino el plusvalor experimentado por el terreno hasta su enajenación, y ambos, por contar con reglas específicas, dentro de su peculiar normativa, que cumplen una función análoga a la de los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 414 de su Reglamento. Véanse para el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos el artículo 98 del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, y el artículo 110 del Reglamento de Haciendas Locales, aprobado por Decreto de 4 de agosto de 1952, y para el de tráfico de las empresas el artículo 19, F), del vigente Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas, aprobado por Real Decreto 2609/1981, de 19 de octubre, conforme al que lo exigible para la registración de las ventas empresariales de inmuebles —solo— es que conste en el documento inscribible «el importe devengado y el pendiente de devengar», en su caso, del I. G. T. E. que recaiga sobre la transmisión (en parecidos términos, aunque admitiendo también, como justificante, cualquier documento mercantil en que conste haberse efectuado la repercusión del I. G. T. E., se pronuncia el artículo 23.2 y 3 del Reglamento aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, cuya previsión anómala también se circunscribe sólo a las transmisiones empresariales, sin extenderse a los arrendamientos y créditos hipotecarios objeto de tráfico habitual). En suma, el artículo 254 de la Ley y su apéndice reglamentario entiendo que se refieren hoy únicamente y conforme con tradición inveterada a los impuestos generales sobre las Sucesiones (*vide* además la Disposición transitoria 5.ª del Texto Refundido 3050/1980, de 30 de diciembre), Transmisiones patrimoniales, Operaciones societarias y Actos jurídicos documentados, aunque también respecto de todos ellos el dictado hipotecario se reitera con parecidos términos en su respectiva regulación específica (cfr. arts. 114.1 del Texto Refundido de 1967; 57.1 del de 1980, y art. 88 del Reglamento de este último). Sería absurdo sostener que se refiere también al I. G. T. E. que grave los préstamos hipotecarios o los arrendamientos inmobiliarios inscribibles, realizados ambos con habitualidad empresarial, porque aunque es un impuesto que se devenga «por el acto o contrato que se pretende inscribir», no es lógico postergar su toma de razón hasta que se justifique un pago que sólo se efectúa más tarde, periódicamente y *via retentionis*.

(38) En la Resolución de 14 de marzo de 1910 se trataba de la inscripción de un mandamiento judicial cancelatorio de un crédito hipotecario por haber sido pagado voluntariamente a los herederos

En efecto, resulta imposible deducir de los recovecos de la resolución si la copia rectificadora llevaba cajetín propio (y en qué términos) de la Oficina liquidadora o si pretendía arroparse con el de la copia enmendada, que también se acompañaba. Ni del defecto tercero de la nota ni del considerando quinto ni del penúltimo párrafo del resumen del informe puede colegirse con certeza extremo tan importante. En el último de los referidos lugares se afirma simplemente que «del examen de *ambas copias* no resulta cajetín de haberse liquidado el usufructo y la nuda propiedad». Se abre así una doble posibilidad con solución divergente:

- 1.ª Que no llevase nota propia la copia rectificadora; o
- 2.ª Que la llevase, pero de idéntico o complementario tenor al de la rectificada (39).

del acreedor, muerto durante la ejecución El Registrador, entre otros defectos, objeta el que no se acredite el pago del impuesto sucesorio por la transmisión del crédito hipotecario, pero para la Dirección era suficiente, con razón, que el mandamiento, de cuyo tenor podían descubrirse todas las vicisitudes de aquel crédito, llevase su correspondiente nota de liquidación.

En la de 26 de diciembre de 1930 se había seguido un juicio declarativo en reclamación de cantidad contra la herencia yacente del titular registral, representada por su administrador, y en ejecución de sentencia se habían adjudicado las fincas, por falta de postores, a la entidad acreedora. El Registrador opone al subsiguiente auto de adjudicación, que de nuevo avisaba de todos los pormenores, el injustificado defecto de no acreditarse el pago del impuesto sucesorio por las transmisiones a los herederos, también demandados, calificación que revoca certeramente el Centro Directivo.

En la de 5 de enero de 1959 se instituyó a término incierto, en la nuda propiedad de varios bienes, a una Comunidad religiosa, aplazándose, como es de rigor, la oportuna liquidación hasta que se cumpliera el evento (muerte de la usufructuaria). Pretendiéndose por la Comunidad instituida la inscripción inmediata de su derecho, el Registrador objeta, entre otros defectos, de los que sólo prosperó uno, falta de pago del impuesto sucesorio, lo que, con justeza, desestimó la Dirección afirmando que «es reiterada doctrina de este Centro que la función fiscal e hipotecaria se desensuelven en diferente órbita. , y cuando en el documento presentado conste la nota de pago, exención, aplazamiento —éste era el caso de ella— o prescripción, no debe suspenderse la inscripción por esta causa».

A su vez, estas Resoluciones remiten a otras donde se consagra similar doctrina, que sería inacabable recopilar; por eso sólo añadiré, como una de las más recientes que yo recuerdo sobre la cuestión, la de 11 de diciembre de 1974, la primera —entonces negativa— que abordó el tema de la cancelación automática de la condición resolutoria por transcurso del término en que convencionalmente podía operar. Precisamente al comentarla TIRSO CARRETERO en esta misma Revista, núm. 508, correspondiente a mayo-junio de 1975, págs. 645 a 659, formula un atinado deslinde entre lo que es discrepancia por el Registrador de la calificación fiscal y lo que es mera aplicación por su parte del artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

Síno que conviene observar que en los supuestos de hecho de todas las Resoluciones citadas, incluso en la última que he recordado, la de más discutible subsunción en el antiguo artículo 414 del Reglamento Hipotecario, se ofrecían a la Oficina liquidadora de turno datos suficientes para haber podido girar, o por lo menos tener en cuenta, todas las liquidaciones que el respectivo Registrador había echado en falta, circunstancia que, en cambio, podría no darse en la presente si ocurrió la primera de las alternativas que analizo en el texto.

(39) No resulta verosímil admitir que la llevase pero correcta, es decir, de liquidación de ambos derechos —usufructo y nuda propiedad—, porque no se compadece esa hipótesis con el reproche reiterado del calificador ni con la adición argumental que intenta en el Informe de que no se acompañaban las cartas de pago del impuesto. En efecto, de haberse presentado a liquidación la copia de 14 de diciembre de 1979 y dada su fecha y la de la matriz, el proceder probablemente correcto de la Oficina liquidadora debió ser el de girar dos liquidaciones (con sus correspondientes cartas de pago), una por el usufructo y otra por la nuda propiedad, ajustadas a los artículos 54, 1.º y 2.º; 70.10 y 76 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, sin que acaso hubiera derecho alguno a la devolución de lo recaudado por la liquidación girada a la copia de 1 de marzo del mismo año, por aplicación del artículo 17.5 de aquel texto, aunque no se refiere exactamente (como tampoco el art. 60 del actual de 1980) al caso de la rectificación de errores, sino a los de nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato ya liquidado. No se olvide, empero, que en el planteamiento del Notario la primera copia quedaba *anulada* y sustituida por la segunda, por lo que no puede afirmarse que para negar la devolución del impuesto se acudía a la analogía fiscal. En todo caso, la procedencia de la devolución o no de la primera liquidación por el pleno dominio resulta intrascendente, porque lo que ahora deseo resaltar es que la actuación, a mi juicio correcta, era la de haber girado dos liquidaciones, una por la constitución del derecho de usufructo y otra por la transmisión de la nuda propiedad. Y eso es, casi con seguridad, lo único que no se hizo según el calificador, sin que sirva de disculpa el que, no habiéndose alterado el valor del bien, el importe ya recaudado coincidía prácticamente, tratándose de una transmisión *inter vivos*, con el que hubiera debido percibirse con las liquidaciones desglosadas, ya que existen importantes consecuencias fiscales con un proceder distinto y, por tanto, incorrecto, pues, por lo pronto, no habría términos hábiles para girar en su día la liquidación por extinción del usufructo [hoy ampliación del contenido de la nuda propiedad por consolidación con aquél: art. 7.1, B), pá-

En este segundo caso tendría plena justeza la aplicación por la Dirección del entonces artículo 414 del Reglamento Hipotecario, por cuanto el Registrador estaría calificando un aspecto que se relacionaba con la liquidación y su nota. Sólo que esta alternativa requiere que la Oficina liquidadora también se hubiese equivocado, estampando, por ejemplo, un cajetín de no sujeción por previo pago u otro motivo o reiterando inmotivadamente una liquidación por el pleno dominio.

En la primera hipótesis, en cambio, el fallo del Centro directivo, invocando la doctrina de la inhibición fiscal del Registrador, habría sido des-
acertado y peligroso. Lo primero, porque el título que motivaría la inscripción, el que fundaría inmediatamente los derechos de las personas a cuyo favor habría de practicarse aquélla (art. 33 del Reglamento Hipotecario), carecería de la nota de la oficina correspondiente y de la subsiguiente carta de pago acreditativas del requisito preinscriptivo exigido por el artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Lo segundo, porque se podrían propagar maniobras fraudulentas no atajables por el quizá excesivamente criticado mecanismo de dicho precepto legal. En efecto, bastaría otorgar cualquier negocio en términos fiscalmente moderados y presentarlo a liquidación para gozar de inmunidad tributaria frente a cualquier rectificación ulterior de su contenido con tal de que se presente como subsanatorio de un error padecido, no ya por el Notario autorizante, sino sobre todo por los otorgantes del primitivo instrumento.

Como insisto en que el texto de la resolución no suministra datos suficientes para averiguar el *factum* concreto sobre el que operaba, basta con dejar planteada la doble posibilidad referida, sin pretender apurar sus respectivas consecuencias.

2. En segundo lugar cabe hacer notar, ahora sí con certeza, el detalle insignificante de que la Dirección, en su último considerando, olvida la hipótesis de «no sujeción» en la retahíla de notas que pueden bastar para la inscripción de los documentos (sólo menciona el pago, la prescripción, la exención y el aplazamiento), y por otro lado —y esto es más interesante— que se ciñe a la letra del precepto reglamentario y circunscribe la hipotética denuncia por liquidación defectuosa a la Delegación de Hacienda respectiva y no a la Oficina liquidadora correspondiente, a la que parece que aquélla deberá oficiar, cursándole la queja. Nada que objetar por el literal recordatorio de un precepto reglamentario que, además, en la fecha de las escrituras armonizaba bastante bien (salvo Administraciones tributarias forales) con la estructura orgánica estatal de la imposición indirecta. El reproche en cambio quizá sí quepa hacerlo al artículo 107 actual, que se ha limitado a una mera corrección gramatical de su antecesor, sin una adecuación absoluta a los vigentes órganos liquidatorios de los impuestos afectantes a los actos o contratos inscribibles (40), merced a la utilización de una

rrafo segundo, y 14.1 del Texto Refundido de 1980] ni se practicaría la liquidación caucional y su inusitada afección registral (art. 76.2, párrafo cuarto, del Texto Refundido de 1967), ni operaría quizá y en su caso la presunción del art. 27.1, b), del mismo Texto Refundido de 1967, etc

(40) Sólo en los impuestos regulados por los Textos Refundidos de 1967 y 1980 confluyen, con competencias diversas, además de las Oficinas liquidadoras de partido, las Abogacías del Estado, las Dependencias de Relaciones con los Contribuyentes y los paralelos órganos autonómicos —allí donde se ha transferido la gestión—, sin que estos últimos se encuentren exactamente en relación de subordinación con las Delegaciones (o Subdelegaciones) de Hacienda. Acaso el artículo 107 del Reglamento Hipotecario haya querido con acierto sustraer al Registrador del «maremagnum» orgánico-fiscal, señalándole un Centro tradicional al que dirigirse (la Delegación de Hacienda, unidad periférica que parece haber salvado el nombre —disposición final segunda del Real Decreto 1801/1981, de 24 de julio—), perteneciente también, como el Registro de la Propiedad, a la esfera administrativa estatal, el cual Centro, en tanto dependencia especializada, ya reencaminaría la denuncia al ámbito competente. De ser así, y

fórmula omnicomprendensiva (v. gr., «poner en conocimiento del organismo correspondiente») que lo pusiera a resguardo de obsolescencia derivada de alteraciones orgánicas o competenciales.

3. El penúltimo aspecto que cabe resaltar en la resolución, cuyo comentario concluyo en el próximo apartado, es el de la posible irregularidad (por antedatación, parece) de la nota de liquidación (41) puesta a la escritura de consentimiento formal rectificatorio de la señora Maciá. El Registrador, que opuso como defecto la falta de esa nota en un documento que cabe calificar como complementario (42), se extraña de que el Notario lo niegue de adverso y de que afirme que sí llevaba dicha nota «cuando en realidad no se retiró el documento de la oficina del Registro». ¿Se produjo en efecto la anomalía? La Dirección prefiere, con habilidad, lavarse las manos en un asunto que excede de su competencia y señalar el cauce también del artículo 414 (hoy 107) para que se ventilase en su caso donde procediera.

VI. Y, en fin, como me comprometí a ello, me asomo para terminar, con el mayor de los temores y presuroso por abandonarlo, al vidrioso tema del consentimiento formal en su versión española. La razón para ese obligado atrevimiento me parece obvia: Se produjo en los supuestos fácticos de esta resolución un ejemplo claro, casi diría el más claro posible, de consentimiento formal (43), el prestado por la señora Maciá en la escritura de 4 de febrero de 1980, que el Registrador estimó insuficiente por reconducirlo forzosamente al ámbito del artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria, y que la Dirección en cambio —considerando cuarto *fine*— apreció como bastante para su cabal cometido, que no era otro que el de viabilizar la rectificación de una inexactitud registral de las del artículo 40, apartado d), de la Ley Hipotecaria. Sorprende que ROCA SASTRE (44) afirme que la rectificación de errores cometidos al extender los asientos registrales constituye «una materia extraña al consentimiento formal» sólo porque también puede producirse aquélla unilateralmente por el Registrador o por imposición judicial, y que LACRUZ, en sus *Lecciones...* (45), se limitase a encontrarle semejanzas y diferencias con el consentimiento formal, que luego no reitera en 1968 (46), por ceñir prejuiciosamente este último al ámbito cancelatorio, es decir, al

aunque retrase algo la actuación administrativa, quizá el precepto deba merecer algún pláceme desde el ángulo de la comodidad del Registrador

(41) Concediendo exención (?). Lo correcto hubiera sido —creo— declarar su no sujeción.

(42) Y exento de presentación incluso en Oficina liquidadora según, entonces, el artículo 113.2, e), del Texto Refundido de 1967 y, hoy, el 72.2, e), del Reglamento de 1981.

(43) Hablo de consentimiento formal en el sentido en que lo utiliza la doctrina española, a raíz de la fundamental poda que de sus importados mitos hizo Díez PICAZO el 24 de febrero de 1967 en su conferencia «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», publicada luego en esta misma Revista, núm. 462, septiembre-octubre de 1967, págs. 1263 a 1290; o, lo que es lo mismo, en el sentido de un consentimiento prestado por el titular registral para que se opere una alteración de su asiento con el alcance que sea, y de ahí que lo denomine también, casi con preferencia, por su menor exotismo, consentimiento «tabular». Este ni pretendo que sea abstracto, es decir, que funcione con independencia de su causa, prescindiendo de que la mencione o no (aunque debe hacerlo: *vide infra*), ni que constituya siempre y a priori un negocio dispositivo salvo que por ser la inscripción constitutiva del derecho (hipoteca, superficie, etc.) la alteración —voluntaria y no debida— del asiento en que se contiene, repercute en la existencia o consistencia del referido derecho. Y ni siquiera lo conceptúo por definición, como unilateral (= emisible sólo por el titular registral; *vide infra* nota 53), aunque ello será casi siempre lo más frecuente. Eso sí, unilateral o bilateral, estimo que es siempre recepticio y recepticio en dirección Registrador básicamente.

(44) En su *Derecho hipotecario*, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, tomo II, pág. 149.

(45) *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, pág. 180

(46) En su obra, en colaboración con FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, págs. 146 a 148, aunque sí afirma, en sede de inexactitud —página 310—, que el consentimiento rectificatorio, al no necesitar probar la realidad del hecho en que se basa, «se relaciona con el consentimiento formal, sin llegar a identificarse con él».

artículo 82, 1, de la Ley Hipotecaria (47). Yo, por el contrario, me atrevo a afirmar que la hipótesis químicamente más pura de «consentimiento tabular» se encuentra en el apartado *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 214 de la misma y 322 y siguientes de su Reglamento. Y apoyo mi aserto en que son esos preceptos el caldo de cultivo más adecuado para descubrir, como en el caso de nuestra resolución, la existencia de un consentimiento dirigido exclusivamente a una operación registral, sin tener que proyectarse previamente sobre un imposible consentimiento material (48). En efecto, si la inexactitud en el título que motivó la inscripción tuvo como agente al titular registral, éste, para deshacer el entuerto, precisará emitir una nueva manifestación de voluntad sustantiva de carácter rectificatorio, de acuerdo con los artículos 219 de la Ley Hipotecaria y 146 del Reglamento Notarial, que dificultará su deslinde de la eventualmente dirigida a que la enmienda se refleje en el Registro (49). Pero si la inexactitud tiene como responsables o al Notario en su doble fase originaria (matriz) y transcriptiva (copia) o al Registrador en su operación inscriptiva, y aquélla, por su trascendencia, no fuere susceptible de rectificación unilateral por los culpables del fallo, ¿henos aquí, inevitablemente, ante la precisión de recabar y obtener un consentimiento, que sólo puede tener por objeto la tolerancia de un asiento registral. Que ese alquitarado consentimiento tabular vaya encaminado a lograr la exactitud registral y no a subvertirla (ROCA) no empece su diáfana realidad, porque sólo partiendo de un prejuicio conceptual cabría exigirle al consentimiento formal-tabular su degeneración *ab origine*, es decir, su inclinación innata a discordar realidad y Registro.

Sentada la anterior premisa, no preciso hacer un esforzado acopio de las opiniones doctrinales más sobresalientes vertidas a propósito del consentimiento formal cancelatorio —que sería sólo una faceta del consentimiento tabular, al igual que el tema de la desinscripción— porque ya lo ha hecho admirablemente mi antecesor en estas lides glosadoras TIRSO CARRETERO GARCÍA (50), tras cuyas páginas sólo cabe registrar como novedades, amén

(47) Quizá el trasfondo de esas arbitrarias restricciones se encuentre en la antipatía con que contemplan la vitanda importación del consentimiento formal de la Grundbuchordnung alemana, que les impulsa a aislar el virus en sus focos irreductibles. Acaso de haber partido, como yo, de un aséptico y nacional concepto de «consentimiento tabular», su justificada prevención hacia el artificio germánico no les llevara a negar la evidencia de que en el artículo 40, *d*), se contempla el caso de una escueta autorización para una operación de mecánica registral.

(48) A menos que se quiera descubrir artificioosamente un cierto consentimiento material o sustantivo en la aquiescencia al hecho de que se cometió por el Notario o el Registrador un error —que sería el consentimiento material— y, en consecuencia, acepta el titular registral la consiguiente rectificación de los libros —en lo que consistiría el consentimiento formal—. Para mí aquella aquiescencia es sólo la causa del único consentimiento vertido: el tabular.

(49) Tal fue el caso, por ejemplo, de la Resolución de 28 de febrero de 1951, antes citada incidentalmente: Al efectuarse unas segregaciones y ventas de fincas se padecieron unos errores descriptivos de los que se percataron las partes al ir a efectuar otras alteraciones tabulares. Otorgada nueva escritura rectificadora por todos los comparecientes, plenamente capaces, de la primera, la Dirección aproxima su solución positiva al tema del consentimiento formal afirmando que «si la rectificación del Registro es solicitada conjuntamente por el titular inscrito y por la persona que resulte perjudicada por el nuevo asiento, resulta que se ha prestado el consentimiento exigido por el párrafo primero del artículo 82 y el apartado *d*) del artículo 40 de la Ley Hipotecaria para poder practicar las inscripciones que han de sustituir los asientos inexactos».

(50) «Comentario a la Resolución de 22 de agosto de 1978», en esta misma Revista, núm. 534, septiembre-octubre de 1979, págs. 1103 a 1120. Resulta tan exacto su resumen crítico de las ideas de ROCA, SANZ, LACRUZ, DIEZ PICAZO, ZUMALACÁRREGUI y BONILLA, amén de las de otros autores más tangenciales para el debate, como desoladoras las conclusiones a que llega: prácticamente nos viene a demostrar el carácter polidédrico de la noción de consentimiento formal, su enlace con temas tan o más evanescentes cual el de la causa o el de la abstracción y, en fin, la necesidad de analizar caso por caso para ir decidiendo si se exige, si basta, si se diferencia del material, etc. Sólo a propósito de la cancelación de la hipoteca por consecuencia del pago del crédito garantizado que, a fin de cuentas, era el caso debatido entonces, se atreve a sentar estas tres conclusiones: 1.ª Que la simple cláusula de

de la obligada reseña en *Manuales* (CHICO, PEÑA, etc.), las ligeras referencias a la cuestión que formula CÁMARA (51) y la reafirmación *in substantia* que de su postura ha efectuado ZUMALACÁRREGUI en un delicioso y envidiable estilo palominiano (52). Tampoco pretendo aportar ideas originales al tema del consentimiento formal, sino a lo sumo adhesión a algunas de las ya vertidas, y, eso sí, un nuevo enfoque sistemático que lo extraiga del ámbito cancelatorio y de la obsesión por si constituye o no una mimesis de su paralelo teutónico. Por eso, a grandes rasgos, y para liquidar un proceloso tema, en el que la presente resolución sólo aporta una *fattispecie* interesante pero ninguna consideración jurídica sobre ella, me limito a afirmar:

1.º Resulta perfectamente concebible, en el plano conceptual, la existencia de un consentimiento puramente tabular, es decir, proyectado a la práctica (o no: pacto de no inscribir, sin perjuicio de su problemática lícitud) de una operación de mecánica registral.

2.º Ese consentimiento puede verse sobre un asiento positivo (53), negativo (54) o neutro (55).

3.º Dicho consentimiento, salvo que la Ley, anómalamente, lo exija de

carta de pago sin ninguna referencia al derecho real de hipoteca ni a su extinción debe estimarse insuficiente (para practicar el oportuno asiento cancelatorio, se entiende), 2.º La que contenga sólo cláusula de consentimiento formal, en principio tampoco debe ser admitida, y 3.º La que contenga cláusula de consentimiento material suficientemente expresiva, con un principio de causalización, por escaso que sea, debe estimarse suficiente, aunque el consentimiento formal resulte meramente implícito.

(51) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Meditaciones sobre la causa*. A propósito del libro de TOMÁS ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, en esta misma Revista, número 527, julio-agosto de 1978, págs. 637 a 693, en especial págs. 647 a 649, donde apunta una peligrosa aproximación entre los temas de rogación y consentimiento formal cancelatorio, siendo así que los sujetos de aquella (art. 6 de la Ley Hipotecaria) son mucho más variados que los que pueden emitir este último. Ya la Ordenanza inmobiliaria alemana distingue nítidamente entre «petición de inscripción» (Eintragungsantrag, § 13 y ss.) y consentimiento de inscripción (Eintragungsbewilligung, § 19 y ss., en especial § 22, que se refiere, como nuestro art. 40, d), de la Ley Hipotecaria, al consentimiento formal rectificatorio de una inexactitud registral, allí no siempre necesario). De todas maneras insisto en que intencionadamente me distancio en esta sintética fijación de conceptos, de cualquier paralelismo con ordenamientos inmobiliarios foráneos, en concreto con el alemán federal. El que desee profundizar en dicho comparatismo cuenta ahora con el actualizado y diáfano artículo de ANTONIO PAU PEDRÓN: «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en esta misma Revista, núm. 531, correspondiente a julio-agosto de 1982, págs. 951 a 1023 (véanse, en concreto, para los principios de rogación y consentimiento, las págs. 974 a 978).

(52) O mejor zumalacarreguiano, si no fuera tan impronunciable. Vide TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI y MARTÍN-CÓRDOVA: *Relección y autocritica de una tesis doctoral*, C. E. H., Madrid, 1983, en particular págs. 47 y ss. (un anticipo de esta última obra en su ponencia sobre la inexactitud, citada en la nota 1, pág. 522). Su tesis doctoral y su trabajo «de juventud» de 1967 son ya demasiado conocidos para que necesite reseñarlos y además pueden encontrarse en el resumen de TIRSO CARRETERO.

(53) Ejemplos nada citados y más certeros que los de la hipoteca unilateral o el de las mutaciones de rango me parece que lo son los previstos en la última de las alternativas del artículo 2.º, quinto, de la Ley Hipotecaria («hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban»); en el artículo 14, primera, del Reglamento Hipotecario (ídem); en la Ley 482 de la Compilación navarra (convenio expreso para la inscripción de una prohibición de disponer establecida en actos a título oneroso) y, para algunos también, en la versión recientemente derogada del artículo 50 del Reglamento Hipotecario («en virtud de escritura pública en que así se solicite»). En los tres primeros casos el consentimiento tabular es bilateral en su emisión, si bien dirigido principalmente al Registrador.

(54) El más claro ejemplo resulta ser el del artículo 206, duodécimo, y 208 del Reglamento Hipotecario, pero también lo serían algunas variantes de cláusulas notariales de cancelación automática de las llamadas condiciones resolutorias explícitas por el mero transcurso de un plazo con independencia de la situación extrarregistral del débito garantido; y finalmente, con carácter genérico, también es posible imaginar un consentimiento puramente tabular en sede del artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria, lo cual no tiene nada que ver con el problema de si sería suficiente dicho consentimiento para la cancelación solicitada, ni menos con el de si va implícito en el consentimiento material extintivo, cuestiones ambas sobre las que me pronuncio en el texto.

(55) El ejemplo arquetípico sería el de la Resolución que comento, es decir, el consentimiento tabular rectificatorio [art. 40, d), y 214 de la Ley Hipotecaria], que igual puede afectar a un asiento positivo (inscripción *stricto sensu*, anotación, nota y presentación) que a uno negativo (cancelación), sin que esa clasificación de asientos por su contenido típico me satisfaga demasiado.

un modo expreso y aislado del material, debe presumirse embebido en este último (56).

4.º En ningún caso el consentimiento tabular debe intentar registrarse desconectado de su causa, ni siquiera con una desconexión puramente procesal, o sea que no mencione aquélla (57); y

5.º La causa de ese consentimiento (58) puede ser tan varia como lo es el número de las motivaciones humanas lícitas (59).

J. M. R. P.

(56) Resulta inevitable exigirlo, por ejemplo, en el caso del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, aunque quizá sólo cuando la opción no se haya configurado *in titulo* con carácter real. En cambio, en sede del torturante (art. 82.1 de la Ley Hipotecaria) creo que hay que rendirse ante la insistencia y contundencia de la opinión de ZUMALACÁRREGUI y entender que, habiéndose manifestado un consentimiento material extintivo, resultaría artificioso y discriminatorio frente a los demás tipos de asientos el exigir, además, un consentimiento tabular. La jurisprudencia, es verdad, no ha dado todavía paladinamente respaldo a esa postura valiente, pero la reinterpretación de un precepto (el 82, citado), elaborado —se ha dicho metafóricamente— en una verdadera «noche triste» del legislador, debe acometerse (Valle de Otumba) con todos los medios lícitos, v. gr., desorbitando su párrafo segundo («cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley»), buscando su auténtica razón histórica (la obcecación con la hipoteca, derecho de dos estratos, el personal y el real) a su párrafo primero, apurando la interpretación lógica, sistemática y teleológica de la norma, etcétera (ZUMALACÁRREGUI, BONILLA).

(57) Lo exige así el ámbito de la función calificadora —arts. 18 y 99 de la Ley Hipotecaria— que debe extenderse a la legalidad de los documentos inscribibles y a la validez de los actos contenidos en los mismos. Soy consciente de que desbordo la letra de aquellos preceptos hipotecarios, pues una cosa es la causa del negocio sustantivo (claramente calificable) y otra el motivo del consentimiento tabular (que no siempre coincide con aquel negocio, sino que puede ser autónomo), pero la práctica y la jurisprudencia ya se sabe que han extendido la calificación a «todo lo divino y lo humano». De esta suerte se evita el «jugar» con los asientos registrales (CARRETERO), pero tampoco se los convierte en «intocables» si su alteración obedece a una razón o motivo lícito, v. gr., disponer del puesto registral y de su protección por imperativo de un ulterior acreedor exigente, pero sin que el anterior renuncie a su crédito sustantivo; prescindir de una anotación que inmoviliza la finca y ahoga económicamente al deudor si éste ofrece otra garantía pignoratícia o fideiusoria; abdicar de una condición resolutoria sometida a término final si se calcula que ya ha cumplido su cometido; enmendar errores propios o ajenos, viabilizar la inscripción de un derecho personal, etc. Pero, insisto, todas esas motivaciones lícitas deben aflorar en el título inscribible, aunque sea implícitamente.

(58) Que no tiene nada que ver con la causa del negocio jurídico ni con ninguna de las otras facetas en que se habla de la causa (de la atribución, de la obligación, etc.) y me guardaré muy mucho, aquí sí, de adentrarme innecesariamente en semejante selva.

(59) Ni siquiera en la esfera del consentimiento tabular cancelatorio debe verse un elenco cerrado de causas. Los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria en ninguna parte afirman que comprenden una relación exhaustiva de motivos de cancelación (en el mismo sentido, ROCA SASTRE *Derecho hipotecario*, cit., II, pág. 145). Ni siquiera el malhadado artículo 103 (cuyo origen desvela TIRSO), en su circunstancia cuarta y párrafo final, impone que la cancelación sólo pueda obedecer a destrucción del inmueble, extinción del derecho y nulidad del título o del asiento. Obsérvese que esa mención sólo parece exigirla el legislador —absurdamente— cuando la cancelación sea parcial; siendo total, el abanico de causas expresables se encuentra abierto. Así parece entenderlo el artículo 193, segunda, del Reglamento Hipotecario. Además, si no se interpretan flexiblemente los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria, no sería posible la cancelación por simple falsedad ideológica del título o por error en la extensión del asiento (ya he recordado que a veces puede operar el artículo 318 del Reglamento Hipotecario), o por voluntad desincriptoria lícita del titular registral ni siquiera en el caso, de insuficiente rango normativo, del artículo 206-12.º del Reglamento Hipotecario.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL CONCEPTO DE ILICITUD DE LA CAUSA SE DESENVUELVE EN LA JURISPRUDENCIA CON GRAN AMPLITUD (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La ilicitud de la causa viene definida en el artículo 1.275 por la nota de oposición a las leyes o a la moral, cuyo concepto genérico se desenvuelve en la doctrina jurisprudencial con gran amplitud y flexibilidad, aplicándose no solamente en los supuestos de convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo, sino también a múltiples negocios jurídicos que, no encerrando en sí ningún elemento de manifiesta antijuridicidad, son ilícitos por el matiz inmoral o de fraude de ley que reviste la operación en su conjunto, en la que destaca como elemento fundamental y característico el ataque o lesión de un interés general de orden jurídico o moral.

APLICACION DE NORMAS DE LA COMUNIDAD DE BIENES A LAS SOCIEDADES CIVILES (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La aplicación de las normas relativas a la comunidad de bienes en las sociedades civiles sin personalidad ha de entenderse limitada, como advierte la doctrina, al sustrato material o fondo común formado por los socios, al que sin duda pueden ser llevadas aportaciones con finalidad traslativa y, por tanto, perdiendo su titularidad exclusiva el aportante, por virtud del pacto social con fuerza vinculante plena en las relaciones internas.

LA FALTA DE LITISCONSORCIO NECESARIO, POR AFECTAR AL ORDEN PUBLICO, DEBE SER ESTIMADO DE OFICIO (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El respeto a los principios jurídicos de «veracidad de la cosa juzgada» y «de la necesidad de oír y vencer en juicio a quien en él pueda ser condenado, o a quienes pudieran afectar de forma directa los pronunciamientos a recaer», exigen el llamamiento al proceso de cuantos se vean o puedan verse afectados por la resolución definitiva, produciéndose la situación de litisconsorcio, bien activo o pasivo necesario, sin que la circunstancia de que el actor pueda traer al proceso a las personas que crea conveniente le releve de convocar a aquellas que tengan un evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan ser afectadas por el fallo a dictar; es por ello por lo que los Tribunales no deben pronunciarse sobre cuestiones atinentes a quienes, no obstante no haber sido llamados a juicio, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada, a virtud del nexo que les une con las partes, cuestión que por afectar al orden público puede y debe ser estimada de oficio.

NUESTRO ORDENAMIENTO NO CONSAGRA LA TEORIA SUBJETIVISTA DE LA INTERPRETACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Nuestro ordenamiento privado, a pesar de los términos en que está redactado el artículo 1.281 del Código Civil, no consagra de forma absoluta la teoría subjetivista de la interpretación del contrato, ya que en caso de criterios dispares entre los contratantes, los Tribunales han de atender a la voluntad común de ambos y desatender la voluntad interna meramente subjetiva de alguno de ellos, de modo que la intención de los contratantes no es lo que ellos quisieron, sino lo que decida un observador imparcial, en este caso el Tribunal *a quo* con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del artículo 1.258 del mismo Código sustantivo, y en esa operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio evidente de elementos objetivos.

LA CONTRATACION CIVIL Y LA ADMINISTRATIVA TIENEN EN COMUN LA ELABORACION «IUSCIVILISTA» DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La distinción entre la contratación civil y la administrativa no puede plantearse en términos de nítida singularidad de ésta frente a aquella, sino que es a partir de una común plataforma sustentadora, constituida por la elaboración iuscivilística del contrato, como ha de investigarse en qué casos la Administración comparece en la relación jurídica en términos que convierten esta relación en contrato administrativo y cuándo lo hace con carácter que atribuye a la convención establecida la naturaleza de puro negocio de Derecho privado. La doctrina científica de más acusado relieve acepta que para la caracterización de los contratos ad-

ministrativos ha de seguirse el criterio de que cuando lo que un sector doctrinal ha llamado, con expresión feliz, modulación del contrato por la Administración —variantes introducidas por su presencia en la genérica institución contractual— alcanza cierta intensidad es predicable la atribución a la jurisdicción contenciosa de los litigios que versen acerca del contrato en tal situación, debiendo ponderarse dicha modulación en el ámbito de actuación que a la Administración le corresponde como propio de sus funciones peculiares. La legalidad española sufrió una importante innovación después de la nueva Ley de Contratos del Estado, no sólo al ampliar el campo de los convenios que deben reputarse contratos administrativos, sino muy principalmente al sustituir en materia de supletoriedad el tradicional criterio de la aplicabilidad de las normas administrativas, sólo como excepción a la normativa de Derecho común, por el principio de autointegración del propio ordenamiento administrativo, que en la materia de contratos ha de considerarse ya dotado de un verdadero derecho objetivo autónomo al establecer el artículo 4.º, regla 2.ª, de la Ley de Contratos del Estado que en caso de silencio contractual o legal sea la misma ley o los principios generales derivados del ordenamiento administrativo los que en preferente lugar rijan como supletorios.

LA RUINA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL ES UN CONCEPTO MAS AMPLIO QUE EL DEL ARRUINAMIENTO «STRICTU SENSU» (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 20 de noviembre de 1959, la ruina a que se refiere el artículo 1.591 del Código Civil es un concepto más amplio que el del arruinamiento *strictu sensu*, toda vez que comprende incluso aquellos defectos de la construcción tan graves que permitan intuir o temer una próxima pérdida de la obra.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, 1, en relación con el 1.591, ambos del Código Civil, las normas han de interpretarse, además de en su sentido propio, en relación con la realidad social de su tiempo, y hoy cabe decir que, acaso como reacción, el individualismo que caracterizó otras épocas ha sido sustituido por un criterio de marcada socialización, lo que en el plano jurídico se ha traducido en una cada vez mayor influencia del criterio objetivo, que en este concreto supuesto se traduce en el hecho de que quien obtiene beneficios con la realización, explotación, dirección, etcétera, de algo que entraña un riesgo debe en principio responder de las consecuencias que de ello pueda derivar.

LOS CONTRATOS MIXTOS DEBEN REGULARSE SEGUN EL PRINCIPIO DE ANALOGIA (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El problema del contrato mixto no es el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto las tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar la de la *absorción* o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predomi-

nantes, que absorbería a los demás; en segundo término la de la *combinación*, que postula una especie de «alfabeto contractual», consistente en tener en cuenta los elementos concretos más que el contrato nominado del que derivan, y finalmente una *ecléctica*, partidaria de utilizar uno u otro criterio, según la combinación de elementos que intervenga en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la *analogía*, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales, y dependiendo la solución en última instancia de lo que decida, con su prudente arbitrio, la autoridad judicial.

FALTA A LA BUENA FE EL QUE EJERCITA SU DERECHO CON RETRASO DESLEAL (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta, en la que hizo confiar a otro —prohibición de ir contra los propios actos—, y especialmente infrinje el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal—, vulnerando tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho.

NUESTRO ORDENAMIENTO CONTINUA RESPONDIENDO AL PRINCIPIO BÁSICO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer en la esfera de la culpa extracontractual la evolución experimentada por el principio subjetivista en la doctrina y en la jurisprudencia hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa pero generadora de riesgos para los demás (*ubi emolumentum, ibi onus*), ora acudiendo a la inversión o atenuación de la carga de la prueba o a la elevación del nivel de cuidado exigible, que ha permitido hablar de la regla del «agotamiento de la diligencia», en modo alguno viene permitida la exclusión sin más del básico principio de la responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo, lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser antijurídico por vulnerar una norma, aun la más genérica (*alterum non laedere*), protectora del bien lesionado, y culpable, esto es, imputable a negligencia o dolo del agente, por más que la diligencia obligada abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia

imponga para prevenir el daño; y desde luego habrá que partir del postulado de que la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado.

NO TODA DISCONFORMIDAD DE UN ACTO CON UNA LEY DETERMINA LA NULIDAD RADICAL DE AQUEL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La sanción de nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, cuando no existe sanción de nulidad *per se*, no hay que interpretarlo con criterio rígido, sino flexible, teniendo en cuenta que no toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales, determina una consecuencia de absoluta o radical nulidad, pues no toda norma jurídica contiene regla de derecho necesario, lo que conduce a que en tal aspecto deba extremarse la prudencia, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja.

NOVACION MODIFICATIVA; LA OBLIGACION NO SE EXTINGUE (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.204 se refiere a la novación propia o extintiva, exigiendo para que «una obligación quede extinguida» el específico *animus novandi* o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles, que no es el supuesto en el que la obligación simplemente se modifica (novación impropia o modificativa), de acuerdo con el número 2 del artículo 1.203, es decir, «sustituyendo la persona del deudor» por otro nuevo que asume la obligación (la misma e idéntica obligación) que tenía el anterior, que no requiere aquel *animus* extintivo, justo porque la obligación no se extingue; lo que requiere el artículo 1.205 en estos casos de sustitución del deudor es el «consentimiento del acreedor», sin exigirse que tenga que recaer en el momento mismo en que los dos deudores acuerdan la operación.

ACTOS QUE IMPLICAN ACEPTACION TACITA DE HERENCIA (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Nuestra doctrina y jurisprudencia, bajo el milenarismo influjo del Derecho romano, ante la imposibilidad de fijar *ex lege* todos los actos que pudieran implicar aceptación de la herencia, opta por atribuir este efecto a aquellos actos que, más que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos —*pro herede gestio*, con la salvedad del *pietatis vel custodiae causa*—, es decir, de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro; en suma, como

decían las Partidas, realizar «actos de señor», que sólo pudiera realizar el causante o su sucesor.

Ya la jurisprudencia decidió que suponían aceptación tácita los actos del heredero reflejados en el cobro de los créditos hereditarios o bien el hecho de interponer demanda relativamente a los bienes relictos.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RESOLUCION.—NO PUEDE ADMITIRSE LA REVISION PORQUE LA RENTA ES INFERIOR A LA CUANTIA MINIMA SEÑALADA PARA ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1981).

Se presenta demanda de resolución del arrendamiento ante el Juzgado número 3 de Burgos, habiéndose celebrado el contrato verbalmente en 1964 y sin plazo de duración, por lo que debió caducar a los seis años. Se reclaman también las cuotas de la Seguridad Social Agraria de 1972 a 1977, satisfechas por el demandante y debidas por el arrendatario. El Juez declara resuelto el contrato y lo mismo hace la Audiencia Territorial.

El recurso de revisión se funda en que la duración del arrendamiento de renta inferior a 5.000 pesetas será de tres años, con prórrogas sucesivas durante quince años. Pero se rechaza porque, de conformidad con lo dispuesto en el número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos y la remisión que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace al número 5 del artículo 51 y al número 3 del artículo 1.729, no ha lugar a la admisión del recurso cuando la cuantía es inferior a 20.000 pesetas, siendo en este caso inferior a las 5.000.

RESOLUCION DE APARCERIA.—NO SE HA PROBADO EL FRAUDE Y DESLEALTAD DEL APARCERO, POR LO QUE NO PROCEDE LA RESCISION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1981).

En 1974 una sociedad dio en aparcería unas fincas que componen una unidad de cultivo, reservándose el derecho a cazar en ella, y el monte, así como el cultivo de unas 100 hectáreas. No estando de acuerdo con la conducta del aparcero se presentó demanda de resolución ante el Juzgado de Motilla del Palancar. El demandado alega que lo que se trata es de evitar el retracto o la indemnización al aparcero, ya que las fincas habían sido vendidas en documento privado, rechazando además todas las pretendidas anomalías alegadas por la entidad demandante. El Juzgado admitió la excepción de falta de legitimación del actor y no entró en el fondo del asunto, pero la Audiencia Territorial modificó la anterior, rechazando la excepción de falta de legitimación y desestimando la demanda.

No prospera el recurso de revisión. No existe error de hecho, ya que debía citar los documentos básicos del manifiesto error que denuncia, pero aun admitiendo que los documentos sean los que sirven a la parte para

fundamentarlos, ha de tenerse en cuenta que el error de hecho ha de ser «manifiesto», que resulte directamente de los documentos aportados al pleito, pues de no ser así es probable que exista algún error, pero no será estimable para determinar la rectificación de hechos probados, pues según reiterada jurisprudencia, los documentos han de concretar una flagrante contradicción entre lo expuesto en ellos y lo resuelto en la sentencia, pero lo que aquí se acredita es la discrepancia de la parte recurrente con relación a las consecuencias habidas por la Sala de instancia, siendo a ésta sola a la que incumbe la facultad de apreciación de la prueba. No existe el subarriendo pretendido por la actora ni las irregularidades que la recurrente señala como hechos determinantes de la deslealtad y del fraude del aparcerero. La nota característica de la aparcería es la mutua confianza que ha de existir entre propietario y aparcerero, pero el incumplimiento de las obligaciones de éste ha de estar plenamente probado, y la Sala declara que tal deslealtad no se ha producido.

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE EN LA FECHA DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA HABIA CADUCADO LA ACCION (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1981).

Enterado el arrendatario, según su afirmación, de la venta de la finca a través del Registro, presentó demanda de retracto ante el Juzgado de Arenas de San Pedro, que apreció la excepción de incompetencia de jurisdicción por no exceder la renta de 5.000 pesetas. A su vez, el Juzgado de Distrito alegó también incompetencia, interponiéndose la definitiva demanda ante el de Primera Instancia. El propietario alegó que el arrendatario había conocido la venta con anterioridad, habiendo pagado incluso la renta al adquirente, con lo que reconoció explícitamente el carácter de dueño del mismo. El Juzgado de Arenas admitió la demanda, pero la Audiencia de Madrid revocó la sentencia, declarando no haber lugar al retracto.

No tiene éxito el recurso de revisión. Según el contrato, el arrendatario había de pagar la renta el 1 de julio de cada año, y la renta de 1975-1976 le fue exigida por el nuevo propietario, entregándole el recibo que ha rehusado presentar en autos, no obstante haber sido requerido judicialmente para ello, luego en esta fecha había tenido cabal conocimiento de la enajenación que posibilitaba el ejercicio del retracto del artículo 16 del Reglamento, derivando de dicha afirmación la Sala sentenciadora que la acción, para hacer efectivo tal derecho, había caducado en 25 de octubre de 1975, en que se interpone la demanda. Frente a esto no consigue probar el actor que la fecha de inicio para el cómputo del plazo para ejercitar la acción haya que situarlo en septiembre del mismo año, haciendo supuesto de la cuestión debatida y situando la fecha en la que conviene al recurrente según la tesis que mantuvo en la instancia.

DESAHUCIO.—MEDIANTE CARTA DEL ARRENDATARIO RENUNCIANDO A SEGUIR EN LAS FINCAS ARRENDADAS, SE DIO LUGAR AL FUNDAMENTO PARA EJERCITAR LA ACCION DE DESAHUCIO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1981).

El contrato de arrendamiento de 1968 era por ocho años prorrogables, diciendo su cláusula 3.ª que para poder utilizar la prórroga de otros ocho años no es preciso que el arrendatario tenga autorización del arrendador, sino que serán los arrendadores los que con un año de antelación avisen al arrendatario por escrito manifestando su deseo de dejar nulo el contrato. En 1975, proponiéndose vender la finca, se iniciaron las negociaciones para resolver el contrato por parte del propietario, dirigiendo una carta el arrendatario en la que expresaba su deseo de abandonar la finca. En 1976, vendida la finca, los compradores, mediante acta notarial, notifican la idea de iniciar la explotación personal de las fincas adquiridas por parte de ellos, pero el arrendatario contestó a través de Notario, no aceptando el requerimiento, por lo que se demanda el desahucio ante el Juzgado de Jaca, que desestimó la demanda, aunque revocó esta resolución la Audiencia de Zaragoza.

No ha lugar al recurso de revisión. La sentencia tiene por desistido al arrendatario recurrente, por no haber consignado las rentas vencidas durante la tramitación del pleito, según el artículo 54 del Reglamento, ya que este requisito es de orden público apreciable de oficio, pero además las excepciones del demandado fueron desestimadas por el juzgador de primer grado y éste no recurrió contra la sentencia ni se adhirió a la apelación del demandante, lo que es suficiente para desestimar el motivo, ya que si no ejercita el recurso de apelación respecto a ellas, no puede ahora ejercitar el de revisión, ya que en ese punto la resolución tiene el carácter de firme, puesto que el recurso de revisión exige haber agotado todos los recursos ordinarios, según reiterada jurisprudencia. El recurrente argumenta que su renuncia se basaba en que se vendieran todas las fincas, pero algunos arrendadores no lo hicieron, por lo que no se cumplió la condición, careciendo de eficacia la obligación asumida en cuanto a la resolución del contrato; pero olvida el recurrente que se declaró probado por la sentencia de la Audiencia que el demandante es propietario de ciento ochenta y cuatro fincas adquiridas por escritura de 1976, y que el arrendatario convino en dar por resuelto el arriendo siempre que las fincas sean adquiridas por un tercero, y como todas las fincas fueron vendidas, la condición impuesta por el recurrente se cumplió, por lo que, conforme al artículo 1.114 del Código Civil, la obligación nació y es exigible, y la resolución contractual dio lugar a la acción de desahucio ejercitada en la demanda, ya que existió mutuo acuerdo. Como el contrato de compraventa comprendía todas las fincas arrendadas, es indudable que siendo objeto del desahucio todas ellas, no se produce un desahucio parcial, al comprender la totalidad de las fincas.

RESOLUCION.—LA PRIORIDAD SUCESORIA DEL CONYUGE EXCLUYE TODO DERECHO A FAVOR DE LOS OTROS HEREDEROS EN EL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1981).

Ante el Juzgado de Peñarroya-Pueblonuevo, se presenta demanda solicitando resolución del arrendamiento, concertado en 1974 por un plazo de seis años, siendo la finca de aprovechamiento ganadero, y sin derecho a prórrogas. En 1979, fallecido el arrendatario, se notifica la subrogación de la viuda e hijos en el arrendamiento y su deseo de prorrogarlo por otros seis años, a lo que se opuso la actora, que interpuso la demanda, que fue admitida tanto por el Juzgado como por la Audiencia de Sevilla.

No tiene éxito el recurso de revisión. De los términos del requerimiento dirigido a la arrendadora, se deduce que los requirentes pretendían la continuación en el arrendamiento como un conjunto colectivo de personas, sin discriminar cuál de ellos ha de ser el verdadero continuador en el contrato, lo que implica, en el caso concreto, que la explotación arrendaticia se lleva también por los hijos del arrendatario, hipótesis que hace recaer el supuesto en la causa de desahucio del artículo 28, número 4, del Reglamento, ya que la prioridad sucesoria del cónyuge excluye todo derecho a favor de los restantes parientes que tendrían derecho, en su caso, según el artículo 18 del Reglamento. Esta doctrina ha sido recogida por la Sala 6.ª del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, lo que supone la exclusión de otras personas, siendo la razón de este criterio el existir por imperio de la ley unidad contractual que impide el carácter mancomunado o solidario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del arrendamiento, al no permitirse que surja una pluralidad de personas donde existía una sola, ya que de surgir tal conjunción de individuos, se llegaría a una confusión de derechos inexplicable, lo que corrobora la nueva Ley de 1980, señalando de modo expreso un orden sucesorio en el arrendamiento.

DESAHUCIO.—EL DERECHO A LA PRORROGA LEGAL ES INDEROGABLE POR LA VOLUNTAD PARTICULAR, SIN QUE SEA ADMISIBLE LA TACITA RECONDUCCION PACTADA, PROCEDIENDO EL DESAHUCIO POR EL TRANSCURSO DE LA PRORROGA SEÑALADA POR LA LEY (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1981).

Se realizó el contrato en 1966 por un plazo de cinco años, con prórroga tácita por años sucesivos de no avisar alguna de las partes. Por donación de los padres pasa la finca a los actuales propietarios, que interponen demanda ante el Juzgado de León número 2 solicitando el desahucio de la finca, pero el Juzgado lo desestima, aunque la Audiencia de Valladolid revocó esta resolución estimando la demanda.

El recurso de revisión no prospera. El contrato tenía una duración mínima de seis años por imperativo del precepto legal, inderogable por la voluntad privada; de seis años con derecho a prórroga de otros seis años, terminando el 1 de marzo de 1978, sin que a ello sea óbice la cláusula contractual que fijaba cinco años de duración prorrogables, pues tal cláusula, contraria a la normativa legal, ha de tenerse por no puesta y sustituida por las disposiciones legales que regulan el caso, sin que sea admisible que una cláusula pueda escindirse de su contenido, estimando válidos los

pactos que puedan favorecer al arrendatario y carentes de eficacia aquellos otros beneficiosos para el arrendador, cuales eran los que facilitaban la extinción del arrendamiento sin ninguna condición, salvo la del preaviso a los cinco años de iniciado, habiendo sustituido el sistema de prórrogas legales de la legislación especial al de la tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil.

RESOLUCION.—NO PUEDE PROBARSE POR TESTIGOS LA PRORROGA DEL CONTRATO, POR SER ESTE UN SUPUESTO EN EL QUE SUELEN INTERVENIR LOS ESCRITOS, COMO SE DEDUCE DEL MISMO CONTRATO (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1981).

En 1974 se cedió una finca en arrendamiento por seis años, falleciendo la propietaria en 1978. Transcurrido el plazo y teniendo intención de realizar el cultivo directo de la finca los dueños, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Ecija, que la admite, así como la Audiencia en apelación, imponiendo a los actores la obligación de cultivar directamente la finca durante seis años.

Se rechaza el recurso de revisión. Las reglas de la sana crítica que han de inspirar la apreciación de la prueba testifical en cuanto a la prórroga verbal del contrato por seis años no son susceptibles de ser impugnadas en casación o revisión, según reiterada jurisprudencia, ya que al no constar en precepto alguno que pueda citarse como infringido, es evidente que el Juez de instancia tiene facultades amplísimas para apreciar dicha prueba, y más en este caso, cuando se trata de relación jurídica en que de ordinario suelen intervenir escrituras, siendo ése el sistema que se mantuvo en el sistema arrendaticio concertado, y, además, el propio contrato, en su estipulación octava para las mejoras útiles en la finca, como son las obras de regadío, previene consentimiento expreso y escrito de la arrendadora con pacto para cada caso concreto de las condiciones en que se realicen. Tampoco puede admitirse el error en cuanto a la apreciación de la prueba pericial, ya que, en todo caso, la prueba pericial evidenciaría la realización de las obras de riego, pero no que exista el convenio de prórroga por seis años del contrato de arrendamiento, objeto de controversia. Los recurrentes sientan como real esa prórroga, haciendo supuesto de la cuestión, tratando de sustituir con su personal criterio el más autorizado de la Sala de instancia.

DESAHUCIO.—NO PUEDE APLICARSE LA PRORROGA DEL DECRETO-LEY DE 1978, YA QUE EN LA FECHA DE ESTA DISPOSICION ESTABA EXTINGUIDO EL CONTRATO (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1981).

En 1972, los actores formalizaron contrato de arrendamiento por tres años de 67 fincas, y pasados tres años, se añadiría una finca más a las arrendadas, con elevación de renta. Transcurridos el plazo y la prórroga legal, el demandado ha cedido las fincas a terceras personas, por lo que se interpone demanda ante el Juzgado número 3 de Burgos, que estimó en parte la demanda, admitiendo la resolución del contrato, pero condenando al demandado a pagar por el concepto de Seguridad Social una cantidad

inferior a la reclamada por los actores. En la apelación triunfa el demandado, no concediendo la resolución.

Tiene éxito el recurso de revisión. El principal argumento utilizado por la sentencia *a quo* para justificar la revocación consiste en decir que el contrato no puede considerarse extinguido por expiración del plazo, puesto que los apreciables aumentos de renta entrañan una verdadera novación del contrato, lo cual no puede admitirse, ya que el arrendatario pagó siempre en trigo y cebada, cuyo importe en pesetas variaba en la valoración de los organismos oficiales de acuerdo con la fluctuación del mercado, variaciones que no pueden reputarse del precio pactado, que lo fue siempre en la cantidad y especie convenidas, aunque tuviera con el tiempo distinto valor el dinero, cuyas posibles diferencias fue lo que se trató de evitar con el establecimiento de esa auténtica cláusula de estabilización que tanto la ley como la jurisprudencia admiten en su integridad; pero es que, aunque aquellas fluctuaciones del precio se interpretasen como variaciones del mismo, tampoco puede considerarse como novación extintiva, según el Tribunal Supremo, con reiteración y coincidencia que exonera de la cita particularizada de sentencias, y si ello es así, resulta que el contrato de 1 de enero de 1972 quedó extinguido por expiración del plazo el 1 de enero de 1978, sin que pueda aplicarse la disposición transitoria del Decreto-ley de 30 de junio de 1978, ya que en la fecha de esta disposición el contrato estaba extinguido.

RETRACTO.—AL NO TENER LA FINCA TRANSMITIDA LA CUALIDAD DE «TIERRAS», NO PROCEDE EL RETRACTO DE COLINDANTES PRETENDIDO (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1981).

El demandado adquirió en subasta en juicio laboral una finca que linda por todos sus extremos con terrenos del actor, por lo que se interpuso demanda de retracto, conforme al artículo 1.518 del Código Civil, ante el Juzgado de Guía, que la desestimó, confirmandola la Audiencia de Las Palmas.

También se rechaza el recurso de casación por infracción de ley. La cuestión que se discute es si la finca tiene la cualidad de rústica para justificar el retracto de colindantes. La finca es un estanque de ochenta horas de agua de 18 litros por segundo, que posee los accesorios necesarios para riego, ocupando una superficie de sesenta metros cuadrados aproximadamente. El Juez dice que al estanque se pueden dar diversos destinos: agrícola, industrial o urbano, y aunque se incorpore a otra finca no evita el minifundio, pues sólo sirve para el beneficio del propietario, tendiendo a un fin distinto del interés público, que protege el artículo 1.523 del Código Civil, por lo que no se le puede considerar rústico a los efectos de este artículo. El espíritu del Código es facilitar algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial, lo que corrobora la doctrina de esta Sala, en cuanto que ambas fincas han de ser rústicas; el artículo habla de «tierras», luego de «tierras» o de sus accesorios se ha de tratar, y al no darse esa cualidad en el estanque vendido, no se le puede considerar como finca rústica para el retracto. Por tanto, la Sala no ha violado la doctrina elaborada por la jurisprudencia para distinguir las fincas urbanas de las rústicas.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SUBARRIENDO.—ES VALIDA LA CLAUSULA RELATIVA A LA PREFERENCIA DEL SUBARRENDATARIO PARA CONVERTIRSE EN ARRENDATARIO CUANDO TENGA LUGAR LA RESCISION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1981).

En 1970 se adquirió en subarriendo por el actor un local de negocio, arrendado a una sociedad anónima en condiciones muy onerosas, que hacen sospechar al subarrendatario la simulación del contrato de arrendamiento, con el fin de evitar la aplicación de las normas imperativas que la Ley de Arrendamientos Urbanos establece para el arrendador. Celebrada conciliación sin avenencia, se presenta demanda ante el Juzgado número 4 de Barcelona, solicitando la declaración de la simulación del arrendamiento, siendo el subarriendo, en realidad, el único arrendamiento existente, aduciendo alternativamente que si existió tal subarriendo, entre en juego la cláusula por la que el subarrendatario tiene preferencia para convertirse en arrendatario, caso de dejar éste el local, lo que ha sucedido ahora al dar la entidad arrendataria por rescindido el contrato. El Juzgado estimó la demanda reconociendo que el actor se ha convertido en arrendatario directo de la industria y local de negocio con las condiciones estipuladas en el contrato de 1970, lo que confirma la Audiencia.

No prospera el recurso de casación. La inscripción en la Cámara Oficial Urbana de Barcelona no demuestra qué clase de arrendamiento es a efectos de su naturaleza jurídica, pues la inscripción en esta Cámara no tiene reflejo sustantivo alguno en el régimen de tales contratos, fuera de lo pertinente a las fianzas, que, en la cuantía prevenida por el artículo 105 de la Ley arrendaticia, se regulan por su normativa especial. Se pretende que por la prueba de presunciones se demuestre tanto la inexistencia de arrendamiento entre la sociedad y el demandado, como la existencia de un arrendamiento de local de negocio y no de industria entre el arrendador y el actor, como arrendatario, y la inexistencia de una industria supuestamente arrendada y luego subarrendada, pretendiéndose que esta Sala, por la vía de presunciones, altere el *factum* establecido por la Sala, lo que le está vedado, ya que para la casación el único medio probatorio admisible es el documento auténtico que demuestre la equivocación del juzgador, estándole cerrada la utilización de otros medios probatorios. En casación se puede censurar el uso que en la instancia se haya hecho de este medio —el de presunciones—, pero no se puede combatir la apreciación del material probatorio, efectuado en la misma instancia.

REVISION DE RENTA.—NO ES ILEGAL LA REVISION DE RENTA QUE FUNCIONA «A PETICION DEL ARRENDADOR», YA QUE ELLO NO QUIERE DECIR QUE LA REVISION SE HAGA UNILATERALMENTE NI SOLO AL ALZA, COMO PRETENDIA EL DEMANDADO (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1981).

En 1971, el Delegado de Hacienda de Valladolid adquirió en arrendamiento unos locales para la Delegación de Trabajo de esta provincia, pac-

tándose una renta que sería revisable cada dos años con referencia al índice medio del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística, calculando la variación sobre la renta total abonada en cada momento, incluidas las cantidades asimiladas a renta, de forma que si la renta legal más las cantidades asimiladas fuere igual o superior a la renta adaptada, no se producirá aumento, estándose en cuanto a las demás reglas de revisión, a lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Delegación de Hacienda exigió que se hiciese constar que la revisión se haría «a petición del arrendador», añadiendo que nunca, amparada en esa cláusula, pondría ningún obstáculo la Administración. En 1975 se hizo un aumento, y en 1977 se pretendió otro, pero la Asesoría del Ministerio dijo que tenía fundadas dudas sobre la legitimidad de la cláusula de revisión, por lo que se interpuso reclamación en vía gubernativa, que fue rechazada, interponiéndose entonces la reclamación en vía judicial ante el Juzgado número 2 de Valladolid, solicitando la validez de la cláusula 4.ª del contrato. El Juzgado absolvió de la demanda a la Administración por inadecuación de procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto. La Audiencia estimó la apelación declarando válida la cláusula de estabilización, entendiendo que la revisión opera tanto al alza como a la baja.

El recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado no triunfa. El Tribunal *a quo* mantuvo la validez de la cláusula ateniéndose al contenido de las expresiones «variación» o «revisión» y en el no empleo de la palabra «aumento», referidas a la renta en el proceso a seguir para la revisión convenida, sin fijar su atención en el inciso primero de la tan repetida cláusula, que señala el alcance de la misma, que no es otro, según el recurrente, que establecer un sistema univalente de revisión, condicionando a la instancia del arrendador la puesta en marcha del mecanismo revisorio de la renta, cuya operatividad sería al alza, ya que sólo funciona si el resultado es superior a la renta legal, pero no en otro caso, lo cual daría lugar a la nulidad radical de la cláusula al no existir bivalencia arrendador-arrendatario en el juego de la cláusula estabilizadora que exige la doctrina legal para su validez. La Abogacía del Estado altera el texto literal de la cláusula, al que dice ceñirse, al proclamar que la misma sólo funciona a petición del arrendador, siendo así que lo que dice es «a petición del arrendador la renta será revisada cada dos años de la siguiente forma», fórmula impuesta por la Administración precisamente, siendo absurdo que el texto sea considerado ilegal por el mismo que lo ha propuesto; pero es que, además, esta cláusula lo único que dice es que la exigencia de la revisión de renta quede establecida «a petición del arrendador», como revela la simple lectura del texto, el cual no tiene el designio que le atribuye la Abogacía de impedir la revisión cuando el montante económico de la misma resulte inferior a la renta que se venía pagando, ya que lo que dice es que en tal caso no se producirá aumento, lo cual no excluye la demanda a la baja, y el apartado c) no tendría sentido si la revisión ha de ser instaurada precisamente por el arrendador, el cual vería satisfecho su interés sin necesidad del mismo, ya que le bastaría con la abstención de cualquier solicitud desencadenante del proceso revisorio. De existir alguna oscuridad en lo pactado, no puede beneficiarse de ella la Administración, que redactó literalmente la cláusula discutida e incluso condicionó la celebración del contrato a la inserción de la misma, aplicándose aquí el artículo 1.288 del Código, y la propia Abogacía reconoce, objetivamente, en un informe que

podría suponer una contradicción con los actos propios, que siempre han de ser tomados como límite al ejercicio de toda facultad, límite derivado de la buena fe y de la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico un comportamiento coherente.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO.—CONSTITUYEN DOS PACTOS DISTINTOS EL RELATIVO A LA DEMOLICION DE LA FINCA Y EL DE ARRENDAMIENTO FUTURO, POR LO QUE LA ANULACION DE UNO NO TIENE POR QUE ARRASTRAR LA DEL OTRO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1981).

En 1960 se adquirió por traspaso un local, y en 1971, pretendiendo el dueño la demolición del inmueble, se llegó al acuerdo de que recayera el arrendamiento sobre la planta baja del nuevo edificio que se construyese. El propietario pretendía entregar el semisótano en lugar de la planta baja, por lo que negándose el arrendatario a abandonar la finca, se entabló demanda sobre resolución de arrendamiento, que fue desestimada por inadecuación de procedimiento. Posteriormente se interpone demanda de menor cuantía solicitando que el arrendador cumpla lo pactado en el contrato de 1971, teniendo derecho a ocupar el local en las condiciones que en su día se fijaron, indemnizando al actor. El Juzgado número 1 de Las Palmas desestima la demanda y estima parcialmente la reconversión del demandado, declarando resuelto el contrato de 1971, en orden a la demolición del inmueble, así como el arrendamiento pactado en él. La Audiencia Territorial revocó esta doctrina condenando al demandado al cumplimiento de lo pactado en dicho contrato, con derecho a ocupar el local que se construya en las condiciones que se pactaron, declarando resuelto este contrato en cuanto a la demolición del edificio.

El recurso de casación no prospera. El recurrente pretende que existe una novación extintiva operada sobre un primitivo contrato de traspaso de local al que las partes venían obligadas desde 1960, afirmación que no concuerda con el contenido de aquella resolución, en la que para nada se menciona dicho negocio novatorio, que el recurrente había declarado nulo en el hecho primero de la contestación a la demanda. También pretende integrar en una sola convención los dos contratos de 1971, uno de arrendamiento de cosa futura y otro fijando las condiciones de la demolición para sobre el solar resultante construir un nuevo edificio, unificación que no aparece por ninguna parte, ya que una de las operaciones había de preceder a la otra, sin que esta concatenación cronológica suponga condicionamiento en punto a la validez y eficacia de uno y otro contrato, cada uno de los cuales tiene su propio contenido y es susceptible de cumplimiento aislado y correlativa denuncia de incumplimiento, con el efecto indemnizatorio en su caso. Al sostener el recurrente que la intención de las partes no fue sino respetar y garantizar el primitivo arrendamiento sobre el inmueble que había de ser demolido, volviendo sobre un tema: el de la validez del contrato de 1960, cuyos efectos pretende prolongar después de su extinción, proclamada por el recurrente, planteando así una cuestión nueva inaccesible en casación. El demandado hace derivar el incumplimiento del arrendamiento de cosa futura de la anulación del de la misma fecha de desalojo de la finca, sin que esta anulación tenga por qué arrastrar la de aquel otro

que se demanda en el recurso, olvidando la independencia de ambos proclamada por la Sala de instancia, que declaró nulo uno y válido el otro. El incluir en el Registro de Solares el edificio existente no puede alcanzar a un derecho de arrendamiento pactado para el futuro, recayente sobre otro inmueble cuya edificación está sólo prevista y es distinto del que se incluye en el Registro de Solares.

C. R. R.

LIBROS

CARROZA, ANTONIO: *La scienza del Diritto Agrario e il problema dell'oggetto*. XII Congreso Europeo di Diritto Agrario. Ferrara (Italia), 1983. Un tomo de 113 págs.

En el mes de mayo pasado se ha celebrado en la localidad italiana de Ferrara el XII Congreso Europeo de Derecho Agrario, que es, a la vez, el coloquio del mismo ordinal del Comité European de Droit Rural, donde se contemplan los problemas más acuciantes de esta rama jurídica, rotando entre distintas localidades europeas.

En esta ocasión hubo dos temas principales, que fueron el crédito agrario y la reglamentación comunitaria y nacional de las nuevas producciones, con ponencias y comunicaciones de los autores más prestigiosos de los Estados miembros. Por España presentaron ponencias JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, en el tema del crédito, y ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, en el de las nuevas producciones, que después resumiremos.

En primer lugar, vamos a resumir el discurso académico pronunciado por ANTONIO CARROZA, profesor de la Universidad de Pisa, sobre el tema genérico de concretar el *objeto de la ciencia del Derecho agrario*.

El autor parte en su análisis del distinto grado de desarrollo del Derecho agrario en los diversos países, habiéndose detectado incluso una oposición entre Estados donde el Derecho agrario ha alcanzado cierto nivel de evolución y otros en que se encuentra todavía en condiciones de precario desarrollo.

Este diferente nivel procede también de una insuficiente profundización de la distinción entre Derecho agrario como elaboración de la normativa y Derecho agrario como ciencia. Los sistemas jurídicos pueden ser distintos, mientras que las adquisiciones de la ciencia jurídica no deberían conocer fronteras y habrían de tener una difusión uniforme.

De aquí la necesidad de ocuparse más del perfil científico: En vez de hacernos la misma pregunta de siempre, ¿qué es el Derecho agrario?, preguntémonos si existe y qué es la ciencia del Derecho agrario. Es decir, debemos esclarecer el objeto y método de la materia que analizamos, pues objeto y método integran un binomio indivisible. Lo que se ha aseverado de otras ramas jurídicas, tiene su validez en el caso del Derecho agrario: el nivel legislativo es un elemento de la experiencia; el nivel didáctico depende del poder académico. Por ello en este nivel científico es donde debe buscarse el asentamiento del Derecho agrario.

En consecuencia, la ciencia del Derecho agrario ha de desempeñar una misión de crítica y también una función de empuje del ordenamiento en vigor. Esto puede aplicarse a todos los sistemas jurídicos, incluso a los países de la Europa del Este. Todo ordenamiento resulta inadecuado, aunque sea con unos matices de diferencia: esto lo considera el autor lógico

e inevitable hasta que no se alcance el dominio completo de las concepciones fundamentales, todavía envueltas en la incertidumbre; no hay incluso una idea estructurada de agricultura sobre la que asentar el Derecho de la agricultura. Además, siguen apareciendo malentendidos acerca de la posición más o menos autónoma de esta rama del Derecho en el marco de las disciplinas jurídicas y alrededor del papel que ha de desempeñar en una sociedad moderna caracterizada por una agricultura industrializada.

Lo que es aún más serio —dice CARROZA— es que la doctrina especializada del Derecho agrario, en crisis desde su elaboración, sea atormentada por la necesidad de encontrar un acuerdo acerca de la extensión de la materia, habiéndose quedado dicha materia como abierta y sin fronteras delimitadas. Está claro, por tanto, para el autor, que éste es el problema más urgente a solucionar: la cuestión del objeto del Derecho agrario.

En consecuencia, contempla las tesis que él denomina pesimistas, según las cuales una disciplina de Derecho agrario no existe, sino que hay, en cambio, muchas ramas de las diversas disciplinas (Derecho civil, del trabajo, administrativo, procesal o tributario) que tratan en sus distintos aspectos de la agricultura. Para oponerse a estas tesis, el autor introduce el discurso acerca del método para determinar el objeto típico y unitario del Derecho agrario, opinando que ese objeto tiene tendencia a extenderse. Sobre el particular, el ponente hace referencia al Derecho mercantil, llegando a una conclusión favorable para una determinación del objeto con unas miras no subjetivas. Con ello se podría caracterizar el Derecho agrario como Derecho de la agricultura, más que como Derecho de los agricultores.

Vamos ahora a resumir los dos grandes temas del Congreso:

I. La organización del crédito agrario y los instrumentos jurídicos para la financiación de la empresa agrícola.

Se recoge un resumen de las respectivas organizaciones nacionales de los países europeos a este respecto:

En Austria, el sistema crediticio radica en el principio del banco único o universal y no funcionan bancos particularmente dedicados a la agricultura. Sin embargo, los bancos, según el sistema Raiffeisen, desempeñan el papel de bancos agrarios. No existen en Austria instrumentos específicos de crédito agrícola, aunque hay unos créditos especiales y las tasas de interés en estos casos se establecen de acuerdo con directivas del Ministerio de Agricultura.

En Bélgica existe la Caja Central Raiffeisen y otras instituciones específicas en las que el crédito agrícola ha experimentado un gran desarrollo.

En Inglaterra y País de Gales, la agricultura está muy integrada como sector económico. Llegan muchos créditos a la agricultura, pero están reglamentados por la misma legislación que las demás ramas económicas. Los bancos están bajo el control del Bank of England.

En Italia se pretende proporcionar capitales a la agricultura con tasas preferenciales de interés; por ello se tiende a autonomizar el sistema y crear un banco comunitario de crédito agrario.

En Luxemburgo se desea una cooperación estrecha a nivel de economía agrícola organizada para atender al crédito rural, de acuerdo con la primera directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 1977.

En Holanda existen los Bancos Rabo o Cajas Rurales, que se han espe-

cializado en este sector. Gozan de autonomía y actúan sin vínculos respecto a la Administración.

En la República Federal Alemana, desde el punto de vista económico-bancario, no existe un crédito agrícola especial ni hay contenidos contractuales diferentes. El crédito agrario es objeto de promoción en el marco de la Confederación (*Bund*) y de los programas de las distintas regiones (*Länder*).

En cuanto a España, SANZ JARQUE nos resume el sistema diciendo que en la realidad sociológica española el crédito agrario es una institución específica al servicio principal de la financiación de la empresa agraria, del campo y del desarrollo rural. Tiene una larga y fecunda historia, que parte de los pósitos y que ha contribuido a erradicar la usura del campo español y a capitalizar progresivamente las explotaciones agrarias.

Su fundamento esencial está en la necesidad de financiar adecuada y suficientemente a los agricultores como empresarios, para hacer que la tierra y la empresa agraria puedan cumplir adecuadamente su fin, por lo que es natural que exija un régimen especial.

Desde el punto de vista de su organización, el crédito agrario constituye en España una institución especializada, cuyo objetivo se cumple a través de dos tipos de organismos: unos dedicados expresamente a esta materia, como el Banco de Crédito Agrícola y las Cajas Rurales, y otros de crédito en general, que también operan en el ámbito del agrícola, como son la Banca privada y las Cajas de Ahorro.

En cuanto a los instrumentos jurídicos para la financiación de las empresas agrarias españolas, se cuenta con los contratos de crédito en múltiples modalidades según su destino; se rigen por las normas comunes o especiales establecidas por la legislación competente, y aun por numerosas normas reglamentarias y dispersas que deberían ser sistematizadas para lograr una mayor efectividad.

Concluye diciendo que en España el crédito agrario es una creciente realidad, con evidente especialización, pero que aún no ha obtenido su objetivo final, que es construir la institución con rasgos propios de autonomía y autofinanciación. Las Cajas Rurales potenciadas por el Estado son el cauce más auténtico del crédito para desarrollar la agricultura y el campo español.

II. *Reglamentación en el Derecho nacional y comunitario de las nuevas producciones agrícolas.*

a) *Derecho comunitario.*—El desarrollo de formas y métodos nuevos de producción agrícola pueden ocasionar problemas jurídicos a nivel de Derecho comunitario. En relación al ámbito de aplicación de las cláusulas específicas que se refieren a la agricultura, es preciso distinguir entre el Tratado de Roma y los reglamentos, directivas o decisiones que encuentran su fundamento en dicho Tratado. De acuerdo con esto, el reglamento comunitario concede la facultad de encomendar a las autoridades competentes de los países miembros la elección de las condiciones para aplicar las normas comunitarias; esto significa que las autoridades nacionales pueden, si es preciso, establecer una diferencia entre la producción agrícola y la industrial. En resumen, hay que constatar que ni el Derecho nacional ni el Derecho comunitario tienen una concepción uniforme o una noción única sobre agricultura.

b) *Normas nacionales*.—Se recogen las distintas legislaciones o sistemas de las diversas naciones europeas, a grandes trazos.

Respecto a España, la ponencia estuvo a cargo del agrarista y Notario ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, quien opina que la «nueva agricultura» será, sin duda, la profesional y científica, basada, desde el punto de vista subjetivo, en el profesional de la agricultura, que obtiene de la misma la mayor parte de sus ingresos y le consagra su actividad fundamental, y, objetivamente, en la progresiva incorporación de una tecnología que no cesa de avanzar, hasta el punto de que tras la «revolución verde», se habla ya de «revolución biológica».

Según él, en España, las estructuras productivas de la nueva agricultura serán la explotación familiar consolidada, es decir, capaz de alimentar a la familia y procurarle ingresos igualados con los demás sectores, y la explotación o empresa comunitaria, formada por la asociación laboral de un grupo de agricultores. A estos dos tipos, protegidos por las leyes, se podría agregar el de la unidad empresarial altamente tecnificada y organizada para la producción.

La cuestión clásica de la reforma agraria se plantea en España de modo excepcional y muy diferente al pasado, como exigencia rigurosa de que se cumpla la función social de la propiedad y de la empresa, bajo amenaza de expropiación.

La agricultura a tiempo parcial se protege siempre que se base en una explotación, no cuando se trate de mera jardinería o pequeño cultivo de huertos accesorios de fincas urbanas.

En nuestros días se plantea el gran tema entre el sector productivo y el consumo, porque hay una necesidad imperiosa de aumentar la producción para satisfacer las necesidades alimenticias, no sólo nacionales, sino mundiales, y el Estado moderno ha de contener los precios al consumo, aunque sea a costa de subvencionar la producción de forma directa o indirecta. Así parece que el Derecho agrario se ve reemplazado por un Derecho que podría llamarse agroalimentario, es decir, por un sistema de normas que atienden, por un lado, al conflicto productor-consumidor y, por otro, al tema de la relación hombre-tierra; dos aspectos profundamente relacionados entre sí, pues también la política de precios incide directamente en las estructuras productivas.

Dentro de ese Derecho agroalimentario, entiende BALLARÍN que se regularán también ciertas formas productivas necesitadas de una especial protección, como puede ser el caso de las explotaciones familiares. Lo importante —dice— es que los juristas tomemos conciencia de que se precisa tal visión unitaria y diversa al mismo tiempo. También deben contemplarse de modo especial la conservación de la naturaleza y la promoción del mundo rural. La naturaleza debe conservarse para mejorar la calidad de vida y salvaguardar las esperanzas alimentarias de la humanidad. El mundo rural debe ser promocionado en su conjunto como algo indispensable para elevar las rentas del sector agrario hasta los límites de los demás sectores.

Entrando ya en las nuevas regulaciones de otros países europeos, el ordenamiento austríaco del Derecho agrario está marcado por un gran nivel de liberalidad y flexibilidad, principalmente en lo que interesa a la producción animal y vegetal.

El Derecho belga no tiene una definición legal de la agricultura. Esta palabra o «explotación agrícola» se utilizan con sentidos que varían según

las diferentes leyes. Sería muy oportuno desarrollar un amplio concepto de la agricultura con el fin de abarcar todas las técnicas o productos nuevos. Por supuesto, se considera agrícola la actividad de producción vegetal; igualmente, la transformación primaria realizada por el agricultor de sus productos. Pero cierta jurisprudencia y doctrina ponen esta opinión en entredicho.

En Francia, el progreso técnico y económico ha llevado a nuevas formas de cultivos diferentes de los tradicionales. Aunque es difícil analizar en detalle todas las nuevas actividades especializadas en agricultura, tanto en el mundo vegetal como en el animal, su estudio últimamente se ha centrado en Francia en la actividad del cultivo de plantas medicinales y la cría de determinados animales susceptibles de acuicultura.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña, la palabra «agricultura» se define por una serie de cláusulas generales en las distintas legislaciones relativas a la propiedad predial (Agricultural Holdings Act 1948), a los impuestos locales (General Rate Act 1967) o a la imposición sobre el capital (Finance Act 1976). Sin embargo, no existen configuraciones jurídicas especiales para el sector agrícola; la empresa agrícola puede ser personal, tener la configuración de empresa pública o privada basándose en el Companies Act, sociedad cooperativa según el Industrial and Provident Societies Act o bien sociedad de personas. La explotación puede pertenecer a una empresa pública, a la Corona, a la Iglesia o bien a un grupo de familias, y ser administrada por un director, un rentista o bien por el propio propietario.

En Italia se considera que el marco normativo está anticuado. Existen en el ordenamiento unas disposiciones con el fin de definir el ámbito de la agricultura: además de las normas generales del Código Civil, hay otras cuyo alcance está limitado al campo de aplicación de las medidas de las que son parte integrante. No es posible enumerar todas estas disposiciones, aunque las más significativas son las del Código, la disciplina en materia de seguro obligatorio por accidentes en el campo y la imposición sobre la renta. Son deseables reformas en el crédito agrario, en la normativa del sector agrícola, tanto en su aspecto general como en aspectos especiales diferentes de los cultivos tradicionales.

En Luxemburgo, se puede decir que las consecuencias más llamativas de atribuir la condición agrícola a la producción animal o vegetal aparecen en el Derecho fiscal y se aplican en el impuesto comercial o la exclusión del régimen de proporcionalidad del IVA.

En Noruega, las cuestiones surgidas a raíz de los nuevos productos agrícolas están reglamentadas por ley sólo de forma limitada, pues más bien se orienta la reglamentación con miras económicas. Las condiciones legales existentes en Noruega son muy distintas al resto de Europa; por ello, sus representantes buscan información respecto a los sistemas legales de los demás países para conseguir una deseada homogeneidad.

En la Alemania Federal, en el transcurso de los últimos decenios, la agricultura ha registrado cambios profundos. Además de las estructuras agrarias, la organización de las explotaciones, de los mercados agrícolas, las formas y los métodos de producción agrícola han evolucionado de manera muy considerable; se utilizan nuevas técnicas y se nota el desarrollo de nuevas formas de producción. Esto origina dos cuestiones jurídicas: de un lado, la aplicación de las normas específicas del Derecho agrario a estas formas; de otro lado, este desarrollo puede originar pro-

blemas a la protección del medio ambiente. En la concepción tradicional, la explotación de la tierra ha sido la piedra de toque en la distinción entre materia agrícola o industrial para fundamentar la legislación agraria; pero hoy se atenúa paulatinamente el lazo entre producción agrícola y explotación del terreno en la legislación, que va teniendo en cuenta las evoluciones modernas de dicha producción.

Por fin, en Suiza, el concepto de agricultura no tiene una definición clara y unitaria, ni siquiera en el lenguaje corriente. Para mejorar las garantías legales, se deben utilizar las definiciones legales, y por ello sería deseable una definición unitaria con el fin de mejor aplicar las normas jurídicas. La cuestión no interesa sólo al concepto, sino a las finalidades del Derecho agrario, para garantizar el abastecimiento de alimentos, salvaguardar la población, proteger el medio ambiente y seguir adelante con las nuevas actividades del agricultor. En este camino, el Derecho agrario es sólo un medio para alcanzar un objetivo superior.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DE LA CUÉTARA, J. M.: *La actividad de la Administración*. Ed. Tecnos, Madrid, 1983, 605 págs.

El presente libro constituye un serio intento de sistematización del segundo curso de la disciplina Derecho administrativo, a partir del concepto POTESTAD de la Administración, que se ejerce en distintos órdenes, según afecte a:

- Iniciativas sociales, campo en el que se desenvuelven las libertades públicas, como también las actividades de policía, fomento y servicios públicos.
- Bienes y propiedades, área en que toma cuerpo el dominio público, la expropiación forzosa y los patrimonios y empresas de todo tipo.

Y frente al concepto de potestad, su reverso inmediato y necesario, la RESPONSABILIDAD, que cierra el contenido expositivo objeto de comentario.

El esquema es suficientemente ambicioso y abierto como para servir de soporte a todo el complejo mundo de normas administrativas especiales que, así agrupadas y coordinadas, permiten contemplar constantemente el principio que las inspira —poderes y deberes—, sólo justificados en base a auténticas necesidades públicas, como títulos habilitadores de su legitimación.

Pero estas normas tradicionales de parte especial administrativa van a sufrir un importante proceso de renovación y adaptación, a partir del modelo autonómico innovado en la Constitución Española. Unas se integrarán en bases, pudiendo éstas igualmente configurarse *ex novo*; otras quedarán vigentes, si bien decantadas de cualquier afán centralista y con carácter de leyes estatales generales; otras, en fin, desaparecerán para ser sustituidas progresivamente por las autonómicas, a las que se agregarán

otros tantos bloques de legalidad elaborados por el Estado, en virtud de su competencia exclusiva o compartida, según los casos.

En esta urdimbre, resulta necesario disponer de cierta envergadura doctrinal de ideas claras, fácilmente aceptadas con carácter general, que permitan dicha configuración global normativa, debidamente ensamblada y coordinada.

Pues bien, el libro que se comenta supone una valiosa aportación a esta labor constructiva, y aunque conscientemente modesto en su pretensión de simples «lecciones», lo cierto es que, respondiendo a un noble afán de docencia, constituye igualmente una obra de divulgación, punto de referencia obligado a profesionales, políticos y ciudadanos interesados en el conocimiento y funcionamiento de la cosa pública, como instrumento de urgencia y primera mano que invoca constantemente ulteriores profundizaciones, con citas precisas al tema contemplado que aciertan a encontrar la exposición más clara, amplia y conocida de cada punto concreto.

Por otro lado, el autor logra originalmente una feliz combinación del texto con un conjunto de «lecturas recomendadas», en las que se comprenden literalmente considerandos del Tribunal Supremo y Constitucional, debates parlamentarios, dictámenes del Consejo de Estado, informes económicos de reconocida autoridad internacional (NEDO y NORA), que salvan el contenido forzosamente teórico de las explicaciones, toda vez que mayores concreciones de Derecho positivo vigente serían caducas en breve, y resulta prematuro recoger, de *lege ferenda*, lo que aún se encuentra en vías de configuración no consolidada desde instancias autónomas y estatales. Cobra mayor interés por cuanto dichas lecturas son ejemplos cercanos, bien seleccionados y están en el ánimo de todos.

Entrando en detalles, la obra aparece prologada por el catedrático de Derecho administrativo señor ARIÑO ORTIZ, con un *excursus* centrado en la nacionalización, sinónima, a su juicio, de estatización, por más que muchos se empeñen en disimularla, y de expropiación forzosa. Puede recaer sobre empresas y bienes, que son asumidos por la Administración. Breves referencias al tema Rumasa dotan al expositivo de palpitante actualidad.

Sigue una introducción del propio autor, expresiva de su deseo de contribuir a la más eficaz colaboración Universidad-sociedad, tan enriquecedora para ambas, y explicitadora de su designio de abordar la temática con la máxima homogeneidad y acotando cada categoría conceptual en extensión proporcional a la importancia de su participación en el contexto de la mecánica funcional administrativa. Ello contrasta con otros manuales al uso en que es patente el desequilibrio de sus diversas partes, acorde con el gusto o especialización de su redactor, y con resultado deformante para sus lectores.

La introducción se completa con ciertas aclaraciones referentes a la información bibliográfica suministrada, al sistema de subrayados, lecturas recomendadas y textos intercalados, casi siempre preceptos positivos, que dotan al libro de una original y bien cuidada presentación, al tiempo que de una expresividad tipográfica que refuerza poderosamente su docencia.

Desde ahora, la obra se estructura en cuatro partes, claramente diferenciadas. La primera, desarrollada en tres lecciones, resulta imprescindible para la inteligencia del resto del libro, toda vez que se abordan auténticos «supraconceptos», tales como capacidad y sus circunstancias modifi-

cativas en Derecho público, derechos subjetivos y su diferenciación con los intereses legítimos y situaciones jurídicas de poder-deber, potestad-sujeción, derecho y obligación, básicos todos ellos y no siempre distinguidos, por más que venga insistiéndose en su identificación.

Dichas categorías hay que referirlas al «particular», no «administrado», porque las personas se dirigen, incentivan, convocan, etc., pero no se administran, vocablo más propiamente predicable de los intereses y los bienes. Y también hay que referirlas a los entes públicos en su calidad de gestores.

Destaca entre ellas la **POTESTAD-SUJECION** y su integración en lo que el autor llama la cadena conceptual del acto administrativo. Nervio central del planteamiento, se genera a partir de unos hechos que la legitiman, estudiados en sus más profundos estratos y caracteres, y plasman en expresiones formales, como título documentador, o materiales, como título habilitante y legítimo.

Combinando los distintos elementos de las potestades, se da una visión específica de sus *modus operandi* en la realidad, a su vez entramados en los distintos tipos de actividad administrativa: policía, fomento, servicios públicos, gestión económica, o mejor, patrimonial, en vocablo acuñado por DE LA CUÉTARA. Resulta así un cuadro original, de gran plasticidad, que conduce directamente al estudio sucesivo de la segunda parte, titulada potestades administrativas sobre iniciativas sociales.

Se compone de tres temas dedicados al **SERVICIO PUBLICO**, su origen evolutivo, su adaptación a nuevas posibilidades y una original referencia a la «posición jurídica del usuario», que viene siendo olvidado con carácter general cuando es precisamente la razón determinante de su existencia. Loable preocupación por la persona, poco frecuente en las frías exposiciones de Derecho público.

Cabe resaltar que el espacio de lecturas recomendadas correspondiente a esta temática recoge dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre la huelga de RENFE y la televisión privada de Antena 3, tan difundidas en prensa.

Al hilo de tres lecciones referidas a las **LIBERTADES PUBLICAS**, diseña su concepción de la policía en el entorno de una referencia histórica que la va depurando hasta su perfil actual, más adecuado a la modernidad y al contexto de un Estado social y democrático de Derecho.

Las libertades públicas se garantizan a través de dos controles formales:

- Uno, legislativo y *a priori*, consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Española, expresivo de que los derechos en que consisten sólo pueden ser regulados por ley orgánica que, en todo caso, respetará su «contenido esencial». He aquí un concepto jurídico indeterminado, que deberá fijarse en cada supuesto por el Tribunal Constitucional, atendidas las circunstancias en presencia, aunque es reconducible a una definición de sus líneas generales en la medida en que vayan produciéndose sentencias.
- Otro, jurisdiccional y *a posteriori*, mediante el proceso expeditivo que goza de absoluta prioridad en su conocimiento, cuando tales derechos puedan invocarse ante los Tribunales, a tenor de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978.

Aborda a continuación un estudio individualizado de los derechos a la integridad y seguridad físicas, libertades de domicilio, deambulación, opinión y creencias, expresión, reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga. Categorías éstas más tradicionales y conocidas, a las que agrega la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, y que, entre otras, tiene dos expresiones bien significativas, la de establecimiento de centros docentes y la de organización de sistemas de asistencia y prestaciones complementarias de la Seguridad Social.

Para todas estas libertades deja constancia de su reconocimiento constitucional, con referencia y explicitación del precepto concreto que las regula y de la legislación producida en su desarrollo, caso de existir. La referencia se completa con un examen minucioso de las características que debe poseer, en abstracto, una ley reguladora de las libertades públicas, en lo que incide directamente el tema de las «limitaciones administrativas» y el de las «actividades privadas fuertemente intervenidas», que no debe confundirse con el concepto de servicios públicos, por más que, al tener una elevada repercusión sobre la vida colectiva, lo sean, al menos, impropiaamente.

Pues bien, la actividad de la Administración se proyecta sobre los derechos y limitaciones, a través del instituto de POLICÍA, que se vertebra operativamente en diversas técnicas, como las prohibiciones, órdenes, autorizaciones y sanciones, nuevo cortejo de categorías que explicita el autor en su rica variedad de matices. En su consideración global podría destacarse que:

- Todas responden al mismo objetivo, el orden público, que analiza, en capítulo aparte, desde una óptica histórica, evolucionando en función del Estado absoluto o liberal, a cuyo servicio funciona, y desde un ángulo legislativo español, comprensivo de su ámbito competencial, preventivo-represivo, y las policías especiales.
- La más significativa es la autorización, que opera con esta dinámica: cuando es de policía, emitiéndose sobre derechos, actividades o iniciativas pertenecientes a la esfera de la AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA, debe entenderse que EXISTE un derecho del particular que es comprimido o controlado en su ejercicio; por el contrario, cuando una actividad se ha integrado en la ESFERA PÚBLICA, previéndose que sobre ella se otorguen autorizaciones, deja de existir un derecho de los particulares a realizarla, siendo la propia autorización la que hace SURGIR el derecho.

Finalmente, y en dos lecciones, analiza la técnica del FOMENTO partiendo de una idea ilustrada que operó como palanca de cambio desde el Antiguo Régimen al primer constitucionalismo, y encierra todavía unas posibilidades inéditas, por cuanto el Derecho administrativo necesita, más que nunca, un punto de referencia sobre el cual valorar y sopesar acciones administrativas que no encajan ni en la actividad de policía ni en la de servicios públicos. Por ello hay que identificarla con precisión, deslindando el llamado «problema de los estímulos negativos», simples medidas disuasorias, como impuestos, publicidad, controles, etc., que son limitaciones al ámbito de libre actuación del particular, pero en ningún caso pueden considerarse acciones o cauces de fomento para desviar la conducta ciudadana.

na y económica hacia una determinada posición u objetivos políticos de prosperidad.

El fomento tiene su más típica expresión en la política de subvenciones, tema en el que hay que aplicar una especial sensibilidad porque puede alterarse con ella el principio de igualdad constitucional, singularmente de oportunidades, lo cual se conjura mediante una minuciosa planificación, como actividad ordenada y racional del Estado en los tiempos modernos. Lo importante para el autor es que fomento y planificación aparezcan siempre necesariamente imbricados.

La tercera parte se titula «Potestades administrativas sobre los bienes», y arranca con tres capítulos sobre el DOMINIO PUBLICO. Siguiendo el planteamiento hasta ahora adoptado, se trata de analizar el conjunto de potestades administrativas que se derivan de la cualificación de unos determinados bienes como demanio: su origen, alcance y régimen jurídico, singularmente orientado a impedir apropiaciones de dichos bienes por los particulares.

Y aunque parece obligado seguir un paralelismo con las potestades sobre iniciativas sociales —parte anterior de la obra—, deben resaltarse ciertas especialidades que aquí convienen. Porque frente a las actividades, el Estado necesita títulos de intervención y vigilancia constantes, pero también elementos que garanticen la continuidad y regularidad de las prestaciones directamente asumidas. Y frente a los bienes, la intervención y vigilancia son esporádicas, constituyendo el principal problema la necesidad de argüir un título administrativo superior que impida el de prescripción adquisitiva por los particulares.

Dibuja una sugestiva evolución histórica del dominio público, que sucesivamente comporta una propiedad del monarca, la nación y el Estado, al compás de la transformación política de las formas de gestión. Aunque su más acabada definición está contenida en el Código Civil, que, frente al sistema de enumeración por listas del Derecho comparado, acoge cuatro criterios generales, bastantes para ubicar cualesquiera posibilidades de demanialidad, a saber, el destino de los bienes a un uso público, un servicio público, el fomento de la riqueza nacional y las necesidades de defensa del territorio, que explicita pormenorizadamente.

La exposición sigue ahora la estructura clásica de disección del dominio público en sus elementos, régimen jurídico general y, por fin, las distintas regulaciones especiales de aguas, minas, montes, etc. Las potestades administrativas se dirigen en estas áreas a ordenar los distintos tipos de usos sobre los bienes y su tráfico jurídico peculiar, de relevante interés a los fines de esta publicación, por cuanto las concesiones administrativas que se produzcan presentan importantes efectos por su inscripción en el Registro de la Propiedad.

A continuación, un bloque de tres lecciones estudia la EXPROPIACION FORZOSA. Es la máxima incidencia posible sobre la propiedad privada y presupone que sólo adquiere significado en el contexto de un sistema de garantías, constitucionalmente reconocidas, de esa misma propiedad. Paradójicamente, su regulación comporta una defensa de los derechos del propietario, más bien que un afianzamiento de las potestades administrativas, si tenemos presente el punto esencial de la indemnización. Cuando ésta falta, tendrá que hablarse de otras categorías diferentes: la socialización y nacionalización.

La potestad expropiatoria, genuina y típica entre todas las administrativas, constituye una posibilidad de actuación lícita del poder, que se legitima en sede de la utilidad pública o el interés social, previamente reconocidos en ley formal, que es su título habilitante. Recae sobre una necesidad en abstracto, disociada de su concreción sobre algún tipo de bienes. No puede confundirse, en cambio, con la «causa *expropiandi*» o elemento que proyecta su aplicación a bienes determinados en el acto administrativo expropiatorio, cuya falta origina el supuesto reversional al original propietario.

Como en otros parajes, encuadra su funcionamiento en la dinámica de la historia o en la estática estructural de unos elementos asociados que discurren por un procedimiento general con una fase previa y tres operativas, otro de urgencia y varios especiales para casos de cierta singularidad. Pero en la práctica prevalece un sistema de masivas expropiaciones de urgencia y especiales, parcas en garantías por razón de especiales coyunturas que, al no darse en la generalidad de casos a que se aplican, distorsionan y exorbitan la potestad expropiatoria hasta lanzarla fuera de su título habilitante. Y al ampliar lo excepcional y específico, el procedimiento general acaba convirtiéndose en un simple punto de referencia conceptual, que intenta emboscar de algún modo esta actuación inconstitucional.

Esta necesidad de expresarse formalmente la potestad expropiatoria de modo ritual y procedimentario la distingue claramente de otras tácticas de actuación, como la vía de hecho, la imposición de limitaciones a la propiedad y el resarcimiento de daños. Veamos la segunda, como más caracterizada entre ellas.

Dichas LIMITACIONES se sitúan en un contexto ideológico concreto y muy divulgado, el de la función social de la propiedad, y actúa en un doble plano:

- Contribuyendo a definir el contenido de la propiedad en el campo propio del Derecho civil. Se trata entonces de una «definición» del Derecho como tal, mejor que una «delimitación» del mismo, vocablo confuso según el autor.
- Contribuyendo también a la justificación de «limitaciones administrativas» a la propiedad, a través de su concreción en un título de potestad que plasma en varias posibilidades: la reserva de ley, respetando el contenido esencial del derecho de propiedad privada, a tenor del artículo 53, 1, de la Constitución Española; la facultad normativa ordenadora de la propiedad, especialmente en planes y programas urbanísticos, y, por último, las servidumbres administrativas. De todas ellas da cumplida referencia, sean en el sector agrícola, industrial, eléctrico, de carreteras, etc.

Bajo un epígrafe titulado «Orientación de los patrimonios públicos» analiza, en una doble vertiente, conceptual y dinámica, el conjunto de actuaciones de la Administración, manejando esta vez instrumentos de Derecho privado, como la propiedad, ámbito en que no posee potestades compulsivas, sino simples posibilidades de conferir un sesgo determinado, orientativo, a bienes patrimoniales. También eso es una especie de potestad y hay que examinar entonces el título que la justifica.

Tras estos planteamientos, entra de lleno el autor en la problemática de las empresas públicas, separadas en dos categorías: de servicio público

y de mercado. Las primeras no pueden cesar en su actividad e implican cobertura obligada de sus déficits. Las segundas pueden desaparecer y hay que justificar el trasvase de fondos para su financiación.

Su entorno natural es la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, cuya ubicación sistemática comporta la vinculación a esta filosofía de todos los poderes públicos y la regulación de su ejercicio por ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, según dispone el artículo 53, 1, de la misma normativa fundamental.

Mas sentado el principio de intervención del sector público conforme al sistema apuntado, no puede aceptarse una extensión indiscriminada y general de la iniciativa pública, que podría impedir el libre mercado y sus reglas de juego, sino actuaciones puntuales, por razones de conveniencia pública, que dejan arrumbado definitivamente el viejo postulado de «subsidiariedad» respecto a la iniciativa privada.

La postura, moderada y coherente, no acierta a consolidarse porque la Administración, si bien actúa en régimen de Derecho privado, y ello es técnica suficiente para conseguir la debida orientación de los patrimonios públicos, ha de hacerlo a través de políticos y funcionarios que utilizan muchas veces la cualidad de propietario estatal en función de intereses propios, y en el mejor de los casos, en la inteligencia de que administran patrimonios ajenos, cuyas pérdidas se disuelven difusamente, repercutiendo innominadamente en la sociedad, y ello les sitúa en cómoda y relajante posición gestora, muy alejada de la normal competitividad.

A ello se añade el crecimiento de algunas empresas hasta tales dimensiones que pueden poner en peligro las reglas básicas de la economía de mercado, afectando incluso al poder político. Esta intensa repercusión en la vida colectiva permite al Estado, igual que lo hizo en su momento con algunos servicios públicos, aplicar potestades públicas para corregir la trayectoria. Pero hay que nivelar la intervención para no incurrir en la tentación contraria, que ahoga las fuerzas económicas, despliega un monopolismo de poder económico y político y pone en cuestión, definitivamente, el libre juego de las fuerzas democráticas. Por eso, el artículo 128 de la Constitución Española recoge la garantía del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, más reservado, sólo por ley, al sector público, recursos o servicios esenciales, singularmente en caso de monopolio, y acordando la intervención de empresas cuando lo exija el interés general.

De ahí la importancia del «control», regulado expresamente y con urgencia en un Estatuto de la empresa pública, pero también del tema de la RESPONSABILIDAD de la Administración, objeto de la cuarta y última parte del libro recensionado.

Tema capital porque no puede alcanzarse un conocimiento a fondo de la actuación del Estado y los poderes públicos sin saber el alcance en que hay que responder de los resultados de su gestión. A través de ella, se consigue un acercamiento al ideal de justicia cuando se compensan los perjuicios injustos, pero, además, se imprime un impulso positivo hacia la obtención del buen funcionamiento de los servicios públicos.

Al estudio de sus elementos componentes, sigue el análisis de su progresiva implantación y su significado en el mundo administrativo. Y aquí el autor se detiene, consciente y reflexivamente, por exigencias de su plan-

teamiento estrictamente jurídico. Y habría que añadir que la responsabilidad, al tiempo que una técnica formal de Derecho, comporta, por encima de cualquier consideración, una mentalización de conciencia ética individualizada y una puesta en práctica de la misma, pasando de las palabras a los hechos, que ha de comprometer, y va siendo hora, a políticos, a funcionarios y a la sociedad entera. Es la clave de bóveda para la consolidación del sistema democrático. Y comporta una actividad ejemplarizante, muy especialmente ejercida en las instancias de poder, por su mayor ostensibilidad. Aunque, lamentablemente, siempre aceptamos la exigencia de un mayor nivel responsable, sólo que ciegamente aplicado, no en sede propia, sino en cabeza ajena.

MANUEL MEDINA DE LEMUS

DORAL, J. A., y DEL ARCO, M. A.: *El negocio jurídico*. Trivium, Madrid, 1982.

Había prometido a uno de los autores, a JOSÉ ANTONIO DORAL, traer este libro de «bolsillo» a recensión y varias veces he estado a punto de no hacerlo, pues a mi promesa de esta recensión se le había añadido, por su parte, la de que me enviaría un trabajo suyo, creo que muy bueno, sobre una exposición original en torno a los principios hipotecarios. Es decir, habíamos celebrado una especie de negocio jurídico en su versión de *do ut des*, que ha entrado en esa fase de ineficacia por incumplimiento de una de las partes. Pero como mi memoria todavía «no veranea», tengo que ser fiel y recuerdo con auténtica satisfacción aquellos «chipirones» que nos comimos un día en Azpeitia y que puestos en el platillo de balanzas pueden sustituir en el recuerdo a los principios hipotecarios y su original exposición. Cada uno se conforma con lo que puede: el plato de lentejas por la primogenitura o los «chipirones» por los principios.

Resalta curiosamente, y esto lo cuento en esa actual deformación mía de examinar los requisitos formales del libro para su inscripción, cómo la publicación se realiza en colaboración de dos autores que manejan el Derecho en dos campos distintos y de dos formas diferentes. Uno es catedrático de Derecho civil, J. ANTONIO DORAL, que explica el Derecho, y el otro, MIGUEL ANGEL DEL ARCO, es un Juez que aplica y declara el Derecho. Quizá la fórmula pueda ser buena, ya que a la teoría de la cátedra se le añade la práctica del Juzgado. De todas formas, al libro le tendría que poner, desde el punto de vista de la inscripción, una pega: el *copyright* sólo figura a nombre de DEL ARCO y no de DORAL, lo cual, aparentemente, supone o hace suponer que el segundo ha cedido su propiedad o su derecho a reproducción al primero o que hay un error de imprenta. El *copyright*, que protege internacionalmente el «derecho a copia», menos en España, si no se inscribe, requiere cierto cuidado al ponerlo por la trascendencia que encierra. Es decir, este libro tal y como está habría que inscribirlo siendo autores los dos que figuran en su portada, pero solamente en propiedad de uno de ellos.

Hacía tiempo que no me ocupaba del negocio jurídico, y por ello me pasa ahora lo que el prólogo dice: con este libro tengo que echar la vista

atrás, sin olvidar lo que está delante (*a quo* y *ad quem*). Cuando era opositor, uno de mis temas preferidos era precisamente el del negocio jurídico, y recuerdo que siempre me suspendían con la enfiteusis, las especialidades forales de las servidumbres, etc.—; pero un día me tocó el negocio jurídico, como los fenicios al escolar del cuento, y aprobé el primero de Notarías... «¡Cómo ha mejorado usted!», me dijo el presidente (que hacía tres meses me había suspendido). Yo le contesté: «No es lo mismo, y eso usted lo sabe, comenzar el ejercicio con el negocio jurídico que con la enfiteusis o la aparcería. El negocio jurídico es un divertimento, un gozo, un pasatiempo, mientras que la enfiteusis es tenebrosa, medieval, aburrida, soporífera...».

Vamos ya con el contenido de esta obra, editada en ese formato de tanta aceptación que es la biblioteca de bolsillo. Claro que la biblioteca nunca debe ser de bolsillo, de tamaño de bolsillo sí, pero de bolsillo o para guardar en el bolsillo no, pues el libro ha de tenerse siempre en las manos. Nueve capítulos constituyen el esquema sumarial al que los autores someten el contenido, y en ellos por derecho propio figuran los temas de la autonomía de la voluntad, la estructura o elementos que constituyen el negocio jurídico, los vicios o defectos del negocio jurídico, la causa, los negocios jurídicos anómalos, la finalidad de negocio, la representación, la ineficacia y los elementos accidentales del negocio jurídico. Para más información, «programas de mano». Conforme a esa sistemática, pues apartarme de ella sería como ceder mi derecha (la izquierda la cedo siempre, pero la derecha es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios...), expondré el contenido en forma esquemática.

A. LA AUTONOMÍA PRIVADA

Conforta poder utilizar en este mundo, en el que cada vez van quedando menos libertades, la expresión de la autonomía de la voluntad privada, a la que se le entrega la delicada función de dar vida al negocio jurídico. De eso, de la figura del negocio, de la metodología del mismo, de las tres categorías de sucesos que el Derecho tiene en cuenta: hechos, actos y presunciones, y de la clasificación de los negocios, trata esta primera parte.

B. LA ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

La estructura es como el esqueleto, y así como a nosotros nos cuentan las costillas, los huesos de la cabeza y de las extremidades, al negocio jurídico le radiografían los elementos que entran en su formación, y entre ellos, su alma y vida, que es el consentimiento, para el que se necesita capacidad y declaración. Luego viene la interpretación y el principio de la buena fe, que debe presidir el ámbito de la relación.

C. VICIOS Y DEFECTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

La voluntad, tanto en su proceso interno: formación, como en el externo: emisión, necesita —dicen los autores— ser seria, consciente y libremente emitida. Toda perturbación en el proceso volitivo será considerada

como vicios de la voluntad negocial con distinto alcance, según la causa y su intensidad. De esta forma tan clara, tan precisa, los autores sitúan la materia y ofrecen al estudioso la síntesis de esos vicios que pueden afectar a la voluntad: el error, la violencia, la intimidación, la coacción ambiental y el dolo. Llamo la atención —y esto molesta mucho a los técnicos que elaboraron la reforma del Código— cómo el artículo 1.267, 3, del Código Civil todavía recurre al *sexo* para calificar la intimidación..., aunque muchos entiendan que es al hombre, como más miedica, al que se está refiriendo.

D. LA CAUSA

He dicho en alguna otra ocasión que existen tres mitos aplicables a diversas profesiones. El mito del pueblo es propio de los políticos, que hacen no lo que dice el pueblo, sino a costa del pueblo. El mito de los militares es el enemigo, que hace lo que el militar quiere. Y el mito del jurista es la causa, que se esgrime como argumento en cualquier cuestión difícil. Claro está que todos estos mitos caen por su base cuando el pueblo hace la revolución, el enemigo declara la guerra o la otra parte plantea el pleito en el Tribunal. De la causa, ese gran mito jurídico, los autores nos dan noción y yo respeto profundamente su exposición, que va desde el concepto hasta la llamada causa final y condiciones objetivas, pasando por su presunción, abstracción, justa causa, sociología, ilicitud, motivo permanente y licitud e inmoralidad. Creo que la teoría de la causa está aprovechada al máximo por los autores, ya que su proyección la hacen en torno a figuras jurídicas que tradicionalmente no están incluidas en la sistemática habitual, como son la aplicación de la causa en su relación con la buena fe, la «base del negocio», la justa causa *traditionis* y la «función social».

E. FINALIDAD PRÁCTICA Y TÍPICA DEL NEGOCIO

Bajo este epígrafe se agrupan dos materias de una gran trascendencia en la vida moderna, por lo que ellas encierran de posibles soluciones a situaciones de difícil estructuración. Me estoy refiriendo a los negocios fiduciarios y a los indirectos. La exposición no puede ser más correcta y clara para el lector, lo que sucede es que al negocio fiduciario le hace falta algo que dé «confianza» a quien basado en la misma otorga todo a cambio de una posible obligación personal. Quizá la solución pudiera estar en el campo hipotecario abandonando puritanismos mal entendidos.

F. LA REPRESENTACIÓN

Creo que tienen razón los autores al destacar la importancia actual de la representación, pues lo que antes era regla general de la actuación personal, se ha convertido hoy día en actuación por apoderado. La esfera individual y social se amplía por la ampliación y multiplicación del campo negocial. En la escala expositiva de materias figura su concepto, sus elementos, los presupuestos, el ámbito en que se admite la teoría, el poder y la especial representación de las personas jurídicas.

G. INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Respondiendo a cánones tradicionales, los autores abordan lo que podríamos calificar como «patología» del negocio, que supone un primer concepto, que en este caso se considera como de «ineficacia», para luego derivar del mismo los de nulidad (absoluta o parcial), anulabilidad, convalidación y rescisión.

H. ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro de los elementos del negocio, en forma tradicional, se han destacado los esenciales y los accidentales, aparte de los naturales. No sé si el término es muy correcto, pero mientras el mismo no lo sometamos a crítica de revisión, debemos aceptarlo (aunque hay otras expresiones, como la de autolimitaciones, que utilizan los autores; elementos condicionantes, etcétera). La condición, el término, el modo y la forma son los puntos básicos que los autores tratan, aunque tenga que discrepar en lo que se refiere a la forma, que es elemento esencial o no lo es accidental.

Debo terminar aplaudiendo esta publicación, breve y condensada, pero muy ilustrativa para el universitario. Es como las «guías» de carreteras y de países, que las hay buenas y malas. En unas te enteras y en las otras te marginas. Pero es preciso elevarse más, y ya que estamos en el centenario de ORTEGA Y GASSET hay que hacer una cita de sus ingeniosas frases. Creo que hay una que me viene como anillo al dedo para esta publicación, y no es la de la claridad, que es importante, sino la de aquellas tres posibilidades que apuntaba: la del profesor que enseña, la del profesional que cuenta su experiencia y la del político que promete. Yo creo que aquí, aparte de la experiencia del profesional, se destacan la del profesor que enseña y la del libro que promete.

De verdad que me ha gustado la publicación y eso que yo, en el negocio jurídico, había sido muy exigente y todo lo que se apartaba de la acumulación de materias que tenía en torno de la figura quedaban marginadas. La publicación ofrece singulares legitimaciones para que el universitario crea en ella y con su apoyo desarrolle lo que aquí queda perfectamente condensado.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PESET, MARIANO: *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, 274 págs.

Todavía hoy, en España, el problema de la tierra preocupa: la titularidad del agro, las relaciones entre propietarios y campesinos, el acceso a la propiedad... Todavía hoy, con una fuerte dependencia del exterior, la España agrícola presenta profundos problemas que buscan solución. Para entenderlos no hay duda de que una revisión histórica puede proporcionar explicaciones de los datos y de las realidades que, dentro del contexto actual, provienen del pretérito. El libro de que me voy a ocupar es, sin duda,

un valioso intento de sintetizar la situación de la tierra a lo largo de los siglos, en especial las transformaciones que se originan desde el Antiguo Régimen a la época liberal. Las viejas relaciones feudales conducen, en los años del liberalismo, a una distribución más amplia de las tierras y a unas relaciones más modernas en torno al cultivo y explotación de los campos. La bibliografía actual sobre estas cuestiones es muy abundante, por lo que una síntesis es interesante para organizar un tanto la problemática de este sector; el autor ha investigado en él, especialmente en Valencia, por lo que no le es ajeno o extraño este mundo. Las viejas síntesis de CÁRDENAS o de AZCÁRATE, inmersas en la época de los cambios, pueden hoy mejorarse, sin ninguna duda, desde una perspectiva más lejana, más distante en el tiempo.

El libro se divide en dos partes. Una primera, *Propiedad y legislación*, procura entender los dos modelos de propiedad que se construyen y desarrollan bajo las leyes antiguas y después mediante las leyes liberales. En último término, el esquema liberal se recogerá en el Código Civil. La segunda parte, *Señorío y propiedad*, busca, por debajo de las leyes, comprender las transformaciones que se verifican en España, hasta desembocar en la abolición de los señoríos en 1811. No continúa el análisis de los cambios posteriores que se van produciendo, con ritmos más ágiles, a partir de la revolución liberal —al estilo del libro de BERNAL sobre *La lucha por la tierra en la crisis del Antiguo Régimen*, Madrid, 1979, referido a Andalucía. Quizá deba en un futuro prolongar su estudio en este sentido, alargar la cronología hasta completar las transformaciones en el siglo XIX. La segunda parte, no obstante, pretende conocer la evolución de la propiedad y de los señoríos, desde la Edad Media hasta inicios del pasado siglo: los cambios que genera la Reconquista, distintos en las diferentes zonas de la Península; la transformación de las relaciones feudoseñoriales en Castilla y León, mientras en la costa Este se mantienen. Lo que no significa una evolución más rápida en las mesetas hacia modos precapitalistas, como puede percibirse en sus análisis del campo valenciano. En esta zona, se conservan formas señoriales más arcaicas y, sin embargo, las relaciones de propiedad se acercan con mayor celeridad a formas burguesas o preliberales. Deshace ideas, muy extendidas historiográficamente, de que Valencia con la expulsión de los moriscos sufre un proceso de refeudalización; aunque se mantengan formas de propiedad dividida o particiones de frutos —mecanismos jurídicos arcaicos—, las relaciones, tras la expulsión, son menos favorables para los señores.

Pero voy a fijarme, en especial, en la primera parte, en donde se contraponen dos ideas o esquemas jurídicos de propiedad, que se suceden al ritmo de los acontecimientos. Son muy diferentes. En la vieja propiedad existe una situación privilegiada, desigual, basada en la amortización eclesiástica o de los pueblos y en las vinculaciones nobiliarias, así como en la jurisdicción que los señores poseen sobre los pueblos. La Iglesia —sus diferentes instituciones, desde monasterios a mitras y parroquias— adquiere bienes que no se enajenan nunca o en muy contados casos; su patrimonio aumenta, a pesar de las quejas en Cortes. Mientras que los bienes comunales y de propios de los pueblos, aunque sufren un proceso de cierta disgregación, se mantienen también extensos. La nobleza, por su parte, a través de los mayorazgos conserva sus fortunas de generación en generación, inenajenables, inembargables, cada vez mayores patrimonios que

se concentran por matrimonios endogámicos. Por su parte, sus jurisdicciones sobre los pueblos facilitan su poder y sus adquisiciones, al originar copiosas rentas y dominarlos con sus jueces y alcaldes. Estas dos realidades —amortización/vinculación y jurisdicción— son esenciales a la vieja propiedad.

Esa esencial desigualdad da lugar a que los contratos agrarios o las formas de explotación de la tierra presenten ciertos desequilibrios en favor de los propietarios, ya sea en los arrendamientos, en las aparcerías o en los censos, tan usuales en los siglos del Antiguo Régimen. Son muy diferentes, según las zonas o regiones, pero, en todo caso, se conservan más en Cataluña o Valencia, en Galicia o en Asturias, mientras en las mesetas o en Andalucía han sido sustituidos por arrendamientos. La Mesta, con sus limitaciones a la agricultura o un sistema fiscal regresivo, que no alcanza a la nobleza o al clero —los principales propietarios—, completa esa idea de la propiedad feudal.

Frente a este modelo de propiedad, que se ha ido transformando a lo largo de los siglos, los liberales implantan el suyo: el modelo que se recogería en el *Code des français* de 1804 y en nuestro Código Civil de 1888-1889. Pero ya antes, una serie de leyes rompe la situación anterior y acerca las viejas relaciones de propiedad a la nueva época. Las primeras abolieron las jurisdicciones señoriales, desde el Decreto de 1811, concentrando los poderes públicos en el Estado nuevo; Fernando VII, en los períodos absolutistas, mantuvo concentrado el poder sin devolverlo a los antiguos señores. Después llegaron las leyes desamortizadoras, que pasaron la titularidad de las viejas propiedades de la Iglesia y de los pueblos a los particulares, por medio de la declaración de estos bienes como nacionales y su venta en pública subasta. Las Cortes de Cádiz apenas iniciaron más que una legislación desamortizadora, que ya el trienio aplicó y realizó las primeras ventas. Después, en los años treinta del pasado siglo, Mendizábal desamortizó en forma decidida, para continuar Madoz en el bienio progresista. La desvinculación o declaración de libre disposición de los bienes amayorazgados fue otra de las claves de esta transformación; proclamada en el trienio, se puso definitivamente en vigor en el reinado de Isabel II, en sus comienzos. Las fortunas nobiliarias quedaban libres para el poseedor del mayorazgo, con tal que reservase una mitad para su sucesor en el mismo —en una generación desaparecían los mayorazgos, pudiéndose enajenar sus bienes, dividir entre los hijos, etc.

Por otro lado, se estableció la libertad de contratar arrendamientos de las tierras, que terminaron poco a poco con los censos que todavía existían. Se favoreció la redención de censos, aun cuando fuesen enfitéuticos y perpetuos —los foros gallegos plantearon especiales dificultades—. En 1845, la reforma del sistema fiscal supuso un mayor gravamen sobre la riqueza territorial, hasta entonces exenta, en buena parte, de las cargas públicas. La Mesta había desaparecido en 1836.

Esta nueva propiedad, cercana a la que hoy concebimos, significaba un profundo cambio de nuestras estructuras. Fue implantándose progresivamente, si bien la nobleza siguió conservando buena parte del patrimonio agrario. La abolición de los señoríos jurisdiccionales no comprendía el dominio territorial —según el Decreto de 1811 y concordantes—. De este modo, nuestro siglo XIX, esencialmente agrario, conservó una impronta nobiliaria que ha llegado casi hasta nuestros días. La revolución, profunda

en categorías y esquemas jurídicos, no supuso, como en Francia, la desaparición de una nobleza terrateniente, que se mantuvo entre nosotros dotando a nuestra historia reciente de específicos caracteres.

El libro de MARIANO PESET, que termina con una amplia y seleccionada bibliografía, analiza la propiedad en la España moderna y contemporánea con detalle. Si no es exhaustivo —no es su intención—, no cabe duda de que sus páginas son sugerentes para quien se halle interesado por estos temas, centrales para el Derecho o la economía.

PILAR MANCEBO

RICO PÉREZ, F.: *Las fundaciones en la Constitución Española*. Primer Premio Alfonso X el Sabio. Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, 1982.

Recién publicada y previamente aprobada la Constitución Española di una o varias conferencias en diferentes Centros de Estudios Hipotecarios, en su variedad regional, y creo recordar que una de las afirmaciones más era la de que la Constitución no me había gustado, quizá porque era de los pocos españoles que se la habían leído. Y ahora tengo que confesar que, aunque sigo siendo de los pocos españoles que se la han leído, el artículo 34 de la misma me suena lejanísimo, vamos, como si no lo hubiera leído nunca, y está ahí para apagar mi farol de que había leído, y leído bien, la Constitución. ¡Qué pasará con aquellos que ni la han abierto!

El estudio monográfico que traigo a recensión es el testimonio palpable de que las fundaciones existen en la Constitución y que alguien más avisado que yo las vio y las estudió, y por ello recibió un premio del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo. El autor premiado me dedica un ejemplar y traigo la obra a recensión por infinidad de razones, pero entre ellas, por lo novedoso del tema. La recensión la debí hacer en el año en que el libro aparece, es decir, en 1982, y así hubiese aprovechado el IV centenario de la muerte de Santa Teresa para hacer una cita erudita de su conocida obra sobre *Las fundaciones*. No me resisto a marginar la cita, pues creo que esa «obediencia» de que habla la santa para redactar el libro que le ordena su confesor, Jerónimo de Ripalda, es una de las esencias de la fundación: la obediencia a unas normas que rigen la vida de la misma. Jurídicamente, lo dice con inigualable estilo el ya fallecido profesor DE CASTRO: «Puede considerarse la fundación como la personificación de la organización, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que destina una masa de bienes».

Para mí, la fundación, y eso que he vivido a la sombra de Loyola y he oído el día de San Ignacio el himno de la fundación, es una figura que se me escapa. Cada vez que uno tropieza con ella en esas calificaciones jurídicas que el tráfico de bienes impone, un sudor se me va y otro se me viene, pero siempre salgo confortado con aquella frase, que también utiliza el autor, de FEDERICO DE CASTRO, al decir que «hasta época bien reciente, la fundación ha sido figura jurídica descuidada por nuestra doctrina». Ahora, además de la frase, tengo el libro, que indudablemente ayuda y

acompaña. Puestos a hacer citas es preciso traer aquellas frases que hace poco exponía TORRENTE BALLESTER en su ensayo sobre *Leer, ejecutar*. El autor ha hecho la obra, la ha realizado, y el lector la ejecuta, y su realización será más o menos perfecta según lo que alcancen la inteligencia, la intuición y la experiencia del lector. Por ello, vamos a enfrentarnos, después de la lectura, con su ejecución en esta breve recensión.

El trabajo monográfico tiene dos grandes partes: una destinada a la problemática de las funciones y otra al estudio de las mismas en la Constitución. La verdad es que no entiendo cómo se puede escribir tanto de fundaciones. El libro se lo dedica al doctor MARAÑÓN; lleva un prólogo muy ameno de ANTONIO VIRTUDES OSORIO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, y una introducción explicativa del autor; unas consideraciones de *lege ferenda*; un resumen; una referencia bibliográfica; las publicaciones del autor, y una hoja para anotaciones y observaciones, aparte de que en las solapas del libro se incluyen unas ideas escritas por ANGEL VIAL ORTUÑO, ex Rector de la Universidad Complutense.

A. PROBLEMÁTICA DE LAS FUNDACIONES

Esta parte de la obra está construida sobre dos problemas que el autor entiende acertadamente que deben ir precediendo, como los delantales, al tema concreto de las fundaciones. Uno es la persona y sus clases, como punto de partida, y otro es el principio de libertad, como base y fundamento de la fundación. El autor mantiene la tesis de que la distinción entre personas físicas y jurídicas debe estar sometida a revisión, siendo mejor el término persona humana o persona individual frente a las jurídicas o colectivas. Yo no sé si atreverme a recordar al ilustre autor que el tema no debe «menearse mucho», pues todavía guarda mi memoria aquella disposición que distinguía entre las personas físicas, las jurídicas y «las de cualquier otra clase». Para el autor lo que sí está claro es que la fundación es masa de bienes personificada. También la libertad y la liberalidad son estudiadas por el autor en base de que ellas pueden justificar la existencia de la fundación. VIAL ORTUÑO arranca su escrito diciendo que: «Las fundaciones son como el termómetro que mide la libertad de un pueblo».

El estudio, al entrar en el tema concreto de la fundación, va recorriendo los caminos tradicionales que la estructuración ha impuesto como medio expositivo de materias. El concepto de la fundación, los caracteres de la misma apoyándose en indicaciones de J. M.^a PRADA, la clasificación de las mismas, la evolución histórica, la naturaleza, las fundaciones en el Código Civil y en el Derecho comparado y el tema final de la constitución de las fundaciones con sus diversos elementos, incluido el Registro de fundaciones, la gestión, capacidad, rendición de cuentas, modificación, fusión y extinción. Estos temas están tratados por el autor sobre la base de una legislación un tanto dispersa, a la que parece aludir el Código Civil, y que últimamente ha tenido el «añadido» de ciertos Decretos, como el de 21 de julio de 1972 y otros posteriores en los años 1977 y 1979, aparte del «Anteproyecto de Ley de Fundaciones» en su redacción del 1.^o de diciembre de 1981, que el autor, influido por esa corriente que trata de simplificar en forma acrostática fechas y acontecimientos, cita como AF-81, como si se tratase de un 23-F cualquiera. Cuando empezó la simplifica-

ción de los nombres de Sociedades Anónimas, FEFASA, POTASA, LAMINOSA, etc., un ejecutivo de cierta empresa llegó a San Sebastián, y después de una mañana muy densa de sociedades con anagramas terminados en SA, alguien le propuso ir a comer a «La NICOLASA», y él contestó: «Más sociedades anónimas, no».

B. LAS FUNDACIONES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Ya hemos dicho que el artículo 34, relacionado con el 22 (que induce a confusión), de la Constitución le sirven al autor para desarrollar los temas de esta segunda parte. Fundamentalmente, los diferentes temas que trata son los del estudio de la fundación en la Constitución, con cita de la elaboración del artículo, los precedentes, los requisitos de interés general, clasificación y desclasificación (expresión esta última que no supone supresión, aunque la Administración podría llegar a impedir su funcionamiento) y destino de los bienes en caso de disolución. También estudia la fundación en los Estatutos de Autonomía, recogiendo las alusiones que el catalán, vasco, gallego y andaluz contienen y el silencio que el resto de ellos hacen de la figura. Igualmente recoge el proyecto de Ley de las Fundaciones Privadas Catalanas.

Cinco temas de importancia cierran el estudio. Son los referidos a la función social de las fundaciones, las fundaciones de investigación y familiares en la Constitución, el régimen constitucional de las fundaciones religiosas y los aspectos fiscales (beneficios y restricciones y la novedad legislativa de la exención en la Ley del Impuesto de Sociedades). Digo que estos cinco temas cierran el estudio, pues los capítulos que destina a la referencia al Centro de fundaciones, proposición de ley, anteproyecto de ley y el futuro de las fundaciones no pasan de ser realidades a conseguir en ese anhelo de lograr una plena y perfecta regulación de la materia.

Lo que sí cabe destacar es la postura del autor frente a la posible legislación futura de fundaciones. Entre ellas cabe señalar la de la distinción entre fundaciones y asociaciones, sólo las de «interés general» y de carácter privado deben ser consideradas como tales, amplitud de capacidad, destacar como decisivo el destino de las ganancias, potenciarlas con finalidad cultural y precisar el aspecto social de las mismas, fijación de las causas de extinción, evitar discriminaciones dentro de su regulación, exención fiscal y potenciación de las mismas.

De todo lo dicho y expuesto se desprende que el lector tiene ante sí un esquema importante de la normativa vigente y de la que puede venir en esta materia, y es tanto el atractivo que la figura ofrece y la filantropía que provoca, que uno si tuviera «posibles» ya estaba en la cola de las fundaciones, aunque el clima histórico que nos ha tocado vivir, tan inclinado a la aplicación abusiva de la expropiación forzosa, hará, sin duda, frenar impulsos y sosegar filantropías. Al fin y a la postre, esto no es más que una donación de bienes adscritos a un fin y sometidos a unas disciplinas, y las donaciones con fin determinado requieren un clima, aunque sólo fuera lo que el Código llama de «regocijo familiar». Y ahora de regocijos, nada.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

