

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LI ○ Marzo - Abril 1975 ○ Núm. 507

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Murcia.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

Págs.

ESTUDIOS:

«La gestión de negocios sin mandato», por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO ...	245
«La capacidad jurídica de la mujer casada», por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH ...	271
«Consideraciones en torno al departamento procomunal», por ENRIQUE RUBIO ...	335

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO ...	363
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS, JOSÉ QUESADA SEGURA, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI ...	389
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ...	435

LIBROS:

«La afectación de bienes al servicio público», de GASPAR ARIÑO ORTIZ, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY ...	443
«Cooperación. Teoría y práctica de las sociedades cooperativas», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ...	444
«La región», de P. M. ^a LARRUMBE BIURRUN, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ.	446

	<i>Págs.</i>
«Problemática metropolitana», de R. MARTÍN MATEO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	448
«El derecho a la ciudad», de HENRI LEFEBVRE, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	451
«Inclusión de fincas en el Registro de Solares y sus causas», de A. ORTEGA GARCÍA, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	453
«Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo», de L. MOSQUERA SÁNCHEZ y A. CARRETERO PÉREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	456
«Lineamenti di Diritto Urbanístico», de FILIPPO SALVIA y FRANCESCO TERESI, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	459
«Derecho Civil de Puerto Rico», de E. VÁZQUEZ BOTE, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	461

REVISTAS:

I. Revistas comentadas, por FERNANDO MALO	467
II. Noticias de Revistas	471

ESTUDIOS

La gestión de negocios sin mandato

1. CONCEPTO Y DESARROLLO

La gestión de negocios, en el sentido de los artículos 1.888 y siguientes del Código civil, es una situación cuasicontractual que se produce siempre que una persona toma en su mano espontáneamente y sin obligación ni facultad específica alguna los negocios de otra y realiza para ella los actos que cree útiles. Se trata, pues, de actuación en interés y por cuenta de un tercero sin haber recibido mandato suyo. De tal intervención en los asuntos de otro nacen eventualmente obligaciones: a cargo del gestor a veces, y más comúnmente a cargo del dueño, en cuyo caso la situación se asemeja a la que resultaría del contrato de mandato, salvo que la voluntad del dueño está ausente: hay—se dice—cuasicontrato y no contrato.

Los autores del Código civil francés se fijaron especialmente, al regular la gestión (y todavía en nuestro Código se habla, en los artículos 1.889 a 1.893, de *dueño*, y en el 1.890, de *propietario*), en el supuesto del inmueble que tiene necesidad de una reparación urgente cuando su dueño no está en el lugar, y un vecino oficioso encarga a un contratista o albañil hacer lo necesario: con ello se obliga a velar por la buena ejecución de los trabajos y a rendir cuentas al amo, mientras éste, por su parte, está obligado a indemnizarle sus desembolsos. Pero el esquema puede convenir a hipótesis muy diversas. Ejemplos: copropietario que realiza impensas sobre un bien indiviso; alguien paga conscientemente la deuda de otro; se penetra violentamente en casa del vecino ausente y se cierra el agua porque ha estallado una cañería; tras la apertura de una sucesión, un heredero presente administra los bienes hereditarios por cuenta de todos; un amigo asume provisionalmente la gestión de la fortuna de otro aquejado de depresión mental o retenido en un país lejano; hotelero que recoge la víctima de un accidente sin conocimiento; director de clínica que llama

a un especialista a la cabecera de un enfermo que no se encuentra en estado de manifestar su voluntad; transeúnte que para un caballo desbocado y lo devuelve a su dueño; persona que cuida a un hermano suyo débil mental y administra sus bienes (sentencia de 2 de febrero de 1958); otra que atiende a un enfermo hasta que fallece, paga el entierro y costea las reparaciones y seguro de la casa (sentencia de 18 de enero de 1908), etcétera.

En general, tales actos vienen impulsados por motivos altruistas ante un supuesto de necesidad apremiante, sea concretamente en favor de un sujeto cuyos asuntos se gestionan, sea incluso en favor de la colectividad (el que para el caballo desbocado) y sin intención específica de servir a un *dominus negotii*.

En sus orígenes romanos este carácter es manifiesto; según parece, la *gestio* inicia sus consecuencias jurídicas en la defensa en juicio de un ausente asumida de modo espontáneo por un campeón que toma partido por él, extendiéndose en seguida a otras hipótesis de protección del patrimonio de ausentes o incapacitados. Probablemente, la actuación del gestor dio primero origen a una acción del *dominus* contra él (acción directa) fundada en el simple hecho de la gestión y dirigida a la rendición de cuentas y, en su caso, la restitución de los bienes y sus aumentos. Poco tiempo después se reconocería al gestor el derecho a reclamar el reembolso de lo gastado en el curso de su actuación oficiosa, pero sólo cuando ésta, tal como había sido emprendida, objetivamente se encaminase a conseguir un beneficio para el *dominus* y con intención de gestionar negocios ajenos (PACCHIONI). Las acciones de uno y otro tienen, pues, origen diferente, aunque luego se agrupan en torno a un instituto supuestamente unitario, calificado desde la paráfrasis de TEÓFILO como cuasicontrato.

La gestión de negocios, atendida siempre a los patrones romanos (los Derechos particulares medievales no romanizados no suelen regularla), amplía su campo de acción en la edad moderna. De una parte, los jansenistas ven en ella una aplicación de la ley que nos ordena hacer por los demás aquello que querríamos que hicieran por nosotros (DOMAT), y la escuela del Derecho natural, un reflejo civilista del gran deber de filantropía y benevolencia universal; de otra, los estudiosos del Derecho positivo la adoptan como una útil técnica, que ya POTHIER explicaba minuciosamente para justificar soluciones de equidad cuando las consecuencias patrimoniales de la actuación de una persona, equitativamente, deben recaer en otra. En la doctrina francesa de fines del siglo XIX llega a convertirse en una especie de comodín, igualmente apto para explicar la responsabilidad de un marido por las compras domésticas de su esposa; la del mandatario que excede útilmente los límites del mandato; la del prestador espontáneo de alimentos o asistencia; el pago de deuda ajena,

y tantas otras situaciones en las que, sin relación contractual, se presta una cosa o servicio en beneficio de otro o se absuelven o contraen obligaciones que otro hubiera debido absolver o contraer o mandar hacerlo.

Sobre la base, propuesta por LABBÉ, de que la gestión de negocios consiste en hacer sin mandato lo que podría hacer un mandatario con él, propusieron algunos autores (PLANIOL y GAUDEMET, entre otros) ampliar el concepto de la gestión desde la que interviene con ocasión de un bien o de un derecho ya adquirido por el interesado y figurando en su patrimonio, a la convención concluida en interés de otro a efectos de hacerle adquirir un derecho que no le pertenece todavía, convalidando mediante este título gestorio la estipulación para otro; el que el artículo 1.259 del Código civil llama «contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal», que en rigor tiene su régimen propio en dicho precepto, y sólo podría reconducirse a las normas de este cuasicontrato cuando la estipulación se desarrolle en el marco de una gestión más amplia. En realidad, el punto de partida de LABBÉ es equívoco, pues la gestión de negocios representa esencialmente una intromisión en los asuntos de otro sin su llamada, y si bien el titular de un patrimonio puede llamar a otro para llevar adelante cualquier obra, asunto o negocio en relación con sus bienes o, en suma, realizar cualesquiera actos no personalísimos por su cuenta, es, en cambio, falso que cualquiera pueda lícitamente gestionar cualesquiera negocios, asuntos u obras no personalísimos de otro, invadiendo su esfera jurídica sin su consentimiento: al contrario, más generalmente esto se halla prohibido. Para aquellos supuestos en que no ocurre así, el Código civil predispone una regulación de las consecuencias de la inmisión en la esfera ajena mediante actos en principio lícitos, pero siempre sobre la base de que ha existido intrusión en bienes ajenos, a partir de la cual se regula la responsabilidad frente a terceros: si los actos que la crean no son en sí intrusivos (compra de abonos para la finca del *dominus*), dependen de la intrusión inicial y se juzgan en función de ella. Por ende, un contrato aislado, celebrado con tercero a nombre de un supuesto mandante, que en realidad no lo es, no podría, a falta de inmisión en la esfera de ese supuesto mandante, calificarse de *negotiorum gestio* en sentido estricto ni se hallaría sometido a la correspondiente regulación del Código civil.

2. DELIMITACION DE LA GESTION DE NEGOCIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para el Código, es gestión de negocios «el encargarse voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de

éste» (así, art. 1.888). La palabra *negocios* ha de entenderse aquí, conforme a la tradición y la doctrina, en su más amplio sentido, de modo que la gestión lo mismo puede consistir en un acto jurídico (contrato celebrado por el gestor con un contratista para la reparación del inmueble de un ausente, pago de la deuda de otro) como en uno material (reparación del inmueble que ejecuta el propio gestor, servicios médicos prestados a una persona que se halla en la vía pública en estado de inconsciencia). Así, el hotelero que recibe un obrero víctima de un accidente de trabajo acaecido en la vía pública, es gestor de negocios del que debe asumir la responsabilidad del accidente; el que retira un automovilista de su coche en llamas, es gestor de negocios de este automovilista (y de su asegurador), etc.

PLANIOL tiene una visión más estricta. Para él, es preciso «separar la gestión propiamente dicha de los casos en que no se trata de actos jurídicos, sino de servicios o ventajas materiales procurados a otro: con ello se reproduciría en tema de gestión de negocios la distinción entre el mandato (que según la opinión más extendida se refiere sólo a negocios jurídicos) y el arrendamiento de servicios» (1). Pero ni los precedentes históricos ni el texto legal (véase, en particular, art. 1.894) autorizan tal restricción interpretativa, que, además, dejaría huérfanos de regulación los casos de gestión puramente fáctica.

De aquí surge entonces una primera diferencia entre la gestión de negocios y el contrato de mandato, que aconseja evitar un paralelo excesivo entre ambos institutos y permite en ocasiones la aplicación analógica de las reglas del arrendamiento de servicios, extremo éste un tanto descuidado por la doctrina y por el propio Código. La otra diferencia es la falta de acuerdo expreso o tácito: como dice la sentencia de 9 de abril de 1957, «el punto de origen de las respectivas obligaciones (nacidas de la gestión y del mandato) es opuesto esencialmente, por ser en la gestión el hecho de actuar *utiliter* y *diligenter*, y en el mandato, la voluntad contractual de las partes». A su vez, la sentencia de 2 de abril de 1929 explica

(1) Por el contrato de mandato alguien actúa frente a terceros por cuenta o incluso en nombre de otro; por el contrato de prestación de servicios se establece entre dos personas una relación de dependencia transitoria o duradera, que permite a uno de ellos obtener servicios y a la otra cobrar una remuneración. Como si alguien encarga a un abogado que le represente en el acto de celebración de un contrato (mandato), o que le acompañe o aconseje en cierta negociación (servicio). Se distingue, pues, la gestión por otro en el sentido de que alguien negocia los intereses de su principal frente a terceros, de los supuestos en que una de las partes está obligada a prestar servicios a la otra. El mandato aparece con estructura triangular, mientras el contrato de prestación de servicios no supone el encargo de obrar con eficacia jurídica frente a terceros, sino la exclusiva previsión de una reciprocidad de prestaciones entre dos partes contratantes (PUIG BRUTAU).

cómo no se precisa el consentimiento expreso o tácito del dueño de los bienes sobre los que recae la gestión, sino sólo la voluntad officiosa del gestor: en realidad, tal consentimiento convertiría inmediatamente la gestión en mandato o, en su caso, en arrendamiento de servicios.

La gestión puede consistir en un acto aislado o una serie de actos, y referirse a un asunto, objeto o servicio concreto (en todo caso, no personalísimo) o a la administración de todo un patrimonio o parte de él. Habitualmente no incluye los actos de disposición, pero, sin duda, puede extenderse a ellos, si bien los negocios transmisivos sólo producirán su efecto propio en los supuestos de los artículos 1.892 y 1.893.

La actuación del gestor no ha de ser necesariamente como representante del *dominus*, lo cual sería imposible en los supuestos similares al arrendamiento de servicios (aquí gratuito) y ni siquiera viene exigido para el contrato de mandato. Es posible, pues, una gestión no representativa en nombre propio y por cuenta ajena, cuyas consecuencias, tratándose de negocios jurídicos, habrían de ser semejantes, en lo no previsto en los artículos 1.888 y siguientes, a las del mandato sin representación (2).

3. ESTRUCTURA DE LA *GESTIO*.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DEL GESTOR Y EL *DOMINUS*

La regulación de la gestión de negocios oscila entre la salvaguardia de la esfera jurídica individual contra intromisiones indiscretas de otro, que el Derecho contempla con desconfianza, y la tutela de esa misma esfera, en circunstancias excepcionales, mediante la intervención desinteresada de un factor benévolo, que la ley ha de proteger. Según parece, inicialmente fue la desconfianza el sentimiento que movió al legislador (acción de gestión de negocios directa), y acaso hoy sigue preponderando en la disciplina de los derechos y obligaciones que los actos de gestión producen o pueden producir para ambos interesados: el gestor y el gestionado o *dominus negotii*.

La teoría clásica francesa los hacía derivar de un cuasimandato

(2) Por eso carece de trascendencia, en el supuesto de la S. de 18 de enero de 1908, que la gestora, al cobrar los alquileres, manifestase a los inquilinos ser dueña de la casa: tal manifestación no le impedía actuar, aunque en nombre propio, por cuenta ajena, como en el mandato no representativo, y, por tanto, también con *animus aliena negotia gerendi*, aunque no lo manifestase así a las personas de quienes recibió el precio del arrendamiento.

Dígame lo mismo del caso de la S. de 9 de febrero de 1957, en el que unos gestores extraen fondos de una cuenta bancaria afirmando tener una autorización del *dominus* y titular de la cuenta, de la que carecen, lo cual no les priva de su condición de tales gestores ni les hace responsables ante el banco en tanto se diera alguno de los supuestos de los artículos 1.892 y 1.893.

(BAUDRY-LACANTINERIE); mandato imperfecto, al cual solamente falta la voluntad del mandante. Inversamente, parte de la doctrina moderna elimina de la gestión de negocios todo aspecto voluntario y hace de ella un sistema de obligaciones puramente legales (VIZIOZ). Sin embargo, esto choca con el pensamiento del Código civil en tema de fuentes de las obligaciones y con la evidente intervención de la voluntad humana, como ha puesto de relieve JOSSERAND, para quien lo relevante en la *gestio* es la iniciativa del gerente, acto jurídico unilateral que por excepción podría engendrar obligaciones a cargo de otro. Por su parte, GORÉ presenta la gestión de negocios como la sanción jurídica de deberes morales: puesta en obra de un deber de ayuda mutua del lado del gestor, y de un deber de asistencia del lado del gestionado (acaso podría decirse mejor de gratitud). Mas aun habiendo mucho de cierto en ambas posturas, no obstante, explican mejor las motivaciones de la ley y el fundamento remoto de la gestión de negocios que su estructura, consistente en un posible cruce de obligaciones que no sólo no son sinalagmáticas (recíprocas, en la terminología del Código: cfr. art. 1.124, no aplicable aquí), sino que, como en su origen histórico, proceden de fuentes un tanto distintas; de una parte, la mera inmisión voluntaria de alguien, sin mandato o autorización legal, en la gestión de un asunto ajeno y, de otra, el aprovechamiento o aprobación de una gestión extraña por el *dominus*.

La unidad del instituto, pues, surgida de sus semejanzas con el mandato, tiene mucho de aparente, resolviéndose todavía hoy, como en el Derecho romano, en dos tipos de hechos vinculantes o, acaso mejor, en dos aspectos de un mismo hecho, de los que, apoyadas en distinto fundamento, nacen dos diferentes relaciones de crédito: la una, el vínculo unilateral asumido por el que toma en su mano los negocios de otro; la otra, orientada a la restitución de los valores desplazados sin contrato.

SAVATIER señala bien esa duplicidad de aspectos cuando propone, como fundamento de la obligación del gestor, la autonomía de la voluntad, mientras la del *dominus* procedería del enriquecimiento injusto. Explicación (sobre la que volveré luego) que complementa la descripción, más ceñida a la estructura del instituto, de PACCHIONI, para quien las obligaciones del dueño sólo surgen si la gestión ha sido emprendida *utiliter* y con el ánimo de gestionar negocios ajenos, mientras que las obligaciones del gestor surgen o nacen simplemente del hecho de haber gestionado un asunto perteneciente a otro, aun sin los indicados requisitos (3). Así, estudiaremos consecutivamente la génesis de éstas y aquéllas.

(3) «Si tu casa amenaza ruina—dice este autor—y yo entro en ella y realizo las reparaciones necesarias, de este hecho mío nace en ti la obligación de pagarme las impensas, los daños sufridos por mí, etc.; y en mí la obligación de rendir cuentas, o sea, de restituir la cosa resarciendo los eventuales daños sufri-

4. NACIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL GESTOR

Para que surja la obligación del gestor no se requería en Derecho romano, ni se requiere hoy según el Código, sino el hecho de la invasión consciente y sin poder específico de la esfera patrimonial de otro realizada a través de una actividad gestoria. Bastan los actos de gestión, y que tales actos, conscientemente efectuados sobre una esfera patrimonial ajena, constituyan una injerencia en la misma. Así lo declara el Tribunal Supremo en 9 de abril de 1957, al explicar que la obligación del gestor es una obligación real, que nace *ex negotio gesto* y se funda no sobre un consentimiento presunto, sino sobre el hecho mismo de gestionar negocios de otro.

a) *Inmisión*.—Cuándo haya inmisión en la esfera ajena es algo que se ha de juzgar objetivamente. No la hay, según he dicho, cuando simplemente se contrata, sin autorización, a nombre y por cuenta de otra persona: es indispensable que los bienes o el acervo de derechos y obligaciones del *dominus* experimenten alguna variación actual, y eso no ocurre con la contratación a nombre de otro.

Hay inmisión si la gestión afecta a cualquier derecho subjetivo de otro, aunque el acto se realice sobre cosa propia (por ejemplo, arrendada a otro o usufructuada por él o habiendo una obligación de transferirle la propiedad todavía no cumplida). Constituye igualmente inmisión de esta clase la del mandatario que traspasa conscientemente sus poderes y consigue obligar, sin embargo, y a través de una apariencia de poder, a su representado.

b) *Actuación gestoria sin poder*.—La actividad desarrollada por el obligado para que haya gestión de negocios ha de ser gestoria: objetivamente dirigida a la conservación o administración del patrimonio. La des-

dos por ella, lucros retirados, etc. Pero estas recíprocas obligaciones no tienen el mismo fundamento jurídico. Estoy obligado a rendir cuentas por el simple hecho de haber entrado en tu casa y haber realizado los actos que sólo tú tenías derecho a realizar. Y a resarcirme tú estás obligado únicamente en cuanto yo haya entrado útilmente y en beneficio tuyo. No es, pues, el hecho de entrar el que constituye el fundamento de tu obligación, sino la utilidad que proviene para ti de haber entrado yo. El fundamento jurídico de ambas obligaciones no es, por tanto, el mismo: cada una tiene el suyo propio y distinto. Y por eso puede ocurrir que la una surja y la otra no. Si un gestor interviene dañosamente y con ánimo de depredar, pero interviene gestionando la esfera patrimonial de otro, queda indudablemente obligado a rendir cuentas al dueño, mientras éste no resulta vinculado por tal motivo frente a él. Y contrariamente: si el gestor realiza un acto de gestión útil en favor de alguno, pagando, por ejemplo, una deuda suya, indudablemente le obliga, si bien no ha penetrado en su esfera patrimonial, y en modo alguno está obligado frente a él por este acto suyo de pago.»

trucción de una cosa ajena, por ejemplo, no podría ser considerada acto de gestión sino cuando ocurriera para conservar otras del mismo propietario o poseedor.

A su vez, la *negotiorum gestio* presupone que el actuante carezca de poder específico para la conducta que observa. Ha de faltar cualquier género de autorización derivada del dueño del negocio, tanto si corresponde a un contrato de mandato como de otra índole, y tampoco ha de estar autorizada la intervención en los asuntos ajenos por alguna concreta disposición legal, judicial o administrativa.

Si hay consentimiento del dueño, según la doctrina dominante hay mandato tácito (en mi opinión, incluso expreso) y se sale del campo de la gestión. Así, la sentencia de 2 de febrero de 1954 presupone que ésta se verifica sin mandato ni conocimiento del dueño de los bienes.

c) *¿Conocimiento del dueño?*—La sentencia que acabo de citar plantea el problema de si puede haber *negotiorum gestio* cuando el dueño es consciente de que se está realizando, o hay entonces mandato tácito.

El proyecto de 1851 (art. 1.892) considera que la gestión de los negocios de otro se enmarca en tal precepto «cuando se realiza sin mandato ni conocimiento suyo» (del dueño), y para GARCÍA GOYENA, aun reconociendo que los códigos extranjeros precedentes admitían la gestión tanto cuando el propietario la conocía como cuando la ignoraba, puesto que el proyecto concede validez al mandato tácito, «lo reconocemos aquí siempre que el propietario tiene noticia de la agencia o administración».

En la doctrina moderna, piensa CARBONIER que «normalmente los hechos de gestión son realizados sin saberlo el dueño; si tiene conocimiento de ellos, se puede dudar, a pesar del Código, de que sea todavía posible una gestión de negocios: o protesta, y su oposición deja reducida la intervención del pretendido gerente a un hecho, un delito civil, o nada dice, y su silencio funda un mandato tácito, que es un verdadero contrato y no un cuasicontrato». Igualmente, PLANIOL: «cuando el dueño conoce la gestión y no se opone, la operación deviene un mandato tácito», si bien «puede haber simple gestión de negocios, aun en ese caso, cuando se trate de un mandante incapaz y en supuestos semejantes».

Sin embargo, el hecho de que el Código haya suprimido las palabras «sin conocimiento» del proyecto isabelino es bastante significativo: sin duda, en unos casos, tal conocimiento inducirá un mandato tácito, pero en otros será una simple manifestación de inercia frente a la actuación del gestor, que no prejuzga la valoración de ésta ni pone en entredicho la buena fe de ambos interesados (arg. análog., art. 379, 3.º).

d) *Voluntariedad*.—La inmisión ha de ser voluntaria (art. 1.888), es decir, consciente y querida como tal inmisión.

La gestión de un negocio ajeno en la creencia de que es propio no podría producir, frente al gestor, las mismas consecuencias: en particular, a falta de la intención característica de la gestión de negocios, no daría lugar a otra responsabilidad ni obligaciones que las derivadas de enriquecimiento o de la negligencia en averiguar la alienidad del asunto; fundamento este último que podría justificar la aplicación de los artículos 1.888 a 1.891, pero en calidad de reparación del acto ilícito: regirían, en otro caso, los preceptos sobre posesión de buena fe, y sólo con esa limitación habría lugar a rendición de cuentas. Mayores dudas sugieren otras hipótesis, como si el gestor se cree mandatario cuando no lo es; cree que gestiona el asunto de Pedro, cuando el verdadero interesado es Juan.

En cambio, y como dice PUIG BRUTAU, siempre que se trate de una gestión en interés de otro, procede aplicar las reglas de la gestión de negocios ajenos sin mandato, aunque el gestor haya obrado en la creencia errónea de tener que intervenir, y cualesquiera que sean los motivos particulares que para ello haya tenido.

¿Es precisa la intención de obligarse como gestor? Resolviendo, a la vez, sobre el tema del error, explica la sentencia de 26 de noviembre de 1926 que el artículo 1.888 tiene como supuesto necesario la voluntariedad, o sea, la intención de moverse en interés del prójimo *con ánimo de obligarse*, no existiendo gestión cuando se obra por error de interpretación de un contrato: en el caso, el actor confesó que todo lo había hecho equivocadamente por haber entendido mal las cláusulas de un contrato. Mas la interpretación del requisito de la voluntariedad resulta aquí un tanto estricta, pues la exigencia del ánimo de obligarse no figura en el Código, y no se ve por qué haya de imponerse un requisito que se hallará ausente en muchos supuestos de gestión: en particular, si ese ánimo se pretende que verse particularizadamente sobre el contenido de deberes del gestor de los artículos 1.888 y siguientes. Por otra parte, la gestión de negocios ajenos no precisa, por modo necesario, de declaraciones de voluntad ni es ella misma una declaración: como dicen ENNECCERUS y LEHMANN, «la exteriorización de la voluntad de gestionar, contenida en los actos singulares de gestión y en las circunstancias que los acompañan, dado que no se dirige a las consecuencias jurídicas de la gestión de negocios, no es una declaración de voluntad, sino un acto semejante a los negocios jurídicos».

e) *Capacidad*.—Los autores últimamente citados consideran, con referencia al Derecho alemán, que la *negotiorum gestio*, como la constitución de domicilio, requiere la plena capacidad de celebrar negocios jurídicos.

La cuestión en los Derechos latinos no es pacífica, siendo numerosos

los autores que—ante el silencio de los respectivos Códigos—entienden que el incapaz que gestiona el negocio de otro puede oponer su incapacidad para sustraerse a la ejecución de las obligaciones que resultan de su gestión: quien no es capaz de obligarse voluntariamente por contrato, tampoco por gestión de negocios.

Otros, como PACCHIONI, oponen, por el contrario, que la asunción de las obligaciones del gestor no requiere capacidad de obrar, y sí sólo capacidad natural. La analogía que propone la doctrina opuesta—piensan—entre el contrato y el cuasicontrato no es exacta: en el caso del contrato, el que trata con el incapaz sabe a lo que se expone, o si lo ignora, sólo puede ser por imprudencia grave, y no puede quejarse cuando se le opone la incapacidad; pero en el cuasicontrato, el incapaz actúa sin el concurso de la voluntad de la otra parte, que no ha cometido ninguna imprudencia. En definitiva, la exigencia de capacidad en los contratos, destinada a evitar la explotación de una parte contratante menos experimentada, carece aquí de objeto, y las obligaciones del gestor derivan del simple hecho de la inmisión.

Pero en esta defensa se pierde de vista que, como expone PLANIOL, un gestor contrae las obligaciones que le atribuye la ley mediante un hecho voluntario de su parte y, por tanto, un incapaz no puede constituirse gestor de negocios por otro: su acto voluntario no puede comprometerle bajo la forma del cuasicontrato, como no podría hacerlo bajo la del contrato, pues no puede obligarse voluntariamente. Tal es, asimismo, la solución para el Derecho español. La ley prohíbe obligarse voluntariamente a los incapaces, y es razonable que ocurra así en tema de cuasicontratos: aquí, el gestor precisa experiencia para asumir conscientemente la gestión, y concretamente capacidad de obrar si ha de concluir negocios jurídicos en la continuación, a que le obliga la ley, de su actividad gestoria; amén de la similitud de la voluntad de gestionar con la de contratar, y la del contenido de la gestión con el mandato o la prestación (gratuita) de servicios: «arrendamiento» gratuito de servicios, del que no se ocupa el Código civil.

La solución es racional: la anulación por incapacidad no tiene como fin castigar con una pena la negligencia de la persona que entra en relación con el incapaz, sino proteger a éste. La aceptó el Derecho romano, limitando la responsabilidad del gestor incapaz al enriquecimiento (D., 3, 5, 37, 1 y 4), y la doctrina moderna se inclina también por ella, *item* más la responsabilidad por culpa en su caso: a favor de esta última se podrán corregir las consecuencias dañosas de la gestión espontánea de un incapaz si se acepta la exigencia de capacidad de obrar para el Derecho español (cfr. además, en clara relación de analogía, art. 1.163 C. c., y para el menor emancipado y la mujer casada, art. 1.716).

f) *Gestión «prohibente domino» y por cuenta propia.*—No es presupuesto, en cambio, de la aplicación de los artículos 1.888 y siguientes, la intención de gestionar por cuenta ajena, y basta el conocimiento de la alienidad, pues el artículo 1.888 no exige más. Cabría objetar que, según el artículo 1.887, los cuasicontratos son actos lícitos, pero este requisito genérico de la licitud, contenido en una mera enunciación sin fuerza normativa y contradicho igualmente en el cobro de lo indebido de mala fe, no podría servir para hacer de mejor condición al gestor que se inmiscuye *animo depraedandi*, con afán de lucrarse él o simplemente de administrar el negocio como propio o en beneficio de persona distinta del *dominus*, frente al gestor altruista y bien intencionado, lo cual sería un contrasentido. La licitud del acto de inmisión (como el ánimo de gestionar negocios ajenos, la ausencia de prohibición del dueño, etc.) servirá para limitar las obligaciones y responsabilidades del gestor oficioso normal a las expresamente previstas en la ley; pero cuando el acto es ilícito, el artículo 1.887 no quiere decir que tales normas no puedan aplicarse, si bien entonces—y eso viene a indicar la exigencia de licitud—el acto no se identifica exactamente con el cuasicontrato típico de gestión: de una parte, porque el contenido de los artículos 1.888 a 1.891 es un mínimo que puede ser complementado por obligaciones procedentes de la culpa extracontractual y, de otra, porque los artículos 1.892 y 1.893 tienen aplicación más limitada o acaso nula en tales casos. Dígase lo mismo de la gestión realizada *prohibente domino*. En ambos supuestos muestra sus consecuencias la distinción apuntada entre las fuentes de las obligaciones del gestor y las del *dominus negotii* (4).

La pretensión dirigida a la rendición de cuentas y a la entrega de la ganancia cobra importancia en los casos de explotación consciente en beneficio propio de un derecho ajeno de autor, de inventor o de monopolio: prescindiendo de la indemnización por daños, para la recuperación de la ganancia obtenida por el contraventor puede ser un expediente cómodo la utilización de las normas de la gestión de negocios.

5. NACIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL *DOMINUS*

Completamente diversos son, según he dicho, los requisitos que debe tener la gestión a fin de que surjan las obligaciones del *dominus*. No es

(4) Afirma GAUDEMET (con otros muchos) que «si la gestión se emprende contra la voluntad del dueño, no puede haber gestión de negocios porque no se puede representar a uno contra su voluntad. Pero puede haber delito o cuasidelito, dando lugar a una acción de daños o de enriquecimiento sin causa». Como se ve, el argumento empleado para negar la aplicación de las reglas de la *negotiorum gestio* vale sólo para las obligaciones del *dominus* (aparte de que la *gestio* no implica necesariamente representación).

preciso que el asunto le pertenezca objetivamente, pero sí es indispensable que la gestión se haya emprendido—normalmente—con la intención de proporcionarle utilidad (*animus negotia aliena gerendi*) y útilmente (*utiliter coeptum*). La diferencia, pues, entre los presupuestos de las obligaciones del gestor y el *dominus* es profunda y explica por qué pueden surgir las unas sin las otras.

Según SAVATIER, estas obligaciones del dueño se fundan en la prohibición de enriquecimiento injusto, restableciéndose mediante ellas el equilibrio entre su patrimonio y el del gestor. Mas sin perjuicio de que éste pueda subsidiariamente hacer uso de la acción de enriquecimiento cuando le falte la *negotiorum gestorum contraria* y la retención del *dominus* no se halle justificada, la obligación del dueño del negocio puede ser superior al importe de su enriquecimiento (véase art. 1.893, 2.º, por ejemplo) y también inferior (en cuanto que no restituye el aumento resultante de la actividad personal del gestor).

Examinemos ahora más extensamente los presupuestos de la acción. Mientras el surgir de las obligaciones del gestor presupone meramente la actuación de éste con consciencia de la alienidad del asunto, las deudas que la propia actuación del gestor pueda hacer surgir en cabeza del *dominus* requieren algo más: lo que en Derecho romano se llamó *animus aliena negotia gerendi*.

Para la doctrina antigua, éste consistía en una voluntad contractual o cuasicontractual, y había de construirse, por consiguiente, como una voluntad de obligarse frente al *dominus*; voluntad que encontrándose con otra ficticia o presunta correspondiente a él (fundada sobre la utilidad de la gestión) daría lugar al nacimiento del cuasicontrato. Mas todo eso es una construcción dogmática sin base legal. Lo único que puede deducirse de los textos romanos es que cuando, por un motivo u otro, la intervención del gestor no pudiera considerarse como debida a un espontáneo impulso de benevolencia, se negaba a éste la acción de repetición contra el dueño sobre la base de la gestión (*actio negotiorum gestorum contraria*) y se le concedía sin más la acción de enriquecimiento. Y el «encargarse voluntariamente» de la gestión, del artículo 1.888, o la calificación de «oficioso» aplicada al gestor por el 1.889, no pueden ser interpretados, sobre todo de acuerdo con sus precedentes, de otra manera. De ahí que GARCÍA VALDECASAS deduzca la existencia de *animus* no de una mera declaración del sujeto, sino de las concepciones dominantes en el tráfico jurídico, ponderando todas las circunstancias objetivas.

El ánimo altruista se entiende referido al trabajo invertido en la gestión y no a las expensas y daños, que por eso pueden recuperarse. No obstante, si de una declaración expresa o de circunstancias concluyentes se pudiera deducir la existencia de un ánimo liberal extendido incluso a los

gastos, éstos no serían recuperables (cfr. sentencia de 2 de febrero de 1954) y probablemente por entenderse renunciada su recuperación, sin que sea preciso aceptar la liberalidad. El *animus* falta en la gestión emprendida con intención de lucrarse el gestor (*animo depraedandi*), es decir, de gestionar el negocio en beneficio propio: lo mismo podría decirse si la gestión se realizara en beneficio de un tercero distinto del *dominus*. En este último caso, por consiguiente, del hecho de la gestión no nace la deuda del *dominus* frente a gestor, y sí sólo puede surgir a partir del enriquecimiento (las obligaciones frente a terceros pueden tener un trato distinto). Y en el primero, la actuación de mala fe en la mayor parte de los casos podrá ser constitutiva de un delito (estafa o apropiación indebida), surgiendo, además de la responsabilidad penal, una obligación civil de restituir o indemnizar, a la que sólo subsidiariamente y por comodidad del dueño serían aplicables los artículos 1.888 y siguientes del Código civil.

La jurisprudencia, sin excepción, exige que la gestión se inspire en beneficio del dueño y no en móviles de lucro extraños a la diligencia de un buen padre de familia (así, sentencia de 28 de diciembre de 1908); que el gestor proceda por su propia y desinteresada voluntad y movido por el buen deseo de evitar los daños y perjuicios que al dueño pueda producir el abandono de sus cosas, y no lleve a cabo estas oficiosidades por *cobdicia de ganar* (expresión de las Partidas) (sentencia de 15 de junio de 1925), y así sucesivamente, las sentencias de 26 de noviembre de 1926, 2 de febrero y 1 de marzo de 1954, 26 de abril de 1956 y 9 de abril de 1957.

El mismo tratamiento tiene la gestión que, aun no siendo depredatoria, se realiza en interés del gestor y sin contemplación de los del dueño, pues aquí también falta el ánimo de gestionar negocios ajenos. Así, en particular, la sentencia de 15 de junio de 1929, rechazando la acción de quien repetía los gastos de propaganda de una marca industrial contra el comerciante cuyos productos se habían beneficiado de dicha propaganda, puesto que el gestor era titular de la marca. La gestión en interés propio se produce con frecuencia en los supuestos de actuación de un comunero, coheredero, coacreedor, etc.: en todos ellos se aplicarán las reglas del instituto correspondiente y—si procede—las del enriquecimiento injusto. En cuanto a las de la gestión de negocios, en mi opinión, se aplicarán en tanto la actuación revele, mezclada con el interés propio, alienidad, y en esa misma medida (5).

(5) Observan ENNECCERUS y LEHMANN que «el concepto de gestión de negocios ajenos no se desvanece por la circunstancia de que, además del interés ajeno, se cuida a la vez uno propio: por ejemplo, apuntalamos la casa del ve-

b) «*Utiliter coeptum*».—El surgir de las obligaciones del *dominus* no obedece sólo al ánimo altruista del que emprendió la gestión, sino que requiere una circunstancia objetiva que vincule al *dominus* a los resultados de la misma.

a') Así, en primer lugar, la ratificación del negocio. Conforme al artículo 1.892, *la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso*. Seguramente este precepto, como apunta NÚÑEZ LAGOS, se refiere a la ratificación en sentido técnico, frente a tercero, de singulares contratos, la cual no afecta, en principio, a la relación interna entre *dominus* y gestor, sino a la relación de aquél con los terceros que contrataron con éste. La palabra «ratificación» juega aquí, entonces, el mismo papel que en el artículo 1.259: la ratificación equivale a un apoderamiento posterior al acto representativo. Mas no es de suponer que indefectiblemente cualquier aprobación de una gestión conjunta sustituya la aplicación de los artículos 1.888 a 1.891 por los 1.718 a 1.726: a lo más, esto podría suceder cuando la ratificación no sólo sea expresa, sino que de las circunstancias quepa deducir con seguridad que el ratificante entiende constituir retroactivamente al gestor como mandatario suyo: en otro caso, más bien parece que el artículo 1.892 podía referirse a que la ratificación produce los efectos del mandato desde el momento mismo en que se verifica, quedando asumidas desde entonces por el ratificante las obligaciones frente a tercero, pero debiendo regir, en cuanto a la restante actuación del gestor anterior a la ratificación, los preceptos de la gestión de negocios sin mandato.

b') En segundo lugar, *aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo* (artículo 1.893, 1.º). Y todavía las mismas obligaciones incumben al dueño *cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno* (artículo 1.893, 2.º).

En el Derecho romano, para la acción de recuperación de expensas bastaba que la intervención del gestor hubiera sido útil en el momento en que se había iniciado (*initium spectandum*); en otras palabras, que el caso requiriera la intervención altruista, y que ésta se hubiera realizado buscando las mejores soluciones y con la debida diligencia, aunque luego los resultados económicos de la gestión se hubieran perdido sin culpa

cino ausente en interés del mismo, pero a la vez para precaver a la nuestra del peligro del derrumbamiento de aquélla».

o no se hubieran producido (*utiliter coeptum*). Por ejemplo, el dueño debe abonar los gastos hechos para curar a un esclavo enfermo, aunque muera (D. 3, 5, 10, 1). Se entendía, pues, que si el gestor había actuado como objetivamente lo hubiera hecho el dueño, y la ocasión lo requiriera, tenía la *actio negotiorum gestorum contraria*.

Los Códigos francés e italiano parecen conceder tal acción exclusivamente cuando el negocio ha sido «bien administrado» o, como dice el artículo 1.894 del Proyecto de 1851, «oficiosamente administrado con la debida diligencia». En definitiva, este punto de vista no parece separarse mucho del Derecho romano.

Literalmente, el Código civil español, salvo el supuesto excepcional del artículo 1.893, 2.º, restringe en dos maneras la acción del gestor contra el dueño.

a'') Por de pronto, no basta la gestión emprendida útilmente, sino que parece necesario que tal gestión reporte ventajas, es decir, que se concluya con éxito: no es suficiente, pues, la mera diligencia del gestor. Ciertamente, la doctrina no es unánime al respecto. Los anotadores de ENNECERUS creen, a la vista del artículo 1.893, 2.º, que el Código civil considera útil para los intereses del dueño una gestión encaminada a evitar perjuicios aun cuando, pese a ella, no se consiga evitarlos (por ejemplo, el gestor hace gastos para la curación del animal ajeno enfermo, pero no consigue evitar su muerte). «En tales casos—dicen—el Código se conforma con el *utiliter coeptum* (gestión oportunamente emprendida y diligentemente realizada)». Mas el párrafo 2.º del artículo 1.893 se refiere a un supuesto concreto, y de su interpretación *a contrario* se deduce que para el nacimiento de la obligación del dueño, a falta de perjuicio inminente y manifiesto, es preciso el provecho: sólo la urgencia de la intervención del gestor, que habrá de apreciarse objetivamente, permite volver al criterio romano del *utiliter coeptum*.

b'') En segundo lugar, aunque la gestión haya producido ventajas, no parece obligar al dueño si éste no se aprovecha de ellas, dejándolas de cuenta del gestor.

c'') El *aprovechamiento* de las ventajas, en suma, desencadena los efectos del artículo 1.893, 1.º No es preciso, en cambio, una declaración de aceptar los resultados de la actividad del gestor: el mero aprovechamiento—dice PUIG BRUTAU—«debe producir sus consecuencias jurídicas con independencia de que se tenga la voluntad de aceptar las ventajas o beneficios de que se trate» (*facta concludentia*).

El concepto de «aprovechamiento», que deja en manos del dueño asumir o no la gestión y las deudas y reembolsar las expensas, aun cuando aquélla haya sido conducida útil y diligentemente, debe ser entendido de una manera muy amplia, único modo de paliar sus inconvenientes. Podrá

entenderse que lo hay siempre que el patrimonio del dueño quede en algún modo acrecido o incluso si, objetivamente, cabe deducir que la conducta del dueño hubiera sido idéntica a la del gestor.

d'') *¿Quid* si hay *aprovechamiento*, pero no *ventaja* en el sentido de beneficio efectivo conseguido mediante la gestión?

En opinión de NÚÑEZ LAGOS, el aprovechamiento de las ventajas de la gestión cabe también cuando no hay provecho o ganancia positiva: la palabra *ventaja* ha de interpretarse al par de la *utiliter* de las fuentes romanas y, por tanto, aun faltando enriquecimiento del dueño. Empero, el texto legal parece bastante claro en el sentido de rectificar el Proyecto de 1851, y no sólo en el aspecto de dejar al dueño la opción entre aprovechar o desamparar los bienes, sino también permitiendo que los aproveche, sin quedar obligado, cuando la gestión no le haya producido «ventaja», es decir, si las cosas se hallarían mejor o igual sin la gestión realizada.

Ahora bien: cuando la gestión ha producido *ventajas*, aunque sea a costa de mayores gastos, en efecto, es dudoso si el aprovechamiento de aquéllas obliga a indemnizar todos éstos o solamente la ventaja efectiva.

Me explicaré: si el gestor trata de evitar la invasión de termitas en una casa, y a pesar de gastar en ello cantidades considerables no lo consigue, el dueño puede aprovechar la casa sin quedar obligado. En cambio, si lo consigue, aunque gastando cantidades que no compensan el resultado obtenido, resulta discutible si el *dominus* para aprovechar la casa ha de satisfacer íntegramente las expensas o bien si ha de abonar sólo el enriquecimiento proveniente de la pérdida evitada y no más.

El planteamiento, como se ve, es distinto: ya no se trata de «dejar de cuenta» o no las gestiones, sino de un aprovechamiento que es forzoso, a menos que se prefiera perder la cosa objeto de la gestión. La solución (naturalmente, siempre que no nos hallemos en el supuesto 2.º del artículo 1.893) depende, en último término, de la condición de mejoras necesarias o útiles que tengan las aportadas por la gestión oficiosa: siendo simplemente útiles, el tratarse de un aprovechamiento forzado por el dueño de la cosa equipara el conflicto de intereses con el que contrapone al poseedor inicial y al final en tema de posesión y, no obstante los términos categóricos del artículo 1.893, 1.º, permite optar al *dominus* por el abandono del aumento de valor, conforme al artículo 453, 2.º Siendo los gastos necesarios, ello es más dudoso, pues, de una parte, la gestión ha producido ventajas y su aprovechamiento obliga a indemnizarlas; mas de otra, no habiendo peligro inminente y manifiesto y no resultando *provecho* efectivo una vez abonados los gastos, acaso cabría invocar aquí el artículo 458, interpretando que, en tema de gestión, se trata de *ventajas* y no de sim-

ples mejoras, y que no hay *ventaja* en cuanto al exceso de los gastos sobre el beneficio realmente producido.

c) *Conveniencia de la gestión*.—A los anteriores presupuestos de la obligación del dueño podría añadirse otro, a saber, que el negocio exija, con arreglo a la apreciación común y dadas las circunstancias, ser gestionado. El Código nada dice de eso, pero la jurisprudencia ha aludido en diversas ocasiones a una de estas circunstancias, a saber, la de hallarse los bienes abandonados, si bien, erróneamente, elevándola a requisito indispensable de la *gestio* (sentencias de 15 de junio de 1925, 2 de febrero de 1954 y 26 de abril de 1956). El «abandono», con todo, se entiende ampliamente en la última sentencia citada: puede ocurrir por ausencia o negligencia, o bien por enfermedad o incapacidad (6).

Mejor que de abandono podría hablarse acaso de desinterés del dueño, que con arreglo a la apreciación vulgar llega al extremo de legitimar la actividad útil y conveniente del gestor: frente al punto de vista individualista de la imposibilidad de administrar, debe preponderar hoy el social de la conveniencia de que los bienes sean administrados, si bien conjugado con el principio de autonomía individual.

Por falta de esta necesidad objetiva no podría considerarse como gestión de negocios, por ejemplo, la reconstrucción de la casa cuyo propietario, en condiciones económicas precarias, la tiene incluso abandonada, y a quien la reclamación de las expensas supone un gravamen inopinado y contrario a su voluntad, pues era su incapacidad para hacerle frente lo que precisamente le impedía la reconstrucción.

Se entiende que tampoco produce responsabilidades para el dueño la gestión hecha con prohibición suya. No obstante, ya en PAULO DE CASTRO se concede la acción, a pesar de la *prohibitio*, en ciertos casos en los que un interés superior se sobrepone a la prohibición misma: puede ser el pago de impuestos, el rescate de un prisionero o la cura de un enfermo contra sus propios deseos. En el Código civil alemán, la voluntad opuesta del dueño no se toma en cuenta cuando el gestor cumple un deber de aquél objetivamente en interés público, o un deber legal de alimentos que en otro caso no hubiera sido cumplido; por analogía se entiende que también es pertinente la gestión cuando la prohibición choca contra las buenas costumbres (la gestión evita un acto ilegal y sirve al interés públi-

(6) En cambio, la S. de 14 de diciembre de 1916 declara innecesario el abandono de los bienes para que exista el cuasicontrato de gestión de negocios ajenos por no exigirlo el Código: en el caso el padrastro administraba el patrimonio peculiar de los hijastros menores, a los que no se proveyó de tutor y cuya madre había perdido la patria potestad por las segundas nupcias. No hay, en realidad, contradicción de fondo entre esta sentencia y las anteriores, mas sí sobre el significado de la palabra *abandono*.

co): así, es gestión lícita la salvación de un suicida. En todos estos casos podríamos alegar, con PACCHIONI, que la acción de gestión contraria se funda, no sobre la presumible voluntad del *dominus*, sino sobre su interés valorado objetivamente según las circunstancias del momento. Cualquier prohibición que no sea seria o bien debida a ignorancia o error podría venir sujeta al mismo tratamiento.

Así, en las fuentes romanas (D. 11, 7, 14, 13), cuando muerto un individuo, un pariente o amigo le da sepultura, pese a prohibírsele el heredero (el cual incumple las obligaciones que le atañen a este respecto), el jurista concede acción al gestor con tal que las circunstancias fueran tales que justificasen la gestión.

Fuera de esos casos, la gestión *prohibente domino* constituye una inmisión intolerable. En la jurisprudencia, la sentencia de 20 de febrero de 1932 repele la reclamación, en calidad de gestor, del arrendatario cuyo contrato había terminado y que había sido lanzado de la finca: la gestión de negocios «nunca puede nacer de la usurpación».

d) *Capacidad*.—La doctrina se inclina por no exigir capacidad en el *dominus* para que haya gestión de negocios. No obstante, en lo que se refiere al nacimiento de sus propias obligaciones, parece que la ratificación propiamente dicha sí que debe exigirla, siendo ello más dudoso en el supuesto de aprovechamiento de la gestión e indiscutible la negativa en el supuesto de urgencia.

e) *Recapitulación. Un caso interesante*.—Contiene importantes divergencias con cuanto llevo dicho bajo este epígrafe la sentencia de 27 de abril de 1945, que a veces se presenta como negando, en contradicción con otras, la necesidad de *animus aliena negotia gerendi*. En realidad, viene a decir que éste es un requisito de la acción del gestor contra el dueño, pero no interviene en las relaciones con terceros, a las que se refiere la decisión. El caso es singular. Durante la guerra civil, un comité se hizo cargo de la administración de una empresa que se declaró colectivizada. A raíz de la recuperación del negocio por sus legítimos dueños —la sociedad L.—, se planteó el problema de la validez del abono en la cuenta corriente de la sociedad de cierta cantidad pagada por un deudor. El Tribunal Supremo entiende que el pago fue válido, porque se hizo al comité, que, de hecho, estaba en posesión del crédito y de las cambiales que lo representaban, pero que en todo caso a la misma conclusión se podría llegar por la vía de la gestión de negocios ajenos, porque habiéndose aprovechado la sociedad L. de las ventajas que le ofrecían los saldos favorables de su cuenta corriente, viene vinculada por los desfavorables, a saber, por un ingreso hecho en moneda desvalorizada, «ya que se ha de atender a la utilidad inicial, *utiliter coeptum*». A este propósito, la senten-

cia, con un sentido excesivamente generalizador, y aun sin referirse exclusivamente a las relaciones frente a tercero, señala, «*primero*, que si bien la doctrina clásica apreció el *animus aliena negotia gerendi* como característica principal de la actuación del intruso, es de tener en cuenta que en el proceso histórico de la gestión sin mandato, siempre difuso en sus líneas delimitativas, adquiere auge en el orden científico el parecer de quienes, precindiendo del elemento subjetivo, aplican el tratamiento y efectos propios de la gestión oficiosa con criterio objetivo a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno, *re ipsa* acompañada del *utiliter gestum*, y *segundo*, que este último requisito no lleva implícita necesariamente la idea de lucro o ganancia que haya de producir la gestión, pues es suficiente la actuación del gestor con la vigilancia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena como si se aprovecha de sus resultados».

La crítica de estas afirmaciones se ha ido haciendo en el curso de la exposición precedente.

El supuesto, con todo, se presta a unas observaciones complementarias en orden a la vinculación del *dominus* frente a terceros. Para que se produzca basta que el gestor tenga intención de actuar como tal en el negocio, y su falta de legitimación efectiva queda suplida por el aprovechamiento ulterior de aquel a quien realmente correspondía la gestión, abriéndose así un nuevo horizonte en tema de suplantación de órganos de la persona jurídica o también de representante de la persona natural, es decir, cuando entre el *dominus* y el gestor (declaradamente oficioso o con pretendido derecho al cargo: órgano de la persona jurídica o de la representación legal, etc.) se interpone un elemento adicional, cual es el legitimado legal o contractualmente para gestionar en nombre del *dominus*.

En tales supuestos, en los que literalmente existe *gestión de negocios sin mandato*, pero no, por lo común, *gestión oficiosa*, el *animus aliena negotia gerendi* del usurpador se refiere al *dominus* en sí, pero no al titular real del derecho de gestión, pese a lo cual el aprovechamiento de la gestión puede dar lugar, por aplicación analógica del artículo 1.893, a la vinculación del *dominus*.

6. OBLIGACIONES DEL GESTOR

En el caso de la sentencia de 2 de febrero de 1954, el demandado cuidaba a su hermano incapaz, teniéndole unas veces en manicomios y otras en su propia casa, y al mismo tiempo administraba sus bienes, y esto no de un modo esporádico, sino con la continuidad que toda admi-

nistración lleva consigo. Se trata, por consiguiente—dice la sentencia—de una verdadera gestión de negocios ajenos, cuyas características son que «los actos que se realizan con esa finalidad respecto a bienes que están, de hecho, abandonados, lo sean espontáneamente y sin mandato ni conocimiento del dueño de los bienes, obrando, por tanto, sin su autorización expresa ni tácita ni su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad; no siendo admisible tampoco que se haga por codicia de ganancia».

De la condición de cuasicontrato de gestión de negocios del supuesto en estudio se sigue que «una vez iniciada la administración no puede el gestor dejarla abandonada hasta que se haga cargo de ella su dueño o, en su defecto, quien éste designe o aquel a quien legalmente corresponda, y que mientras desempeña la administración haya de hacerlo con el celo y diligencia de un buen padre de familia, quedando obligado a indemnizar los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes que administra». La sentencia declara que el gestor no ha cumplido en forma legal la obligación de administrar con celo las fincas de su hermano, incurriendo en abandono, que ha perjudicado su rendimiento, por lo que le condena a rendir cuentas de su gestión, a que pague el saldo restante en favor del incapaz y a que le indemnice, además, de los daños y perjuicios que le hubiere causado.

Veamos, en particular, cada una de estas obligaciones del gestor.

a) *Continuar la gestión.*—Conforme al artículo 1.888, *el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin el mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí.*

Nadie está obligado—salvo eventos muy excepcionales—a intervenir en asuntos ajenos, pero si lo hace, se entiende que debe ser consecuente con su actitud inicial, máxime cuando ésta pudo eliminar la intervención de algún otro posible gestor. Así, y sin necesidad de que fuera tal su voluntad al emprender la gestión (pues la obligación de continuarla no se funda sobre una voluntad formada en ese sentido, sino sobre el hecho de la inmisión en la esfera de otro), el gestor puede verse comprometido a continuar la gestión comenzada, con todas las ramificaciones que han podido surgir en su curso, hasta que el dueño esté en condiciones de proveer por sí mismo. La norma tiene como finalidad desanimar las inmisiones demasiado fáciles y de pura curiosidad en los negocios ajenos: también interviene, sin duda, la idea del perjuicio que acarrearía al *dominus* la interrupción arbitraria de la administración.

La expresión «término del asunto y sus incidencias» o, en el Proyecto

de 1851, «de continuar dicho encargo con todo lo que le es anejo o dependiente», se refería, en la mente de GARCÍA GOYENA, al gestor de un negocio o negocios determinados, pues la advertencia era innecesaria para las administraciones generales: en todo caso indica la necesidad de que el asunto gestionado quede completamente resuelto.

El gestor sólo queda liberado cuando efectivamente resulte sustituido por el dueño o éste se niegue a hacerse cargo del asunto pudiendo hacerlo por sí o poniendo otra persona en su lugar: como señalan los anotadores de ENNECERUS, si dada la naturaleza de la gestión emprendida el posible éxito dependiese de la habilidad o preparación del gestor, el dueño puede negarse a sustituirlo (mientras no encuentre otra persona con idénticas cualidades, pienso yo), si bien la negativa equivaldría a una ratificación, que convertiría al gestor—en su caso—en un verdadero mandatario. Finalmente, del artículo 1.888 se deduce que si el gestor, mientras el *dominus* no pueda sustituirle, ha de continuar y terminar el asunto comenzado, asimismo habrá de continuar su gestión tras la muerte del dueño hasta que el heredero haya podido tomar la dirección, y no sólo, como el mandatario, si hay peligro en la tardanza (art. 1.718, 2.º).

En el caso de muerte del gestor parece que puede aplicarse por analogía el artículo 1.739.

b) *Responsabilidad*.—Según el artículo 1.889, 1.º, *el gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione*.

La diligencia exigida en este precepto representa—como dice GARCÍA GOYENA—«una atenuación de las leyes romanas, que apreciando culpa en mezclarse en las cosas que no pertenecen a uno exigían del agente o gestor una diligencia exactísima. Mas fundada la gestión casi siempre en la amistad o los vínculos de sangre, el rigor romano tendía a castigar o ahogar esos dulces y generosos sentimientos con daño del propietario y hasta de la causa pública». El autor, por tanto, considera necesario —y así lo hace la ley—«tener miramiento al parentesco, a la afección, a la importancia del negocio, a las dificultades que ha sido preciso vencer, en una palabra, no hacer al gerente víctima de su benevolencia», para todo lo cual el legislador ha de descansar en la discreción de los magistrados. Y así lo hace el artículo 1.889, 2.º, al establecer que *los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso*. En el Derecho romano, la responsabilidad se atenuaba si la gestión emprendida era especialmente precisa y apremiante; para WINDSCHEID, el gestor respondía sólo por dolo cuando sin su

intervención todo se hubiera perdido. Estos criterios valen para nuestro Derecho: cfr. artículo 1.893, 2.º

En definitiva, la diligencia exigida del buen padre de familia, con la atenuación potestativa de los Tribunales, es una transacción entre la gratuidad y el altruismo de la gestión y la necesaria represión de la injerencia de extraños en la esfera jurídica ajena. Este último punto de vista prepondera, por lo demás, en un caso límite en el cual la actitud del gestor, que asumió la gestión libremente y por mera iniciativa suya, se revela como insensata o inconsecuente, según el artículo 1.891: *el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio*. El precepto es específico de la gestión de negocios (no tiene paralelo en tema de mandato): probablemente, su rigor puede atenuarse por arbitrio judicial, conforme al artículo 1.889, 2.º, pues también aquí cabe una valoración de las circunstancias del caso y, en particular, de las que, según el propio precepto, determinan la ampliación de la responsabilidad; riesgo mayor o menor de la operación en relación con las perspectivas, conveniencia o necesidad de la misma; urgencia e importancia del interés propio atendido y del ajeno descuidado, etc. Cabría objetar que en el artículo 1.891 no entra en juego la diligencia del gestor, que ya se supone observada, y pese a la cual y con independencia de ella se produce el daño: son entonces las circunstancias objetivas de la propia gestión emprendida las que determinan la prestación del riesgo imprevisible o inevitable. Mas una decisión del agente, del tipo de las del artículo 1.891, puede argüir negligencia y no dolo, y no se ve por qué este tipo de culpa en el planeamiento de la gestión y en la elección de medios, fines y momentos haya de sustraerse a la posibilidad moderadora de los Tribunales precisamente cuando no es ella la que produce el daño de modo directo, sino un evento fortuito y ya independiente del grado de diligencia del gestor en el desempeño de aquel negocio.

Si el gestor delegara en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio (art. 1.890, 1.º). Véase, coincidentemente, artículo 1.721: implícitamente resulta del 1.890 que el gestor puede nombrar sustituto, pero en régimen de *no prohibición* y no como si tuviera expresa facultad para nombrarlo. El final del precepto coincide con el artículo 1.722 y queda mejor explicado por él.

La responsabilidad de los gestores, cuando fueren dos o más, será solidaria (art. 1.890, 2.º). Con esto se pone de relieve el aspecto no contractual de la gestión, opuestamente a lo que sucede en tema de mandato (art. 1.723). Se refiere el precepto a cualquier responsabilidad (por culpa o caso fortuito) de cualquier gestor o delegado.

En el Derecho alemán se exige al gestor la comunicación al dueño de haber empezado la gestión tan pronto como ello le sea posible. No consta expresamente esa exigencia en el Código civil español, pero acaso podría derivarse de la obligación general de buena fe y, en todo caso, el hacerlo o no servirá para graduar la responsabilidad del gestor.

c) *Rendición de cuentas y entrega.*—La obligación del gestor de rendir cuentas al dueño se deduce tanto de la propia naturaleza de la gestión de negocios, al ser tal obligación medio indispensable para saber si ha cumplido con los deberes anejos a la misma (sentencia de 27 de marzo de 1950; igualmente, 14 de diciembre de 1916, 2 de febrero de 1954 y 7 de enero de 1959), como de la analogía con el artículo 1.720, y se halla implícita también en los artículos 1.887, 1.889 y 1.893, pues la agencia o administración de que se encarga voluntariamente el gestor presupone la rendición de cuentas, instrumento el más apto para determinar la conducta del gestor, la cuantía de las indemnizaciones a él imputables y los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER).

Debe entregar el gestor al dueño, al terminar la gestión, las cosas afectadas por la misma con sus incrementos y accesiones e incluso las prestaciones recibidas indebidamente (cfr. art. 1.720), cediéndole las acciones contra terceros adquiridas en el curso de su intervención. Y si destinó a usos propios cantidades afectas a la gestión parece que, por aplicación analógica del artículo 1.724, debe abonar el interés legal.

d) *Vinculación frente a tercero.*—Frente a tercero, el gestor es responsable siempre que haya contratado en nombre propio (aunque la gestión sea ratificada), y habiéndolo hecho en nombre ajeno, cuando las obligaciones no queden atribuidas al *dominus*, conforme a los artículos 1.892 y 1.893: no en el caso contrario, como señala la sentencia de 9 de febrero de 1957.

Habiendo varios gestores, responde frente a tercero el que contrató, o todos si contrataron colectivamente. No se aplica aquí el artículo 1.890, 2.º, pensado de modo exclusivo para la prestación de indemnización al dueño, sino las reglas generales en tema de pluralidad de deudores, que reconducen al régimen del artículo 1.723.

7. OBLIGACIONES DEL *DOMINUS*

a) *Reembolso.*—La principal frente al gestor es el reembolso de expensas y gastos e indemnización de perjuicios, a que se refiere el artículo 1.893, ya citado, que deberá interpretarse a la luz del 1.729. La obliga-

ción de abono de expensas cesa en la gestión emprendida como mero acto de liberalidad (sentencia de 2 de febrero de 1954).

En el concepto de «perjuicios sufridos» que deben reembolsarse al gestor entran, al parecer, los intereses de las cantidades anticipadas por él, al menos en cuanto se hubiese enriquecido el *dominus*, siendo aplicable aquí seguramente el artículo 1.728, 3.º

En cambio, no habiendo alusión alguna en los preceptos sobre gestión de negocios a un derecho de retención del gestor, no será invocable el artículo 1.730, dictado concretamente para el mandato e insusceptible de extensión o aplicación analógica. Algún mayor fundamento encuentra el derecho de retención del gestor en el artículo 453, cuya adaptación a nuestro caso exige, con todo, equiparar a la *buena fe* del poseedor la oficiosidad y diligencia del gestor.

Si son varios los dueños de un mismo negocio, su responsabilidad se regula por las reglas generales y no por la excepcional del artículo 1.731, referida exclusivamente al mandato.

b) *Honorarios*.—¿Tiene derecho el gestor al cobro de honorarios? El Proyecto de 1851 (art. 1.894) lo negaba expresamente, y aun cuando esa negativa ha desaparecido en el texto vigente es de suponer que ha sido por estimarla inútil, al ser gratuito incluso el mandato expreso.

En la doctrina española, CASTÁN niega la obligación de honorarios, salvo cuando medie ratificación expresa y la gestión se refiera a servicios comprendidos dentro de la profesión del gestor (arts. 1.892 y 1.711). En la doctrina alemana se entiende más ampliamente que hay derecho a honorarios cuando el negocio entra dentro de la actividad profesional del gestor (por ejemplo, honorarios del médico). PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, con cita de la sentencia de 1 de julio de 1897, se inclinan por la afirmativa, en particular si la actividad del gestor es profesional (art. 1.711): en efecto, entonces sí parece haber derecho a retribución, y ello aunque falte ratificación expresa y aunque se trate de servicios materiales, pues el Código suprimió la mención expresa de la gratuidad de la gestión y no hay argumento para demostrar que la sobrentendía también en este caso. Por cierto, el artículo 1.893 no contiene ninguna alusión a la obligación de retribuir; pero entender que la omisión obedece a que la gestión, en la mente del legislador, es siempre gratuita, presenta un doble inconveniente. De una parte, elimina un valioso estímulo al profesional para emprender una gestión útil: volvamos a pensar en la persona inanimada en la calle y el médico que la atiende. De otra, establece una distinción injustificada entre dos casos prácticamente semejantes: el del profesional que acude llamado por el gestor, y el de quien siendo profesional gestiona él mismo. Concretamente: si al enfermo en la calle lo atiende un transeúnte no

médico, y llama al médico, que pasa entonces por allí, éste tiene derecho a cobrar sus honorarios, en virtud de la gestión representativa asumida por el transeúnte en un caso de urgencia: dicho transeúnte ha contraído una obligación gestionando útilmente asuntos del enfermo. En cambio, si el médico atiende directamente al enfermo, tal obligación, siendo la gestión gratuita, podría reclamarse, a lo más, mediante las reglas del enriquecimiento injusto, de bien difícil aplicación, pues el demandado opondrá igualmente la gratuidad. Parece más conforme con la lógica, y socialmente más útil, pues, la aplicación del artículo 1.711, extendida al arrendamiento de servicios.

c) *Vinculación frente a terceros.*—En cuanto a los contratos celebrados por el gestor con terceros, el dueño *será responsable de las obligaciones contraídas en su interés* (art. 1.893) y, por tanto, si el gestor se ha obligado personalmente tiene éste derecho a que aquél cumpla las obligaciones que él ha contraído dentro de los límites de la gestión (cfr. art. 1.727). Si se ha obligado como tal gestor, la ratificación o aprovechamiento de la gestión lo liberan de toda responsabilidad.

Conforme a la sentencia de 9 de febrero de 1957, del artículo 1.893 no se deduce que los terceros contratantes con el gestor puedan exigir a éste responsabilidad alguna (sin duda, cuando contrató en nombre del dueño).

8. GESTIONES ESPECIALES

a) *Alimentos.*—*Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos* (art. 1.894, 1.º).

El Proyecto de 1886-88 era de otro tenor: «los gastos de piedad—decía—hechos oficiosamente sólo podrán repetirse cuando hubiese sido manifiesta la intención de recobrarlos o cuando aquel a quien aprovechan estuviese en situación económica tan notoriamente desahogada, que no permita dudar de que le era innecesario el socorro». El precepto proviene de diversos textos de las Partidas (5, 12, 35 a 37) relativos a los alimentos, y en los cuales se exige la protesta de querer recuperar su importe precisamente contra los bienes del alimentado.

El texto del Proyecto era una limitación a los supuestos de gestión de negocios: el del Código parece innecesario, pues sin él la regulación sería la misma. Su justificación puede estar en que, como dice PUIG BRUTAU, el cumplimiento de la obligación corresponde a un interés superior al de las ordinarias prestaciones pecuniarias entre particulares. La expresión

«sin conocimiento del obligado» es difícilmente justificable, tanto por el interés social que tiene fomentar la prestación de los alimentos y facilitarla, como por la supresión del requisito del desconocimiento del *dominus* en el artículo 1.888 en relación con su modelo del Proyecto de 1851; como, sobre todo, porque resulta inexplicable la diferencia entre el pago de una deuda de alimentos y de cualquier otra deuda ajena, regulado por el artículo 1.158. Con arreglo al interés social subyacente, la norma hubiera debido ser precisamente la contraria: incluso contra la prohibición del obligado a dar alimentos que no cumple con su obligación, puede recuperarlos el que los preste en lugar suyo. Hay aquí, por lo demás, una antinomia con el artículo 1.158, que debe resolverse, evidentemente, en favor del segundo: aun en el caso de prohibición del obligado, nos hallamos en uno de los casos de excepción en que vale la gestión *prohibente domino* (al menos, siempre sería posible la aplicación del art. 1.158, 3.º).

PÉREZ y ALGUER y la sentencia de 7 de marzo de 1932 entienden que el próximo parentesco puede inducir a creer que los alimentos se prestan al necesitado con ánimo de liberalidad, si no se desprende lo contrario de las circunstancias del caso.

b) *Gestión funeraria*.—Conforme al artículo 1.894, 2.º, *los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle*.

Para ALBALADEJO, el precepto tendría su inclusión adecuada al tratar del derecho de alimentos. En realidad, a la vista del párrafo primero del propio artículo, tal como venía redactado en el Proyecto de 1886-88 (artículo 8, que trataba de la repetición de los «gastos de piedad hechos oficiosamente»), y del antecedente de las Partidas (1, 13, 12), queda claro que el segundo párrafo se destina a indicar a quien realice la gestión funeraria los patrimonios de que puede cobrar: indudablemente, en primer lugar, de los bienes hereditarios y de los herederos que acepten la herencia (arg. arts. 840, 902 y 903), y después, en defecto de bienes y herederos, de los obligados a alimentar al difunto, pues la obligación de alimentos sólo surge en caso de inopia. Las Partidas establecían expresamente la posibilidad del gestor de cobrar de los bienes del muerto antes de pagar los legados e incluso las deudas y de partir los herederos.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO
Catedrático de Derecho Civil

La capacidad jurídica de la mujer casada

(Aspectos históricos, sociológicos y de derecho
positivo)

Gente que vagáis por doquier,
reuniros a mi alrededor
y admitir que está alta la marea,
y aceptar que pronto os calaréis hasta los huesos.
Si os merece la pena salvar vuestra época,
es mejor que comencéis a nadar u os hundiréis como piedras.
¡Pues los tiempos están cambiando!

(BOB DYLAN, *The Times Are a Changing.*)

PROLOGO

¿Será superfluo examinar el tema de la capacidad jurídica de la mujer casada en España? ¿Se tratará de un problema que carece de trascendencia práctica? Muchos autores—incluso juristas de gran prestigio—así opinan. Todos los límites de su capacidad, sus discriminaciones y trabas, los privilegios del varón, etc., en la práctica quedan en nada, dicen estos autores, dado que los esposos modernos rigen su hogar y resuelven los asuntos familiares de común acuerdo, y el esposo difícilmente se comporta en la actualidad como el *pater familias* romano o como el cabeza de familia delineado por el *Code Napoléon*.

Sin embargo, para el jurista debiera bastar que una sola mujer estuviera disconforme con su *status* jurídico—que no es sino la supraestructura de un *status* socioeconómico y antropológico cultural que la desfavorece—para obligarle a examinar los fundamentos de la pretensión de los varones a ostentar la jefatura del matrimonio y de la familia.

Cuando algún autor afirma que los esfuerzos de las mujeres por liberarse de tales discriminaciones tienen poco resultado y que el yugo que pesa sobre ellas es ligero, en definitiva, está queriendo suministrar argumentos para fortalecer la buena conciencia de los interesados en que continúe la legislación discriminatoria.

Se teme, en último análisis, que la democratización de las relaciones entre los cónyuges lleve, como lógico corolario, a la democratización de relaciones entre los padres y los hijos. Y este último punto no puede admitirse, opinan los conservadores, porque la relación paterno filial, jerárquica, autoritaria, por mucho que se hayan dulcificado los duros perfiles de la patria potestad romana, es no sólo la relación familiar arquetípica, a imagen de la cual se articulan las restantes potestades familiares (potestad marital, potestad tutelar, etc.), sino sirve de modelo cultural a las relaciones de jerarquía social. Se habla de Dios Padre o del Padre eterno, del patrón «de Derecho divino», del jefe de Estado como padre de todos sus súbditos.

El paternalismo, ha dicho un autor recientemente (a), «tan agriamente rechazado hoy, tan vulgarmente desacreditado, ha sido y es el elemento esencial de las sociedades humanas. La mayoría de los hombres tienen necesidad de un protector. La imagen del padre está siempre presente en la autoridad generadora y protectora del orden». «La propia imagen del orden familiar—dice otro autor—estará anclada en el centro sagrado que regula la dinámica simbólica, como uno de los elementos fundamentales del 'orden social' cuyo mantenimiento legitima al poder político establecido» (b).

Pero la mayor parte de los partidarios del orden jerárquico familiar pretenden conciliar lo inconciliable: el mantenimiento en la práctica de la diarquía de ambos esposos en el manejo del hogar, pero el reconocimiento de la jefatura familiar del varón, siquiera teórica, como última *ratio* de ese sagrado orden familiar, que se pretende inmutable al cambio social; la dulcificación de la patria potestad y la relativa autonomía práctica de los hijos en el manejo de sus vidas, pero el mantenimiento de toda clase de resortes—psicológicos, económicos, jurídicos—que permiten manipular tal libertad. Libertad «bien entendida», paternalismo, son palabras que difícilmente se emplean, pero encubren una relación conflictiva—el famoso conflicto de generaciones—entre padres e hijos.

Los resultados de tal ideología familiar son la perpetuación de la socie-

(a) VALLET DE GOYTISOLO, *Algo sobre temas de hoy*, Speiro, S. A., Madrid, 1972, pág. 235.

(b) CARLOS MOYA VALGAÑÓN, «Familia e ideología política», en la obra colectiva *Las ideologías en la España de hoy* (coloquio), por JIMÉNEZ BLANCO, DE MIGUEL, GARCÍA SAN MIGUEL, MOYA VALGAÑÓN y otro, Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972, pág. 102.

dad paternalista, que tan brillantemente ha denunciado MITSCHERLICH (c); la internalización por la educación—familiar y escolar—en la urdimbre psíquica del niño de pautas de conducta constitutivas de una personalidad autoritaria, en el sentido de ADORNO (d), y el retraso *sine die* de una educación y formación humana embebidas en ideales fraternales y democráticos.

Creo, con el *Informe Foessa*, que en tanto podrá hablarse de crisis de la familia, consecuencia del moderno proceso de irreversible cambio social, en la medida que aceptemos hablar de imperialismo familiar, esto es, de relaciones sociales que debieran estar regidas por pautas universalistas y de hecho se configuran a imagen y semejanza de las familiares.

Históricamente, la relación autoritaria del padre y el hijo sirvió de arquetipo simbólico para la configuración de las imágenes del orden social. Hoy tal arquetipo se considera inadmisibile, pese a los esfuerzos de algunos autores por rebatir las críticas de la sociedad paternalista. El imperio de la familia ha perdido la mayor parte de sus provincias. Urge democratizar estos últimos reductos del antiguo orden «sagrado» familiar.

El análisis científico demuestra que formada en la primera infancia la urdimbre psíquica del niño por la benéfica influencia de los principios primarios materno—afecto—y paterno—norma—, la pedagogía debe ser una educación de aquél para la libertad, no para el manejo paternalista. Saber cuándo y cómo deben dosificarse tales pautas de comportamiento libre es tarea de pedagogos, filósofos, moralistas, psicólogos, y no, en último término, científicos políticos.

Lo evidente es que pasada la infancia, «la autoridad del padre, para destacar sólo un rasgo, se demuestra más en el equilibrio y seguridad con que realiza sus actividades, que interviniendo en la vida de su hijo para obligarle a hacer lo mismo que él» (e).

El problema surge modernamente cuando el padre pierde toda autoridad porque la revolución científica técnica le priva de sus saberes y su prestigio de portador-transmisor de la tradición, que debe repetirse en sus hijos. Es una crisis general de la cultura y de la sociedad, que obliga a crear incesantemente nuevas pautas de comportamiento y a replantear una nueva imagen del padre, tal vez más próxima a la de un hermano mayor y compañero del hijo que al viejo símbolo del patriarca tradicional. La solución de la crisis de la imagen paterna no es reforzar los mecanismos autoritarios de la familia, como el tratamiento de una indigencia social no estriba en aumentar el grado de constricción sobre sus síntomas, sino en centrarse en el estudio radical del problema y forjar un nuevo orden

(c) *Acusación a la sociedad paternalista*, Sagitario, S. A., Barcelona, 1966.

(d) *La personalidad autoritaria*.

(e) MITSCHERLICH, *ob. cit.*, pág. 161.

donde quepa conciliar libertad y norma—paterna, de la escuela, de la ley civil—, autonomía individual y participación comunitaria, prosperidad de los muchos, que progresivamente se extiende a calidad de vida de todos.

Por eso, el estudio de la condición jurídica de la mujer casada no agota en modo alguno el problema de las relaciones familiares autoritarias, problema que, como he indicado, es psicológico, antropológico, más que puramente jurídico. Democratizar las relaciones entre marido y mujer en el matrimonio es bien poco sin contestar, rechazar el resto de los mecanismos de la sociedad autoritaria, que permite a unos pocos la manipulación de la gran mayoría, a la que se priva de su propia imagen prestigiosa al calificarla de «masa informe».

Frente a la libertad «bien entendida» de los súbditos, la autoridad bien entendida—y bien controlada por los resortes todos de un Estado de Derecho—de los gobernantes democráticamente elegidos. Frente a la autoridad del varón sobre la mujer, el manejo diárquico de los asuntos familiares por ambos esposos, consagrado no sólo en las mores familiares, sino en la ley. Frente al paternalismo ilimitado del padre sobre el hijo—o de padre y madre, ya que es fácil enrolar a la mujer en la defensa del orden patriarcal tradicional—, la justa limitación de tal paternalismo o manejo autoritario del hijo a las primeras fases de formación de la personalidad del niño, la progresiva sustitución de la pauta paternalista por la educación para la libertad y la relativamente temprana emancipación personal, cultural, jurídica, económica, social, en una palabra, del hijo.

Como es lógico, sólo quiero dejar constancia de que el problema de la liberación de la mujer es más vasto e interdisciplinario que lo que su simple enunciado podría dar a entender. Liberación que de dar oídos a las más radicales de las mujeres del movimiento—*Women's Lib*—, entrañaría nada menos que la liquidación del orden familiar tradicional y su sustitución por formas de vida íntima colectivista—«las comunas familiares» quizá u otras experiencias aún inéditas—. En dicha liquidación desaparecería el tradicional trípode de la pareja y el hijo.

Sin embargo, creo que la familia conyugal, que ha sufrido mil avatares a lo largo de la historia, sobrellevará la crisis y seguirá constituyendo la base de la sociedad, en unión de otras instituciones que irán perdiendo su simbolismo familiar, inspirándose en ideas universalistas, racionalistas.

Toda una concepción de la sociedad y de la cultura se debate aquí. Confío en que las ciencias humanas nos sabrán dar una respuesta éticamente más satisfactoria a nuestros problemas, incluso los familiares, que la que brinda la sociedad permisiva tecnológico-consumista o la sociedad

dogmático-autoritaria, ya sea tradicional conservadora o dialéctico-materialista. Urge replantear una concepción de la cultura y de la sociedad en que las relaciones familiares—y, en general, las relaciones humanas—se inspiren en las pautas humanistas que exige la altura de los tiempos.

CAPÍTULO I

INTRODUCCION Y NOCIONES GENERALES: CAPACIDAD JURIDICA, CAPACIDAD DE OBRAR Y LEGITIMACION DE LA MUJER CASADA

El examen de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer casada, si ha de ser algo más que una fría recopilación de leyes y costumbres jurídicas de los diversos pueblos, que primero restringen tales fundamentales atributos jurídicos de la persona de sexo femenino y luego los amplían, debe ser interdisciplinario, abarcar diversos ramos del saber, tener en cuenta los datos que en forma torrencial nos suministran las ciencias humanas—«nuevas humanidades», como en frase feliz (1) las ha definido ARANGUREN.

Del mismo modo que no puede exigirse a un jurista una brillantez estilística en el manejo del idioma equivalente a la de los grandes poetas o novelistas, tampoco le es posible abarcar un saber enciclopédico de las diversas ciencias humanas: antropología, sociología, psicología, filosofía, psiquiatría, etnografía, lingüística, economía, ciencia política... Sí, como afirma acertadamente ANGEL LATORRE (2), «es preciso tener una formación inicial en ciencias sociales, que no irá dirigida naturalmente

(1) «Ahora bien, así como al Humanismo antiguo correspondían unas Humanidades clásicas, consistentes en las lenguas y literaturas griega y latina, al Humanismo moderno corresponden paralelamente unas nuevas Humanidades, porque, en efecto, hay mucho más conocimiento del hombre del contenido en las viejas Humanidades.

¿Cuáles son estas Humanidades nuevas? Las que nos proporcionan un conocimiento, no ya meramente literario, sino científico, del hombre, a saber: la antropología, la psicología, el psicoanálisis, y puesto que el hombre es constitutivamente social, las Humanidades sociales, tales la psicología social, la sociología, la economía, la antropología cultural y la ciencia política (ciencia de la realidad política y que, por tanto, de ninguna manera debe confundirse con la ciencia del derecho político)...» («Sentido sociológico moral de las antiguas y las nuevas Humanidades», en *La juventud europea y otros ensayos*, Seix Barral, S. A., Barcelona, 1968, página 161).

(2) *Introducción al Derecho*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, Esplugues de Llobregat, 1971, págs. 228-229.

a convertirle en especialista de ellas, sino a hacerle adquirir la actitud mental necesaria para captar la dimensión sociológica del Derecho y a darle un conocimiento claro, aunque sea forzosamente elemental, de los principios básicos del método de trabajo de estas ciencias».

Sin las aportaciones de todas estas ciencias—no sólo las sociales y económicas, sino, en general, las ciencias del hombre, algunas de las cuales están apuntadas arriba—, creo que el jurista que intenta estudiar el problema que me ocupa no puede desvelar en su plenitud las líneas directrices de la evolución histórica hacia metas de liberación de la mujer y de equiparación al varón de los modernos Derechos de nuestra cultura occidental.

Las nociones de capacidad jurídica, capacidad de obrar y legitimación de la mujer casada para realizar actos jurídicos y ejercitar derechos son nociones de exquisita técnica moderna, un tanto fría y dogmática. Sin embargo, son instrumentos que permiten el manejo de la lógica jurídica y el deslinde de nociones que aparentemente son semejantes.

No es preciso definir tales nociones. Me remito al efecto a cualquier manual de la introducción del Derecho civil.

Históricamente, las mismas no se distinguen. Si en un principio, en los albores de la civilización patriarcal, la mujer carece de alma, es considerada como un ser de *status* jurídico inferior, incapaz de derechos y obligaciones, lógicamente, no tiene ninguno de tales fundamentales atributos de la personalidad.

Posteriormente, aunque se reconoce su capacidad de obrar, actúa como un menor, y al no tener capacidad jurídica, si adquiere, lo hace para el paterfamilias, su esposo. Esto es tanto como reconocerle si no la capacidad jurídica, sí la de obrar, siquiera por cuenta ajena.

Nuevo avance en la atribución de tales cualidades fundamentales. La mujer casada tiene plena capacidad jurídica y de obrar, por cuanto el matrimonio no influye para nada su capacidad y régimen de bienes: si era libre y *sui iuris*, sigue siéndolo. No obstante, carece de legitimación para realizar actos eficaces, verbigracia, respecto del fundo dotal.

Las costumbres germánicas, al hacer caer a la mujer en la *munt* del marido, empeoran de nuevo su condición. Aun cuando adquiere derechos, no puede ejercitarlos, pues es considerada como un pupilo eterno, que debe ser asistido por un tutor: capacidad jurídica, sin capacidad de obrar; situación antitética a la del Derecho romano primitivo, en que tenía capacidad de obrar, pero adquiría para el marido.

El *Code* Napoleón de 1804 establece la incapacidad de obrar casi absoluta de la mujer casada, aun reconociendo su capacidad jurídica.

Nuestro Código civil, según muchos autores, establece un nuevo y di-

verso sistema, en el que la capacidad jurídica de la mujer es absoluta, aun cuando su capacidad de obrar queda subordinada o limitada, pero no de un modo rígido o absoluto, como en el Código napoleónico, sino de un modo variable, en relación con la posibilidad de que el marido pueda ejercer la potestad marital y del régimen matrimonial de bienes que se haya pactado en capitulaciones matrimoniales.

Por ello, algún autor, con gran agudeza (3), estima que la mujer casada en España no es una incapaz ni tiene una capacidad limitada. La situación jurídica de mujer casada lleva consigo una restricción en la legitimación de la mujer para realizar actos jurídicos eficaces (v. g., para disponer de sus bienes parafernales, art. 1.387 C. c.) sin licencia de su marido, mientras que otras veces dicha legitimación no es afectada (artículo 1.384, administrar sus parafernales). Igualmente, podría yo añadir, la mujer no puede obligar la sociedad legal de gananciales sin consentimiento de su marido, salvo ciertas excepciones (art. 1.416 C. c.): ello comporta una restricción en su legitimación, esto es, en poder realizar un acto con eficacia jurídica respecto de los bienes comunes.

Vemos, pues, que, al margen de estrictas consideraciones reformistas de la condición de la mujer, su ámbito de acción jurídica ha sido ampliado progresivamente. La mujer casada tiene plena capacidad jurídica y de obrar, como si de una soltera se tratase. El estado matrimonial sólo impone una restricción a la eficacia de sus actos que no hay que calificar de incapacidad, porque la capacidad difícilmente puede ampliarse o restringirse por convenio de las partes, por ser típica materia de orden público, aunque pertenezca al Derecho privado.

Sin embargo, las tendencias reformistas de la condición de la mujer pretenden en todo el orbe civilizado, siguiendo la pauta de solemnes declaraciones de derechos humanos de los organismos internacionales y tal vez la de la doctrina social de la Iglesia—unas y otras inspiradas en filosofías de signo humanista de muy diverso ámbito—, eliminar las últimas restricciones que a la condición de la mujer imponen todavía numerosas legislaciones, de las que la nuestra no es, por desgracia, una excepción.

Ello equivaldría a reconocer, en la esfera personal, la autonomía de la mujer casada para regir su persona en paridad de condiciones con el varón, sufriendo idénticas restricciones que éste en atención al estado matrimonial. Las relaciones conyugales y el manejo de los asuntos familiares, el «plan de vida» del matrimonio y de la familia, se regirían por el principio diárquico puro: libre acuerdo de ambos esposos y, en su defecto, resolución judicial.

(3) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Bosch Casa Editorial, 1967. págs. 302-303.

En el plano patrimonial familiar se levantarían todas las restricciones a la legitimación de la mujer casada para realizar actos jurídicos eficaces respecto de sus bienes propios, y necesariamente se reformarían los diversos sistemas de regímenes matrimoniales para adecuarlos al principio de paridad o igualdad de sexos.

En tal sentido, una democratización de los regímenes de comunidad de bienes y una regulación y puesta en primer plano de los de separación de bienes—siquiera templados por una comunicación de las ganancias al disolverse el matrimonio—parecen imprescindibles para adecuar el Derecho al cambio social de la revolución científico-técnica moderna en que el mundo se ve inmerso.

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER CASADA Y LA CRISIS DEL DERECHO DE FAMILIA

Todo el proceso histórico que he esbozado—paulatinos avances y bruscos retrocesos de la capacidad jurídica de la mujer casada—ha correspondido siempre a una serie de crisis en las relaciones de la más vieja institución social del género humano: la familia. Y no sólo en las relaciones de la mujer con el marido, sino en las que ligan a aquélla con los demás miembros de la familia y las que enlazan entre sí a éstos. Modernamente, por ejemplo, hay un paralelo clarísimo entre humanización de la patria potestad, ejercicio conjunto de la misma por ambos esposos sobre los hijos comunes, y emancipación de la mujer. Todo ello se resume en una noción aparentemente simple, pero cargada de significado polémico: la democratización de las relaciones familiares.

Crisis social gravísima debió de ser el tránsito del hipotético matriarcado al patriarcado, con la esclavización en la práctica de la mujer. Crisis, la humanización del Derecho matrimonial de las *XII Tablas* por obra de excelsos juristas romanos, que configuraron jurídicamente—como luego expondré—el matrimonio *sine manu*, libre, igualitario, disoluble, por la simple voluntad de ambos esposos. Crisis, el retroceso histórico que el influjo combinado de las costumbres germánicas—la *munt* del varón en el matrimonio—y la tesis paulina de sujeción de la mujer a la autoridad del marido introdujo en la condición de aquélla. Crisis, el progresivo realce que el desenvolvimiento de la economía medieval y moderna dio al papel de la mujer en la empresa artesana del hogar. Y crisis, el nuevo

retroceso que el auge del capitalismo provocó en el papel de la mujer y del hijo menor de edad, retroceso claramente consagrado en el individualismo patriarcalista del *Code Napoléon*.

Los cambios sociales de las sucesivas crisis del sistema familiar, que someramente he enunciado, no pudieron menos de influir en el Derecho de cada una de las épocas. Creo que en este punto, sociedad y Derecho han ido siempre indisolublemente unidos.

Modernamente, con mayor conocimiento de la evolución histórica de la institución familiar, se ha hablado de crisis del Derecho de familia (4): «La crisis actual del Derecho de familia es resultado de diversos factores: cambios en la filosofía social, que destacan la libertad del individuo contra la indisolubilidad, determinada, sobre todo, en términos religiosos, del estado civil matrimonial; la profunda transformación de la situación de la familia en la moderna sociedad urbanizada y, en particular, de la posición de las mujeres casadas; los progresos científicos y médicos modernos, que hacen posible el control de la natalidad y la inseminación artificial; por último, las crecientes exigencias del Estado bienhechor moderno, que hace nuevas demandas a la familia, pero también asume hacia ella obligaciones mucho más grandes.»

Tal crisis, sin embargo, es pasajera (5): la familia viene a ser hoy el

(4) W. FRIEDMANN, *El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de la obra de Sociología jurídica, mundialmente famosa, *Law in a changing Society*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pág. 222.

(5) Por supuesto, hablar de «crisis apocalíptica irremediable» o «crisis pasajera» de una institución depende del punto de vista desde que se contempla, de la peculiar cosmovisión desde la que se enfoquen los problemas sociales, y entraña un juicio de valor, que puede llevar consigo arrastres poco científicos. Apocalíptica es la crisis para los partidarios de la familia—y de la sociedad—jerárquica, elitista, autoritaria; pasajera para los partidarios de las instituciones democráticas, basadas en el consenso. No son de despreciar los siguientes testimonios—entre otros muchos que podría entresacar—acerca de mi afirmación:

«Es casi un lugar común referirse a la “crisis” de la familia desde el momento en que ya no funciona de un modo tan perfecto el modelo “tradicional” especialmente por lo que respecta al papel de la mujer. Los sociólogos no suelen admitir en este caso el sentido catastrófico que suele darse a la palabra “crisis” en el lenguaje común, aunque por fuerza han de reconocer el elemento conflictivo que se deriva de un cambio de papeles que no es unánimemente aceptado. Que la familia española actual se aloja en este conflicto es algo que no puede negarse.

La “crisis” no es total ni, como decimos, es admisible que la desintegración avance en todos los frentes... (disminución drástica desde 1920 a 1967 de los nacimientos ilegítimos en España).

Gran parte de la supuesta “crisis” hay que atribuirla a que el papel conjunto de la mujer en la familia va adoptando *roles* que trascienden la tradicional limitación de “sus labores”. En la familia moderna se necesitan otros *roles* para que el ama de casa—o la hija de familia—se complete como persona.

El cambio social se hace por lo menos más difícil—en las circunstancias actuales—cuando el ambiente familiar descansa en una rígida norma de tipo autoritario. Especialmente cuando las relaciones familiares se convierten en modelo

último reducto de la intimidad humana frente a las anónimas tendencias deshumanizadoras del sistema sociopolítico y las exigencias uniformadoras de la sociedad de consumo. Creo que si la especie humana está empezando

y arquetipo de otras que no lo son (las industriales, políticas, etc.). Surge entonces el paternalismo, una forma de convivencia que no es precisamente la más apta y legítima en una moderna sociedad industrial. Aceptaríamos hablar de crisis de la familia si al mismo tiempo se reconoce el imperialismo de la familia» (Síntesis del *Informe sociológico sobre la situación social de España*, 1970, por AMANDO DE MIGUEL y otros, Fundación Foessa, Euramérica, S. A., 1972, páginas 135-138).

ARANGUREN (*Erotismo y liberación de la mujer*, Ariel Quincenal, Ediciones Ariel, 1972, págs. 138 y ss.) dice que «PARSONS nos viene a decir, en términos más contenidos, casi lo mismo que JULIET MITCHELL: para que las aspiraciones del Movimiento de Liberación de la Mujer se realicen, sería necesaria una alteración profunda de la estructura de la familia, dice el primero, es decir, según la segunda, su disolución.

Que la familia como institución está en crisis, es algo reconocido por muchos hoy. Mas, en crisis y todo, en primer lugar sigue cumpliendo una *multipurpose* función, muy complicada y, por lo mismo, muy difícil de satisfacer de otro modo. Y, además, el tránsito a otra forma de organización que no sé si cabría seguir llamando familia tropezaría con dificultades tan grandes por lo menos como el de la familia matriarcal a la patriarcal, desde luego mucho mayores que el de la familia patriarcal a la nuclear, y supondría por ende una revolución cultural en el sentido más radical de la expresión, que, por supuesto, envolvería también lo religioso, la religión establecida...» «Realmente pueden verse reformas como estas a que se acaba de hacer referencia, pero no una solución de recambio de la familia» (salvo la hipótesis, impensable casi, de una contestación total a la cultura establecida, de una contracultura, dice ARANGUREN).

SCHILLEBEECKX (*Le mariage. Réalité terrestre et mystère de salut*, Les Editions du Cerf, 1966, París, tomo I, pág. 20) afirma, tras un interesante estudio sociológico del tránsito de la familia extensa a la nuclear moderna, que «las modificaciones de estructura de la sociedad y la desaparición de ciertas funciones familiares han conducido al matrimonio a abandonar el estilo de vida que había recibido de la antigua sociedad. Pero el "ser" mismo del matrimonio no se desenvuelve sino mejor, y puede desvelarse ante nosotros, podríamos decir, en su desnuda realidad. De ahí una nueva ocasión de interiorización para la vida conyugal. No podemos ver en ello otra cosa que una gracia: es la ocasión maravillosa de salvación que es preciso aprehender hoy. Porque si numerosas familias, la mayor parte, en suma, permanecen unidas no obstante la situación de debilidad en que ellas se encuentran ante la sociedad, podemos esperar todo. Esta constatación no nos permite desesperar del hombre, sino al contrario... Parece que se pueda considerar el fenómeno global del matrimonio moderno de una forma ante todo optimista, no obstante los nuevos peligros a los que está sometido y los errores que no puede evitar».

SALVADOR GINER (*Sociología*, Ediciones Península, Barcelona, 1972, pág. 223) asegura que... «no hay prueba ninguna de que las comunidades desaparezcan. La llamada "crisis de la familia" es cierta si con término no indicamos su desaparición, sino su transformación y la pérdida de su prominencia en ciertos procesos decisivos, de socialización y económicos... El desarrollo del nuevo individuo destribalizado—el hombre moderno—ha tenido muchas consecuencias para la calidad misma de la vida, y entre ellas no ha sido la menor la nueva concepción del *rol* y *status* de la mujer, su posición social. La mujer moderna se equipara legalmente al hombre y su *status* se acerca al suyo en la práctica precisamente porque los grupos primarios han dejado de ser unidades estructurales básicas en muchos casos...»

a vivir prácticamente hoy—pues los milenios de su vida civilizada, y las escasas decenas de milenios de su vida simplemente humana, a escala de eras geológicas, no son sino sus primeros balbuceos infantiles—, la crisis de la familia no será el fin de la civilización, sino se superará, y el nuevo Derecho de la familia nuclear, democrática y tutelada por el Estado, se adaptará al cambio—vertiginoso cambio—de la sociedad de la revolución científico-técnica en que nos hallamos inmersos. Preveo una fase de esplendor, en el cambio, de la familia y del Derecho de familia.

CAPÍTULO III

LA RENOVACION DEL DERECHO CIVIL Y LA SUPRESION DE LA INCAPACIDAD DE LA MUJER

Estas consideraciones nos llevan de la mano al tema de la renovación no sólo del Derecho de familia, sino del Derecho civil todo—y de la ciencia jurídica en su conjunto, si se me apura—. Si afirmo que el Derecho de familia y la familia están en crisis, y si insisto en que esta crisis es pasajera, superable, fruto de un desfase entre las relaciones sociales fácticas y su plasmación en nuevas formas de vida, en nuevos ideales sociales y, en definitiva, en nuevas regulaciones jurídicas, es porque lo mismo puede predicarse, en general, del Derecho civil, del que forma—y debe formar—parte indisoluble el Derecho de familia privado (6).

Debo dejar constancia aquí del brillante manifiesto para la renovación del Derecho civil lanzado por Díez PICAZO (7), que temo no haya sido valorado como debe por muchos juristas españoles, pese a su profundidad.

(6) Frente a cualesquiera separatismos, más o menos mitigados, del Derecho de Familia y su posible integración en una rama autónoma del Derecho Civil, postulo en mi trabajo «Notas para una introducción al estudio del Derecho de Familia», publicado en el número 498—septiembre-octubre de 1973—de esta misma Revista, que el Derecho de Familia debe seguir siendo Derecho Privado, Derecho Civil. Pero no ignoro ni desdeño la realidad jurídica que constituye el llamado «Derecho Administrativo Familiar» (FRIEDMANN), que no puede ser dejado de lado por más tiempo por el jurista consciente de su papel social. Materia ésta desdeñada por los civilistas y descuidada por los administrativistas, como situada a caballo de dos ordenamientos.

Postulo también que debe ser construido científicamente el Derecho Jurisdiccional Familiar, en su doble aspecto orgánico y procedimental, estableciéndose una jurisdicción especializada en asuntos de familia, pareja a la que existe ya, experimentalmente, en Lila y Burdeos, en Francia.

(7) *Lecciones de Derecho Civil*, I, Parte General, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967, págs. 21-22.

Afirma que frente a la patrimonialización, la administrativización, las disgregaciones del Derecho civil, éste «debe recobrar y reafirmar su puesto central en la concepción jurídica moderna, pues que este puesto central dentro de la total organización jurídica le viene de su propio contenido y de su específica función.

Para reafirmar este puesto central... hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídicos, lo cual exige dilucidar cuáles de entre los principios clásicos de nuestra ciencia conservan su vigencia actual y valor de organización, y cuáles de las nuevas reglas han alcanzado aquel valor primario. Aislar estos principios, definirlos y dar con ellos nuevo aire, un aire específicamente moderno, a nuestra ciencia, creo que es una labor urgente y necesaria.

El reajuste del Derecho civil moderno exige también la actualización del Derecho civil, que es quizá una de nuestras más ingratas tareas... Nuestro mundo camina hacia nuevas formas de vida, hacia nuevos sistemas de ideas y convicciones. Recoger y dar cauce jurídico a estas nuevas condiciones vitales y a estas estructuras nuevas es una tarea penosa, que exige una persecución constante de la evolución social. El Derecho civil no puede ser ya el Derecho de las antiguas formas de vida de las instituciones tradicionales. Tiene que ser el Derecho de las formas de vida de la persona del tiempo presente».

CAPÍTULO IV

EL ESTUDIO INTERDISCIPLINARIO DE LA REALIDAD FAMILIAR Y LA METODOLOGÍA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

La realidad familiar—parte de la que es la condición de la mujer casada—no puede ser aprehendida con pretensiones de rigor científico por una sola ciencia, como la jurídica, sino por una constelación de ellas. El estudio de las ciencias de la familia—todavía en nebulosa, pero que poco a poco se van definiendo en el sistema de ciencias del hombre—o, al menos, de sus rudimentos es indispensable para el jurista especializado en el Derecho de familia.

No sólo juristas, sino teólogos, como SCHILLEBEECKX (8), se han hecho

(8) «Antaño, por falta de madurez, de una parte, quizá también por causa de una fe más simple y de una obediencia más espontánea a la palabra de Dios, el cristiano se dejaba conducir en todo este terreno por el cura o el pastor, y éstos, a su vez, se referían a la teología que les había sido enseñada. Este mo-

eco del problema del carácter interdisciplinario de la aproximación científica a la realidad familiar.

Sin embargo, ello complica la cuestión de la metodología con la que he de afrontar el estudio del problema que nos ocupa. Si antaño los métodos de aproximación a cualquier problema jurídico estaban claramente definidos, y el jurista podía ignorar, hasta cierto punto, las aportaciones metodológicas ajenas a su concreta y rigurosa especialización normativa, en la actualidad es imposible estudiar con rigor cualquier problema jurídico sin replantearse de un modo exigente el tema de su metodología.

El desarrollo espectacular, revolucionario, de las ciencias humanas en el último decenio, parejo de la revolución científico-técnica (9), han puesto sobre el tapete la cuestión de su metodología.

Concretándonos a la faceta jurídica del fenómeno familiar resultan hoy totalmente insuficientes, para una toma de posesión de su realidad, el método exegético de los preceptos de la ley, la jurisprudencia conceptualista dogmático jurídica, la de los intereses, e inadmisibles, por confusa y escasamente jurídica, la libre investigación del Derecho aplicable al caso concreto.

El formalismo jurídico de la Escuela de Viena, pretendiendo reducir el orden jurídico a una pirámide cristalina de normas jurídicas jerárquicamente escalonadas y presididas por la superley constitucional, no resulta

nopolio clerical y teológico está hoy arruinado. Es normal, por otra parte, que la psicología y la sociología, la fenomenología y la psiquiatría, la historia, la medicina y la filosofía, la novela misma, tengan que decir algo sobre la cuestión. En esta situación, el teólogo debe abrirse lealmente a todas las ciencias del espíritu: esto le permitirá al menos quitar todas las incertidumbres que provengan de la ignorancia, del malentendido o de la falta de síntesis, de tal modo que los fieles puedan asumir conscientemente el «riesgo» que es el suyo en este MISTERIO, donde el hombre está comprometido y llamado al don total de sí mismo (*ob. cit.*, tomo I, *Introduction*, págs. 7 y 8).

(9) Emplea tal denominación para calificar la compleja realidad del cambio tecnológico-científico en que nos hallamos inmersos en los últimos lustros, el manifiesto *The Triple Revolution*, firmado por una serie de especialistas americanos, como L. PAULING, H. S. HUGHES, MYRDAL y SELIGMAN, en 1964, y, sobre todo, la polémica acerca de la idea de que «el mundo vive una revolución científica y técnica» despertada por la información de la «Comisión nacional para la técnica, la automatización y el progreso económico» de Estados Unidos de 1966. La obra colectiva *La civilización en la encrucijada*, realizada por un equipo interdisciplinario checoslovaco, dirigida por RADOVAN RICHTA (Siglo XXI, Editores, 1971, pág. 9), afirma que «en la revolución científico-técnica los hombres se apoderan gradualmente de la base de su propia existencia. Hasta ahora cada generación adoptaba de sus predecesores las condiciones de su actividad y su vida como una magnitud estable que predeterminaba, en lo esencial, toda su existencia; en el futuro será necesario tener en cuenta que cada generación habrá de atravesar varias veces por la reconstrucción de las condiciones de la civilización y de toda la estructura de la vida humana».

totalmente satisfactorio, aunque su enorme esfuerzo lógico sea un dato que deba tenerse muy en cuenta.

El sociologismo jurídico, por sí solo, sin el adecuado correctivo normativo y filosófico jurídico, corre el riesgo de encajonar la ciencia del Derecho en el molde ciertamente estrecho de la sociología y disolver la normatividad en el puro hecho social, cuando la norma es, además, un acto del poder (objeto de estudio por la ciencia política) y realidad vinculante coactivamente exigible (objeto de estudio por la Jurisprudencia propiamente dicha).

Algún autor, como ARNAUD (10) se pregunta si el Derecho no será un magnífico campo de experiencias para la aplicación del método estructuralista, «dado que aparece como la cristalización, en un momento y en un medio social dado, de reglas de comunicación de personas y bienes, entre grupos e individuos, por intermedio de mensajes codificados».

HERNÁNDEZ GIL afirma (11) que «la ciencia jurídica no puede convertirse exclusiva o permanentemente en estructural, si bien es susceptible de ser analizado estructuralmente el Derecho».

El mismo autor (12) asevera que «respecto del iusnaturalismo en sí, no es una dirección metodológica. Por un lado, es más: una concepción y fundamentación filosófica del Derecho; por otro lado, es menos: no puede implicar una solución detallada de los distintos problemas particulares que se plantea la ciencia del Derecho. De todas formas es una gran base, un punto de partida, y el método, que no constituye una teoría rigurosamente cerrada y que presupone una previa actitud general ante el Derecho—filosófica o afilosófica—, podrá recibir beneficiosas influencias» (13).

Creo que se difunde cada vez más en Occidente un método de aproximación a la comprensión del Derecho, que sin ser sincrético tiene las ventajas de los diversos positivismos e iusnaturalismos de los más diferentes signos y facilita al jurista la utilización de los saberes de la espléndida revolución actual de las ciencias del hombre. Me refiero a la concepción tridimensional del Derecho.

«Repito una vez más—afirma RECASÉNS SICHES (14)—que el Derecho tiene tres dimensiones recíprocamente trabadas entre sí de una mane-

(10) Citado en ELÍAS DÍAZ, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Ediciones, E. A., Madrid, 1971, pág. 111.

(11) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, II, Madrid, 1971, pág. 462.

(12) *Ob. cit.*, I, pág. 70.

(13) Para una crítica de las diversas concepciones del iusnaturalismo, que es a la vez una excelente recapitulación histórica de la noción de Derecho Natural, véase ELÍAS DÍAZ, *ob. cit.*, págs. 268-315.

(14) «La concepción tridimensional del Derecho», *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, enero-marzo 1971, pág. 171.

ra indisoluble, a saber: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce, así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y se lleva a cabo. B) Dimensión normativa, consistente en una normatividad específica caracterizada por notas propias, entre las cuales figura la de impositiva e inexorable o coercitividad. C) Una dimensión de valor, estimativa o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una serie de múltiples necesidades humanas, esto es, dichas normas intentan hacerlo de acuerdo con las exigencias de unos valores de la justicia y de los demás valores que ésta implica, entre los que figuran la dignidad y la autonomía de la persona, la seguridad, el bienestar general y otros.

»Cabe distinguir nítidamente esas tres dimensiones. Pero sabemos percatarnos de que las tres se encuentran recíprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua.»

El Derecho, visto como norma humana con validez formal, será estudiado filosóficamente por la teoría general del Derecho, y científicamente, por la ciencia jurídica dogmática. El Derecho, considerado preponderantemente como un conjunto de peculiares hechos humanos sociales, será estudiado filosóficamente por la doctrina de la experiencia jurídica, y científicamente, por la sociología del Derecho y también por la historia del Derecho.

Los temas de valoración sobre el Derecho serán estudiados filosóficamente por la estimativa o axiología jurídica o teoría del Derecho natural, y en cuanto a las aplicaciones concretas y particulares, por la política del Derecho (legislativa y judicial) (15).

ELÍAS DÍAZ, si bien difiere de RECASÉNS SICHES en su cerrada crítica del Derecho natural, al que sustituye por la filosofía del Derecho, como meditación radical sobre el fenómeno jurídico, lo cierto es que sigue en lo esencial esta metodología al afirmar (16) que «debe superarse perentoriamente tanto el exclusivismo de una *Begriffsjurisprudenz*, como el exclusivismo de una *Interessenjurisprudenz*, en una real y auténtica *Justizjurisprudenz*, en una jurisprudencia de justicia... La ciencia jurídica precisa absolutamente y debe prolongarse en la sociología del Derecho y en la filosofía del Derecho».

Formula un esquema de trabajo para el análisis de la realidad del fenómeno jurídico, que en lo sustancial coincide con RECASÉNS SICHES:

«La ciencia del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho válido. Análisis de la validez del Derecho y, en otro plano, descripción

(15) Id., íd., págs. 184-185.

(16) Ob. cit., págs. 131-132.

y explicitación del sistema de legitimidad, incorporado en ese sistema de legalidad: es decir, primer nivel de legitimidad, la legitimidad legalizada.

La sociología del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho eficaz. Investigación sobre la eficacia del Derecho y, en otro plano, constatación del sistema de legitimidad creado o aceptado por una colectividad: es decir, segundo nivel de legitimidad, la legitimidad eficaz.

La filosofía del Derecho tiene como zona central de trabajo el Derecho legítimo. Determinación de la legitimidad del Derecho, y dentro de él, crítica, tanto del Derecho válido y del Derecho eficaz, como de la legitimidad legalizada y de la legitimidad eficaz, crítica llevada a cabo desde el tercer y más radical nivel de la legitimidad: la legitimidad justa» (17).

No se crea que estos dos autores son los únicos en propugnar la concepción tridimensional del Derecho. RECASÉNS SICHES cita como partidarios de dicha teoría, con todas las diferencias de matiz que se quiera, a MIGUEL REALE, LUMIA, PASINI, BAGOLINI, ROUBIER, LAMAND, VIRALLY, ROSCOE POUND, JEROME HALL, KUNZ, LEGAZ Y LACAMBRA y CABRAL DE MONCADA.

Creo que es un buen método de trabajo y a él, en la medida de lo posible, me atenderé en la exposición que sigue. Lógicamente, irán entremezclados en el discurso datos de historia del Derecho con modernas deducciones—o simples hipótesis—de las diversas ciencias del hombre acerca de la estructura y funciones de la sociedad patriarcal, que consagra e incluso sanciona religiosamente la inferioridad de la mujer. La ciencia jurídica española y extranjera, el Derecho comparado y la sociología jurídica suministrarán materiales para la síntesis final: la propuesta, en términos de política jurídica, de reforma de nuestra legislación familiar; el establecimiento de principios jurídicos más a tono con la estructura de la familia española actual en proceso de transformación y con los principios de la filosofía jurídica humanista.

En definitiva, creo hallarme en el campo de trabajo que tan acertadamente ha esbozado DÍEZ PICAZO en su manifiesto para la renovación del Derecho civil. El viejo principio patriarcalista de la supremacía del varón en el matrimonio, del que son trasuntos jurídicos la incapacidad de la mujer, la potestad marital y consiguiente deber de obediencia de ésta, la jefatura familiar del marido, la unidad de dirección del matrimonio atribuida al marido—fórmulas que jurídicamente son distinguibles, pero que sancionan con igual energía en el plano del Derecho positivo el puesto subordinado de la mujer en dicha sociedad—, debe ceder a un principio más humano, más adecuado a la moderna familia nuclear y democrática de la sociedad de la revolución científico-técnica en que

(17) *Ob. cit.*, pág. 63.

vivimos y a las exigencias de la filosofía humanista, que pone en el centro de sus afanes el respeto a la excelsa dignidad de la persona humana: el principio de la par condición de los sexos en el matrimonio y fuera de él. A no otra cosa obliga la recta intelección del artículo 3 del Fuero de los Españoles, reafirmado por la Ley promulgadora de los Principios del Movimiento de 17 de mayo de 1958.

La renovación que nuestro Derecho de familia experimentaría como consecuencia del arrumbamiento de un principio y la consagración de otro sería tal, que obligaría a la actualización total del resto de la legislación familiar: sería absurdo dejar intacto el estatuto arcaico de nuestra filiación, de la patria potestad e incluso de la tutela cuando las relaciones personales y económicas entre los cónyuges sufren una trascendental mutación.

CAPÍTULO V

GENESIS DE LA INFERIORIDAD DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD PATRIARCAL: SUS CONSECUENCIAS EN LOS DERECHOS PRIMITIVOS Y ANTIGUOS

Retroceder en la noche de los tiempos hasta lo que debió ser el proceso de hominización, de conversión de una horda primitiva de homínidos en *homo sapiens*, sustancialmente iguales a nosotros, es una empresa fascinante, a la que se dedican antropólogos, paleontólogos, prehistoriadores..., buscando un indicio, un rayo de luz que rasgue el impenetrable misterio de nuestros orígenes.

Es un lugar común de los científicos afirmar que así como es relativamente fácil hallar indicios de la primitiva tecnología del hombre—y de los homínidos prehumanos—, resulta sumamente difícil rastrear los indicios de su organización social y familiar. Todo lo que puede hacerse es emplear el método comparativo con los actuales fósiles sociales—las sociedades primitivas, de tecnología sencilla, objeto de estudio por los antropólogos sociales—y deducir o conjeturar que si los actuales primitivos tienen tal o cual estructura social y familiar, bien pudieron tenerla los homínidos y los primitivos *homines sapientes*.

Tales conjeturas son objetables, porque el número de «muestras» que pueden estudiar los antropólogos es reducidísimo, no se conoce exactamente su evolución histórica—pueblos sin historia escrita—y muy bien pudo ser diverso el hombre primitivo originario del primitivo actual.

Con todas estas limitaciones puedo afirmar que la dispar condición jurídica de la mujer y el varón se debe a la rígida e impenetrable estructura de la sociedad patriarcal, que durante milenios, e incluso en nuestros días, ha preponderado en las costumbres de la mayor parte de las culturas conocidas.

Sin embargo, no es pacífica la cuestión. La tesis matriarcal de BACHOFEN ha sido reverdecida por los estudios del Movimiento de Liberación de la Mujer. KATE MILLET (17 bis) afirma que «si siguiésemos la vida especulativa podríamos debatir la probabilidad de un período hipotético que hubiese precedido al sistema patriarcal. Lo que sería crucial para este tipo de premisa es un estado de espíritu en que el principio original fuese considerado como fertilidad o procesos vitales. En una condición primitiva, antes que la civilización se desarrollase o no pasase de la técnica más rudimentaria, la humanidad tal vez hubiese descubierto la prueba más impresionante de fuerza creadora en el nacimiento de los niños, acontecimiento algo milagroso y ligado analógicamente al crecimiento de la vegetación terrestre».

ARANGUREN, haciéndose eco de esta teoría, afirma (18): «La mujer no en todas las culturas ha representado el papel absolutamente subordinado que desde sus orígenes—cultura hebrea, civilización griega clásica, civilización romana, aportación cultural germánica—ha tenido en la nuestra. Hubo un mundo que solemos llamar oscuro, subterráneo, nocturno, 'romántico', de religión telúrica, diosas y matriarcado. Es verdad que de él emergió el claro, luminoso, varonil..., de la Grecia clásica.»

Sin embargo, lo cierto es que pronto el principio patriarcal hizo su aparición. Para algunos antropólogos de la talla de LEVY STRAUSS, que no plantean el tema de la prioridad del matriarcado o patriarcado, desde el principio del proceso de hominización.

En efecto, para LEVY STRAUSS (19), las únicas características sociales humanas absolutamente universales residen en la prohibición, en un grado más o menos amplio, de las relaciones incestuosas. Para este autor tal prohibición constituye el rasgo cuya impronta marca todas las formas conocidas de sociedades humanas y que parece diferenciar naturaleza y cultura. Al regular de alguna forma las relaciones sexuales y, por lo mismo, las relaciones sociales, la cultura se superpone al estado de

(17 bis) «Uma política sexual», de Kate Millet, en el libro colectivo *Mulheres contra Homens?*, en *Cadernos D. Quixote*, núm. 37, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1971, págs. 158-159.

(18) *Erotismo y liberación de la mujer*, citado, pág. 94.

(19) Citado en S. ZUCKERMANN, «La hominización de la familia y de los grupos sociales», obra colectiva de H. VALLOIS, A. VANDEL y otros, titulada *Los procesos de hominización*, Colección 70, Editorial Grijalbo, S. A., México, 1969, páginas 90-91.

naturaleza, en que las relaciones sexuales son, por el contrario, la principal fuerza de cohesión de la sociedad.

Allí donde el incesto no está prohibido, ningún grupo social deja de sufrir una desgarradura y una subdivisión continua en grupos estrechamente consanguíneos. La exogamia constituía una práctica radical para paliar este peligro y tuvo como consecuencia la continuidad del grupo social.

Pero para LEVY STRAUSS—afirma HERNÁNDEZ GIL (20)—, «la prohibición del incesto es menos una regla que prohíbe casarse con la madre, la hermana o la hija, que la regla que obliga a entregar a la madre, a la hermana o a la hija a otra persona: es la regla de la donación por excelencia...».

«En el pensamiento de LEVY STRAUSS, la transmutación de la naturaleza en cultura, con la conversión de la familia biológica en grupos sociales, se alcanza a través de la mujer intercambiada, comunicada, la mujer signo. La equiparación entre el papel del signo lingüístico y el de la mujer no es meramente metafórica, aproximada o traslaticia. Exogamia y lenguaje tienen la misma función fundamental: la comunicación de los demás y la integración en el grupo.»

Queda clara en el pensamiento de LEVY STRAUSS la inferioridad de la mujer frente al varón en la sociedad primitiva. De dicha inferioridad antropológica derivan la inferioridad cultural y social de la mujer, que la religión sacraliza y el Derecho—si es que de estas finas distinciones puede hablarse en el mundo mágico del hombre primitivo y antiguo—sanciona con la coactividad que le ha caracterizado desde siempre, desconociendo la personalidad jurídica de la mujer.

Para ZUCKERMAN (21), «dos rasgos caracterizan al grupo humano, rasgos que no se pueden observar en el mundo subhumano ni aun bajo forma rudimentaria: el primero lo constituyen las instituciones culturales que rigen las relaciones entre los sexos; el segundo, la cooperación en la busca de alimentos».

La introducción de la economía predadora, cazadora, debió contribuir a consagrar la incapacidad de la mujer, al excluirla de su sobresaliente papel en la indiferenciada economía primitiva recolectora de alimentos. Es evidente que los repetidos embarazos y lactancias de la mujer primitiva tuvieron que impedir que participara en la caza tribal.

Otra hipótesis que justificaría, por razones antropológicas, la inferioridad de la mujer sería el desconocimiento en la fase más primitiva, y el conocimiento en otra fase más avanzada, del mecanismo de la procreación

(20) HERNÁNDEZ GIL, *ob. cit.*, II, pág. 307.

(21) *Ob. cit.*, pág. 88.

y, consiguientemente, de la posible atribución de la paternidad al varón que convivía con la madre. Ello llevaría a una «apropiación» por el padre del niño y un robustecimiento de su poder en el seno de la primitiva familia, relegando a la madre a la condición de simple receptáculo de la fuerza genesiaca, dadora de vida, del varón.

Concluye ZUCKERMANN su análisis del proceso de hominización, que, en parte, se aleja del de LEVY STRAUSS, afirmando que (22) «el tránsito de una economía recolectora a una economía cazadora, después a una economía de pastoreo y, por fin, a una economía plenamente agrícola, con todas las nuevas ideas sobre la propiedad individual y comunal que la transformación hubo de llevar con ella, no hubiera podido realizarse sin cierta reglamentación de las relaciones entre los sexos y de las relaciones en las familias del interior del grupo».

Estas reglamentaciones fueron, al menos en el período histórico propiamente dicho, del que quedan suficientes indicios, predominantemente patriarcales.

Por supuesto, que no lo sabemos todo de la sociedad patriarcal antigua ni son iguales las moradas vitales de los diversos pueblos que han poblado el escenario de la historia.

La esencia de tal civilización se basa en el predominio absoluto del sexo masculino, y dentro del mismo, del varón libre y de mayor edad. Al frente de una familia extensa, compuesta de distintas familias nucleares—un hombre y una mujer y los hijos de ambos—, se halla el varón de mayor edad origen del grupo, que ostenta una superioridad abrumadora sobre los restantes miembros del mismo. Estos en muchas ocasiones difícilmente pueden considerarse dotados de capacidad jurídica. El patriarca es dueño de todos los bienes familiares, sacerdote de los cultos domésticos a la divinidad, jefe militar, supremo magistrado, al menos, en el ámbito que el grupo superior le consiente. Su poder se transmite a un hijo habido de una unión legítima y por línea de varón. El parentesco es reconocido en el sistema patriarcal sólo a través de la vinculación con la línea masculina del patriarca (sistema agnaticio). La consanguinidad propiamente dicha es irrelevante jurídicamente.

El patriarca puede repudiar libremente a su esposa o incluso darle muerte. Normalmente le es lícito tomar más de una o tener esposas de distinto rango.

En una tal sociedad, la incapacidad jurídica de la mujer debió de ser absoluta.

Hablar de mujeres capaces jurídicamente significa analizar una suerte

(22) *Ob. cit.*, pág. 92.

de unión conyugal en que los poderes del primitivo patriarca estuvieran algo limitados.

La familia extensa prepondera tanto en Israel como en Grecia y en Roma.

El esquema patriarcal enunciado, con lógicas variantes de tiempos y lugares, se encuentra en la mayor parte de los pueblos históricos de que tenemos noticia.

«El Antiguo Testamento—afirma ARANGUREN (23)—documenta de una manera impresionante, y desde el principio hasta el final, el carácter viril de la cultura hebrea. Su Dios, lo mismo Jahvé que Elohim, es visualizado como un varón 'celoso', dominante y aun absorbente.» El relato del *Génesis* claramente consagra la dependencia de Eva respecto de Adán, creada aquélla a imagen y semejanza de éste. La mujer es considerada como propiedad del varón: «No desearás la mujer de tu prójimo, ni su servidor, ni su sierva, ni su buey, ni su amo: nada de lo que es suyo.» El régimen jurídico familiar era rigurosamente patriarcal. La religión era por completo masculina; los sacerdotes, varones, y el Mesías había de ser un hombre. La repulsa de las religiones de ritos femeninos (culto de Astarté, Isis, etc.) es absoluta en la Biblia, y en el Nuevo Testamento se ve el triunfo aplastante de tal repulsa: ni rastros de tales cultos quedaban en Judea al advenimiento de Cristo.

La situación jurídica de la mujer podemos imaginárnosla: incapacidad casi absoluta, equiparación a un esclavo, exclusión de la vida sacral del pueblo elegido, levirato forzoso caso de enviudar, impureza legal, repudiación al arbitrio del marido, lapidación caso de adulterio. La absorción de su patrimonio y la sujeción personal absoluta a la persona del patriarca impiden pueda hablarse de capacidad o incapacidad de la mujer: éstas son nociones que presuponen un *status personae*, y la mujer es cosa *sui generis*, una propiedad del varón.

En Grecia, la concepción social y jurídica de la mujer no podía sino ser patriarcalista. Se asimila a los esclavos, a los menores de edad, a los extranjeros. Sin embargo, le está permitido defenderse ante los Tribunales o prestar testimonio en los mismos, lo que permite hablar de su capacidad jurídica. La esposa permanece recluida estrictamente en el gineceo, mientras que la cortesana (la hetera) será libre. «La casa es para la mujer de bien; la calle, para la mujer de nadie», dice MENANDRO. Todo lo que se haga en la casa será femenino; el ágora, los negocios, la oratoria, la gestión de los asuntos públicos, la guerra, masculino. «La mujer no dispone jamás de sus bienes y pasa de la tutela del padre a la

(23) *Ob. cit.*, pág. 103.

tutela del marido o a la de un pariente de éste si queda viuda, o bien a la de su propio hijo si no tiene otros parientes varones. Puede ser dotada, pero esta dote no le pertenece» (24).

CAPÍTULO VI

EL DERECHO MATRIMONIAL ROMANO Y LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA

El impresionante monumento del Derecho romano permite documentar perfectamente una sociedad patriarcal, que para algunos de sus investigadores (SUMMER MAINE y FOUSTEL DE COULANGES) ha pasado a ser arquetípica de las restantes conocidas.

Afirma ESPÍN CÁNOVAS (25) que «el Derecho romano situó a la mujer en una posición de inferioridad manifiesta frente al hombre, negándole esa preeminente situación jurídica que en Roma tenía el jefe de una familia y que la mujer nunca podía alcanzar. Por el contrario, siempre se halla sujeta a una potestad familiar: la patria potestad si es *filia familias*; *in manu*, si ha contraído matrimonio *cum manu*; finalmente, si es *sui iuris*, cae bajo una tutela perpetua. En suma, la mujer está sometida al cabeza de familia, al marido o al tutor cualquiera que sea su edad. Su exclusión, por tanto, de los cargos públicos y de las funciones de carácter público, como la de ejercer la tutela o *postulare pro aliis* ante el magistrado, tiene un completo paralelismo en el ámbito del Derecho privado».

No interesa aquí estudiar a fondo el problema de la capacidad jurídica de la mujer *sui iuris*, no sujeta a la *manus maritalis*. La primitiva sujeción e inferioridad de la mujer van decayendo conforme se dulcifican las costumbres patriarcales. Sigue diciendo ESPÍN (26) que «la mujer púber y, por tanto, mayor de edad, si no está sometida a la potestad de un *pater familias* y es, por consiguiente, *sui iuris*, o sea, capaz jurídicamente, no llega, sin embargo, a una efectiva independencia, como la que disfruta el hombre que haya salido de la potestad familiar y sea mayor de edad. Por el contrario, la mujer quedaba sometida perpetuamente, cualquiera que fuese su edad, a la potestad de un tutor, cuya *auctoritas* necesitaba para casi todos los actos jurídicos, como para contraer matrimonio *cum manu*, para otorgar testamento, etc.».

(24) EVELYNE SULLEROT, *La mujer, tema cadente*, Biblioteca para el hombre actual. Ediciones Guadarrama, S. A., Madrid, 1971, pág. 26.

(25) *La capacidad jurídica de la mujer casada*, Salamanca, 1969, pág. 7.

(26) *Id.*, *id.*, pág. 8.

La decadencia de la tutela *mulierum* fue incesante, pues reconoce el mismo profesor ESPÍN que ya CICERÓN admitía que «los jurisconsultos han inventado tutores que están bajo la potestad de las mujeres». Hacia el fin del siglo IV de nuestra era la tutela *mulierum* se ha extinguido tras un lento declinar.

Distinto era el problema de la capacidad de la mujer casada: sintéticamente podemos afirmar que o su incapacidad jurídica era absoluta o su capacidad de obrar era ilimitada, según el matrimonio se hubiera celebrado *cum manu* o *sine manu*.

Al lado de la *confarreatio*, rito matrimonial religioso basado en la intervención del *flamen dialis*, existen ya en las *XII Tablas* dos ritos matrimoniales completamente secularizados: la *coemptio*—suerte de *negotium per aes et libram*—y el *usus maritalis*, o mejor dicho, la *in domum deductio* de la mujer, consolidada por el *usus annuus*. La mujer podía interrumpir el *usus* pernoctando fuera de la casa del marido tres noches (*trinocti usurpatio*), en cuyo caso interrumpía la adquisición de la *manus maritalis*.

Dichas formas de matrimonio conferían la *manus* al varón, que no es sino expresión particularizada del poder absoluto, absorbente, que competía al *pater familias* sobre los hijos (*patria potestas*); sobre ganados, esclavos y fundos (*dominium*), y sobre la esposa (*manus*). Poder que confería la facultad de repudiarla, venderla o incluso matarla.

Sin embargo, las *mores familiares* introdujeron dulcificación a este poder absoluto: era *contra mores* vender a la mujer—no se puede decir otro tanto del *common law* británico, que permitió hasta principios del siglo XIX la venta de la esposa—; era preciso reunir un tribunal de parientes, entre los que se incluían los de la mujer—contra el principio agnaticio del parentesco romano—, para castigarla gravemente o matarla. La mujer era considerada *mater familias*, matrona, lo que era un atributo honorífico: tenía un puesto claramente definido en los ritos familiares.

No obstante, la incapacidad jurídica de la mujer *in manu* era absoluta, quedaba equiparada a una hija (*quasi filiae locum optinet*, afirmaba GAYO); si adquiría, era para el marido lo que adquiría; perdía cuantos derechos sucesorios pudieran corresponderle en su propia familia. De ahí que para compensarle la pérdida de tales derechos, la costumbre introdujo la *dos profecticia*, entregada por su padre al marido. Pero dada la incapacidad jurídica absoluta de la mujer, el marido hacía suyos cuantos bienes pudieran corresponderle en concepto de dote a la mujer: el régimen matrimonial romano primitivo es el de absorción o unicidad de patrimonio en la persona del marido, *pater familias*.

Ya desde las *XII Tablas*, aparte del matrimonio *cum manu*, existía el *sine manu*, pues la posibilidad de la mujer de interrumpir el *usus maritalis* mediante la *trinocti usurpatio* permitía mantener su *status familiae*

anterior al matrimonio: *sui iuris* o *in potestate* de su propio *pater familias*.

La mujer que hubiera contraído un matrimonio *solo consensu, sine manu*, no pasaba a la familia del *pater familias* y continuaba en su familia de origen.

Al final de la época republicana cae en desuso el matrimonio *cum manu* y sólo se contrae el *sine manu, solo consensu*, sin sujeción a forma solemne alguna.

Sin embargo, tanto uno como otro matrimonio conferían la patria potestad al *pater familias* sobre los hijos nacidos de la unión, en virtud del conocido principio *pater est is quem iustae nuptiae monstrant*: tan justas eran a estos efectos las nupcias formales como las aformales. La peculiaridad de la arcaica patria potestad romana, cuando la evolución de las costumbres dulcificó la primitiva dureza, fue mantenida por los juristas como rasgo distintivo de su Derecho, del que se enorgullecían.

SCHULZ (27) aplaude el Derecho matrimonial clásico al afirmar que: «... es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Ya en los primeros tiempos de la historia de la civilización apareció un Derecho matrimonial humano, esto es, basado en la idea humana del matrimonio concebido como unión libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad».

Rechaza la tesis de IHERING, que considera el Derecho matrimonial clásico como una corrupción del viejo matrimonio *cum manu*. «El Derecho clásico—sigue diciendo SCHULZ (28)—no fue creado por libertinos o personas licenciosas, sino por la mejor solera de la sociedad romana, y no fue el matrimonio así concebido un signo de perversa decadencia, sino una prueba del sentido humano de Roma.»

Las consecuencias de este tipo de matrimonio libre, creado por el genio de los juristas romanos, basado en la *humanitas* romana, han llegado a nuestros días. Nadie se acuerda ya, fuera de los especialistas, de los matrimonios de las *XII Tablas*: sí ha impresionado vivamente a la conciencia y sensibilidad del mundo occidental culto la extrema libertad, que en contadas ocasiones pudo degenerar en corrupción de costumbres, de la mujer de la Roma imperial. De la mujer de alto linaje, ciudadana rica, se entiende.

Pues bien, este reducido número de privilegiadas consiguió la libertad más absoluta en el manejo de su persona y bienes. SCHULZ afirma (29) que «los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos... Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. La mujer especialmente no necesitaba autori-

(27) *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 99.

(28) *Id.*, *id.*, *id.*

(29) *Id.*, *id.*, pág. 113.

zación marital para los actos en que interviene, ni el marido es responsable de las deudas contraídas por la mujer».

Frente a las diversas clases de dote surge la institución de los *parapherna, res quae extra dotem sunt*, de los que la mujer tenía la absoluta propiedad, libre disfrute, disposición y administración. En la práctica, la costumbre aconsejaba entregar la administración al marido, pero la mujer podía revocar el mandato cuando le viniera en gana. También podía entregarla a un liberto, a un esclavo o a una persona de baja condición, quizá a un amante, lo que satirizan los epigramistas de la Edad de Plata.

En conclusión, cabe afirmar: la mujer *sui iuris* romana, aunque capaz jurídicamente, era incapaz de obrar y precisaba la *auctoritatis interpositio* de un tutor, que se convierte pronto en una ficción y desaparece en el período postclásico. La mujer en matrimonio *cum manu* tiene una absoluta incapacidad jurídica, y lo que adquiere, lo adquiere para el *pater familias* (tiene capacidad de obrar, pero no en provecho propio). La mujer en matrimonio *sine manu*, fuera de algunas limitaciones de detalle, que no es del caso exponer aquí, goza de plena capacidad jurídica y de obrar.

La lección del Derecho matrimonial romano clásico es imperecedera. Cuando Occidente ha pretendido secularizar el matrimonio y liberarlo de la tardía intervención de la Iglesia en su régimen y disciplina jurídica —el *Decretum* de Graciano del siglo XII marca un hito fundamental de dicha intervención en Occidente—, ha vuelto sus ojos a la antigüedad clásica.

El matrimonio civil, a partir de la Revolución francesa, se regula sobre la base del consentimiento libre e igualitario de ambos cónyuges, aun cuando exista la jerarquía que impone la autoridad marital. Se le exime de toda intervención religiosa, que queda deferida a la conciencia de los ciudadanos. La disolubilidad de tal unión parece un corolario de su carácter secularizado, firme el principio moral de la indisolubilidad del matrimonio sacramental.

Calificar sin más tal matrimonio, casi únicamente admitido en los Derechos modernos, como de concubinato parece precipitado.

En tal sentido, algún sector teológico del postconcilio Vaticano II ha puesto en primer plano la posibilidad de una «desjuridización» del matrimonio sacramental, que firme la obligación moral de indisolubilidad supondría, en cierto modo, una vuelta a la concepción matrimonial romana clásica.

CAPÍTULO VII

DOCTRINA CRISTIANA DE LA CONDICION DE LA MUJER

Sería excesivo distinguir la doctrina de Cristo y de San Pablo al respecto, como si de dos polos antitéticos se tratase.

Sobradamente conocida es la benigna praxis de Cristo respecto de mujeres marginadas por la tradicional actitud patriarcal de los fariseos: la Magdalena, la mujer adúltera, la samaritana, la hemorroísa, impura legal e intocable a causa de su enfermedad; su doctrina acerca del matrimonio uno e indisoluble; la imposición de iguales deberes al varón y a la mujer en el matrimonio. Cristo no era jurista, sino moralista, jefe religioso, y como tal sentó las bases, en su palabra y obra, de la igual dignidad de todos los hijos de Dios, varones y mujeres.

De tal concepción, las conclusiones lógicas no pueden ser sino la supresión de toda discriminación basada en el sexo, cuando—como en el mundo actual—el desarrollo progresivo de la conciencia y de los conocimientos humanos han hecho insostenible, por injusta, tal discriminación.

Sin embargo, la formulación y efectiva puesta en práctica de tales corolarios se ha visto entorpecida—casi diría oscurecida históricamente—por la interpretación patriarcalista de ciertos textos del Nuevo Testamento, especialmente contenidos en las Epístolas de San Pablo, que parecen consagrar la inferioridad de la mujer casada en relación con su marido, jefe natural de ella.

Las consecuencias de tal teología no han podido ser más calamitosas para la condición femenina: los iusnaturalistas católicos—con Santo Tomás al frente (30)—se han apoyado en la autoridad de San Pablo para afirmar ser de Derecho natural la autoridad marital. Las consecuencias legislativas son obvias en el contexto de un Derecho matrimonial no secularizado: la consagración *sine die* de la autoridad marital y el grave escrúpulo de conciencia de juristas católicos poco avisados cuando se plantea el tema de la abolición en las leyes de la misma. Nada menos que en el preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958 se hace referencia a esta doctrina teológica.

En la Epístola a los Corintios afirma (11,2 y 11): «Mas quiero que sepáis que Cristo es la cabeza de todo hombre, como el hombre es cabeza de la mujer... Por tanto, debe la mujer traer sobre la cabeza la divisa de la sujeción.» En Efesios (5,21): «Las casadas estén sujetas a sus pro-

(30) *Summa Theologica*, parte 1.ª, cuestión 92, artículo 1.º

pios maridos, como la Iglesia está sujeta a Cristo.» En Timoteo: «La mujer aprenda en silencio con toda sujeción. Porque no permito a la mujer enseñar ni tener autoridad sobre el hombre, sino estar en silencio.» En Colosenses (3,18): «Las mujeres deben estar sumisas a su marido como al Señor.»

Un verdadero retroceso histórico en la Iglesia posterior a la primitiva marca la condición de la mujer: los Santos Padres desconfían de ella, cuando no la condenan abiertamente; desaparecen a los pocos siglos las diaconisas, conocidas en la praxis de la Iglesia primitiva. La mujer queda sujeta a las prácticas discriminatorias de la sociedad patriarcal, y lo que es más grave, estas prácticas, como tantas veces en la Historia, se sacralizan, se consagran como pertenecientes casi al orden del dogma en el pensamiento acrítico de muchos eclesiásticos de todos los tiempos.

La tradicional autoridad marital, consecuencia de tal concepción, es suavizada considerablemente en la Encíclica *Casti Connubii* de Pío XI, al afirmar que la sumisión de la mujer a su marido «no niega ni quita la libertad que en pleno derecho compete a la mujer, así por su dignidad de persona humana, como por sus nobilísimas funciones..., ni, finalmente, enseña que haya que equiparar a la esposa con aquellas personas que en Derecho se llaman menores y a las que, por falta de madurez de juicio..., no se les suele conceder el ejercicio de sus derechos, sino que, al contrario, prohíbe aquella exagerada licencia que no se cuida del bien de la familia... El grado y modo de tal sumisión de la mujer al marido puede ser diverso, según las varias condiciones de las personas, de los lugares y de los tiempos, y más aún, si el marido faltase a sus deberes, debe la mujer hacer sus veces en la dirección de la familia. Pero tocar o destruir la estructura familiar y su ley fundamental, establecida y confirmada por Dios, no es lícito en tiempo alguno ni en ninguna parte» (31).

CAPÍTULO VIII

LA CONDICION DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD Y EL DERECHO MEDIEVAL Y MODERNO

Resulta sumamente difícil hacer una recopilación de la doctrina y derecho usual de los diversos ordenamientos medievales europeos acerca de la condición personal y capacidad jurídica de la mujer casada. El fragmen-

(31) Continúa la Encíclica fijando la posición oficial de la Iglesia en la época que fue escrita (1930), acerca de las tendencias igualitarias del feminismo: «La igualdad de derechos, que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna,

tarismo de las fuentes jurídicas, las peculiaridades de la organización pluralista de la sociedad medieval, la diversidad de las costumbres de los varios territorios, el influjo de las ideas jerarquizantes y autoritarias de la Iglesia acerca de la condición de la mujer, la «juridización» del matrimonio sacramental cristiano a partir del Decreto de Graciano y el paulatino desenvolvimiento de la economía europea a continuación de dicha fecha fueron factores que, evidentemente, deben ser tenidos en cuenta para un estudio de conjunto del problema que estoy examinando.

Las costumbres de los pueblos germánicos regulaban dos variedades de matrimonios semejantes a los *cum manu* y *sine manu* del Derecho romano.

El «matrimonio con *Munt*» (MUNTEHE), celebrado bajo la forma de una compra de la mujer por el marido, transmite la potestad, el *mundium* que el padre o el tutor ostentan sobre la novia. La promesa o esponsales (*Verlobung*), la *Wittum* o entrega de la dote o arras por el marido a la mujer y la *Trauung* o entrega de la mujer a la *Munt* (*mundium*) del marido mediante formas simbólicas traspasan al esposo la potestad sobre la mujer, ciertamente más débil que la del Derecho de las *XII Tablas*. Aun cuando la incapacidad de la mujer es general, lo cierto es que se le reconoce la potestad de las llaves (*Schlüsselgewalt*) para realizar aquellos negocios dentro del ámbito del hogar característicos de la economía de aquellos tiempos.

Al lado del matrimonio con *Munt*, existe el matrimonio que no transfiere este poder al marido, y en el que ambos cónyuges contraen libremente el vínculo (*Friedelehe*, «matrimonio libre»).

La mayor o menor capacidad de la mujer dependía de las costumbres locales y del régimen matrimonial usual en cada comarca o nación germánica primitiva, según el clásico principio de la personalidad de las leyes, que sufre excepciones relativamente tempranas en el *Liber iudiciorum* visigótico. Frente al régimen de separación de bienes característicos del matrimonio *sine manu* romano, hallamos en los Derechos germánicos el de comunidad de bienes—con todas las variantes que se quiera—, que tal vez obedeció a ideas cristianas y, desde luego, se inspiraba en la

admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humanas y en las cosas que derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio, porque en estos campos ambos cónyuges gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones; en lo demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y la sociedad doméstica. Y si en alguna parte, por razón de los cambios experimentados en los usos y costumbres del comercio humano, deban mudarse algún tanto las condiciones sociales y económicas de la mujer casada, toca a la autoridad pública acomodar los derechos civiles de la mujer a las necesidades y exigencias de estos tiempos, teniendo siempre en cuenta lo que reclaman la natural y diversa índole del sexo femenino, la pureza de costumbres y bien común de la familia.»

noción orgánica, transpersonalista, característica de aquellos Derechos. Y en dicho régimen observamos que la mujer tiene cierta intervención en el régimen y disposición de los bienes matrimoniales, conforme al principio de la *Zur Gesamte Hand*. Los poderes dispositivos del marido se encontraban limitados.

Esto no rompe en modo alguno el esquema de los poderes patriarcales del varón sobre su mujer, aunque no cabe duda que la *Hausfrau* germánica se hallaba investida de una dignidad semejante a la *mater familias* romana, y su condición se hallaba muy por encima de lo que había sido la suerte de las mujeres semitas o griegas.

El progresivo desenvolvimiento de la economía medieval de Europa Occidental, perceptible a partir del primer Renacimiento de los siglos XI y XII, culmina en el siglo XIII. El amor cortés profesado por los trovadores medievales, a partir de este desenvolvimiento, dulcifica las costumbres y enaltece en la consideración social a la mujer, aunque no parece que tenga influencia ninguna en las fuentes jurídicas ni debilita en modo alguno la potestad del varón sobre su mujer. Las fuentes literarias reconocen el vigor de dicha potestad, que llega hasta el derecho de la más brutal corrección por el marido e incluso de uxoricidio por razón de adulterio, como en los «mejores» tiempos patriarcales.

Creo, sin embargo, que ese desenvolvimiento económico originó un auge de las capitulaciones matrimoniales en toda Europa, y en ellas, la práctica de los juristas que las redactaban amplió el ámbito de la capacidad patrimonial de la mujer, combinando principios romanos con los germánicos, estableciendo aportaciones matrimoniales en que la mujer conservaba ciertos derechos, la posibilidad de disponer ésta de ciertas cantidades para sus gastos menudos («alfileres»), aun cuando hubiera entregado sus bienes en dote romana al marido, etc.

La recepción del Derecho romano permitió emplear una técnica más depurada. Sería interesante estudiar las vicisitudes de la institución de los parafernales, que, sobre todo, en las legislaciones de la península italiana debió de estar en pleno vigor.

El desenvolvimiento de la economía de mercado a partir de la Baja Edad Media provocó una nueva ampliación de la capacidad de obrar de la mujer. La tutela a que la mujer soltera se hallaba sometida hubo de decaer en muchas legislaciones, mientras que en otras, como las de Castilla y Aragón, no fue nunca conocida, al menos en sus fuentes, recopiladas a partir del siglo XIII.

EVA FIGES (32) reconoce que la posición de la mujer casada en la

(32) *Actitudes patriarcales: las mujeres en la sociedad*, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1972, págs. 73 y 74.

Inglaterra isabelina, la «vieja y alegre Inglaterra» de antaño, era mucho más lisonjera que lo fue con posterioridad. «La posición de las mujeres de los artesanos de los gremios demuestra que estaba considerada como asociada importante en el trabajo. Como esposa estaba eximida de los requisitos necesarios para entrar en el gremio y podía continuar el negocio a la muerte del marido. Y era normal que las mujeres heredasen los negocios, en vez de que éstos pasasen a estar bajo control de los hijos; las viudas de los maestros artesanos estaban muy solicitadas en matrimonio, pues era una manera de tener acceso a trabajos especializados... «La pequeña industria doméstica les estaba confiada, y sin la pequeña industria doméstica, la economía del Renacimiento se hubiera paralizado.» Las costumbres de la *city* londinense permitían a la mujer casada negociar por cuenta propia, en cuyo caso tenía igual capacidad que si fuese soltera.

Sin embargo, el desarrollo del primer capitalismo detuvo el progreso de la condición femenina. La desaparición práctica de los gremios en la Inglaterra del siglo XVIII, con la libertad de trabajo que llevó consigo, arruinó esa pequeña industria artesana fundada en el trabajo de la mujer. Esta, en lo sucesivo, si es de condición humilde, se ve reducida a la condición de mano de obra barata, sometida a la doble tiranía del marido y de la disciplina del taller industrial. Situación magistralmente dibujada por CARLOS MARX y CARLOS DICKENS, cada uno a su modo.

Si es de condición superior, precisamente en el final del siglo XVIII se desarrolla la llamada «mística de la feminidad» (32 bis), que trata de encadenar a la mujer a su papel pasivo tradicional por medio de halagos: si la mujer, por el contrario, contraviene las pautas de madre ejemplar, hija obediente y recatada, depositaria de las esencias de la raza, etc., pautas definidas con arreglo a los intereses de la sociedad patriarcal, todo el peso de la opinión pública cae sobre ella. Interesaba a las fuerzas dominantes del proceso económico—la burguesía—dominar a sus propias mujeres no por la violencia, sino por medio del lujo y el ocio. Los intereses del moderno capitalismo—obtener mano de obra barata—y el de la sociedad patriarcal—dominar a las mujeres—se conjugaron plenamente, pese al racionalismo de la Ilustración, por este doble mecanismo que he expresado.

Grocio sentó las bases de la filosofía iusnaturalista de inspiración protestante sobre la condición de la mujer casada, que prevaleció en la Ilustración del siglo XVIII. Afirma que el matrimonio debe considerarse como uno de los *iura in persona*, a los que él hace proceder, o de la sumisión (*subiectio*) o de la ordenación social (*consociatio*). Siguiendo la tradición aristotélica, y apoyado por la intuición jurídica alemana, consi-

(32 bis) Me remito a la conocida obra de este título de BETTY FRIEDAN.

dera el matrimonio como *consociatio*, esto es, una institución, no un contrato, como en el Derecho romano y KANT. Pero aunque consorcio, no admite paridad con las relaciones de sociedad, antes bien, el marido es la cabeza natural, tanto de la mujer como de la familia; el matrimonio es, pues, la unión que subordina a la mujer. No obstante, GROCIO reconoce el deber ético del marido de fidelidad para con la mujer (33).

CAPÍTULO IX

LA CAPACIDAD JURIDICA DE LA MUJER CASADA EN EL CODIGO CIVIL FRANCES DE 1804: SUS PRECEDENTES DOCTRINALES E HISTORICOS INMEDIATOS

Resulta tópico considerar el *Code civil* como expresión de esta reacción de la sociedad patriarcal y del moderno capitalismo frente a la innegable mejora de la condición de la mujer en el Antiguo Régimen. Aun cuando es preciso hacer ciertas aclaraciones.

ROUSSEAU (34) adopta una actitud ambivalente respecto del sexo femenino. «El hombre nace libre y por doquier se encuentra encadenado», reza la inspirada, aunque filosóficamente incorrecta, primera línea de *El contrato social*, y si no hubiera leído otras obras suyas uno podría hacerse la ilusa idea de que por «hombre» quiere significar «humanidad». En realidad, cabe sospechar que ROUSSEAU fomenta deliberadamente tal ilusión; a lo largo de todo el libro no mienta en absoluto la palabra «mujer» y se tiene cierta impresión de un universo unisexual.

Sin embargo, las ideas democráticas de algunos sectores de la Revolución francesa fueron mucho más lejos de los planteamientos inmovilistas de ROUSSEAU respecto de la condición de la mujer. Su influencia en los salones parisienses y en el nacimiento de los partidos políticos fue considerable. «Pero una vez establecidos los cimientos, la posición de las mujeres cambió: en 1793, la Convención Nacional suprimió todos los clubs y sociedades de mujeres, cerró los salones y denegó a la mujer todos los derechos políticos. Esto no era sólo una traición de hecho, sino que empeora la situación de la mujer antes de la Revolución, ya que durante el *Ancien Régime*, las mujeres propietarias que reuniesen determinados requisitos podían votar y ocasionalmente incluso formar parte de las asambleas provinciales» (35). OLIMPIA DE GOUGES, la primera feminista francesa, subía al cadalso.

(33) Citado en WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 256 y 257.

(34) Citado en EVA FIGES, *ob. cit.*, pág. 105.

(35) *Actitudes patriarcales*, cit., pág. 106.

La reacción antifeminista a fines del siglo XVIII era general en todo Occidente. Durante el período colonial americano, las mujeres podían votar, pues el voto tenía como base el derecho de propiedad y no el sexo. Sin embargo, fueron privadas del derecho de sufragio por leyes (Virginia, 1699; Nueva York, 1777; Massachusetts, 1780; New Hampshire, 1784, y New Jersey, 1807) (36).

Influidos por este estado de opinión, no menos que por las particularidades de las costumbres femeninas y excesos de la situación postermidiana, los codificadores franceses fueron endureciendo su postura respecto de la mujer casada. ESPÍN CÁNOVAS (37) hace referencia a los sucesivos proyectos de Código civil presentados por CABBACÈRES: en el tercero de ellos, la administración del patrimonio común se atribuye al marido, y en el discurso preliminar advierte que «aunque la igualdad debe servir de reguladora de todos los actos de la organización social, esto es sin descartar el mantenimiento del orden social». La disparidad de sexos se seguía considerando por los juristas del *Code* como perteneciente al orden natural, siguiendo en esto la tesis de GROCIUS y, en general, del iusnaturalismo del siglo XVIII.

El artículo 213 del *Code* (objeto de reformas sucesivas, como veremos; no otro tanto podría decirse del 57 de nuestro Código civil) afirmaba que «el marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia al marido». Se ha hecho tónica la interpretación rígidamente patriarcalista de dicho precepto del primer cónsul y luego emperador, inspirador del *Code*, Napoleón Bonaparte.

«Las consecuencias de esta potestad marital—sigue diciendo ESPÍN (38)—fueron rigurosas. La mujer era incapaz para todos los actos jurídicos, necesitando la asistencia de su marido para poder realizarlos; el marido fijaba el domicilio conyugal, teniendo que seguirle la mujer cualesquiera que fuesen las circunstancias; el marido controlaba las relaciones y correspondencia de la mujer, dirigía el hogar..., sin ninguna participación de la mujer.»

RIGAUX (39) habla de que «la yuxtaposición de elementos patriarcales y la tendencia individualista explican el carácter incoherente del primer libro del *Code* civil. No obstante, las dos corrientes se han fusionado

(36) JOYCE COWLEY, «Las precursoras del movimiento», en el libro colectivo *Hablan las Women's Lib* (Movimiento de Liberación de la Mujer), Editorial Kairos, Barcelona, 1972, pág. 14.

(37) *Ob. cit.*, pág. 17.

(38) *Id.*, *id.*, pág. 16.

(39) *Les personnes*, tomo I, *Les Relations Familiales*. Bruselas, Ferdinand Larcier, 1971, págs. 122 y 123.

cada vez que el silencio del legislador ha sustraído las relaciones familiares a toda injerencia del Estado». «El retroceso del *Code* civil en relación a las soluciones del antiguo Derecho proviene, tal vez, de que el legislador ha puesto en el centro de las relaciones familiares al adulto de sexo masculino perteneciente a las clases sociales favorecidas. Tal sería el ideal, a la vez patriarcal e individualista, del *Code* de 1804. Así, cuando se habla de 'individualismo' del libro primero del *Code* civil, la palabra no está exenta de equívocos.»

El influjo del *Code* civil sobre todos los Códigos de los países latinos —e incluso de estirpe germánica, como algunos Estados de Alemania antes del B.G.B.—fue inmenso, y su consecuencia fue un retroceso considerable de la condición de la mujer en todo Occidente.

CAPÍTULO X

EL FEMINISMO DE LOS SIGLOS XIX Y XX: OPOSICIONES FILOSOFICAS SOBRE LA CONDICION DE LA MUJER

La situación descrita lógicamente debía dar lugar a una reacción de las primeras interesadas: las mujeres. El moderno movimiento feminista se inicia con el manifiesto de MARY WOLLSTONECRAFT, autora del conocido libro *Vindication of Rights of Woman*, publicado en Londres en 1792. «Este libro—afirma JOYCE COWLEY (40)—manifiesta el interés de MARY WOLLSTONECRAFT por la Revolución francesa y la norteamericana, exigiendo que los derechos de la mujer—sospechosamente silenciados en *El contrato social*, de ROUSSEAU—fueran incluidos en los derechos del hombre, por los que luchaban los revolucionarios.» Sólo el inmenso prestigio de ROUSSEAU entre los revolucionarios y sus simpatizantes, como la autora del libro, motivó que ésta no lo contradijera abiertamente.

Los movimientos feministas se desenvuelven en los países más avanzados de Occidente a lo largo del siglo XIX entre la indiferencia, la indignación o el regocijo de los hombres, afectados en su supremacía indiscutida.

En general, la reivindicación de derechos civiles (obtención de capacidad de obrar, derecho de sufragio y de ejercicio de profesiones en paridad de condiciones con el varón) poco a poco se extiende, conforme la cuestión social va agudizándose, a la reivindicación de derechos laborales y sociales, lo que supone una alianza, más o menos cómoda, entre los feministas y los socialistas de diversas tendencias. Como es lógico, mientras los par-

(40) *Ob. cit.*, pág. 13.

tidos progresistas se hacen eco, más o menos tímidamente, de las reivindicaciones feministas, los conservadores—y, desde luego, los católicos tradicionalistas—se oponen a ellas. No parece que la Encíclica *Casti Connubii*, antes transcrita parcialmente, alentara el feminismo cristiano.

Es importante subrayar cómo la contradicción entre los ideales igualitarios de la moderna democracia política y el autoritarismo familiar que inspira el *Code* civil y, en general, todo el aparato de la sociedad patriarcal fue vislumbrada por los más agudos pensadores decimonónicos. ROUSSEAU ya vimos que escamoteó el problema. Otros lo apuntaron. Quiero citar aquí a ALEXIS DE TOCQUEVILLE, en su *Democracia en América*, publicada en 1831 (41)... «Los norteamericanos se hallan más de acuerdo consigo mismos. Han visto que en el seno de una democracia, la independencia no puede menos de ser grande...; la autoridad paterna débil, y el poder marital dudoso. En este estado de cosas han juzgado que con dificultad podrían reprimir en la mujer las pasiones más tiránicas del corazón humano y que era más seguro enseñarle el arte de combatir las por sí mismas... En el punto en que nos hallamos no podemos elegir: es necesaria una educación democrática para preservar a la mujer de los peligros que la rodean (las instituciones y costumbres de la democracia).»

Reconoce que la participación de la mujer con su marido en la aventura del Oeste robustecía su carácter y le daba un inmenso prestigio: *leit motiv* de los sociólogos americanos posteriores, que hablan de que el origen del presunto «matriarcado» de la mujer americana dimana de dicha conquista del Oeste. Pero es importantísima la intuición del problema por un aristócrata francés del primer tercio del siglo XIX.

«Los norteamericanos, que han dejado subsistir en la sociedad la inferioridad de la mujer, la han elevado con todo su poder en el mundo intelectual y moral al nivel del hombre, y en esto me parece que han comprendido perfectamente la noción verdadera del progreso democrático.» «Creo que el movimiento social, que coloca en el mismo nivel al hijo y al padre, al sirviente y al señor y, en general, al inferior y al superior, debe elevar a la mujer y hacerla cada vez más igual al hombre.»

STUART MILL, frente a la afirmación de CARLOS DARWIN, que atribuyó la diferencia de facultades mentales entre hombre y mujer al proceso de selección sexual, mediante el cual el hombre más valiente, fuerte e ingenioso adquiría la mujer más bonita y sana, desafió a la opinión pública a encontrar diferencias sexuales secundarias de carácter y capacidad cuya condición de innatas pudiera ser demostrada, y comparaba la esclavitud de las mujeres con la de los negros (42).

(41) Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

(42) *Actitudes patriarcales...*, cit., pág. 129.

Es importante dejar constancia de las ideas del marxismo-leninismo acerca de la condición de la mujer.

Para CARLOS MARX (43), la forma más fundamental de relación social es la familia, en cuanto relación del hombre con la mujer. El hombre y la mujer son dos seres de la naturaleza que están entre sí en relación de necesidad recíproca: la mujer es naturaleza para el hombre, y los dos esposos son objeto el uno para el otro.

Este carácter objetivo es, desde luego, causa de una degradación de la relación familiar, que podrá aparecer en el capitalismo, en el cual el objeto pasa a ser de propiedad privada: la mujer será tratada como propiedad privada del hombre. Pasa a ser un objeto venal, que no es objeto natural del hombre, sino objeto mercancía alienado.

En cambio, en la sociedad restaurada, cuando la alienación ha sido suprimida, el otro hombre—la mujer—pasa a ser, en cuanto tal, objeto de la necesidad del hombre. Ciertamente que subsiste una relación dialéctica entre el hombre y el hombre, pero la unión triunfa sobre la división, porque cada uno ha pasado a ser el ser humano genérico.

La igualdad de condición jurídica de ambos sexos en la sociedad restaurada—«dictadura del proletariado»—es un corolario de la noción filosófica marxista de las relaciones entre los sexos. Aunque los marxistas reconocen que tal igualdad sustancial no se ha logrado todavía en los países socialistas.

Para ENGELS (44), en el matrimonio moderno la desigualdad legal de la mujer, que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer. Hoy, en la mayoría de los casos, el hombre tiene que ganar los medios de vida, y esto le da una posición preponderante, que no necesita ser privilegiado de un modo especial por la ley. El hombre es en la familia el burgués; la mujer representa en ella al proletario.

Como solución a tal estado de cosas, el autor afirmó que el matrimonio no se concertaría con toda libertad sino cuando, suprimiéndose la producción capitalista y las condiciones de propiedad creadas por ella, se aparten las consideraciones económicas accesorias, que aún ejercitan poderosa influencia sobre la elección de los esposos. Entonces el matrimonio ya no tendrá más causa determinante que la elección recíproca.

El matrimonio, liberado de la dependencia de los factores económicos,

(43) JEAN IVES CALVEZ, *El pensamiento de Carlos Marx*, Taurus, Madrid, 1966, págs. 446 y ss.

(44) «El origen de la propiedad, la familia y el Estado», extractado en la obra colectiva *La emancipación de la mujer*, Colección 70, Grijalbo, S. A., México, 1970, páginas 89 y ss.

incorporada la mujer al proceso de producción socialista, estará basado en la igualdad de sexos, en la supresión de toda jerarquía varón-hembra, en la monogamia y en la disolubilidad.

CAPÍTULO XI

EL CAMBIO LEGISLATIVO COMO CONSECUENCIA DE LAS TENDENCIAS FEMINISTAS. CONTRAGOLPE DE LOS REGIMENES FASCISTA Y NACIONALSOCIALISTA AL MOVIMIENTO DE LA EMANCIPACION DE LA MUJER

No debe desdeñarse el influjo de las ideas del marxismo-leninismo en la progresiva mejora de la condición de la mujer. Sin embargo, creo que Occidente tiene una tradición filosófica propia—sin hablar de la moderna interpretación de los datos de la revelación cristiana, que luego examinaré—en que fundamentar el esfuerzo por tal mejora. Las afirmaciones de STUART MILL y de TOCQUEVILLE sólo son expresión de un estado de opinión de los mejores pensadores de Europa, que no excluye la existencia de otras muchas voces incardinadas en lo que MARX y ENGELS considerarían pensamiento burgués.

El primer cambio legislativo de importancia en la condición jurídica de la mujer tuvo lugar en Estados Unidos de América, con absoluta independencia de las ideas marxistas, donde en los veinticinco años siguientes a la Convención de Igualdad de Derechos de 1848, las mujeres fueron obteniendo gran parte de sus exigencias iniciales, y poco a poco varios Estados fueron estableciendo leyes que concedían a las mujeres casadas el derecho a la custodia de sus hijos, a disponer de su salario y de su propiedad. Destaca la Ley de 21 de mayo de 1878 del importantísimo Estado de Nueva York, acerca de la propiedad de la mujer casada, que suprimió toda incapacidad jurídica de la misma y consagró el sistema matrimonial de separación de bienes. Pero las mujeres querían obtener, lógicamente, el derecho de sufragio. La enmienda 15, que concedió el derecho de sufragio a los negros, negó tal derecho a la mujer, que había luchado en los movimientos feministas codo a codo con los abolicionistas de la esclavitud. Sólo en junio de 1920—como consecuencia del cambio social que supuso la primera guerra mundial, y como premio a la conducta de la mujer americana en dicha guerra—se introdujo la enmienda constitucional que concedía el derecho de sufragio a las mujeres (45).

(45) *Las precursoras del movimiento...*, citado, pág. 25.

En Inglaterra, la *equity* fue introduciendo una dulcificación de la incapacidad de la mujer casada, contenida en el clásico aforismo del *common law*, «marido y mujer no hacen más que uno, y el marido es este uno». «Una Ley de 18 de agosto de 1882 creó la separación legal de bienes (todos los bienes raíces y muebles de la mujer adquiridos antes o después del matrimonio), sobre los cuales la mujer casada tenía libre dominio... Las jurisdicciones contemporáneas de derecho consuetudinario—en Inglaterra, en la inmensa mayoría de los Estados americanos, en las provincias de derecho consuetudinario del Canadá y en otros dominios británicos, que comparten la tradición del derecho consuetudinario—han unido las nociones de igualdad y separación.

Juntamente con la supremacía legal del marido, han abandonado el concepto legal de comunidad en la administración del matrimonio» (46).

En el resto de Europa, el movimiento feminista fue haciendo mella poco a poco en la incapacidad de la mujer casada. Aunque el Código civil alemán de 1900 y el suizo de 1907 no estuvieron precisamente en una línea feminista, no obstante, no son tan tajantes en sus preceptos como el *Code* civil de 1804.

El primero de los cuerpos legales citados reconoce, en su párrafo 1.354, que al marido compete la decisión en todos los asuntos correspondientes a la vida matrimonial común y especialmente determina la residencia y la vivienda.

La mujer adquiere el apellido del marido (1.355). El patrimonio de la mujer queda sometido, a la conclusión del matrimonio, a la administración y aprovechamiento del marido (patrimonio aportado) (1.363). La mujer necesita el consentimiento del marido para la disposición sobre el patrimonio aportado (1.395). Si la mujer lleva a cabo un pleito sin asentimiento del marido, la sentencia es ineficaz frente a él en relación al patrimonio aportado (1.400). El marido debe dar consentimiento para el ejercicio independiente de un negocio (1.405).

El marido ejerce la administración del patrimonio común en caso de pactarse comunidad universal de bienes, litiga sobre los bienes que lo componen, toma posesión de los mismos y dispone de dicho patrimonio (1.443). Igual regla es aplicable al patrimonio común en el régimen de comunidad de ganancias (1.519, 2, que se remite al 1.443). Regla semejante se aplica a la comunidad de muebles y ganancias (1.549).

Sin embargo, el B.G.B. afirma que la mujer no está obligada a obedecer la decisión del marido si la misma se presenta como abuso de derecho (1.354, 2); está autorizada y obligada a dirigir el hogar común (1.356, 1); dentro de su círculo de acción doméstico, está obligada a

(46) FRIEDMANN, *ob. cit.*, págs. 254 y 255.

cuidar los negocios del marido y a representarle, valiendo los negocios que ella celebre como hechos por el marido, si de las circunstancias no se deduce otra cosa (1.357, 1); la administración y aprovechamiento del marido no se extiende al patrimonio reservado de la mujer (1.365); éste se compone de las cosas destinadas al uso personal de la mujer (1.366), lo que adquiere por su trabajo o el ejercicio independiente de un negocio (1.367), lo pactado en contrato matrimonial como tal (1.368), lo adquirido por título gratuito con tal cualidad (1.369) o lo subrogado en dicho patrimonio reservado (1.370). A tal patrimonio se aplican las disposiciones sobre los bienes de la mujer en régimen de separación de bienes.

La administración por el marido de los bienes aportados por la mujer en el régimen legal se regula minuciosamente, y se excluye teóricamente con dicha regulación la posibilidad de abusos por parte del marido. Al terminar la administración, el marido rinde cuentas a la mujer al restituírle el patrimonio aportado (1.421): al no existir comunidad de bienes, las ganancias obtenidas con la gestión del marido son de la mujer y no patrimonio común divisible, pues no existe comunidad.

En el régimen convencional de separación de bienes, la mujer ha de aportar una suma adecuada para los gastos matrimoniales (1.427), pero puede retenerla en caso de peligro de pérdida por el marido (1.428). La disposición del marido del patrimonio común o de los bienes inmuebles del mismo en régimen de comunidad universal de bienes, no puede realizarse por el marido sin consentimiento de la mujer (1.445 a 1.448).

El Código civil suizo, en su artículo 160, estableció que el marido es el jefe de la unión conyugal y él elige la morada común y provee convenientemente al mantenimiento de la mujer y de los hijos; en el 161, que la mujer adquiere el nombre y la ciudadanía del marido; el 162, que el marido representa la unión conyugal; el 164, que el marido puede retirar todo o parte de los poderes de la mujer para las necesidades corrientes del hogar, y el 167, que el marido debe prestar el consentimiento expreso o tácito para que su mujer pueda ejercer una profesión o una industria.

Sin embargo, el 159 dispone que los esposos se obligan mutuamente a asegurar la prosperidad de común acuerdo y a proveer juntamente a la manutención y a la educación de los hijos; el 160, que la mujer dirige el hogar; el 162, que el marido está obligado por los actos de la mujer, en tanto no se exceda ésta de sus poderes, y el 168, que la mujer, cualquiera que sea el régimen de bienes matrimonial, es capaz de comparecer en juicio.

Parece, pues, que aunque la situación de la mujer sea de relativa sumisión al varón—la patria potestad de los hijos se atribuye a ambos esposos; en defecto de acuerdo, el padre decide (art. 274)—, lo cierto es que ha desaparecido la incapacidad de obrar absoluta del *Code* de 1804, y la mujer

tiene los bienes reservados, constituidos por contrato matrimonial, por liberalidades de terceros y por la ley (art. 190), sea cualquiera el régimen matrimonial de bienes, los cuales se someten a las reglas de la separación de bienes (art. 192).

En Francia, una Ley de 13 de julio de 1907 estableció la institución de los bienes reservados de la mujer casada, constituidos por los salarios o el producto del ejercicio de una profesión por la mujer, de los que tenía su libre administración.

Un fuerte viento de cambio sacudió el mundo civilizado como consecuencia de las vicisitudes de la primera guerra mundial. La líder de las sufragistas inglesas, la señora Pankhurst, se hallaba en la cárcel por su extremismo en la reivindicación de los derechos de la mujer: fue sacada de la prisión en agosto de 1914 con el obvio fin de canalizar el esfuerzo femenino hacia la economía de guerra. En la primera postguerra mundial, el Parlamento británico concede el derecho de sufragio a la mujer.

Antes aludí a la enmienda a la Constitución americana que concedió el sufragio a la mujer en 1920.

En Italia, la Ley de 17 de julio de 1919 suprimió la incapacidad de la mujer casada, aboliendo expresamente la autorización marital. Se recogió en los debates de aprobación de la ley un voto particular del diputado Sichel, en el que se recomendaba que «un próximo procedimiento legislativo complete la capacidad jurídica de la mujer extendiendo a ella el derecho electoral político y administrativo» (47).

Sin embargo, la ley no abolió la jefatura familiar del varón en el matrimonio. Aunque la ley admitía a la mujer a una serie de cargos públicos y privados de los que estaba excluida, posteriores reglamentos e interpretaciones jurisprudenciales fueron restringiendo su primitivo alcance.

En la misma época, el acceso al poder del comunismo en Rusia llevó consigo la absoluta emancipación de la mujer soviética, la igualdad absoluta con el varón para ocupar puestos de trabajo y funciones públicas, la abolición de las discriminaciones e incapacidades por razón del sexo y el matrimonio e incluso el acceso de alguna mujer al cargo de ministro de la Federación. Por medios distintos, la medieval Rusia de los zares, ahora en llamas, y la culta y progresiva Europa Occidental emancipaban a sus mujeres, siguiendo así la doble vía, democrática humanista y materialista marxista, de la promoción de la mujer.

En la legislación de la primera postguerra mundial no se introdujeron cambios de importancia fuera de los dichos. Francia no concedió el sufragio a sus mujeres en este período.

(47) Citado en UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia, Il Mulino*. Bolonia, 1970, pág. 175.

Sin embargo, por Ley de 18 de febrero de 1938, abolió la potestad marital y la incapacidad de la mujer casada, si bien la reforma de los regímenes matrimoniales fue pospuesta. En plena segunda guerra mundial, la Ley de 22 de septiembre de 1942—luego revalidada por una Ordenanza de 9 de octubre de 1945 del régimen de De Gaulle—completó la anterior. El texto del artículo 213 del *Code* quedó redactado así: «El marido es jefe de la familia. El ejerce esta función en interés común del hogar y de los hijos. La mujer concurre con el marido a asegurar la dirección moral y material de la familia, a proveer su manutención y educar los hijos y preparar su establecimiento. La mujer reemplaza al marido en su función de jefe si él no está en estado de manifestar su voluntad por razón de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento o de cualquier otra causa.» El artículo 216 afirma que «la mujer casada tiene plena capacidad jurídica. El ejercicio de esta capacidad no se halla limitado sino por el contrario matrimonial y la ley».

Como afirma LABROUSSE RIOU (48), «la familia, por dulcificación de la autoridad marital, ha pasado de un tipo patriarcal autoritario a un tipo paternalista. El poder del 'jefe de familia' no aparece más como un derecho, sino como una función y, por consiguiente, como una carga. Es susceptible de control en caso de abuso... En esta concepción, la mujer quizá es la auxiliar del hombre, no es su igual».

No puedo menos de hacer referencia a las ideologías familiares nacionalsocialista alemana y fascista italiana, pues aunque los regímenes que las implantaron se hundieron en la segunda guerra mundial, tal vez no sea difícil rastrear en la legislación de algunos países de Occidente del momento actual cierto resabio de sus concepciones autoritarias discriminatorias de la mujer.

No estoy de acuerdo con LABROUSSE RIOU (49) y sí con otros autores al afirmar que la ideología política nacionalsocialista tuvo influjo, y no poco, en el Derecho de familia, o si se quiere, en la jerarquía de valores en que se desarrollaba la emancipación de la mujer alemana en el primer tercio del presente siglo. Aunque no había cambiado formalmente la legislación civil contenida en el Código de 1900 en la materia que nos

(48) *L'égalité des époux en Droit Allemand*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965, pág. 17.

(49) «Si después del B. G. B. la familia alemana sufrió profundas modificaciones sociológicas, el Derecho no las acusó. El régimen nacionalsocialista, no obstante su ideología familiar reaccionaria, no afectó la estructura legal de la familia. La influencia del nacionalsocialismo fue grande, pero no penetró el Derecho de la Familia. No obstante su concepción del papel de la mujer, contemplada esencialmente en su función reproductora, el régimen nazi hizo más por desenvolver de hecho la igualdad de sexos, enrolando a todo el pueblo en la aventura y negando la autonomía de la familia en relación al Estado», *ob. cit.*, pág. 21.

ocupa, la mujer alemana al advenimiento del nacionalsocialismo al poder había mejorado considerablemente su condición socioeconómica. El nacionalsocialismo dio un estremecedor paso atrás: «El movimiento nacionalsocialista es esencialmente masculino», afirmó GOEBBELS. Las retrógradas ideas de Hitler acerca de la mujer, contenidas en *Mein Kampf*, no eran sólo opiniones privadas de un jefe de Gobierno sometido a un Estado de Derecho que le impedía ponerlas en práctica. Eran las opiniones de un hombre que podía hacer y, de hecho, hacía el Derecho: el *Führersprinzip* convertía a Hitler en encarnación del Estado, y todo, moral, religión, familia y Derecho, se plegaba ante su delirante palabra soberana.

Pues bien: aun sin modificar formalmente el Código civil alemán, «no es ninguna casualidad que el Tercer Reich realizara un esfuerzo planificado para desviar el curso del movimiento de emancipación femenina generalizado en toda Europa a raíz de la primera guerra mundial. La mujer alemana recibió la consigna de volver al hogar, se produjo un intento de excluirla de los empleos y se le dijo que sus funciones en la vida eran *Kinder, Küche und Kirche* (hijos, cocina e Iglesia)»... (50).

El fascismo italiano siguió también una orientación autoritaria en materia familiar: el progresivo principio contenido en la Ley de 1919 no sólo no fue desenvuelto, sino sufrió notorios recortes por medio de disposiciones administrativas que volvían a recluir a la mujer en el hogar.

Tampoco el Código civil de 1942 supuso un desenvolvimiento del espíritu de la Ley de 1919. Por el contrario, según Cicu (51) se inspiró en principios transpersonalistas: «La ineficacia de la voluntad privada, preeminencia del deber, injerencia del Estado, demuestran que la disciplina de la familia es disciplina de intereses superiores.»

En tal ambiente legislativo es lógico que la postura jerárquica del varón con relación a la mujer se reforzara: el artículo 144 afirma que «el marido es jefe de la familia; la mujer sigue la condición civil de él, asume su apellido y está obligada a acompañarlo donde él crea oportuno fijar su residencia. El artículo 147 impone a ambos cónyuges la obligación de mantener, educar e instruir a la prole, obligación que se imputa a ambos en proporción a su patrimonio (art. 148), estando sujeto el hijo a la potestad de ambos padres, potestad que es ejercitada por el padre, si bien con motivo de la muerte de éste o de otras causas legales es ejercida por la madre (art. 316).

(50) *Actitudes patriarcales*, citado, págs. 128-129.

(51) «Lo spirito del Diritto Familiare del nuovo Codice Civile», en *Scritti minori di Antonio Cicu*, volume primo, tomo primo, Giuffré, Milán, 1965, pág. 155.

CAPÍTULO XII

LA SEGUNDA POSTGUERRA MUNDIAL: LAS DECLARACIONES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y EL PENSAMIENTO SOCIAL DE LA IGLESIA CATOLICA ACERCA DE LA CONDICION DE LA MUJER

La segunda postguerra mundial supone una reviviscencia de los ideales feministas emancipadores de la mujer, un tanto adormecidos como consecuencia del impacto de las ideologías transpersonalistas y autoritarias de los fascismos de distinto signo que señorean la Europa de entre guerras.

El indudable prestigio de los ideales democráticos, consecuencia del triunfo de las grandes democracias de Occidente, lleva aparejado que difícilmente pueda admitirse una jerarquía en la sociedad familiar cuando en la política cundía un igualitarismo absoluto. Creo que TOCQUEVILLE fue un verdadero profeta de lo que ocurrió un siglo más tarde en todo Occidente, al afirmar la indisoluble conexión entre el igualitarismo político y el familiar.

La condición de la mujer se equipara a la del hombre.

En todas partes se eliminan discriminaciones y formalmente, al menos, la mujer es igual al varón, en el matrimonio y fuera de él. Para algunos ideólogos conservadores tal cambio de valores, que elimina la vieja jerarquía patriarcalista del varón sobre la mujer, al menos sobre el papel, es una crisis apocalíptica; para otros, una crisis de crecimiento de una familia que se democratiza y moderniza.

Los juristas europeos al principio oponen una viva resistencia a tal corriente igualitaria, pero posteriormente se abren a las nuevas ideas.

La ideología igualitaria se extiende a todas las jóvenes naciones de Asia y Africa, que imitan los ideales emancipadores de la civilización occidental y tienden a quemar etapas en el movimiento de liberación femenina.

Las democracias populares imitan el movimiento igualitario de la URSS y en todas partes equiparan a la mujer y al varón en el matrimonio y en la vida social toda, suprimiendo las viejas discriminaciones de sus legislaciones privativas. En alguna de ellas—por ejemplo, Albania—, la mujer de un salto pasa del harén musulmán medieval a la coparticipación con el varón, y en paridad de derechos y obligaciones, en el proceso productivo de la nueva sociedad.

En este momento, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 sienta las bases de un generoso programa de promoción

femenina. Su artículo 1 afirma, sin discriminar por razón de sexo, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. En su artículo 2, párrafo 1.º, que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política»... El 16 reconoce a «los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, el derecho a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio».

El pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobado por la sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 26 dispone que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación, y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... sexo».

Con fecha 7 de noviembre de 1967, la misma Asamblea General aprobó un proyecto de declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer, redactado por la comisión de la condición jurídica y social de la mujer, en la que se contiene la siguiente afirmación: «La discriminación basada en el sexo, que opera efectivamente destruyendo o limitando los derechos iguales entre varones y mujeres, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa contra la dignidad humana. Deberán ser tomadas todas las medidas adecuadas para abrogar las leyes, reglamentos, costumbres y usos que implican discriminación contra las mujeres, y para establecer una protección legal adecuada en vistas a hacer efectivos los iguales derechos de varones y mujeres» (52).

(52) La Declaración exige además la inclusión del principio de la igualdad de los sexos en la constitución de cada país; la ratificación de los tratados internacionales de las Naciones Unidas que eliminan la discriminación de las mujeres; la garantía a las mujeres del derecho de votar en todas las elecciones y de ser elegibles en todas ellas; el derecho de acceso a los cargos públicos; el derecho igual al de los hombres a adquirir, retener o cambiar la nacionalidad; la garantía a las mujeres casadas de iguales derechos que a los hombres en el campo del Derecho Civil y, en particular, el derecho de propiedad de bienes (adquirir, administrar, disfrutar y heredar bienes), incluso de los adquiridos durante el matrimonio; el derecho a la igual capacidad jurídica; el derecho de libertad de movimiento y de elección de residencia; la libre elección de marido y el pleno consentimiento matrimonial por parte de la mujer; la igualdad de derechos con el marido durante el matrimonio y a su disolución; iguales derechos y deberes de ambos padres en los asuntos concernientes a los hijos, prevaleciendo en todo caso el interés de éstos; el establecimiento de edad mínima para contraer matrimonio; la abrogación de todas las disposiciones del Código Penal que contengan discriminación contra las mujeres; el combate contra la prostitución y explotación femeninas; el asegu-

No se diga que las declaraciones de derechos humanos no son vinculantes para los Estados, en tanto éstos no las hagan suyas mediante su ratificación internacional y desenvolvimiento a través de disposiciones legislativas internas. Desgraciadamente, ésta es la opinión que ha prevalecido entre la mayor parte de los internacionalistas debido al egoísmo de las grandes potencias, temerosas de un recorte de su soberanía interna.

Sin embargo, habrá que reconocer con TRUYOL SERRA (53) que «la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos sobre derechos económicos, sociales y culturales, y sobre derechos civiles y políticos, tienen, por de pronto, el mérito de existir».

Su existencia ha introducido ya un factor nuevo en la realidad internacional: el tema de los derechos del hombre está planteado, y lo está por primera vez a escala no internacional, sino mundial».

La conciencia de que vientos de cambio, democratizantes, igualitarios, soplaban por la superficie del planeta, no menos que el ahondamiento de teólogos geniales en el concepto de la dignidad de la persona humana, del que son corolarios su igualdad sustancial y su libertad radical, llevó al Concilio Vaticano II, en la Constitución *Gaudium et Spes*, a ciertos planteamientos de interés para el tema que me ocupa. «Toda forma de discriminación de los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de *sexo*, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada, como contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén protegidos en forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho a escoger libremente esposo y abrazar el estado de vida que prefiera o se le impide tener acceso a una educación y una cultura iguales a las que se conceden al hombre» (54).

«El fundamento psicológico y ético del derecho al matrimonio, según la *Gaudium et Spes*, es el amor, un amor eminentemente humano. Este derecho implica el don libre y mutuo de ambos esposos, con las características de unidad e indisolubilidad. Pero, además, en el plano más terreno, entraña también el reconocimiento de la igual dignidad personal del hombre y la mujer en este mutuo y pleno amor» (55).

Es importante la opinión de los teólogos del postconcilio acerca de los textos paulinos que consagran la inferioridad de la mujer en el matri-

ramiento del mismo nivel de educación a las mujeres que a los hombres; el aseguramiento de iguales derechos económicos y sociales...

(53) *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, con un estudio preliminar de ANTONIO TRUYOL, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 41.

(54) *Constituciones, Decretos, Declaraciones del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid, 1965, pág. 230.

(55) JOAQUÍN RUIZ GIMÉNEZ, *El Concilio y los Derechos del hombre*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pág. 129.

monio. Parece que el ahondamiento en la Escritura, no menos que el mayor conocimiento del contexto antropológico de la sociedad que conoció San Pablo, y los estudios interdisciplinarios de dichos teólogos ha arrojado una vivísima luz sobre los mismos.

En este sentido, SCHILLEBEECKX (56) se plantea el problema de que la mayor parte de los países de Europa han suprimido en sus Códigos civiles los textos que afirman que el hombre es el jefe de la comunidad conyugal. ¿Esta tendencia moderna atenta a un dato bíblico y los cristianos deben oponerse a ella en nombre de la Biblia?

Tras un minucioso análisis de los textos paulinos en el contexto del Génesis y, en general, del Antiguo Testamento afirma que son las estructuras sociales de hecho y, en particular, la situación dependiente de la mujer, las que constituyen la sola verdadera fuente de la afirmación de San Pablo.

El matrimonio cristiano actualiza de una manera muy especial las relaciones de Cristo y de la Iglesia, pero la idea de supremacía y de sumisión no es, cuando se trata del matrimonio humano, sino un elemento cultural histórico.

Para la exégesis y la teología no es evidente que la función de jefe de familia haya sido confiada al hombre por la Revelación, ni que ésta haya confirmado un punto de la ley natural que diría «el hombre es jefe de la mujer».

San Pablo dice simplemente que los cristianos deben vivir «en el Señor» las estructuras sociales existentes de la vida conyugal y familiar. En este sentido, la doctrina cristiana, que contempla las cosas «en el Señor», da a la dependencia de la mujer una interpretación nueva; se trata de una complementariedad recíproca: el hombre es por la mujer. ¡La mujer, por sumisa que sea, es una hermana para el varón!

A las acusaciones que algunos progresistas pudieran hacer a San Pablo de conformista con el duro y jerárquico orden social existente en su contexto cultural, responde SCHILLEBEECKX afirmando que San Pablo es un cristiano escatológico, no un Espartaco, ni siquiera un Espartaco cristiano.

Recuerda un texto de la Epístola de San Pedro: «Vosotros, los maridos, llevad la vida común con comprensión con respecto de un ser más frágil: la mujer. Darle su parte de honor, como coheredera de la gracia.»

El germen cristiano, de igual dignidad en Cristo de la mujer y el varón, no tardó en dar su fruto en el campo de las relaciones sociales naturales: desde el período más antiguo de la Iglesia apostólica, la mujer adquirió una posición que en la sociedad de aquel tiempo debió haber causado sensación. Cristo, el primero, contrariamente a las buenas cos-

(56) *Ob. cit.*, tomo I, págs. 173-198.

tumbres de su tiempo, habla públicamente con las mujeres, y por admirados que hayan estado, los apóstoles no osan reprenderle.

Concluye SCHILLEBEECKX afirmando que las aserciones de San Pablo y San Pedro sobre la sumisión de la mujer a su marido no constituyen tomas de posición dogmáticas, sino directivas pastorales de la jerarquía eclesiástica situadas en un cuadro histórico determinado.

PHILIPPE LECARME (57), tras recordar el texto de San Pablo en la Epístola a los Gálatas (58): «En Jesucristo ya no hay hombre libre ni esclavo, no hombre ni mujer, ni judío ni griego»—texto que no es concluyente para SCHILLEBEECKX—, afirma que «tras la rudeza intimidada de San Pablo—en los textos arriba transcritos—se adivina esta explosión de mujeres casi en trance, con la cabeza descubierta, en el centro de un círculo de fieles casi conmovidos. Es fácil imaginar la inquieta desaprobación de los maridos y las murmuraciones de los paganos. Cualquier cosa antes que eso, y San Pablo frena en seco».

«Los primeros cristianos—sigue afirmando el autor—respetaron las estructuras familiares judías, griegas o romanas, y si las mujeres aceptaron esta sujeción fue para no producir escándalo. Pero en nuestros días el escándalo lo producirían si siguieran aceptando esta sujeción.»

No creo que sea obstáculo a esta teología novadora la doctrina de la Encíclica *Casti Connubii*, que antes transcribí. Porque en ella claramente se afirma: la igual dignidad de los esposos en lo que concierne al matrimonio y la posibilidad de que la mudanza de los tiempos introduzca variaciones en la condición de la mujer casada. Las restantes afirmaciones son pastorales situadas en un contexto ya en 1930 distinto del de San Pablo, por lo que deben ser interpretadas a la luz de un feminismo cristiano actual perfectamente posible e incluso deseable.

La *Gaudium et Spes* no introduce novación sustancial en la *Casti Connubii*, sino hace resaltar algunas de las afirmaciones de ésta que quedaban un tanto desdibujadas dentro del contexto ideológico autoritario de los años treinta del presente siglo.

Concluyo este breve análisis de la doctrina social católica opinando que no hay nada en ésta que sea contradictoria con el movimiento de emancipación femenino y con las reformas que progresivamente van eliminando los últimos rasgos de incapacidad de la mujer.

(57) *¿La Iglesia y el Estado contra la mujer?*, Fomento de Cultura Ediciones, Valencia, 1972, pág. 43.

(58) 3-26-28.

CAPÍTULO XIII

LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS DE LA POSTGUERRA: 1) ALEMANIA. 2) BELGICA. 3) HOLANDA. 4) FRANCIA. 5) ITALIA. 6) PORTUGAL. 7) PAISES SOCIALISTAS

1) ALEMANIA

CATHERINE LABROUSSE RIOU (59) afirmó que «las fechorías del nacionalsocialismo explican, en parte, el éxito de la reforma actual, porque los derechos fundamentales y la idea de la igualdad de los sexos aparecieron por reacción tanto más estimables. El desconocimiento del Derecho durante el imperio de Hitler condujo a los dirigentes actuales a afirmar el 'primado sistemático del Derecho', y el Derecho de familia no escapará a dicho movimiento».

La Ley fundamental alemana de 23 de mayo de 1949, en su artículo 3, párrafo 2.º, afirmó que «hombres y mujeres son iguales en Derecho». Aunque la Constitución de Weimar había establecido lo propio en el artículo 119, tal precepto era un puro programa de intenciones del legislador, sin consecuencias en el Derecho civil.

La Ley fundamental de Bonn, por el contrario, puso este punto en vigor, sin necesidad de que la legislación civil la desarrollara, el 1 de abril de 1953.

Competía a los jueces decidir en qué medida los preceptos de la legislación alemana quedaban afectados por el mandato constitucional.

Una resolución del Tribunal Federal de 6 de septiembre de 1953 mantiene la potestad del varón en la vida conyugal, contenida en el párrafo 1.354 del Código civil.

Sin embargo, diversas resoluciones de Tribunales inferiores sostuvieron la derogación de dicho precepto: «La familia debía presentarse como una sociedad sin jefe, regida no por la voluntad de uno solo, sino por el principio del acuerdo de los esposos. Esta posición de los Tribunales es tanto más valiosa cuanto que el Tribunal Federal, en su resolución de 6 de septiembre de 1953, había dejado la cuestión en suspenso, y... dejaba a los jueces en libertad en este punto» (60).

Asimismo, el régimen legal de administración y goce de los bienes de la mujer por el marido, delineado por el Código civil, quedó derogado

(59) *Ob. cit.*, pág. 21.

(60) *Ob. cit.*, pág. 51.

a la entrada en vigor del precepto constitucional comentado. Unánimemente, los Tribunales entendieron que tanto los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor de la Constitución, como los posteriores, ya no se regían por dichos preceptos.

Por tanto, la jurisprudencia hubo de llenar el vacío declarando que el régimen de bienes que sustituía al derogado era el de separación. El problema no era grave, puesto que los esposos que lo deseaban podían, al amparo del parágrafo 1.432, contraer un nuevo régimen matrimonial más satisfactorio que el jurisprudencial.

Por ello la Ley de 18 de junio de 1957 creó como nuevo régimen matrimonial legal la *Zugewinnngemeinschaft* o régimen de «compensación de beneficios», por virtud del cual los patrimonios de los esposos permanecen separados durante el matrimonio, y no existe comunidad ninguna, ni masa común alguna, durante la vida del consorcio conyugal. Cada esposo tiene durante el matrimonio el goce y la administración de sus bienes, y puede disponer de ellos a título oneroso o gratuito, con ciertas limitaciones comunes a ambos. Al final del consorcio, el esposo que haya realizado más beneficios será deudor al otro de la mitad de la diferencia de los mismos, o sea, sus beneficios son iguales como consecuencia de dicha nivelación.

La capacidad de la mujer casada, tanto en plano personal como en patrimonial, es, pues, reconocida con carácter general por la legislación y jurisprudencia alemana.

El parágrafo 1.354 del Código civil ha sido abrogado expresamente por la ley que comento.

2) BÉLGICA

Antes de la Ley de 30 de abril de 1958, algunas disposiciones legales habían mejorado la posición de la mujer casada (Ley de 20 de julio de 1932).

La Ley de 1958 establece los derechos y deberes del marido y mujer; siguió un principio estrictamente igualitario, si bien, al no modernizar al mismo tiempo el régimen matrimonial de bienes, hubo de dictar disposiciones transitorias para combinar el régimen de plena capacidad de la mujer casada con el régimen de comunidad de bienes subsistente. Desaparece la mención de marido como «jefe de familia» en las leyes. Los esposos, de común acuerdo, deben decidir el plan de vida conyugal. Sólo se mantienen dos excepciones al principio igualitario de importancia: la fijación del domicilio conyugal por el esposo y la patria potestad, que es ejercida por el padre, aunque en caso de discrepancia, la madre puede recurrir al Tribunal de la Juventud.

RIGAUX (61) critica duramente dichas dos excepciones y entiende que el principio de igualdad de los esposos no puede ser derogado por pacto contenido en contrato matrimonial de los cónyuges, por estar sustraído a la autonomía de su voluntad.

3) HOLANDA

La Ley de 14 de junio de 1956 introdujo modificaciones en la materia que me ocupa, en el viejo Código civil de 1838, de clara orientación francesa (62). Se sigue considerando al marido como jefe de la sociedad conyugal, pero como el régimen matrimonial de bienes es el de comunidad universal, salvo que se excluya por capitulaciones matrimoniales, y cada cónyuge retiene la administración de los que aporta a la comunidad, salvo pacto en contrario, se reconoce la plena capacidad de la mujer casada en el plano patrimonial. Sólo se restringe aquélla—en paridad de condiciones con el esposo—cuando cualquiera de ellos intenta comprar las cosas destinadas a las necesidades familiares, en cuyo caso requiere el concurso del otro cónyuge.

Sin embargo, el nuevo Código civil, que entró en vigor el 1 de enero de 1970, no contiene mención alguna a la noción de «jefe de familia» en sus artículos 81 a 83, con lo que la paridad de los sexos en el matrimonio ha quedado consagrada casi perfectamente. El marido sigue eligiendo el domicilio familiar, si bien se atenúa esta facultad.

4) FRANCIA

El régimen jurídico de la capacidad de la mujer casada ha sido alterado por dos leyes trascendentales: la de reforma de regímenes matrimoniales, de 13 de julio de 1965, y la de 4 de junio de 1970, sobre la autoridad de los padres sobre los hijos.

La Ley de 1965 reforma sustancialmente los regímenes matrimoniales y suprime algunas de las incapacidades que, no obstante la legislación de 1938-1942, todavía pesaban sobre la mujer casada. El artículo 216 recibe nueva redacción, mejorando la de 1942: «Cada esposo tiene plena capacidad de derecho, pero sus derechos y poderes pueden ser limitados por efecto del régimen matrimonial y de las disposiciones del presente capítulo.» Cualquiera de los esposos por sí solo puede ser autorizado por el Juez a otorgar un acto, que, en principio, requeriría el consentimiento de su cónyuge, si éste no se halla en estado de manifestar su volun-

(61) *Ob. cit.*, págs. 412 y 415.

(62) PLUTARCO MARSÁ VANCELLS, *La mujer en el Derecho Civil*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1970, pág. 366.

tad o si su voluntad es contraria al interés familiar (art. 217). Cada uno de los esposos tiene poder para otorgar por sí solo los actos que tienen por objeto el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos; toda deuda así contraída por uno obliga al otro solidariamente (art. 220). Cada esposo puede abrir una cuenta de depósito o cuenta de títulos a nombre personal sin consentimiento del otro (art. 221). La mujer tiene derecho a ejercer una profesión sin consentimiento de su marido, y puede siempre, para las necesidades de la profesión, enajenar u obligar sola sus bienes personales en plena propiedad (art. 223). Cada uno de los esposos percibe sus ganancias y salarios y puede disponer libremente de ellos después de haber levantado las cargas del matrimonio. Los bienes que la mujer adquiere por sus ganancias y salarios en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido se reservan a su administración, a su disfrute y a su disposición, salvo las limitaciones generales que se imponen a ambos esposos por los artículos 1.425 y 1.503 (art. 224).

Cada uno de los esposos tiene la administración y el disfrute de los bienes propios y puede disponer de ellos libremente (art. 1.428).

Se ha pretendido, pues, ampliar sustancialmente los derechos patrimoniales de la mujer casada, equiparando su posición a la del varón y estableciendo similares restricciones para uno y otro en su capacidad patrimonial.

Sin embargo, el varón sigue administrando la comunidad conyugal de bienes, pudiendo disponer de los bienes comunes en principio (artículo 1.421).

«La Ley de 13 de julio de 1965 se ha dedicado a hacer retroceder y prácticamente desaparecer todo lo que contribuía a vaciar de contenido el principio de la capacidad civil de la mujer casada, adquirida por ella después de casi treinta años. En la práctica, es en los regímenes de comunidad donde se encuentra todavía una diferencia en los poderes de los esposos no con el fin de proteger a la mujer, sino con la preocupación de equilibrar la unidad de dirección en la asociación comunitaria» (63).

En la práctica, como agudamente han apreciado muchos autores, los regímenes de comunidad se coordinan mal con el principio de la plena capacidad patrimonial de la mujer casada y con el principio de igualdad de los sexos en el matrimonio, pues difícilmente otorgan iguales poderes patrimoniales a la mujer y al marido, lo que obligaría a una gestión mancomunada—lo que sería impracticable—o solidaria—lo que podría llevar a la anarquía en el manejo de los bienes comunes.

La comunidad de bienes tiene, según opinión de muchos autores,

(63) MARCEL BRAZIER, *Le nouveau Droit des époux et les régimes matrimoniaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1966, pág. 11.

demasiado resabios patriarcalistas para que pueda democratizarse hasta el punto de ser iguales ambos cónyuges en cuanto a su régimen y manejo.

Con fecha 4 de junio de 1970, una ley ha sustituido la redacción de numerosos artículos referentes a la patria potestad y a las relaciones personales entre los esposos. El artículo 213 queda con la siguiente redacción: «Los esposos aseguran de consuno la dirección moral y material de la familia. Proveen a la educación de los hijos y preparan su porvenir.» Y el 371, 2: «La autoridad pertenece al padre y a la madre para proteger al hijo en su seguridad, su salud y su moralidad. Tienen respecto a él derecho y deber de guarda, de supervisión y de educación.» El artículo 372: «Durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad.» Y el 372, 1: «Si el padre y la madre no llegan a ponerse de acuerdo sobre lo que exige el interés del hijo, quedarán obligados a la práctica que hubieren seguido en ocasiones semejantes. En defecto de tal práctica o en caso de controversia sobre su existencia o su fundamento, el esposo más diligente podrá recurrir al Juez tutelar, que resolverá después de haber intentado conciliar a las partes.»

Ha desaparecido la noción del jefe de familia y, por el contrario, la familia aparece acéfala, «sin jefe». Las consecuencias prácticas de esta noción de familia sin cabeza—o si se quiere con dos cabezas, marido y mujer, con paridad jurídica absoluta—son: la necesidad de resolver todas las cuestiones derivadas de la vida del hogar de común acuerdo, pues en defecto de acuerdo cualquiera de los cónyuges puede recurrir al Juez para que fije la regla de Derecho aplicable a la controversia.

«Los adversarios de la nueva ley—afirma MIREILLE DELMAS-MARTY (64)—critican esta organización de un 'hogar de tres': el marido, la mujer y el Juez. Este último les parece mal armado para regular los conflictos que no pueden ser resueltos correctamente, a falta de un conocimiento preciso de la intimidad de la pareja. Además, la intervención judicial correría el riesgo de profundizar el foso entre los esposos y de hacer imposible toda reconciliación.»

Sin embargo, no parece que sea ésa la opinión común de la doctrina: la intervención del Juez sería un último recurso cuando la situación del hogar hiciera crisis, pero admitiera todavía compostura; la sola amenaza de intervención del Juez haría menos autoritarios a los maridos, autoritarismo que, según CARBONNIER (65), atestiguarían todavía los procesos de divorcio y facilitaría una composición de intereses en conflicto de los esposos.

(64) *Le Droit de la Famille*, Presses Universitaires de France, Colección Que sais-je?, París, 1972, pág. 91.

(65) *Droit Civil*, 2 (La Famille. Les incapacités), Presses Universitaires de France, París, 1969, pág. 79.

Corolario del artículo 213 es la reforma de la patria potestad, ahora calificada de autoridad de los padres (padre y madre, por supuesto). La autoridad de los padres se ejercita conjuntamente por el padre y la madre. No se concede poder decisorio al padre, ni se considera a la madre como una mera auxiliar del padre.

Por otra parte, el artículo 372, 2, establece que «respecto de terceros de buena fe, se presume el acuerdo de cada esposo con el otro cuando aquél realiza sólo un acto usual de la autoridad parental relativamente a la persona del hijo». Ello facilita mucho el ejercicio de la autoridad conjunta.

En defecto de acuerdo de los padres para el ejercicio de la autoridad paterna, les servirá de regla la práctica seguida en ocasiones anteriores, y en defecto de la misma decidirá el Juez, que intentará conciliar a las partes.

La legislación francesa actual en materia de capacidad de la mujer casada y, en general, acerca de su condición jurídica, en su aspecto personal, patrimonial, como madre, etc., es progresiva. El intento del legislador francés de los últimos treinta años ha sido adaptar la legislación a la sociología de la familia nuclear, cada vez más democrática, igualitaria y urbanizada.

Pero sería exagerado pretender que se ha llegado a la perfección en el proceso de consagración de la plena capacidad de la mujer y de igualdad absoluta de los sexos ni siquiera en el plano estrictamente jurídico. El nombre de la mujer casada, el domicilio conyugal, la nacionalidad, el régimen conyugal de bienes, son otros tantos islotes donde el principio jerárquico de supremacía del esposo se mantiene. Sería precipitado concluir que la sociedad patriarcal ya no existe en las leyes francesas.

5) ITALIA

El Código civil de 1942 no ha sido formalmente derogado por la legislación de la postguerra en el tema que me ocupa. Sin embargo, el cambio de la posición jurídica de la mujer con relación al veintenio fascista es trascendental. La Constitución republicana de 27 de diciembre de 1947, radicalmente democrática, establece un conjunto de principios fundamentales, que obligan a los Tribunales a aplicar con un nuevo espíritu los preceptos del Código que regulan las relaciones entre los esposos, y que impulsan al legislador a proponer reformas legislativas de dichas regulaciones cada vez más audaces.

En la materia que me ocupa es trascendental el artículo 29 de la Constitución, que dispone que «la república reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio

está regulado sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar». Y asimismo, el 30 reconoce el derecho y el deber de los padres de mantener, instruir y educar a los hijos, incluso habidos fuera del matrimonio, y el 31 asegura un sano intervencionismo del Estado en apoyo de la familia con medidas económicas y otras providencias.

El artículo 29, desenvuelto en numerosas sentencias de los Tribunales italianos, ha sido objeto de encontradas interpretaciones por los juristas tradicionalistas de la escuela de Cicu, que hacen hincapié en la garantía de la unidad familiar, y los progresistas, que se fijan, sobre todo, en la primera parte del precepto, al afirmar la igualdad moral y jurídica de los cónyuges.

DOMENICO BARBERO (66) considera que la potestad marital, atribuida por el artículo 144 del Código al marido, es la potestad del cabeza de familia e implica subordinación a él de todos sus componentes, de la mujer a los hijos, para cuanto atañe al gobierno familiar. Tal posición de preeminencia no supone contradicción con los deberes recíprocos de cohabitación, fidelidad y asistencia que entre sí tienen los cónyuges, puesto que el marido, además de tales deberes, tiene asimismo deberes específicos de cabeza de familia. Consiguientemente, la mujer está subordinada al marido en el gobierno del consorcio familiar. Las normas éticas en esta materia no pueden subvertir el orden del Derecho; pero donde dicho Derecho no pueda intervenir con eficacia, mucho más deberá o podrá hacerlo el sentido ético y el cuidado moral de ambos cónyuges.

STELLA RICHTER (67) sostiene la necesidad que todo consorcio, y, por supuesto, el conyugal, tenga una unidad de dirección; excluye la intervención del Estado para dirimir las eventuales disensiones de los cónyuges, como contraria a la autonomía de la familia, reconocida por la Constitución, y, consiguientemente, concluye atribuyendo la dirección de dicho consorcio al marido. Alega en apoyo de su tesis la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1967, que establece que «si indudablemente, según el sistema del Código, se reconoce una prevalencia a la voluntad del padre en orden a la función en examen, es también verdadero que esta distinción halla su origen en la exigencia, comúnmente advertida en todo consorcio humano, de aprestar los medios para la formación de una voluntad unitaria referible al mismo consorcio» (68).

(66) *Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano*, Torino, 1958, tomo I, páginas 599-600.

(67) *Profili attuali della potestà maritale*, Milán, Giuffré, 1970.

(68) «El sistema adoptado por el legislador—sigue diciendo la sentencia—, aunque quizá enlazando con la tradición histórica que ha visto en el padre el jefe de familia, no ha hecho sino proveer a la descrita exigencia fundamental cuando ha confiado el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los padres.

La opinión de STELLA RICHTER y BARBERO no prevalece en la doctrina jurídica y, sobre todo, en las esferas del poder de Italia. El ministro de Gracia y Justicia, Reale Oronzio, en sesión de la Asamblea de Diputados de 9 de febrero de 1967, presentó un proyecto de ley, número 3.705, modificando determinados preceptos del Código civil en materia de Derecho de familia y de sucesiones (69).

Los artículos 144 y 145 del Código quedaban sustituidos por los siguientes: «Los cónyuges establecen de acuerdo el proyecto unitario de la vida familiar, y fijan la residencia de la familia en consideración de las exigencias y de los intereses de ésta. En caso de desacuerdo prevalece la decisión del marido.» «La mujer, en caso de que las decisiones del marido sean gravemente perjudiciales para la vida de la familia, puede recurrir al Juez proponiendo la solución que considera adecuada. El Juez, cuando constata la gravedad del perjuicio, y en el caso en que no le sea propuesta una solución concordada, adoptará, sobre la base de las indicaciones de los cónyuges, la solución que estime adecuada a los intereses de la familia.»

El artículo 212 establece que cada cónyuge tiene el goce y la administración de los bienes de que es titular. El 215, que el régimen patrimonial legal de la familia, a falta de diversa convención estipulada en acto público, aun después del matrimonio, es el de la comunidad de bienes. El 220, que la administración y representación en juicio de la comunidad de bienes correspondan al marido; pero para los actos que excedan de la ordinaria administración, la administración y la representación en juicio corresponden conjuntamente al marido y a la mujer.

De las palabras preliminares del ministro a la Cámara se desprende que en la intención del proyecto de ley, «a la vieja potestad marital se ha sustituido, como criterio fundamental, el acuerdo de ambos cónyuges en el establecimiento del plan unitario de la vida familiar». Acuerdo que estima el ministro será la regla, y el desacuerdo, la excepción, dadas las formas afectivas y vínculos de amor y sangre existentes entre las personas implicadas por el problema, que eliminan casi los conflictos de intereses.

Desaparecen en el proyecto la obligación de protección de la mujer por el marido, la regulación de la dote y del patrimonio familiar, la regulación específica de los parafernales (el art. 212, que he transcrito, se

Esto obviamente no excluye la perfectibilidad de la solución adoptada...» En consecuencia, el 316 del Código civil no choca con los artículos 29 y 30 de la Constitución, antes transcritos.

Sin embargo, la jurisprudencia del mismo Tribunal declaró inconstitucional el artículo 574 del Código Penal en cuanto atribuye el ejercicio de la querrela por el delito de sustracción de personas incapaces a solo el padre que ejerce la patria potestad (Sentencia de 22 de febrero de 1964).

(69) El texto de dicho proyecto de Ley, en unión de las actas del Congreso sobre aspectos de la reforma del Derecho de Familia habido en Italia en 1967, figura en *Aspetti della Riforma del Diritto di Famiglia*, Giuffré, Milán, 1968.

refiere a los bienes privativos de cada cónyuge sin distinción); el régimen patrimonial legal del matrimonio es el de comunidad de adquisiciones, quedando derogado el antiguo de separación de bienes. La patria potestad se atribuye a ambos padres en interés del hijo, a diferencia del Código, en que se atribuía sólo al padre. Sin embargo, «en caso de desacuerdo entre los padres, corresponde al padre tomar las medidas adecuadas. La madre que considere gravemente perjudicial al hijo las medidas tomadas por el padre puede recurrir al Juez, proponiendo las medidas que juzgue adecuadas. El Juez, oído el hijo, declarará qué medidas son adecuadas a los intereses del hijo y a las exigencias de la unidad familiar» (art. 316).

Sin embargo, la filosofía transaccional del proyecto no pudo satisfacer los deseos democráticos del legislador italiano. Ya el Congreso sobre aspectos de la reforma del Derecho de familia, de 30 de mayo de 1967, expresó la disparidad fundamental de los asistentes al mismo sobre el alcance de la reforma, en el doble plano de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. Mientras para algunos la reforma era demasiado audaz, para otros era excesivamente conservadora. Entre los últimos, LAURA LIUZZI BARZILAI (70) afirmó ser contraria a los continuos recursos al Juez en caso de desacuerdo de los cónyuges, pero también a la igualdad... desigual del proyecto, opinando que, en principio, debían admitirse iguales derechos e iguales deberes a los cónyuges, reconociendo que en realidad la familia de hoy es dirigida por ambos cónyuges, y cuando falta el acuerdo sería peligroso dar armas a uno de los cónyuges en perjuicio del otro.

El cambio rapidísimo en las convicciones políticas de muchos ciudadanos y la promulgación de la Ley Fortuna Baslini sobre el divorcio en diciembre de 1970 hicieron que el proyecto en cuestión haya sido sustituido por otro, esta vez contando con el beneplácito de todos los partidos, que fue aprobado por la Cámara de Diputados en primera lectura en 1 de diciembre de 1971. Su promulgación fue impedida por la disolución de las Cámaras en la primavera de 1972. No obstante, puede en cualquier momento ser rehabilitado por medio de un procedimiento legislativo abreviado, lo que hace resaltar su interés (71).

En la materia que me ocupa, el debatido artículo 144 queda redactado como sigue: «Los cónyuges, de común acuerdo, en consideración de las exigencias de ambos y de aquellas preeminentes de la familia, establecen el plan unitario de la vida familiar, deciden sus negocios esenciales y fijan

(70) *Aspetti...*, citado, págs. 69-70.

(71) Su texto, como apéndice, ha sido recogido en el libro colectivo *La Riforma del Diritto di Famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione «Giorgio Cini» nei giorni 11-12 marzo 1972, Cedam, Padua, 1972. Contiene valiosas ponencias de SCHLESINGER, FALZE y OPPO sobre el gobierno de la familia, el régimen patrimonial de la misma y otras muchas comunicaciones.

su residencia común.» El artículo 145: «En caso de desacuerdo sobre el plan de vida de la familia y sobre la fijación de la residencia familiar, cada uno de los cónyuges puede reclamar, aun oralmente, la intervención del Juez tutelar. El Juez, convocados personalmente y sin ninguna formalidad los cónyuges, intenta obtener una solución concordada. Cuando ésta no sea posible adopta inmediatamente la solución que halla más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida familiar, sobre la base de las indicaciones formuladas por los cónyuges. La decisión adoptada por el Juez, según el párrafo anterior, debe ser comunicada a los cónyuges, cada uno de los cuales puede impugnarla dentro de quince días, pero la impugnación no suspende la ejecución.»

El artículo 316 se sustituye por el siguiente, suprimiendo la rúbrica de patria potestad (se habla ahora de potestad de los padres): «El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación. La potestad es ejercitada de común acuerdo por ambos padres. En caso de serio contraste de opiniones, cada uno de los padres puede recurrir al Tribunal indicando las medidas que considere más idóneas. Si subsiste un peligro de grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar los procedimientos urgentes e inaplazables. El Tribunal, oídos los padres y el hijo mayor de catorce años, adopta las determinaciones que estima más útiles en interés del hijo y de la unidad familiar.

La comunidad legal de bienes del matrimonio, régimen legal en defecto de contrato matrimonial, es regulada en el proyecto en un sentido más favorable a los intereses de la mujer. En efecto, la administración de los bienes de la comunidad y la representación en juicio para los actos relativos a ella son atribuidos conjuntamente a ambos cónyuges (art. 180). Si uno de los cónyuges niega el consentimiento al otro para la realización de un acto de extraordinaria administración o para otro en que el consentimiento es exigido, el otro cónyuge puede acudir al Tribunal para obtener la autorización (art. 181). En caso de ausencia o de otro impedimento de un cónyuge, el otro, con autorización del Tribunal, puede realizar los actos necesarios para los que es exigido el consentimiento de ambos cónyuges (art. 182). A la administración de los bienes que no entran en la comunidad legal de bienes se aplican las reglas de la administración de los bienes en régimen de separación de los mismos (art. 185).

El artículo 215 reconoce el principio de que cada cónyuge conserve la titularidad de los bienes adquiridos antes o durante el matrimonio que no estén incluidos en el fondo patrimonial (arts. 167 y sigs.) y que están excluidos de la comunidad legal o convencional. Y el 217, que cada cónyuge tiene el goce y la administración de los bienes de que es titular.

El proyecto unificado, de llegar a ser aprobado por la nueva legislación, convertiría al italiano en uno de los ordenamientos familiares más

avanzados de Occidente, tal vez similar en algunos puntos a legislaciones de los países socialistas, proverbialmente radicales en esta materia (71 bis). De cualquier modo, creo que el impacto producido en la doctrina italiana, por su sola existencia llevará al Tribunal Constitucional a interpretar de forma más progresiva que lo ha hecho hasta el presente los preceptos de Derecho de familia del viejo Código mussoliniano de 1942.

6) PORTUGAL

El Código civil portugués de 1867 establecía, en su artículo 1.185, que «al marido incumbe especialmente la obligación de proteger y defender la persona y los bienes de la mujer, y a ésta de prestar obediencia al marido».

El artículo 1.189, que la administración de los bienes del hogar corresponde al marido. Y el 1.193, que la mujer no puede sin autorización del marido adquirir o enajenar bienes ni contraer obligaciones, excepto en los casos en que la ley especialmente lo permite. Precisa asimismo la autorización del esposo para ejercer el comercio o una profesión (artículo 1.194). La incapacidad de obrar de la mujer casada era, pues, absoluta.

No modificó tal estado de cosas el Decreto 1, de 25 de diciembre de 1910, consecuencia de la instauración de la Primera República, al establecer que la sociedad conyugal se basa en la libertad y la igualdad. COSTA PICOITO (72) afirma que «incluso después de 1910 el marido

(71 bis) Sería anticientífico no resaltar la diferencia de funcionamiento del mismo precepto que regula una institución familiar en un ordenamiento de Occidente y en otro de los países socialistas. En el primero, la existencia de un Estado de Derecho impide que el poder manipule tal precepto y lo convierta en su instrumento: el imperio de la ley es absoluto y la familia es un islote de autonomía privada, junto a otras muchas instituciones igualmente autónomas, en un océano de normas estatales que la respetan y promueven.

En el segundo no existe, por formal y anticuado, el Estado de Derecho, que se sustituye por la noción de «legalidad socialista». El primado de la comunidad es absoluto, y su intérprete, la oligarquía del partido en el poder: la familia no es autónoma sino está plegada a las necesidades de la sociedad socialista. No existe un Derecho Familiar como sustraído a las instancias del poder y sobre todo de la moral socialista. ARANGUREN (*Ética y política*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1968, págs. 240-241) afirma que «el ámbito privado es completamente eliminado; la "publicación" de la vida llega a ser completa. El Estado, mientras no se cumpla la mística escatológica marxista de su desaparición, se hace absorbente, cerrado, omnipotente, total».

Ello no es óbice a que parece notarse en los últimos años en los medios jurídicos de los países del Este una tendencia cada vez más acusada de hacer respetar a la administración esa misma «legalidad socialista», que se transformaría en un incipiente estado de Derecho al modo occidental.

(72) *Da situação jurídica da Mulher casada no campo do Direito Privado*, Faro, 1961, págs. 10 y 11.

continuó siendo el jefe de familia». Tal declaración, sigue diciendo el autor, afecta sólo al campo de las relaciones personales, dejando aparte un campo más vasto y de igual o mayor importancia que aquél: el de las relaciones patrimoniales. Incluso en el campo de las relaciones personales se mantiene en algunos puntos la supremacía del marido. Pero esta supremacía no es absoluta ni despótica: debe ejercerse conforme al interés de la sociedad conyugal y no en interés egoísta del propio marido.

El nuevo Código civil portugués, aprobado por Decreto Ley número 47.344, de 25 de noviembre de 1966, y que entró en vigor en 1 de junio de 1967, con algunas excepciones, dispone en su artículo 1.674 que el marido es el jefe de la familia, compitiéndole en esa cualidad representarla y decidir en todos los actos de la vida conyugal común, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes. La mujer debe adoptar la residencia del marido, con algunas excepciones (art. 1.672). El marido puede denunciar en todo tiempo el contrato en virtud del que la mujer se hubiere obligado con un tercero al ejercicio de actividades lucrativas, no características de profesión liberal o función pública, a no ser que hubiere dado consentimiento el marido, éste hubiese sido suplido judicialmente o hubiere separación de bienes (art. 1.676). Compete al marido, como jefe de familia, la administración de los bienes del hogar, incluyendo los propios de la mujer y los dotales (art. 1.678). La mujer no puede ejercer el comercio sin consentimiento del marido, salvo si fuera administradora de todo o parte del patrimonio del hogar o mediar separación de bienes, aunque dicho consentimiento no tiene que ser formal (artículo 1.686). Los actos realizados contra las prohibiciones legales por la mujer son anulables a requerimiento del cónyuge, que no dio el consentimiento, o de sus herederos (art. 1.687).

Ciertamente, la mujer tiene algunos derechos, que puedo enunciar así: derecho a fijar residencia separada del marido cuando tuviese justificada repugnancia por la vida común, por virtud de malos tratos infligidos por el marido o por comportamiento indigno o inmoral que tenga (art. 1.672, párrafo 2); derecho a usar los apellidos del marido hasta ser pronunciado el divorcio o pasar a segundas nupcias (art. 1.675, párrafo 1); a ejercer profesiones liberales o funciones públicas o publicar o hacer representar las obras o disponer de la propiedad intelectual sin consentimiento del marido (art. 1.676, párrafo 1); ejercitar el gobierno doméstico, conforme a los usos y la condición de los cónyuges (art. 1.677, párrafo 1); administrar los siguientes bienes: todos los bienes del hogar si el marido está ausente o imposibilitado, los bienes respecto de los cuales se le atribuya la administración por contrato antenupcial— ¡no se admite contrato sobre bienes por razón del matrimonio durante el mismo, pese a las recientes enseñanzas del Derecho comparado! —, de aquellos que le fueron donados

o dejados con exclusión de la administración del marido, de todo el patrimonio si se hubiere pactado el régimen de separación y de los provechos que reciba por su trabajo o industria.

Tanto el marido como la mujer pueden enajenar los muebles del hogar propios o comunes de los que tengan la administración. Pero sólo podrán ser enajenados con consentimiento de ambos cónyuges los inmuebles propios o comunes o el establecimiento comercial, salvo si rigiere el régimen de separación de bienes (art. 1.683) (72 bis).

No creo que merezca gran comentario el ultraconservador Código portugués, que prácticamente consagra un sistema semejante al del Código francés antes de la reforma de 1942, a menos que la mujer haya tenido la precaución de asegurarse antes del matrimonio, mediante el otorgamiento de contrato antenupcial, el régimen de separación de bienes. En otro caso, todos los bienes de la misma, con las excepciones vistas, son administrados por el marido, quien no tiene que rendir cuentas de su administración (art. 1.681). Es curiosamente clasista al permitir a la mujer el ejercicio de las profesiones liberales o de las funciones públicas sin consentimiento del marido, y exigirlo para que aquélla preste los servicios laborales ordinarios.

7) PAÍSES SOCIALISTAS

Ciertamente, la diferencia formal entre los diversos ordenamientos de los países del Este europeo puede ser considerable; pero es lo cierto que todos ellos se hallan inspirados por una filosofía y una ideología política sustancialmente comunes, por lo que las grandes líneas de sus respectivas constituciones políticas no difieren en lo esencial y sí sólo en el detalle.

Por ello en los estudios de Derecho comparado aparecen los mismos como una familia autónoma de sistemas jurídicos, a la par que los Derechos continentales, anglosajones, etc.

Pues bien, «el principio de igualdad de los derechos de la mujer y del hombre, en todos los dominios de la vida pública y privada, ha llegado a ser clásico para el socialismo. Este principio está claramente enunciado por las Constituciones de los países socialistas. Se desenvuelve de una manera destacable como factor económico, que tiene gran valor para la producción y para el trabajo socialmente deseable. Como existe una interdependencia entre el papel de la mujer en la vida política, económica y social y su posición en el seno de la familia, es evidente que las leyes y los códigos de familia sacan de aquélla consecuencias» (73).

(72 bis) El nuevo régimen portugués creo lo calificaré de fascista.

(73) WITOLD CZACHORSKI, «Observations préliminaires concernant le droit de la famille», en la obra colectiva de B. T. BLAGOJEVIC, W. CZACHORSKI, T. IONASCO,

Abstracción hecha de la diferente fórmula de la ley, la práctica judicial de los diversos países socialistas parece ser en esta materia más o menos análoga (74).

El principio de igualdad jurídica indica que no existe en el matrimonio socialista «jefe de familia». Por tanto, ambos cónyuges tienen igual derecho de representación de su unión ante los terceros. La obligación asumida por uno de los esposos compromete la responsabilidad del otro. En defecto de acuerdo sobre el plan de vida familiar decide el Juez a solicitud de cualquiera de los esposos (75). La potestad sobre los hijos menores compete a ambos padres. «El padre y la madre representan a su hijo frente a terceros; deciden en común acerca de su educación, de sus intereses personales y materiales, y administran el patrimonio del hijo. En caso de desacuerdo entre los padres, es el Tribunal o el organismo previsto por la ley quien decide, defendiendo los intereses del hijo y el fin social de la familia» (76).

La mujer casada puede ejercer libremente una profesión.

El régimen matrimonial de bienes legal en los países socialistas es el de comunidad. «Esto significa que parece más propicio para la familia tener como base material un patrimonio común de los esposos, fundado en el momento de la conclusión del matrimonio y aumentado por el trabajo de los esposos durante su unión. Así, todos los sistemas de Derecho de la familia de los países socialistas hacen hoy de esta idea su institución establecida» (77).

Es curioso hacer constar que tanto la URSS como Bulgaria, al principio de sus respectivas revoluciones adoptaron el régimen de separación de bienes como el más conveniente para la plena independencia de la mujer y la satisfacción de las necesidades familiares. Sin embargo, la primera en 1944, y la segunda en 1968, se han unido al resto de los países socialistas al consagrar como régimen matrimonial de bienes legal el de la comunidad de adquisiciones (78).

En dicha comunidad de bienes se atribuye la administración a ambos esposos sobre la base del principio de la igualdad de sus derechos. Los bienes comunes constituyen una copropiedad en mano común hasta el fin de la comunidad conyugal (79).

V. KNAPP y otros, titulada *Introduction aux Droits Socialistes*, de la Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971, pág. 531.

(74) *Ob. cit.*, pág. 532.

(75) *Id.*, *íd.*, pág. 543.

(76) *Id.*, *íd.*, pág. 558.

(77) *Id.*, *íd.*, pág. 544.

(78) *Id.*, *íd.*, pág. 545.

(79) *Id.*, *íd.*, pág. 547.

Los regímenes matrimoniales contractuales no pueden ser sino variantes de la comunidad legal. En tales condiciones, el régimen de separación de bienes, y con mayor razón, el régimen dotal, no son pactables, salvo la notable excepción de Polonia, que en su Código de 1964 permite pactar la separación de bienes (80).

(Continuará.)

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario

(80) Id., *id.*, pág. 547.

Consideraciones en torno al departamento procomunal

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El departamento procomunal y la Ley de Propiedad Horizontal.*—III. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la nueva figura.*—IV. *Configuración jurídica del departamento procomunal:* 1. Nuevo tipo creado al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal.—2. Naturaleza jurídica del departamento procomunal.—3. Régimen jurídico del departamento procomunal: A) Plano del ámbito normativo. B) Plano de la aplicación. C) Plano de la investigación integradora.

I. INTRODUCCION

Es con toda seguridad la Ley de Propiedad Horizontal una de esas leyes que, no obstante su modernidad, se presenta como más usada por el quehacer de los prácticos, a la par que no resulta nada desdeñable el interés que la misma plantea a los estudiosos del Derecho. En efecto, es fenómeno perfectamente comprobable el acceso, cada vez más frecuente, a la propiedad horizontal. La consecución de un piso lejos de suponer un *desiderátum* de difícil logro aparece en nuestros días como objetivo de cómodo alcance. Ahora bien, si, en un primer momento, la propiedad de casas por pisos se presentó como algo inevitablemente unido a la ciudad, no debemos por menos que advertir que esta primera fase de expansión ha sido ampliamente superada, llegando la propiedad horizontal a no pocas zonas rurales que demandaban una solución más útil y conveniente de acuerdo con las necesidades que los nuevos tiempos les han planteado.

Son muchos los problemas que el régimen de propiedad de casas por pisos plantea. Desde su configuración jurídica hasta la más pequeña rela-

ción interna de convivencia que la nueva realidad urbana nos ofrece se extiende un amplio abanico de cuestiones que ocupan la atención del jurista. Nota característica de la propiedad de casas por pisos es la intensa e imprescindible conexión que la misma guarda con el fluir de la realidad social de los hechos. La Ley de 21 de julio de 1960, configuradora del régimen jurídico de la propiedad horizontal, no pretende sino seguir esa realidad. Esta adecuación del Derecho a unos hechos claramente establecidos debe perseguir «un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia, la cual, como virtud moral, se sobrepone tanto a la realidad de los hechos como a las determinaciones del legislador, que siempre han de hallarse limitadas y orientadas por ella», según confiesa la Exposición de Motivos de la citada Ley.

No obstante el antecedente inmediato que supone la Ley de 26 de octubre de 1939, el legislador acometió de nuevo la regulación de la propiedad horizontal a través de la Ley de 1960, que constituye en la actualidad la legislación vigente. Toda creación normativa *ex novo* que pretende acomodar un fenómeno social fluyente corre el riesgo de quedar corta en sus aspiraciones; han de ser frecuentes las lagunas que deberán cubrirse en muchas ocasiones con criterios que directamente emanan de la misma ordenación legal. Es precisamente en este terreno, en el de la insuficiencia o, si se quiere, en el de la parquedad legal, en el que se nos va a permitir efectuar algunas consideraciones en torno al que se ha venido en llamar «departamento procomunal».

La realidad de los hechos ha emergido una nueva figura, a la que desde la legalidad vigente se le debe dar un tratamiento que responda y respete en lo posible la figura misma, tal y como ella se ha presentado.

En el edificio en propiedad horizontal se configuran claramente dos clases de elementos: los departamentos privativos y los elementos comunes. Los primeros son, en terminología actual del Código civil, «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública», que «podrán ser objeto de propiedad separada» (art. 396 C. c.). Tres características debemos destacar en los departamentos privativos: *a)* son departamentos diferenciados; *b)* constituyen objeto de propiedad separada, y *c)* son susceptibles de aprovechamiento independiente. Frente a éstos, los elementos comunes son aquellos del edificio «necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres».

Ahora bien, junto a los elementos privativos y los comunes se encuen-

tran los que MONET calificó como atribuciones procomunales (1). Se trata —adelantando ideas que posteriormente desarrollaremos— de un departamento de un edificio constituido en propiedad horizontal, susceptible de aprovechamiento independiente, que pertenece a los condueños de un inmueble en proindivisión, la cual se establece de intento para el servicio o utilidad común de aquellos propietarios. Tanto el ámbito objetivo de esta figura (piénsese en las posibilidades actuales y futuras del departamento procomunal) como su aspecto subjetivo (quiénes puedan ser titulares del departamento procomunal) son dos puntos que necesariamente se nos presentan algo vagos, ya que, en gran medida, dependen de lo que en la práctica resulten; pero decimos sólo en gran medida, por cuanto los perfiles más amplios dentro de los cuales se debe mover la autonomía privada vienen fijados por la propia Ley de Propiedad Horizontal.

Antes de entrar en el estudio de la legalidad vigente para comprobar si es posible la inclusión del departamento procomunal dentro de la misma, y antes, también, de acercarnos al problema de su naturaleza o de su régimen jurídico, parece de interés detenernos, si bien con brevedad, en la cuestión de los hechos, a los que nos hemos referido.

Son dos los interrogantes que en este punto se plantean: ¿existen intereses en juego en la supuesta creación del departamento procomunal?, y, si es así, ¿son lícitos y protegibles los intereses a que responde la nueva figura? Así como los elementos comunes de un piso vivienda responden a exigencias de carácter permanente y esencial, que los hacen verdaderamente imprescindibles y necesarios para que cada propietario pueda disfrutar su piso en las condiciones más óptimas de habitabilidad y prescindiendo del costo que supondría la construcción aislada del mismo, las razones que justifican la presencia del departamento procomunal no son esenciales, si bien, no obstante, cumplen fines muy concretos y responden a intereses dignos de protección. Unas veces se trata de que determinado piso o local (normalmente este segundo) pueda ser atribuido a dueños de propiedades horizontales del edificio con un fin específico: habilitar las rentas que de él se obtengan para sufragar los gastos comunes, tanto de construcción como de mantenimiento del edificio. Otras, la finalidad responde a intereses diversos: piénsese en un local garaje propiedad de varios vecinos del inmueble, en un piso-club, en una guardería infantil, etc. La figura en estudio no tiene una dependencia, respecto del piso o local privativo, de tipo permanente, objetiva o general, como es la de los elementos comunes. Estos departamentos de servicio o utilidad común —advierde SAPENA— nacen con el desarrollo de la propiedad horizontal,

(1) MONET ANTÓN, F.: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios de Derecho Notarial*, vol. I, Madrid, 1962, pág. 259.

cuando su proliferación y auge conllevan el afán de perfeccionamiento, tanto en lo físico, por los constructores, como en lo jurídico, por quienes han de plasmar en un estatuto lo que la realidad les presenta (2).

Estas necesidades, que no se habían planteado en 1960—si bien algún autor, como MONET (3), las intuyera—, constituyen hoy centro de estimados intereses que brotan de la propia dinámica de la propiedad de casas por pisos.

Es lícito preguntarse si estos intereses, que, como decimos, deben ser objeto de especial atención, se encuentran en nuestros días protegidos de algún modo. Quede aquí constancia del hecho cierto de que son numerosos—cada vez más frecuentes—los propietarios que por uno u otro motivo aspiran a su satisfacción, para lo cual acuden al expediente del departamento procomunal. Así, pues, esta figura nace como una exigencia, como un afán de desarrollo y perfeccionamiento de lo que en su momento estableció la Ley.

Como hipótesis—en su día poco frecuente—de constitución de la propiedad horizontal, la Exposición de Motivos de la ley señala la construcción de «un edificio con ánimo de distribuirlo *ab initio* entre los varios propietarios, transformándose en propietarios singulares de cada departamento. Es precisamente en este supuesto de construcción en régimen de comunidad en el que el denominado departamento procomunal alcanza su mayor virtualidad. En esta comunidad cada propietario contribuye con lo que a su piso o local corresponde y con la parte pertinente en cuanto al resto del inmueble, lo que se expresa diciendo, con fórmula de estilo notarial, que cada uno sufraga la construcción de su respectivo piso o local, y todos en común y en la debida proporción, la de los elementos comunes y aquellas partes o departamentos que en común les hayan de pertenecer, con lo que, en germen—dice SAPENA—, ya tenemos el departamento procomunal (4).

II. EL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL Y LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Hemos visto que la constitución del departamento procomunal responde a unos intereses muy concretos, aunque puedan ser de índole diversa; hemos señalado que esta figura es una realidad presente, en aquellas

(2) SAPENA TOMÁS, J.: «Naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1971, pág. 86.

(3) MONET ANTÓN, F.: «Estatutos de propiedad horizontal», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961, págs. 90 y 91.

(4) SAPENA, *ob. cit.*, pág. 88.

personas que, de uno u otro modo están relacionadas con los problemas jurídicos que la propiedad horizontal plantea. Debemos preguntarnos ahora por su enclave dentro de la legalidad prefigurada por la Ley de Propiedad Horizontal de 1960. ¿Cabe la constitución de un departamento procomunal dentro de la normativa creada por esta Ley? La doctrina ha orillado la cuestión sin plantearse el tema; únicamente SAPENA (5), DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO (6) y MONET (7) lo contemplan como realidad independiente, cual otro piso o local de especial naturaleza en razón de su destino.

Para que podamos hablar en sentido técnico de propiedad horizontal es preciso que concurren dos circunstancias: primera, que los diferentes pisos o locales de un edificio o partes determinadas de ellos pertenezcan a distintos propietarios y, segunda, que esos pisos o locales o partes de ellos sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública (art. 396, 1, del C. c.). El departamento procomunal en el contexto de un edificio cumple perfectamente—o, al menos, puede cumplir—las dos exigencias referidas, luego no parece que en una primera aproximación podamos dudar del carácter de propiedad horizontal que la mencionada figura presenta. Ahora bien: se debe dar un paso adelante y preguntarnos si dentro de la normativa que ofrecen, por un lado, el artículo 396 del Código civil y, por otro, la Ley de Propiedad Horizontal, existen argumentos que amparen y protejan la constitución en procomún de un departamento, o bien si, por el contrario, dentro de la legalidad vigente existen normas que de un modo claro lo prohíben.

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal preceptúa: «La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley. *Sólo podrá ejercitarse por cada propietario pro indiviso sobre un piso o local determinado circunscrito al mismo, y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.*» Si nos detenemos en la última parte del precepto observamos: 1.º Que el supuesto de hecho es la copropiedad sobre un piso o local determinado de un edificio; 2.º, la posibilidad, *a contrario sensu*, de que en ese régimen de copropiedad se establezca la proindivisión de intento para servicio o utilidad común de los propietarios. Por otro lado, el artículo 5 de la citada Ley permite que el título constitutivo contenga reglas de ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales formando parte del estatuto privado, que perju-

(5) *Ob. cit.*, págs. 89 y ss.

(6) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO: *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, Madrid, 1969, págs. 61 y ss.

(7) *Problemas de técnica notarial...*, cit., págs. 259 y 260.

dicará a terceros al inscribirse en el Registro de la Propiedad. En síntesis, la legalidad que configura la propiedad horizontal da pie para mantener la existencia del departamento procomunal, figura cuyo desarrollo y perfección no ha alcanzado su más alto grado; sin embargo, la Ley de Propiedad Horizontal, norma previsor y abierta al futuro, supo configurarla, si no de forma acabada, al menos, en sus trazos más generales.

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal no ha sido interpretado unánimemente. ALVAREZ ALVAREZ, por ejemplo, considera que este precepto contiene una norma importantísima de carácter general, que ampara la posibilidad de creación de elementos comunes accidentales. Señala este autor que el artículo mencionado prevé que exista un piso o local en el que se establezca la proindivisión de intento para el servicio o utilidad común; pero igual que un piso, puede ser un espacio, un paso, un jardín, etcétera (8). Se trata, en definitiva, para ALVAREZ, de un verdadero elemento común accidental, que, por lo mismo, puede dejar de serlo, venderse o dividirse, a diferencia de los elementos naturales comunes (9). Más adelante, al referirse a los anejos, mantiene como una posibilidad de los mismos los que llama «anejos de cada uno de los pisos o anejos de proindivisión», que, al parecer, serían distintos de los elementos comunes accidentales. No parece dudoso—sostiene ALVAREZ—que estos anejos puedan pertenecer a varios de los pisos y no a todos; en este caso, según su criterio, se trataría de una comunidad especial dentro de otra (10).

VENTURA TRAVESET advierte que en ocasiones, si bien no frecuentes, quedan de la copropiedad de todos los propietarios espacios a los que no se les puede llamar elementos comunes al no estar directamente destinados al servicio de la finca, y cita dos ejemplos:

- Cuando se dejan las plantas bajas en copropiedad entre todos los propietarios para alquilarlas y pagar con el importe del alquiler los gastos comunes del resto del edificio. A juicio de este autor, el caso mencionado parece admitirlo el artículo 4, al hablar de la proindivisión de un piso establecida para el servicio o utilidad de todos los propietarios. Para VENTURA TRAVESET esto excede del

(8) ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: «El título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial*, vol. II, Madrid, 1965, pág. 468.

(9) *Ob. cit.*, págs. 468 y 469.

(10) *Ob. cit.*, pág. 477. Con razonamientos semejantes a los de ALVAREZ, PÉREZ PASCUAL en un libro reciente considera que no es necesaria la construcción jurídica del concepto de elemento procomunal, pues, a su juicio, las partes privativas, los elementos comunes y los anejos son suficientes para cubrir las necesidades que hasta el momento plantea la propiedad horizontal (*El derecho de propiedad horizontal. Un ensayo sobre su estructura y naturaleza jurídica*, Valencia, 1974, págs. 86 a 90).

concepto de propiedad horizontal, que debe limitar la copropiedad a lo estrictamente indispensable, por lo que destinar un piso para gastos es aumentar las posibilidades de fricción, junto al hecho de que se produciría una proindivisión, no indispensable, incrustada en una propiedad horizontal.

- Otro caso se produce cuando por ser muy amplio el solar se edifica en él y se reserva una parte para posteriormente venderla y repartir el precio entre los propietarios (11).

Al comentar la excepción legal a la acción de división fijada en el artículo 4 de la ley, sostiene que los propietarios a cuyo servicio o utilidad se dejó el piso *pro indiviso* no son los normales propietarios de un piso, sino los propietarios de los demás pisos, que han dejado éste *pro indiviso* entre ellos para los siguientes fines:

- *Servicio*.—Cuando, por ejemplo, se deja un piso para que sirva como oficinas del régimen de propiedad horizontal o para escuela de los vecinos, para casino de los mismos, para clínica sanitaria de aquéllos, etc. En estos casos, según VENTURA TRAVESET, estamos en presencia de un verdadero elemento o servicio común.
- *Utilidad*.—En ocasiones, advierte este autor, y para no solicitar provisión de fondos a los propietarios, se deja un piso *pro indiviso* entre ellos para alquilarlo y con su importe pagar los gastos comunes (12). El juicio que a VENTURA TRAVESET le merecen los casos planteados no resulta del todo favorable, «aparte de que desnaturaliza la auténtica comunidad de servicio característica de la propiedad horizontal, por la comunidad económica—ya más discutible—es muy difícil que con el importe de los alquileres del piso en copropiedad baste para pagar gastos, lo que obliga a una doble contabilidad (la del piso, y la otra, de la comunidad)» (13).

Para MONET y ANTÓN—como ya hemos apuntado—, la atribución procomunal responde a una necesidad realmente sentida por los propietarios del inmueble. Se trata de que determinado piso o local—normalmente, el segundo—quede atribuido a todos los dueños de propiedades horizontales del edificio, como recurso óptimo para habilitar sus rentas al levantamiento de los gastos comunes sin particular dispendio de los propietarios individualmente considerados (14). Respecto del supuesto recogido en el

(11) VENTURA-TRAVESET y GONZÁLEZ: *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, pág. 132.

(12) *Ob. cit.*, pág. 143.

(13) *Ob. cit.*, pág. 143.

(14) MONET ANTÓN: *Problemas de técnica notarial...*, cit., pág. 259.

artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, MONET considera que se trata de una propiedad horizontal básica, en el sentido de que no es un elemento común de los que como tales califica el artículo 396 del Código civil (15).

SAPENA TOMÁS defiende igualmente la existencia, conforme a la legalidad vigente (art. 396 del C. c. y Ley de Propiedad Horizontal), del departamento procomunal (16).

A nuestro entender, y sin perjuicio de que volvamos más adelante sobre el tema, el departamento procomunal tiene—o puede tener—una existencia legal, con arreglo al artículo 4 de la ley, con unos caracteres primarios que se deducen del propio enunciado del precepto: 1) nos encontramos ante un departamento de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad separada; 2) perteneciente en *pro indiviso* a copropietarios del edificio; 3) la proindivisión se debe haber establecido de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios de dicho departamento, y 4) no es ejercitable la acción de división.

III. LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ANTE LA NUEVA FIGURA

Hasta este momento hemos defendido la existencia del departamento procomunal dentro del inmueble porque, por un lado, pensamos responde a una necesidad sentida en muchos casos por los propietarios y vecinos de un mismo edificio y, por otro, porque estamos convencidos que su constitución no sólo no contradice la legalidad vigente, sino que la desarrolla y completa.

Para mejor comprender las cuestiones que respecto al departamento procomunal se han planteado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado es preciso destacar dos notas, no únicas, pero sí características de esta figura: 1.^a) La participación en la titularidad del departamento procomunal viene dada en razón de la vinculación a un piso o local del edificio en cuestión. Las necesidades de tipo económico, asistencial, benéfico, etc., que abogan por la existencia de este departamento requieren la preexistencia de la titularidad del piso o local en régimen de propiedad horizontal; serán normalmente los propietarios de un determinado inmueble los que decidan financiar los gastos comunes que del mismo se derivan o los que piensen establecer en los bajos del

(15) *Ob. cit.*, pág. 260.

(16) SAPENA TOMÁS, en el trabajo citado, efectúa un sugerente estudio sobre la naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal.

edificio un club social, etc. 2.^a) La constitución de este departamento exige un concurso de voluntades puestas al servicio de unos intereses o de unas necesidades comunes sentidas por un grupo o por todos los propietarios del edificio.

Las notas que acabamos de dibujar (a saber, la concurrencia de intereses, que desemboca en un régimen de cotitularidad, y la accesoriedad de este derecho respecto del de propiedad sobre un piso o local de inmueble) plantean un tema de indudable interés. Parece evidente que el derecho sobre el departamento procomunal deberá tener como una de sus exigencias—la gran mayoría de las veces—su indisposición respecto de personas extrañas al inmueble; resulta claro que disponer de la respectiva cuota correspondiente al departamento en favor de un tercero ajeno a la comunidad de propietarios contraría la finalidad que con el mismo se pretende alcanzar. Bien, ¿estamos en este caso ante una verdadera prohibición de disponer?, ¿debemos calificar técnicamente como tal a la cláusula que en estos términos apareciese en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en las normas de régimen interior o en los estatutos del inmueble? De ser así podía pensarse que nos encontramos en presencia de una disposición que atenta contra el principio fundamental de libertad de disponer recogido en el artículo 348 del Código civil, a la vez que se incurre en uno de los supuestos del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que impide su acceso al Registro (17). No creemos que sea éste el caso, pero antes de ofrecer nuestra opinión veamos dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan—de modo más directo la segunda—el tema del departamento procomunal, a propósito precisamente de la cuestión suscitada.

En la Resolución de 4 de noviembre de 1968 se sienta una doctrina que va en la línea de la prohibición de disponer, anteriormente indicada. El supuesto de hecho, en lo que al punto que tratamos nos interesa, se presenta del modo siguiente: Al vender una porción indivisa del garaje de una casa, se pretende que sólo puedan utilizarla en el futuro los que sean dueños de algún piso o local de la misma casa. Se quiere excluir que puedan ser propietarios de la parte correspondiente del garaje y, en consecuencia, puedan guardar allí sus vehículos las personas que no sean al mismo tiempo propietarias de algún local del mismo edificio. La propiedad del garaje se configura como accesorio de la de viviendas. Hasta aquí

(17) El artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 26, párrafo tercero, niega la posibilidad de ser inscritas y, por tanto, de ser eficaces frente a terceros a las prohibiciones de disponer constituidas negocialmente a título oneroso. Únicamente las prohibiciones de disponer contenidas en actos gratuitos—disposiciones de última voluntad, donaciones—tienen acceso al Registro. Las onerosas, por el contrario, en ningún caso son susceptibles de inscripción.

el resumen de los hechos. El Registrador que debía calificar la escritura no admitió la inscripción, entre otras razones, por «contener la cláusula séptima (18) una prohibición de disponer, no inscribible—artículo 27 de la Ley Hipotecaria—». El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en apelación interpuesta por el Notario recurrente, defiende respecto de la cláusula séptima de la escritura—que recoge la parte del supuesto que aquí interesa—, que dicha cláusula «contiene una obligación de no disponer, en cuanto no permite al propietario transmitir libremente la cuota adquirida más que a determinadas personas, lo que si como obligación personal puede tener trascendencia, caso de incumplimiento, por la responsabilidad que pudiera originar, no tiene tal pacto acceso al Registro, por no tener su origen en uno de los supuestos del artículo 26 ni haberse garantizado, de otra parte, su cumplimiento mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real, y sin que ello impida la inscripción de la escritura, de conformidad con lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario» (19).

AMORÓS GUARDIOLA, comentando la resolución que nos ocupa, sostiene que la finalidad que se persigue con el establecimiento de la cláusula séptima de la escritura es «perfectamente justificable, lícita y socialmente digna de protección por razones elementales de convivencia social dentro de la gran ciudad» (20). No se le escapa al autor citado la necesidad sentida en muebles urbanos de gran densidad que los sótanos de los edificios sirvan de garaje para los propietarios de los pisos o apartamentos. AMORÓS GUARDIOLA ve tres posibles vías jurídicas como solución a este problema:

a) La configuración del garaje como elemento común al constituirse el edificio en régimen de propiedad horizontal.

b) La creación de una comunidad *pro indiviso* constituida por los interesados con el propósito de que se emplee para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Esta posibilidad legal quedaría apuntada en el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.

(18) La cláusula séptima de la escritura establecía que «la participación indivisa de garaje objeto de esta venta no podrá enajenarse si no es conjuntamente con otra vivienda de la misma casa o a favor de quien ya fuere propietario de otra vivienda de dicho edificio, y no dará lugar a derecho de retracto alguno de condueños, todo ello por tratarse de una comunidad de fin, establecida sobre este garaje, destinada a que los propietarios de las distintas viviendas de la misma casa puedan tener en ella el garaje para sus propios coches».

(19) Puede verse la Resolución comentada en el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1968, págs. 72 y ss.

(20) Véase comentario a la Resolución de 4 de noviembre de 1968 en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1969, págs. 771 y 772.

c) La prohibición de disponer a persona ajena a los dueños de los pisos (21).

La solución c)—que es la acogida por la Dirección General—se le presenta como la legal y formalmente ortodoxa; sin embargo, el resultado práctico a que conduce no le resulta suficientemente satisfactorio. Tal vez —dice AMORÓS GUARDIOLA—fuese oportuna y justa una línea de interpretación jurisprudencial más abierta, que sancionara como válidas situaciones semejantes a las que aquí se contemplan, por considerarlas de distinta naturaleza que la mera prohibición de disponer aisladamente considerada. Sin embargo, y en tanto esto no se produzca—concluye—, «parece que sólo será posible enfocar eficazmente problemas como el que nos ocupa, mediante la configuración del garaje—o del local subordinado a todos los demás—como elemento común de los pisos separados en la propiedad horizontal. Lo cual nos sigue pareciendo el medio técnicamente adecuado para conseguir esta finalidad» (22). En definitiva, si bien AMORÓS GUARDIOLA entrevé una solución distinta más apropiada a los intereses en juego, opta al final por acudir al expediente de los elementos comunes como el medio técnicamente más ortodoxo para obtener la finalidad perseguida.

Resolución de singular interés para el tema que tratamos es la de 20 de diciembre de 1973. En la misma se plantea el problema del departamento procomunal en toda su virtualidad y eficacia, a la par que se ofrece por la Dirección General una solución, a nuestro juicio, más correcta y compatible con los intereses de los propietarios, presentando una vía de interpretación de la Ley de Propiedad Horizontal más en consonancia con la realidad que pretende regular. Presentemos, primero, el supuesto de hecho: Por escritura pública algunos condueños de una casa describieron los departamentos que la integraban y los asignaron a sus respectivos propietarios. No comparecieron todos los condueños y algunos de los otorgantes, que lo fueron por representación, sólo habían recibido poder para declarar la obra nueva, pero no para regular la propiedad, como, en efecto, lo hicieron en unos Estatutos, pues esto quedaba pendiente de aprobación y regulación por todos los interesados. Uno de los copropietarios vendió el piso sexto, puerta 12, que le pertenecía, así como la correspondiente plaza de garaje en el sótano, destinado a aparcamiento de 14 automóviles, al tiempo que se reservaba la participación que le correspondía en la planta baja. Por otra escritura posterior, los copropietarios del inmueble ratificaron la inicial, excepto el contenido

(21) *Ob. cit.*, pág. 772.

(22) *Ob. cit.*, pág. 773.

de los Estatutos, que fueron rectificadas, aprobándose otros, que comienzan así:

«El régimen de propiedad horizontal del edificio se regirá por las disposiciones legales, con estas particularidades, cuyas normas tienen plenos efectos reales y *erga omnes*:

1.^a El destino exclusivo del sótano (departamento núm. 1) es el de aparcamiento de automóviles o garaje como departamento procomunal, con arreglo a las determinaciones de la presente regla.

Su uso y aprovechamiento corresponde única y exclusivamente a las 14 viviendas, que son los departamentos 3 al 9 y 11 al 17, esto es, menos la vivienda puerta 8.

Cada una de dichas 14 viviendas, con derecho al uso y aprovechamiento del sótano, tiene como derecho anejo el del aparcamiento de un vehículo que sea factible de aparcar dentro del espacio que resulte de dividir entre 14 la superficie del sótano, de modo que permita su mejor aprovechamiento como garaje. El uso de este aparcamiento individual podrá ser cedido a otra persona que sea titular de una de dichas 14 viviendas. Igualmente podrá cederse a la misma persona a la que se cede el uso de la vivienda, que lo tiene como derecho anejo. Pero en ningún caso podrá transmitirse con carácter perpetuo, separando cada derecho a un espacio de su correspondiente vivienda, ni podrá resultar que por un mismo derecho a un espacio se pueda aparcar más de un coche. Y en todo caso de cesión de uso deberá comunicarse al presidente de la Comunidad, remitiéndole copia del correspondiente documento con el nombre y circunstancias del cesionario y de las características del vehículo que se pretenda aparcar.

El sótano no contribuirá a los gastos generales del edificio ni de sus elementos comunes, pues el valor de cada vivienda con derecho al mismo ya se ha estimado en función de éste, y por ello ya contribuye por su derecho a tales gastos generales.

En cuanto a los gastos que origine el uso y administración del garaje, serán satisfechos a partes iguales por las 14 viviendas que a él tienen derecho, tanto si lo usan como si no, siendo responsables de aquéllos, con carácter solidario, el titular de la vivienda y aquel a quien haya cedido el uso de su derecho.»

Presentada en el Registro la escritura fue denegada su inscripción por un doble orden de razones:

- Porque en ella se subordina la enajenación de los derechos sobre el local destinado a garaje a la disposición conjunta con locales destinados a viviendas del mismo disponente (*sic*), sin que resulte

de la descripción de estos últimos que sean anejos a ellos los derechos sobre el garaje, por lo que mediante la cláusula cuya inscripción se deniega, se establecería sobre este departamento derechos no a favor de un titular cierto y determinado, sino meramente determinable a través de la titularidad de una vivienda que constituye una entidad registral distinta e independiente, fórmula ésta no reconocida en modo general por nuestro Ordenamiento.

- Porque, en todo caso, se establece una traba a la plena facultad de disponer distinta de las que las leyes admiten y regulan, y no comprendida en los casos de permisión del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

Contra la anterior calificación, el Notario que había autorizado el instrumento interpuso recurso gubernativo, sosteniendo que la estipulación convenida debía inscribirse porque:

- No eran aplicables al caso que nos ocupa las conclusiones de carácter general a que ha llegado la doctrina y la jurisprudencia en materia de titularidades *ob rem* y *propter rem*, al negar su acceso al Registro de la Propiedad, estimando que se trata de figuras o relaciones de derecho real no reconocidas en nuestro Ordenamiento, por cuanto nos encontramos ante una normativa especial, nueva, completa y distinta: la de la propiedad horizontal.
- La adscripción de la titularidad del sótano-garaje a la de las viviendas, a cuyo servicio exclusivo se destina, está amparada tanto por el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, como una consecuencia lógica del mismo, como por el artículo 5, al permitir que el título constitutivo contenga reglas del ejercicio del derecho en orden al uso o destino de los diferentes pisos o locales formando parte del Estatuto privativo, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad afectará a terceros.
- Ni en la Ley de Propiedad Horizontal, ni en el Código civil, ni en la legislación hipotecaria, existe norma alguna que prohíba esta dependencia en la titularidad entre unos departamentos independientes y un departamento en común construido y regulado para el servicio exclusivo de aquéllos.
- No se trata de una prohibición de disponer a título oneroso de las que veta el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, sino de una regla de un Estatuto de propiedad de un todo—el edificio—que afecta a sus partes como la Ley de Propiedad Horizontal permite.

El Registrador en su informe, respecto del garaje, mantuvo su carácter de elemento común, a la vez que defendió la existencia, en la escritura, de una prohibición de disponer. El presidente de la Audiencia confirmó la tesis del Registrador en este punto, por lo que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentos anteriores, a los que añadió: que la cuestión acerca de la licitud o ilicitud del pacto según el cual queda prohibida la transmisión del derecho de aparcamiento de automóvil en el sótano-garaje de un edificio en propiedad horizontal, con independencia de la correspondiente vivienda, no debe plantearse en el campo de las prohibiciones de disponer, sino en el de la propiedad horizontal; que el pacto referido no contiene, en sentido estricto, una prohibición de disponer, sino una regulación de uso del sótano-garaje, que se vincula a la titularidad de las viviendas beneficiarias de las plazas utilizables de aparcamiento de automóviles, y que una de las limitaciones legales de la propiedad, a las que alude el artículo 348 del Código civil, es precisamente la Ley de Propiedad Horizontal, sin que, por tanto, sean aplicables a este supuesto las prohibiciones generales establecidas para transmisiones gratuitas o que difieran de la misma por otras causas.

Hasta aquí, pues, el planteamiento de las distintas posiciones que sobre el supuesto referido mantuvieron el Registrador y el Notario. La inclusión, con alguna amplitud, de sus respectivas argumentaciones son, a nuestro entender, de enorme interés porque revelan las diferentes posturas—tal vez fuera mejor decir las dos perspectivas—a que puede dar lugar la figura que consideramos. La tesis del Registrador venía apoyada por la Resolución de 4 de noviembre de 1968, que constituía, por tanto, un valioso precedente. Los argumentos del Notario recurrente partían de una interpretación nueva, que si bien tenía a su favor una mayor aproximación a la realidad de los hechos y a los intereses en juego, suponía una opción desconocida y contraria a la Resolución mencionada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

A) Desistido el primer defecto de la Nota de calificación, la cuestión planteada se reduce, en efecto, a la licitud del pacto estatutario en inmueble bajo régimen de propiedad horizontal, que, al regular el destino exclusivo del sótano—que aparece como finca independiente, departamento número 1—para aparcamiento de los titulares de las viviendas, prohíbe que en ningún caso se transmita esta propiedad separadamente de la vivienda, lo que podría suponer traba a la plena facultad de disponer, distinta de las admitidas por las leyes, y en especial por el artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

B) Al establecerse el destino exclusivo de sótano «para aparcamiento de automóviles o garaje», cuyo uso y aprovechamiento corresponde «úni-

ca y exclusivamente a las 14 viviendas», se confiere el carácter de elemento procomún a dicho sótano, y de conformidad con el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, se ordena un adecuado uso, en cuya regulación, si no se llegó a especificar plazas de garaje concretas—jaulas o simples espacios—adscritas a las distintas viviendas como anejas a éstas, repitiendo el esquema de la propiedad horizontal, de un espacio arquitectónico acotado, de uso singular y exclusivo de puertas adentro, y el resto del inmueble con sus servicios, de propiedad y su uso compartido, quedan, sin embargo, fijados los correspondientes derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta.

C) Dentro de tal regulación, aquellas limitaciones que saliendo al paso de un abusivo ejercicio de los derechos de los titulares de viviendas prohíban la transmisión de este derecho comunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado, no hacen sino reiterar una limitación institucional del régimen de la propiedad especial por pisos, según lo proclamado por el último párrafo del artículo 3 de la ley, y en el mismo artículo 4, *in fine*, al negar la acción divisoria, y en este sentido no se atenta con ello al fundamental principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código civil, ni se está ante uno de los supuestos a los que el artículo 27 de la Ley Hipotecaria impide su acceso al Registro.

De esta Resolución son de destacar los siguientes puntos:

- El reconocimiento del elemento procomún de cuyo carácter pueden gozar ciertas partes de un edificio.
- Su configuración legal, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal.
- La limitación consistente en la prohibición de transmitir este derecho comunal con independencia de la correspondiente titularidad de propietarios a que está aquél vinculado no es sino una limitación institucional del régimen de la propiedad horizontal, por lo que ni se atenta contra el artículo 348 del Código civil, ni se incurre en ninguno de los supuestos señalados en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.

No obstante el comentario poco favorable de algún autor (23), creemos que esta Resolución presenta un interés especial, por cuanto al enfrentarse con una figura relativamente nueva aporta unos criterios de interpretación

(23) Puede verse el comentario de CARRETERO GARCÍA a la Resolución de 20 de diciembre de 1973 en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1974, págs. 635 y ss.

de la Ley de Propiedad Horizontal más acordes con la realidad de los hechos y los intereses en juego.

Tanto en el supuesto de hecho de la resolución comentada como en otros análogos (piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de una guardería infantil al servicio de los vecinos o en un gimnasio) parece clara la necesidad o, en su caso, la conveniencia de destinar un piso o local a un fin determinado. El piso o local del edificio constituirá un departamento más del inmueble, que gozará de un aprovechamiento independiente y será objeto de propiedad separada (24). De este departamento serán cotitulares los condueños del inmueble.

Punto difícil—insalvable, al menos en apariencia—de cara a su viabilidad registral lo constituye la presencia de un pacto en la escritura configuradora del departamento procomunal, cuyo resultado perseguido no es otro que el de limitar las posibilidades de disposición de las cuotas que cada uno de los copropietarios tiene en el citado departamento. La sola y aislada consideración del pacto puede llevar a sostener que en él se encierra una auténtica prohibición de disponer. En nuestro criterio —y aquí la Dirección General de los Registros y del Notariado acierta plenamente en su Resolución de 20 de diciembre de 1973—, este pacto debe ser estudiado en un contexto más amplio dentro del ámbito de la propiedad horizontal. De este modo, el pacto se presenta no como una prohibición de disponer, sino como una limitación institucional, que nace de la existencia misma de la figura que estudiamos, tal y como aparece configurada por la voluntad de los particulares. Sólo con una visión del derecho de propiedad que desmiembre su contenido en una suma de facultades y que olvide la especial significación de la propiedad horizontal se puede sostener con éxito la tesis de la prohibición de disponer.

IV. CONFIGURACION JURIDICA DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

En este apartado nos vamos a referir a tres puntos concretos: la tipificación legal del departamento procomunal, su naturaleza jurídica y el régimen jurídico aplicable.

(24) Con buen criterio advierte SAPENA TOMÁS (*ob. cit.*, págs. 91 y 92) que si el elemento procomunal es un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad separada, acarreará como ineludible consecuencia la necesidad de su descripción en el título constitutivo, a la que acompañará, entre otros requisitos, la fijación de su cuota valor. La no fijación de cuota valor se traduciría, a juicio de este autor, en una injusticia o en una rémora para su evolución, en función del servicio que puede prestar en los distintos casos que su propia dinámica le presente.

1. NUEVO TIPO CREADO AL AMPARO DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Parece claro que estamos ante un verdadero derecho real; sin embargo, esta afirmación nos lleva a plantearnos otra cuestión: ¿Nos encontramos ante una nueva figura de derecho real? ¿Es posible esto en nuestro Ordenamiento?

Sabido es que en el Código civil no hay textos que de forma diáfana se refieran al problema del *numerus clausus* o *apertus* en los derechos reales. El artículo 1.280, 1.º, del Código se refiere a «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales...», con lo que, en definitiva, se viene a decir que la autonomía privada puede crear, modificar o extinguir tales derechos; no obstante, no se prejuzga la libertad que los particulares puedan tener para configurar nuevos tipos de derechos reales no regulados de modo expreso por la ley. Falta en esta materia preceptos como los artículos 668, 1.º, y 764 con relación a los testamentos, o como el 1.255 para los contratos.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria, al ocuparse de los títulos inscribibles, menciona aquellos «en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis... y otros cualesquiera reales»; pero, como acertadamente se cuidan de advertir PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, tampoco este artículo prejuzga el problema (25). En cambio, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario parece sancionar el sistema del *numerus apertus* al establecer que «no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (se refiere a los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del art. 2 de la Ley Hipotecaria), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en Derecho modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». Toda modificación en ese sentido tendrá efecto real—explican los anotadores de ENNECCERUS—, porque si su eficacia fuere meramente obligatoria no se hablaría de modificación de facultad, sino de obligación de no cesar del propio derecho en cierto sentido. Por tanto, las modificaciones que autoriza el artículo 7 del Reglamento Hipotecario representan gravámenes, limitaciones reales del contenido de la propiedad o de un derecho real. Pero—terminan PÉREZ

(25) *Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo III, vol. 1.º, Barcelona, 1971. pág. 24.

GONZÁLEZ y ALGUER—siempre será impreciso el límite de la libertad de configuración que parece establecer dicho precepto (26).

Esta interpretación doctrinal, que ha sido con frecuencia sustentada por el Tribunal Supremo, se ha visto en ocasiones apoyada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (27). Por su interés, no sólo para el problema del *numerus clausus* o *apertus*, sino también para el tema que estamos tratando, recogemos aquí un considerando de la sentencia de 22 de enero de 1953, en el que nuestro más alto Tribunal adopta un criterio flexible y abierto en torno a la problemática de los derechos reales:

«Entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro Derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado, en definitiva, como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que en su ejercicio puedan entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno, y en estos supuestos de incompatibilidad de facultades dominicales, sin abandonar por completo el ordenamiento jurídico de las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el derecho positivo gobiernan el instituto de la propiedad, y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia.»

(26) *Ob. cit.*, pág. 24.

(27) Véase, por ejemplo, la Resolución de 20 de septiembre de 1966.

Este considerando ha sido recogido en su casi totalidad por la sentencia de 10 de diciembre de 1962.

Si tenemos en cuenta, por un lado, la justificación legal expuesta, que parece apoyar una moderada postura de *numerus apertus* en la creación o configuración de derechos reales; si, por otro, el Tribunal Supremo e incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado, ésta de modo más restrictivo, apoyan un criterio de admisión de nuevos tipos de derechos reales; si, además, tenemos presente el especial significado de la Ley de Propiedad Horizontal, no nos parece arriesgado acoger la tesis favorable al *numerus apertus*. Ahora bien: es necesario puntualizar que estas consideraciones que acabamos de hacer no pueden conducirnos sin más a sostener una amplia libertad de configuración de nuevos derechos reales; pretendemos únicamente dejar constancia de que si partimos de una moderada postura permisiva—que nos debe conducir en cada caso a un detenido estudio de las pretendidas figuras reales—en la creación de nuevos tipos de relaciones jurídico reales, a la que hay que añadir el especial ambiente que rodea a la propiedad horizontal, propenso al juego de la voluntad privada dentro de los cauces que la propia ley establece, es lícito pensar en el departamento procomunal como una nueva figura nacida al amparo de la ley y configurada por la autonomía privada.

En síntesis, el que nos decidamos por considerar el departamento procomunal como un nuevo tipo de derecho real nacido al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal y delineado por la voluntad concurrente de los propietarios de un edificio no supone adoptar una postura apriorística en favor del *numerus apertus* en los derechos reales dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, sino, antes bien, aprovechar las posibilidades que la Ley de Propiedad Horizontal y su entorno socioeconómico nos ofrecen. Sólo desde esta perspectiva podemos hablar de *numerus apertus* en nuestro caso (28).

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

Venimos hablando del departamento procomunal como figura que, apuntada en la ley, viene creada por la voluntad de los particulares; hora es de que nos preguntemos por su naturaleza jurídica, cuestión ésta importante porque de ella se hará depender el régimen jurídico aplicable.

Toda explicación sobre la naturaleza jurídica del departamento pro-

(28) Como doctrina más reciente sobre la cuestión de la tipicidad en los derechos reales puede consultarse el sugerente ensayo de SANCHO REBULLIDA: «El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1974, págs. 67-90.

comunal no debe alejarse un ápice del contorno más amplio que le rodea, a saber, la propiedad horizontal. Sólo desde una consideración que tenga su base en la propiedad horizontal cabe plantearse correctamente qué sea el departamento procomunal, pues, en definitiva, éste no es sino un desarrollo lógico de la dinámica de este tipo de propiedad.

Como es sabido, la regulación legal de la propiedad horizontal está hecha en nuestra legislación únicamente desde el punto de vista del derecho sobre los bienes. No existe un tipo especial de sociedad inmobiliaria urbana. Por tanto, las construcciones doctrinales se han asentado sobre el dato de que la propiedad del inmueble pertenece directamente, sin interposición de persona jurídica alguna, a los propietarios efectivos de los pisos o departamentos. Sobre este presupuesto se han montado las diversas teorías explicativas acerca de la propiedad horizontal, que, en síntesis, pueden ser reducidas a dos: tesis unitaria y tesis dualista (29).

La tesis unitaria, que funda su construcción en la esencial unidad del inmueble, define la propiedad horizontal como un estado de derecho que tiene la naturaleza de una comunidad, voluntaria por su origen, pero forzosa en su permanencia, integrada por los titulares de los pisos o departamentos, quienes ostentan un derecho indiviso e indeterminado sobre los elementos comunes de la finca, y determinado por la localización sobre espacios susceptibles de utilizarse independientemente, dentro de los cuales el titular tiene el ejercicio de una propiedad por los pertinentes preceptos legales y por las normas estatutarias que rijan la comunidad, encaminadas a salvaguardar por igual el interés y el derecho de todos los comuneros (30). Frente a esta tesis, de algún modo superada por el nuevo rumbo de la Ley de 1960, que busca elevar al máximo el proceso de individualización de este tipo de propiedad, se alza la concepción dualista. Esta teoría destaca el hecho de que la propiedad horizontal está compuesta por dos derechos: una titularidad dominical ordinaria sobre el piso o departamento de que se trate, y un derecho accesorio de copropiedad sobre los elementos comunes del inmueble. Tampoco la tesis dualista radicalmente formulada resulta del todo convincente: por un lado, fracciona innecesariamente la titularidad de cada copropietario en dos titularidades yuxtapuestas, siendo así que ambas integran un solo todo; por otro, la titula-

(29) Un resumido e interesante estudio sobre las concepciones teóricas de la indivisión inmobiliaria urbana puede verse en el trabajo de DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana (ponencia de la Delegación española en la III Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino), en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, abril-junio, 145-271.

(30) Vid. NAVARRO AZPEITIA: «Naturaleza y regulación de las casas divididas por pisos o departamentos», en *Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra*, Barcelona, 1942, pág. 50.

ridad de cada propietario no puede considerarse como una titularidad dominical totalmente autónoma y desconectada de las demás (31).

La naturaleza jurídica de la propiedad horizontal—sostienen DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO—está, en el fondo, irrevocablemente unida a la idea de copropiedad. Para captar la verdadera esencia de esta institución, dicen estos autores, hay que partir de una doble afirmación: la propiedad horizontal es una forma especial de copropiedad, pero, a su vez, la copropiedad es una forma especial de la propiedad. En la propiedad horizontal, el derecho de cada copropietario se proyecta, de una parte, sobre una porción materialmente determinada del inmueble de modo exclusivo y, de otra, sobre el resto de la finca, de modo semejante al que establece el artículo 394 del Código civil, según el cual «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». Así, pues, las limitaciones recíprocas a que conduce la coexistencia de varios dueños actúan, en la propiedad horizontal, en una doble dirección: por un lado, impiden a cada propietario servirse de aquellas partes de la cosa común reservadas exclusivamente a los demás; de otro, y con referencia a los elementos comunes, actúan según la mecánica normal del condominio (32).

Si hubiera que caracterizar con dos notas la propiedad horizontal, no dudaríamos en sostener que es en esta clase de propiedad en la que se recogen con mayor claridad e intensidad los dos principios predicables de toda relación dominical, a saber, la libertad del *dominus* y la vocación solidaria (33) del dominio.

Es precisamente dentro de esta caracterización de la propiedad horizontal donde debe tener asiento el departamento procomunal. Dentro de esta forma especial de copropiedad en que consiste la propiedad horizontal, el departamento procomunal constituye una especie de la misma fuertemente modalizada por su fin (34). El departamento procomunal se aparta del tipo de comunidad romana acercándose bastante a la germánica en cuanto le es inaplicable la acción de división, no existen cuotas negociables, la relación personal entre los copartícipes es base del mismo, etcétera. Sin embargo, no vemos la necesidad de encuadrar este departa-

(31) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *ob. cit.*, pág. 262.

(32) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *ob. cit.*, págs. 266 y 267.

(33) Utilizamos la expresión «solidaria» en su sentido vulgar y más usual, prescindiendo de su significado técnico, que hace de la solidaridad una subespecie de la mancomunidad en el régimen de las obligaciones.

(34) *Vid.* I Simposio sobre propiedad horizontal organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante: Tercera Comisión, *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal*. Separata. Valencia, 1973, pág. 45. La Tercera Comisión tenía como ponentes a CANO TELLO, GARRIDO CERDÁ, GOERLICH PALÁU, PÉREZ PASCUAL, SOTO BISQUERT y VERDÚ BELMONTE.

mento en uno de los tipos de propiedad mencionados. Estamos ante un supuesto de copropiedad consistente en la concurrencia de titularidades respecto de una unidad independiente de propiedad horizontal, que, amparado en la propia ley, viene configurado como tal por la voluntad de los interesados en atención a su finalidad (35).

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL

Una vez delimitado el contorno del departamento procomunal y establecida su naturaleza jurídica podemos preguntarnos por el régimen jurídico aplicable.

Hemos visto cómo al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal ha surgido una nueva figura jurídica, el departamento procomunal. La participación de los distintos propietarios del inmueble en él da lugar a un derecho real de nuevo cuño, una de cuyas características más notables hay que encontrarla en la concurrencia de los copartícipes en la titularidad del mismo. Ahora bien: la concurrencia requiere unas reglas que la ordenen, ¿de dónde las deducimos? Hemos de distinguir tres planos:

A) *Plano del ámbito normativo*

En este plano debemos abordar, si bien con brevedad, dos puntos concretos: el papel de la autonomía de la voluntad en la Ley de Propiedad Horizontal y el juego del artículo 4 de la citada disposición.

La ley presenta una ordenación jurídica de la propiedad horizontal que aspira a ser completa. No es—al menos, en principio—necesario que los otorgantes del título constitutivo creen normas que regulen sus relaciones. Una vez constituida la propiedad horizontal, las normas que a ellas se refieren entran en funcionamiento automáticamente. Estas observaciones no impiden que en muchos casos la voluntad de los particulares crea necesario adaptar la normativa legal a los intereses en juego.

La ley, en términos generales, no se opone a que la reglamentación que ofrece pueda ser completada por otra reglamentación privada. De acuerdo con el artículo 396 del Código civil serán las disposiciones legales especiales y, en lo que éstas permitan, la voluntad de los particulares, las que han de ordenar esta forma especial de propiedad. La Exposición de Motivos de la ley faculta a que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la ley. Su artículo 5 establece que «el

(35) *I Simposio sobre propiedad horizontal...*, cit., pág. 44.

título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un Estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».

Se hace, pues, necesario determinar en qué medida puede actuar la autonomía privada en el campo de la propiedad horizontal o, dicho en otros términos, hasta qué punto las normas y preceptos que regulan esta forma especial de propiedad son imperativos o dispositivos.

Parece correcto afirmar que en el ambiente de la ley se respira imperatividad. Esto no significa—advierten DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO—que los Estatutos o título constitutivo sólo puedan desviarse de la reglamentación legal en aquellos casos en que la propia ley expresamente así lo autorice. Lo que sucede es que la contraposición entre normas imperativas y dispositivas no siempre se presenta con nitidez. Son muchas las ocasiones en que los preceptos juridicoprivados se encuentran en una amplia zona intermedia de unas y otras, por lo que señalar el grado exacto de imperatividad de una norma es cuestión que habrá que decidir teniendo en cuenta distintos factores, como son la relación con otros de los cuales pueda ser complemento o consecuencia y, sobre todo, la finalidad y función a que responda la disposición legal. En todo caso, puntualizan estos autores, antes de condenar definitivamente un acto que no se adecue a lo que la ley establece, habrá que ponderar con sumo cuidado hasta qué punto contradice realmente la finalidad perseguida por aquélla y en qué medida, para alcanzar dicha finalidad, es indispensable acudir al expediente, siempre extremo, de la nulidad (36).

La Ley de Propiedad Horizontal parte de una clara distinción entre partes privativas y elementos comunes. Esta clasificación tiene carácter fundamental y no pueden los particulares prescindir de ella. Son también vinculantes los criterios legales, que sirven para definir lo privativo y lo común. Sin embargo, hay que actuar con un criterio flexible a la hora de calificar un elemento como privativo o común. Respecto de los elementos comunes, los esenciales o por naturaleza tienen imperativamente este carácter; sin embargo, los accidentales o comunes por destino entran dentro del juego de la voluntad y pueden incluirse libremente entre lo común y lo privativo (37). Es decir, que resulta perfectamente admisible que el

(36) *Ob. cit.*, págs. 238, 239 y 240.

(37) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: «Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1967, página 1246.

título constitutivo les asigne carácter de departamento privativo, de anejo, de departamento procomunal o de elemento común propiamente dicho.

Respecto de los anejos, como sostiene ESCRIVÁ DE ROMANÍ, la voluntad privada puede determinar si estos elementos, generalmente sótanos, cuartos trasteros, desvanes, etc., son anejos o accesorios de un piso o local, o bien elementos comunes o incluso ellos mismos locales o pisos independientes. Ello nos indica que en esta materia prevalece lo dispositivo sobre lo imperativo, ya que, por ejemplo, un sótano susceptible de aprovechamiento independiente y con salida propia puede ser un elemento común, un anejo de un piso o un local más (38).

En definitiva, cabe señalar que si bien la Ley de Propiedad Horizontal tiene un marcado carácter imperativo, no obstante, dentro del ámbito de sus normas tienen acogida múltiples pactos, a la par que la interpretación de sus preceptos no debe hacerse de un modo literal o excesivamente ajustado al sentido gramatical de los mismos, sino poniendo especial atención en la *ratio iuris* de la norma que se interpreta (39). En este contexto, la autonomía privada debe jugar un decisivo papel configurador de nuevas situaciones, a través de las cuales se dé cauce a intereses perfectamente lícitos y dignos de protección. Este es precisamente el caso de la figura que nos ocupa.

Pero vayamos al segundo punto que, dentro del ámbito normativo, nos hemos propuesto considerar, el artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal. Esta norma legal, que con anterioridad hemos transcrito (40), encierra tres importantes principios:

- La indivisión es consustancial a la propiedad horizontal.
- Cabe la división si ésta se lleva a cabo por cada uno de los propietarios sobre sus respectivos pisos o locales.
- La indivisión del piso o local se mantendrá siempre y cuando haya sido establecida voluntariamente en interés de todos los propietarios.

El departamento procomunal tiene cabida en la última parte del artículo 4. La norma, no obstante resultar ocasional e incluso insuficiente, aporta, a nuestro juicio, los datos necesarios para la construcción doctrinal de esta figura.

Este precepto nos habla de un piso o local, es decir, se trata de una unidad de la propiedad horizontal que si bien objetivamente puede ser considerada como elemento privativo, la voluntad de los propietarios la

(38) *Ob. cit.*, pág. 1244.

(39) ESCRIVÁ DE ROMANÍ: *Lo imperativo y lo dispositivo.... cit.*, pág. 1261.

(40) *Supra*, núm. 11.

configura como procomunal. En consecuencia, el departamento procomunal deberá ser descrito en el título constitutivo, a la vez que se le asigna cuota de participación con relación al valor total del inmueble.

El departamento se configura en situación de comunidad de varios titulares. Respecto de esta cuestión se han suscitado múltiples problemas (41), de los que tal vez el más interesante resulte el relativo a si el departamento procomunal debe pertenecer necesariamente a todos los titulares de elementos privativos en el edificio o basta con que lo sea de algunos de ellos. A nuestro entender, no hay obstáculo legal para que los cotitulares del departamento no sean todos los del inmueble (42). Cuando el artículo 4 de la ley se refiere a «todos los propietarios», está aludiendo a todos los propietarios *pro indiviso* del piso o local mencionado con anterioridad, es decir, a los que sean propietarios del departamento procomunal, con independencia de que sean todos los copropietarios del edificio o sólo parte de ellos (43).

B) *Plano de la aplicación*

Es precisamente en el plano de la aplicación de las normas en el que la concurrencia de derechos a que da lugar el departamento procomunal debe quedar sometida a los correctivos establecidos por la propia ley, a fin de que esta concurrencia resulte equitativa.

La actuación de los cotitulares del departamento procomunal debe estar guiada por los principios de buena fe y adecuado uso de su derecho, semejantes a los que para otras materias establece el Código civil (44). No es difícil encontrar en la Ley de Propiedad Horizontal reglas que pretenden facilitar la convivencia a la que aluden la Exposición de Motivos y el artículo 6 del texto legal: el propietario no puede con su actuación perjudicar los derechos de otro propietario (art. 7, párrafo 1.º); al propietario le está prohibida la realización de actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7, párrafo 3.º), etc. En esta misma

(41) Se ha discutido si pueden ser extraños al edificio propietarios del departamento procomunal; si el derecho de los titulares ha de ser de dominio o puede ser simplemente de uso: la relación proporcional entre la titularidad de la parte privativa y la procomunal, etc. Una exposición detallada de todas estas cuestiones puede encontrarse en SAPENA: *Naturaleza y disposición*, cit., págs. 33 y ss.; I Simposio sobre propiedad horizontal: *Los elementos objetivos*, cit., págs. 41 y ss.

(42) Sostienen una postura contraria: MONET y ANTÓN, *Problemas de técnica notarial...*, cit., pág. 260; VENTURA TRAVESET y GONZÁLEZ, *Derecho de propiedad horizontal...*, cit., págs. 142, en nota 1, y 143.

(43) Esta tesis ha sido mantenida por SAPENA, *Naturaleza y disposición...*, citado, pág. 94; CANO, GARRIDO, GOERLICH, PÉREZ PASCUAL, SOTO y VERDÚ, *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal...*, cit., pág. 42.

(44) Pueden consultarse a este fin los artículos 594, 1.258 y 1.316 del Código civil, entre otros.

línea, el artículo 9 de la ley establece como una más de las obligaciones del propietario observar la diligencia debida no sólo en el uso del inmueble, sino incluso en sus relaciones con los restantes titulares.

Puede decirse, en definitiva, que para la figura que estamos estudiando rigen plenamente todas las normas que a lo largo de la Ley de Propiedad Horizontal conllevan un criterio ordenador de la convivencia entre los distintos titulares.

C) *Plano de la investigación integradora*

Más allá de la actividad propiamente interpretativa—se lee en la Exposición que precede al texto articulado del nuevo Título Preliminar del Código civil—figuran la analogía y el derecho supletorio. Tanto una como otro han de cumplir aquí su cometido, si bien el Código civil, excepción hecha del artículo 396, como derecho supletorio, será utilizado en muy última instancia.

La analogía, que no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, va a desempeñar un importante papel en el régimen del departamento procomunal, en virtud de la escasa regulación que del mismo hace la ley. Esta parquedad legal quedará salvada por la aplicación analógica de los criterios que dimanen de la ley y de los supuestos en ella configurados.

Si la titularidad del departamento procomunal está inserta dentro de la total propiedad horizontal del edificio, lógicamente deberá aplicarse a aquél la ley que configura ésta. Dado que el departamento procomunal es un departamento independiente, le serán de aplicación a cada titular las mismas normas de su derecho sobre su local privativo, siempre, por supuesto, en consonancia con el propio carácter y finalidad de aquél. La regulación de los acuerdos en la Ley de Propiedad Horizontal queda referida a la Junta de propietarios, por lo que con un criterio analógico resulta más procedente aplicar esta normativa a las decisiones sobre el departamento procomunal que las del Código civil, pensadas para una comunidad esencialmente diferente (45). Respecto a la existencia de derechos de tanteo y retracto, sabido es que la Ley de Propiedad Horizontal, en la redacción que ofrece del artículo 396, excluye estos derechos de adquisición preferente en caso de enajenación de un piso o local; si a esto añadimos que el derecho del titular en el departamento procomunal es real y va unido al de propiedad del piso o local privativo, la orientación

(45) Este es el criterio adoptado por la Tercera Comisión, que tuvo a su cargo la ponencia sobre *Los elementos objetivos de la propiedad horizontal* en el I Simposio que sobre ésta se celebró en Valencia. *Vid. ob. cit.*, pág. 47.

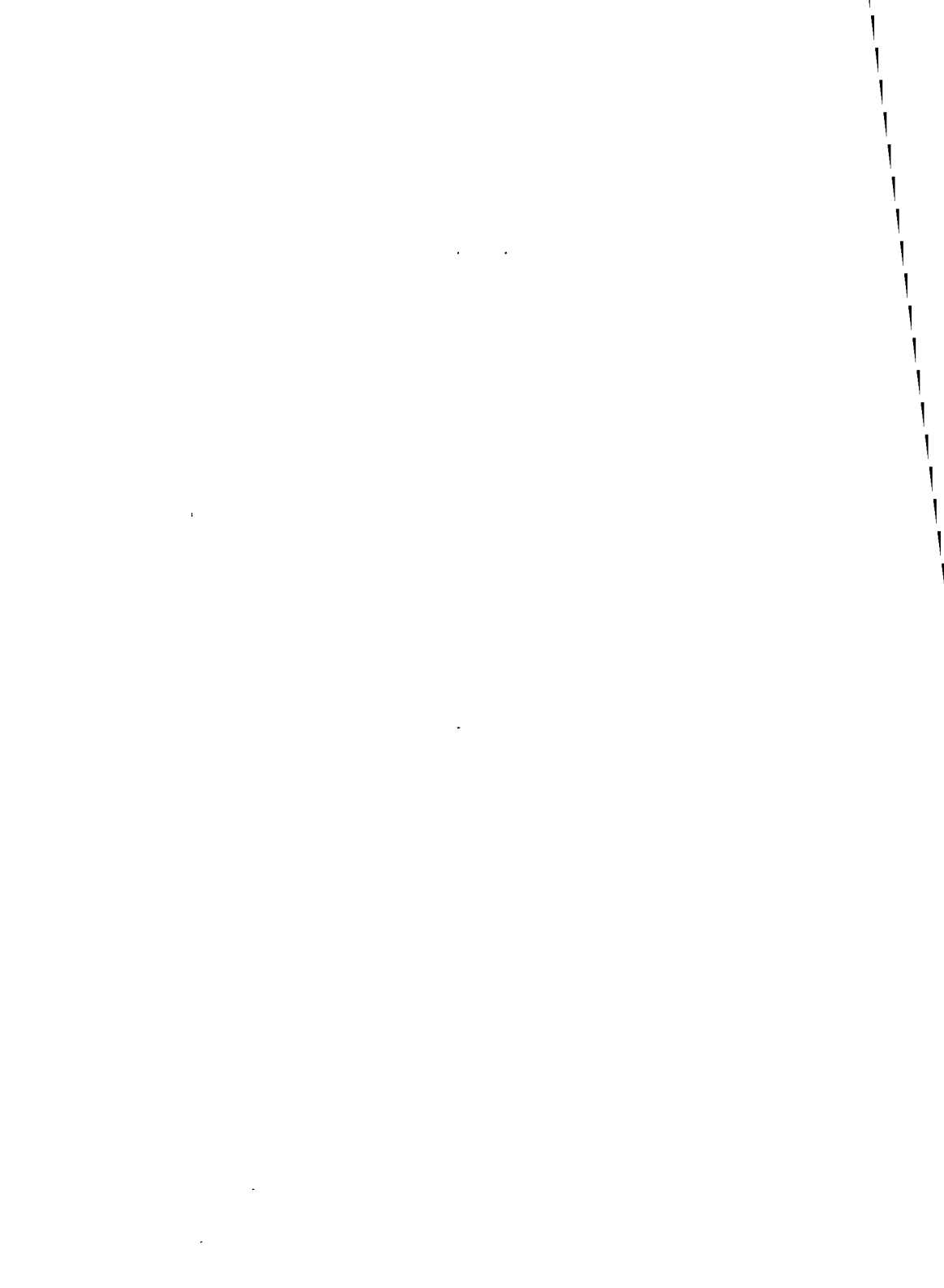
de la ley y la naturaleza de la titularidad del departamento procomunal abogan por la no aplicación de tales derechos.

Estas y otras muchas cuestiones que se puedan plantear deberán resolverse con el criterio expuesto. Podemos afirmar, para concluir, que en el plano de la investigación analógica se deberá deducir de la propia ley los principios que no aparezcan perfectamente formulados, sin perjuicio de acudir, como último recurso, al Código civil por su carácter supletorio general y en cuanto no contradiga la naturaleza y fundamento propios de esta institución.

ENRIQUE RUBIO

Profesor adjunto de Derecho Civil
de la Universidad de Navarra

JURISPRUDENCIA



Resoluciones y sentencias

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

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

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

5. HABIÉNDOSE SEGUIDO DOS PROCEDIMIENTOS DE APREMIO—UNO ADMINISTRATIVO Y OTRO JUDICIAL—CONTRA EL MISMO TITULAR REGISTRAL, Y ADJUDICADA DOS VECES LA FINCA EMBARGADA, EN UN CASO A FAVOR DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y EN OTRO A FAVOR DEL ESTADO, NO ES INSCRIBIBLE EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES A LA EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE CARGAS LIBRADAS EN EL JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO POR EL ACREEDOR HIPOTECARIO SI LA FINCA APARECE YA INSCRITA A FAVOR DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO CORRESPONDIENTE, Y SI LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA ES ANTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO A FAVOR DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.

Resolución de 22 de noviembre de 1974 (B. O. del E. de 5 de diciembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—En los autos de juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Ecija, con el número 64/1967, a instancia del Banco Español de Crédito, sucursal de Ecija, contra los cónyuges don Emilio Morente Reyes y doña Josefa Carmona Sánchez, aparece que éstos re-

conocieron deber al Banco un millón ochocientos seis mil ciento veintiocho pesetas, que se obligaron a devolver solidariamente en tres plazos con los intereses y gastos correspondientes, constituyendo una hipoteca voluntaria sobre varias fincas urbanas, y aceptando el Banco, en escritura otorgada en Madrid ante el Notario don Alfonso de Miguel, el reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca otorgada unilateralmente por los cónyuges; que los deudores no abonaron en su día las cantidades convenidas; que por auto de 13 de septiembre de 1967 se acordó despachar mandamiento de ejecución contra los bienes del citado matrimonio requiriéndoles al pago, y de no efectuarlo procediendo al embargo; que el 3 de octubre de 1967 se procedió por el Juzgado al embargo de varias fincas, entre las que figura una casa situada en la avenida de Portugal, antes Cruz Verde y Colón, de esta ciudad de Ecija, número 23 antiguo y 37 moderno, con una superficie de 216 metros y 90 milímetros cuadrados; que en cumplimiento de lo anterior, y por providencia de 6 de octubre de 1967, se acordó librar mandamiento al Registro de la Propiedad para que tenga lugar la anotación preventiva de embargo de los bienes referidos, siendo declarados en rebeldía los demandados; que posteriormente se adicionó el anterior mandamiento, haciéndose constar que el crédito base de esta ejecución a favor del Banco Español de Crédito está garantizado con hipotecas, y que los bienes hipotecados son los mismos que han sido embargados; que el 13 de diciembre del mismo año el Registrador de la Propiedad, en cumplimiento de un mandamiento judicial, expidió certificación comprensiva de los gravámenes a que están afectas las fincas señaladas, embargadas a los deudores, en la que aparece que la finca señalada anteriormente, situada en la avenida de Portugal, número 37 moderno, aparece gravada con las siguientes cargas: primera, con un embargo a favor de la Hacienda Pública, decretado en expediente de apremio que instruye la recaudación de contribuciones de esta zona contra don Emilio Morente Reyes y su esposa, por el concepto de urbanas, impuesto industrial, cuota de beneficios y tráfico de empresas, en los años 1965 y 1966, por la que fue embargada esta finca y dos más; tercera, con el embargo a favor del Banco Español de Crédito que queda descrito; que por su providencia de 14 de febrero de 1970 se acordó sacar a subasta los bienes embargados, siendo adjudicados al Banco Español de Crédito; que en la escritura de venta, autorizada por el Notario don Juan García Vargas con el número 481 de su protocolo, el día 12 de mayo de 1971, se dio posesión de dichos bienes a la citada Entidad bancaria; que a solicitud del ejecutante, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79, 2.º, y regla 17 del 131 de la Ley Hipotecaria, así como en los artículos 175, regla 2.º, y 206, 2.º, de su Reglamento, el señor Juez decretó la cancelación total de las inscripciones de hipoteca y anotaciones de crédito o derechos no preferentes con que aparecían las fincas citadas, librando mandamiento en tal sentido al señor Registrador de la Propiedad.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: «Practicadas, con la excepción que se dirá, las cancelaciones que se ordenan en el precedente mandamiento, a los tomos, libros, folios, fincas e inscripciones que se fijan en los cajetines puestos al margen de la descripción de cargas a cancelar. Denegada la cancelación que se ordena en el número sexto, por lo que respecta a las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas, en razón a los siguientes argumentos: primero, de la inscripción 16 de la finca número 2.165, o sea, una casa situada en la calle Rosales, número 24; de la inscripción séptima de la finca número 2.166, o sea, una casa situada en igual calle, número 22; de la inscripción sexta de la finca número 5.150, o sea, un pedazo de terreno, hoy solar, en la avenida de Portugal, sin número; de la inscripción sexta de la finca número 3.343, o sea, una parcela de terreno sobrante de la vía pública,

hoy casa sin número en la misma avenida de Portugal; porque las mismas fueron practicadas a favor del 'Banco Español de Crédito, S. A.', en virtud de escritura pública otorgada de oficio por razón del procedimiento que motiva el mandamiento ahora presentado y, por tanto, no obstante los términos amplios y sin exclusión del número sexto calificado, no caben estén las mismas incluidas en el mismo, ya que ello equivaldría a ir en contra de actos propios ya consolidados; segundo, respecto de la inscripción 19 de la finca número 948, o sea, una casa situada en la avenida de Portugal, número 37, por figurar inscrita a nombre del Estado, con fecha 20 de julio de 1970, en virtud de expediente de apremio seguido por la recaudación de contribuciones de esta zona en providencia dictada el 27 de marzo de 1967, porque: a) Dicha inscripción se practicó a favor del Estado con antecedente en la anotación preventiva de embargo letra B, de fecha 8 de abril de 1967, la cual es anterior y, por tanto, preferente a la anotación preventiva de embargo letra C, practicada a favor del 'Banco Español de Crédito, S. A.', que motivó la ejecución y consiguiente escritura de venta a favor de dicho Banco. b) No resulta que el procedimiento fuera notificado oportunamente a la representación del Estado, requisito éste esencial, ya que tal anotación era, entre otros conceptos, por débitos de contribución urbana, y tiene el carácter de crédito singularmente privilegiado y, por tanto, garantizado con hipoteca legal, notificación preceptiva con arreglo al artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) Siendo la inscripción a favor del Estado motivada por ejecución de crédito singularmente privilegiado, el mismo es preferente incluso a la hipoteca a favor de Banesto, origen, en vía ejecutiva, del mandamiento ahora presentado y, por tanto, es totalmente improcedente la cancelación que se ordena, en vista de los artículos 1.923 del Código civil y concordantes de la Ley y Reglamento Hipotecario, rectamente interpretado por la fundamental resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1939.»

El Procurador que actuaba en representación del Banco Español de Crédito, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que sólo se recurre contra el apartado segundo de la nota, concretamente respecto a la inscripción 19 de la finca 948 de la casa situada en la avenida de Portugal, 37, de Ecija; que si bien la inscripción de dominio de dicha finca a favor del Estado se practicó en función de la nota preventiva de embargo de fecha 8 de abril de 1967, siendo, por tanto, anterior a la anotación preventiva de embargo del Banco, el señor Registrador no tiene en cuenta que el crédito base de la ejecución se encontraba garantizado con hipoteca de 31 de octubre de 1963, y que, por tanto, los bienes embargados eran los mismos que los hipotecados; que para asegurar el Estado la percepción de los impuestos, los artículos 37 y 38 del vigente Estatuto de Recaudación y el referido artículo 194 de la Ley Hipotecaria establecen una prelación a favor de la Hacienda Pública, para el cobro de la última anualidad corriente y de la última vencida, de las contribuciones que recaigan directamente sobre los inmuebles en concurrencia con cualesquiera otros acreedores o terceros adquirentes, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, pero cuando se trate de anualidades anteriores o de otras contribuciones o impuestos asegurados con hipoteca legal expresa, no afectarán a quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad; que el expediente administrativo se siguió por débitos no sólo de contribución urbana, preferente respecto a terceros, sino por otros débitos, como tráfico de empresas, cuota por beneficios y contribución industrial, que no deben gozar de la misma preferencia, y que, aunque el procedimiento administrativo terminó con la adjudicación de la finca al Estado, tal adjudicación no debe ser utilizada para eludir el cumplimiento de las obligaciones anteriores del deudor, garantizadas con un derecho real de hipoteca en fase de ejecución; que ejecutado el crédito hipotecario que figura como

preferente en la certificación de cargas de las fincas adjudicadas al Banco, procede, de acuerdo con el artículo 113, número 17, de la Ley Hipotecaria, así como los artículos 175 y 206 del Reglamento Hipotecario, la cancelación de todas las inscripciones posteriores a la de la hipoteca; que siempre quedará a salvo el derecho de la Administración para el ejercicio de las acciones civiles o administrativas que hagan efectivo el crédito preferente que dio lugar al expediente, y que el segundo motivo de la nota del señor Registrador, letra B del apartado segundo, incurre en un contrasentido, pues el citado artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a las segundas o posteriores hipotecas, como razón de equidad, para que puedan nombrar peritos e intervenir en el evalúo, a fin de que puedan cobrar, si sobra alguna cantidad en el remate, razón por la cual deben ser notificados, pero que en un crédito preferente no existen estos motivos.

El Registrador informó que mantenía en todos sus extremos la nota recurrida; que es indudable que la anotación preventiva a favor del Estado es de fecha anterior a la practicada a favor de Banesto, siendo inexacta la afirmación del recurrente que estima la preferencia de su representado por tratarse de la ejecución de una hipoteca de fecha 31 de octubre de 1963, ya que los bienes embargados eran los mismos hipotecados; que hay que tener en cuenta que para el cobro de sus créditos el acreedor hipotecario, aparte de los procedimientos estrictamente hipotecarios, goza de la acción personal dimanante del crédito mismo, la cual podrá ejercitar, bien en el procedimiento ordinario que corresponda según cuantía, bien en procedimiento ejecutivo si el crédito reclamado lleva aparejada ejecución; que en el caso presente resulta claro que lo que se ejercita es la acción personal y no la hipotecaria, al decirse textualmente: «Así resulta de un mandamiento que por duplicado se expidió en esta población con igual fecha que aquella providencia por el Juez, y refrenda el Secretario, haciendo constar que lo reclamado en el procedimiento tiene su origen en la escritura de crédito hipotecario, a que se refiere la anterior inscripción 15 y nota puesta a su margen...», lo cual equivale a afirmar que no se está procediendo a la ejecución de una hipoteca, sino a un crédito personal que es el mismo que figura garantizado con la hipoteca a favor de Banesto; que por ello no cabe alegar la preferencia de la misma sobre el crédito a favor de la Hacienda Pública; que en cuanto a la falta de notificación del Estado, no olvida el informante que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1903 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de noviembre de 1912 determinaron que no se hallan en el supuesto del artículo 1.440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los que hubieren obtenido una anotación o embargo preventivo en su calidad de acreedores personales; pero que hay que tener en cuenta que aquí el Estado no es un mero acreedor personal, sino que mediante la anotación preventiva está haciendo saber a todos que ha puesto en movimiento toda una hipoteca legal privilegiada, por lo cual se impone la notificación del citado artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la inscripción a favor del Estado se ha practicado en virtud de ejecución de crédito que goza de la llamada hipoteca legal, como es el procedente de la contribución urbana, siendo indiferente que al mismo tiempo se ejecutaran otros créditos a favor del Estado por razones de contribuciones e impuestos que no gozan de tal hipoteca legal; que la existencia de un solo impuesto que goce de la hipoteca legal es suficiente para prejuzgar la denegación de la cancelación solicitada, y así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 1939, al resolver un caso similar, determinó que «no es inscribible el auto de adjudicación de un inmueble dictado en procedimiento judicial sumario para hacer efectivo el crédito garantizado hipotecariamente, si dicho inmueble figura inscrito a favor del Estado en virtud de adjudicación acordada

en procedimiento de apremio administrativo seguido para hacer efectivos débitos por los conceptos de urbana, utilidades e industrial, en el cual del embargo decretado se había tomado anotación a favor del Estado con anterioridad a la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de cargas»; que el Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, en su artículo 130, 2.º, 1.º, establece que: «La Hacienda tiene derecho de absoluta preferencia para el cobro de la anualidad corriente al ser inscrito el derecho hipotecario... y el de la última vencida..., cualquiera que fuera la fecha de tal inscripción», y en el párrafo 2.º, 4.º, del mismo artículo: «Todos los descubiertos por devengos posteriores a la anualidad corriente o en que tuvo lugar la inscripción del derecho hipotecario tienen el carácter de débitos ordinarios o regulares y, por tanto, serán responsables de ellos: El acreedor hipotecario, si en defecto del deudor o sus causahabientes deseara hacer uso de su derecho a librar la finca...», y que ni de los documentos presentados ni del Registro resulta que Banesto haya hecho uso del derecho a librar la finca mediante el pago de las anualidades adeudadas, por lo que hay que deducir que la cancelación denegada sólo hubiera podido practicarse si se hubiera acreditado que en tiempo y forma la parte recurrente liberó la finca mediante el pago de las cantidades que por razón de la misma se adeudaban a la Hacienda Pública.

El Juez que intervino en el procedimiento informó: Que no hay duda que la anotación preventiva de embargo a favor del Estado es anterior y, por tanto, preferente a la anotación preventiva de embargo a favor del Banco Español de Crédito, pero lo que no resulta del Registro es que sea esta segunda anotación la que motivó la posterior ejecución y consiguiente escritura de venta a favor de dicho Banco, como hace constar el Registrador en su nota y explica en el informe, antes bien lo que resulta del Registro es todo lo contrario, es decir, que este concreto inmueble queda especialmente afectado, en virtud del embargo, a la satisfacción del mismo crédito, de tal modo que lo que consta en la anotación preventiva extensa pone en relación dicha anotación con la inscripción de hipoteca; que era necesario hacerlo constar así, ya que habiendo optado el acreedor hipotecario por la vía procesal del juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil era preceptivo el embargo, según el artículo 1.447 de esta ley, y su anotación en el Registro de la Propiedad, a tenor del artículo 1.453 de la misma y artículo 43 de la Ley Hipotecaria; que por ello se hizo constar en la anotación preventiva de embargo que «lo reclamado en el procedimiento tiene su origen en la escritura de crédito hipotecario a que se refiere la anterior inscripción 15 y nota puesta al margen»; que si del Registro resulta que el crédito era el mismo, así como el bien hipotecado y embargado, idéntico el deudor y el propietario hipotecante, que a su vez coincide con el ejecutado, no hay base registral alguna para decidir que lo que se ejercita es la acción personal; que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone la notificación del procedimiento sólo a los titulares de segundas o posteriores hipotecas, y en esta situación no se encuentra el Estado, cualquiera que sea el contenido que se asigne a la anotación preventiva de embargo a favor del mismo; que si la preferencia debe establecerse entre la inscripción de hipoteca y la anotación preventiva de embargo a favor del Estado, no hay duda de que aquélla, por ser anterior a ésta, goza de superior rango; que la posible preferencia de la anotación preventiva sobre la inscripción de hipoteca sólo puede derivar de la naturaleza del crédito que se garantiza mediante el embargo, es decir, que se trate del crédito singularmente privilegiado, a que se refiere el primer párrafo del artículo 194 de la Ley Hipotecaria y artículo 271 de su Reglamento, y de la anotación preventiva de embargo no resulta que se estaba ejecutando un crédito que reuniera los requisitos exigidos por tales preceptos, y que del Registro de la Propiedad no aparece la preferencia indudable del crédito del Estado, ni en su totalidad ni en parte, respecto

al crédito hipotecario, por lo cual se entiende que la situación debe resolverse a favor del acreedor hipotecario, que es el único cuya situación registral está clara, sin perjuicio de que el Estado obtenga la satisfacción de su crédito mediante el ejercicio de las acciones correspondientes.

Remitido el expediente para informe a la Delegación Provincial de Hacienda, el Abogado del Estado informó que un hecho importante, desconocido por el señor Registrador al evacuar su informe, era que Banesto había satisfecho los créditos tributarios preferentes, según consta en el expediente administrativo, y que era muy difícil distinguir entre acción personal y acción real cuando coinciden deudor y propietario de finca hipotecada.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, por razones análogas a las expuestas por el recurrente, y la Dirección General revoca el auto apelado y confirma la nota del Registrador fundándose en la siguiente doctrina (1):

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Considerando que en este expediente habrá de resolverse la cuestión tal como aparece planteada en el momento de la interposición del recurso sin que puedan tomarse en cuenta, de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, motivaciones posteriores, como es la unión del expediente de anulación de adjudicación de la finca discutida al Estado, del que no ha tenido conocimiento el Registrador al extender la calificación.

Considerando que seguidos dos procedimientos de apremio—judicial uno y administrativo el otro—contra el mismo titular registral, se ha producido una doble adjudicación de la finca embargada, en un caso a favor del acreedor hipotecario, y en el otro a favor del Estado, que ha inscrito ya su adquisición, y sin que la cuestión discutida pueda centrarse exclusivamente en el principio de prioridad, al afectar a problemas más complejos, puestos de manifiesto en los respectivos informes de los interesados.

Considerando que los hechos a destacar en el presente expediente son los siguientes: 1) En 31 de octubre de 1963 se inscribe la hipoteca constituida por los deudores a favor del acreedor hipotecario, que es el Banco Español de Crédito; 2) En 8 de abril de 1967 se anota el embargo a favor de la Hacienda Pública por una serie de contribuciones no satisfechas; 3) En 6 de octubre de 1967 se anota el embargo a favor del acreedor hipotecario, que ha iniciado el juicio ejecutivo regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil ante la falta de pago de su crédito hipotecario; 4) En 13 de diciembre de 1967 se expide la certificación de cargas a que hace referencia el artículo 1.489 de dicha Ley, en donde se hace constar, por orden cronológico, la existencia de la hipoteca a favor del Banco, el embargo a favor de la Hacienda Pública y el último embargo a favor del Banco; 5) En 20 de julio de 1970 se practica la inscripción de dominio a favor del Estado, como consecuencia del procedimiento de apremio, y 6) En 12 de mayo de 1971 se autoriza por el Juez, en nombre de los deudores rebeldes, la escritura de compraventa al Banco Español de Crédito.

Considerando que no sólo disposiciones legales sustantivas, sino también procesales y administrativas, y no siempre concordes, regulan el complejo asunto discutido, en donde destacan como puntos claves a examinar el de la naturaleza privilegiada o no de los créditos a favor de la Hacienda Pública y el derivado de la circunstancia de haber optado el acreedor hipotecario, para hacer efectivo el cobro de su crédito, entre los varios posibles, por el procedimiento de apremio regulado en los artículos 1.481 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(1) Vistos los artículos 1.923 del Código civil, 1.489, 1.490 y 1.491 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 17, 20, 168 y 194 de la Ley Hipotecaria, 271 del Reglamento para su ejecución, 130 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948; las sentencias de 30 de mayo de 1903 y 12 de noviembre de 1934, y las Resoluciones de este Centro de 23 de noviembre de 1912, 2 de noviembre de 1948, 29 de enero de 1955, 25 de marzo de 1959 y 20 de enero de 1960.

Considerando que el Estado goza, con arreglo a los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 130 del Estatuto de Recaudación de 1948—en vigor en el momento en que sucedieron los hechos—, una preferencia sobre los bienes de los contribuyentes para el cobro de los impuestos, que tiene el carácter de hipoteca legal y anterior a todas las otras que pudieran existir, aunque estén ya inscritas, siempre que se refiera al importe de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones que directa e individualmente recaen sobre los inmuebles, pero no respecto de créditos que no ostenten esa cualidad, ya que entonces la prelación no afectará a quienes hubiesen inscrito su derecho con anterioridad a la inscripción de la referida garantía.

Considerando que en el caso examinado no se trata exclusivamente de un crédito singularmente privilegiado con la hipoteca preferente a que se refiere el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, pues junto al mismo se han englobado otros créditos que carecen de tal privilegio, sin que se hayan delimitado con claridad los límites de una y otra garantía, por lo que, en principio, no parece que deba extenderse a la totalidad una preferencia que sólo corresponde a una parte, con la ineludible consecuencia de extinguir una hipoteca anterior no preferente y que de no ser por aquella circunstancia, según las disposiciones hipotecarias vigentes, debería de subsistir.

Considerando que en el procedimiento judicial sumario, en la regla quinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ordena la notificación de la existencia del procedimiento a todos los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, que garantiza el crédito del actor y antes de la expedición de la certificación registral de cargas, con lo que se logra que todos los interesados tengan conocimiento de la situación y puedan defender sus intereses, incluso mediante el pago y subsiguiente subrogación en los derechos del acreedor.

Considerando que, por el contrario, el procedimiento del juicio ejecutivo no contiene una norma similar a la regla quinta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria antes indicada, ya que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo ordena la notificación a los acreedores de segundas y posteriores hipotecas, sin que se hallen comprendidos aquellos que hubiesen obtenido anotación de embargo, y por ello seguramente en el caso concreto de este expediente no se hizo la notificación al titular de la misma, que era la Hacienda Pública, aunque singularmente privilegiado con carácter de hipoteca tácita pudiera entenderse incluido, a efectos de la notificación, dentro de la norma legal, todo lo cual ha motivado que al no tener conocimiento de la existencia de la ejecución, no interviniera en defensa de sus intereses en la forma señalada en los artículos 1.490 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que de todo lo expuesto, y teniendo, además, en cuenta que la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda Pública es anterior a la fecha de la anotación de embargo realizada a favor del acreedor hipotecario y a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas en el procedimiento ejecutivo; que el acreedor hipotecario tuvo conocimiento de la existencia del procedimiento de apremio administrativo, por habérselo notificado, según resulta del expediente, y que realizada correctamente la inscripción a favor del Estado, no cabe en la forma planteada, que en el recurso gubernativo puede ser modificada la situación existente, sin perjuicio de las acciones judiciales o administrativas que los interesados pueden ejercitar, o de que por la presentación en regla de nuevos documentos, como los anunciados por el Abogado del Estado en su informe, se proceda a una nueva calificación.

6. ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE VENTA DE UNA FINCA OTORGADA POR LA REPRESENTACIÓN DE UNA SOCIEDAD Y LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN LIQUIDADORA NOMBRADA EN EL CONVENIO CELEBRADO EN LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DE LA MISMA, AUNQUE NO SE JUSTIFIQUE SI EL CONVENIO SE ESTABA CUMPLIENDO O NO, PUES SI BIEN ÉSTE REQUERÍA DISTINTOS REQUISITOS PARA LA DISPOSICIÓN EN CADA CASO, EN DEFINITIVA, CON AQUELLA DOBLE COMPARECENCIA SE CUMPLÍAN LOS ESTABLECIDOS PARA AMBOS.

Resolución de 27 de noviembre de 1974 (B. O. del E. de 17 de diciembre).

Antecedentes de hecho.—El 24 de agosto de 1973 la «Sociedad Anónima Franco Española de Nutrición Animal» (SAFENA) vendió a «García Gallego, S. A.», en escritura pública autorizada por el Notario de Sevilla don José Bono Huerta una fábrica de piensos y material industrial de su propiedad. Esta transmisión la efectuó SAFENA, de acuerdo con la Comisión Liquidadora nombrada en el convenio de suspensión de pagos existente entre aquella, cuando se denominaba «Pienso Reyga, S. A.», y sus acreedores, aprobado por auto del Juez de Primera Instancia de Carmona con fecha 9 de diciembre de 1970. Dicho acuerdo, plasmado en documento de 18 de agosto de 1973, fue adoptado por los respectivos representantes de los miembros de la Comisión Liquidadora inscrita en el Registro Mercantil. La referida Comisión Liquidadora, dada la difícil situación económica de SAFENA, acordó, de conformidad con sus acreedores y con la Entidad suspensa, la venta de los bienes realizables, entre los que se encontraba la fábrica de piensos y maquinaria, que fueron vendidos al mejor postor; en el citado convenio de suspensión de pagos aparecen, entre otros, los siguientes acuerdos:

«Quinto.—No cumplidos por 'Pienso Reyga, S. A.', algunos de los plazos, porcentajes y moratorias que se determinan en los apartados precedentes, habrá lugar a la venta de sus bienes, en cuanto fuere preciso hasta completar el pago de los créditos pendientes, con arreglo a las siguientes normas:

1. Nombramiento de una Comisión Liquidadora, compuesta de tres miembros designados entre los acreedores, y otros tres sustitutos para los casos de renuncia, ausencia, incapacidad, imposibilidad o cualquier otro motivo de los primeramente designados.

2. El período de liquidación se abrirá automáticamente desde el momento en que el incumplimiento se produzca, bastando para ello que la Comisión designada notifique por conducto notarial a la Entidad deudora que inicia el desempeño de sus funciones.

Sin embargo, cuando sólo quedan pendientes de pago los porcentajes correspondientes a los créditos particulares que se posponen, pertenecientes a don Rafael Rodríguez Fernández y 'Sarb Española, S. A.', la Comisión no comenzará sus funciones ni se entrará en período de liquidación hasta que reciba notificación de los titulares de dichos créditos, cursada notarialmente, comunicando su decisión en ese sentido.

3. Recibida la notificación por la Comisión Liquidadora, deberá la Entidad suspensa, en el plazo de los siguientes cinco días hábiles, ponerse al corriente en el pago de las sumas pendientes o proceder al otorgamiento de poder notarial irrevocable a favor de los miembros de la Comisión, bastante para que dos de ellos, actuando mancomunadamente, puedan enajenar a título oneroso los bienes muebles e inmuebles de la Sociedad. Transcurrido este plazo sin que la Entidad suspensa verifique el pago o lleve a cabo el apoderamiento de que se habla en el apartado anterior, se considerará incumplido el convenio y quedarán los acreedores en libertad de ejercitar las acciones que conjunta o separadamente les competan.

4. La Comisión Liquidadora tendrá las más amplias facultades para la venta de los bienes de la Sociedad, sin otras limitaciones que las siguientes:

a) Sólo en último lugar procederá a la enajenación de la fábrica, sita en Carmona, carretera de Alcalá, kilómetro 2,2.

b) En todo caso, notificará a la Entidad deudora el precio y condiciones de la operación proyectada, concediéndole un plazo no inferior a un mes para que ésta presente un comprador que mejore la oferta.

Efectuada la venta de cualquiera de los bienes, los titulares de los créditos que hayan instado reclamación ejecutiva y trabado embargo sobre ellos, se obligan a proceder a su cancelación a costa de los deudores, especialmente si se tratase de anotaciones preventivas sobre bienes inmuebles, prestando desde ahora su consentimiento a dicha cancelación, y respondiendo de los daños y perjuicios que puedan originarse a la Entidad deudora o a los acreedores si, llegado ese momento y requerido por uno u otros, no prestase la actividad jurídica necesaria al efecto.

5. Las cantidades que obtengan con la venta de los bienes serán distribuidas por la Comisión Liquidadora proporcionalmente a la cuantía inicial de los créditos, comenzando por los preferentes y las costas, debiendo la Comisión abrir una cuenta corriente de una Entidad bancaria, cuya disposición será mancomunada mediante la firma de dos de sus miembros.

La distribución de dichas sumas deberá efectuarla la Comisión en el plazo de quince días, a partir del momento en que obre en su poder.

6. La Comisión podrá decidir en cada caso sobre la conveniencia de que los documentos, públicos y privados, de venta se otorguen directamente por la Entidad deudora, quedando ésta desde ahora obligada a prestar su consentimiento y firma.

7. La Comisión Liquidadora sólo se entenderá válidamente constituida para adoptar sus acuerdos cuando concurran a ella la totalidad de sus miembros.

Los acuerdos deberán adoptarse por unanimidad, pudiendo delegarse en otro miembro de la Comisión la asistencia a cada una de las reuniones que se celebren.

La Comisión celebrará reuniones periódicas bimestrales, en el domicilio de la Sociedad suspensa o en cualquier otro que designen sus miembros.

Los acuerdos adoptados por la Comisión se recogerán en un libro de actas, que serán firmados por los asistentes en la propia reunión o en la siguiente.

8. El miembro de la Comisión que deje de asistir, por sí o por delegado, a dos reuniones consecutivas o cuatro alternas cesará como tal, ocupando su lugar el primero de los designados como sustitutos.

9. Podrá la Comisión asesorarse de profesionales del Derecho y Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y realizar la publicidad que estimare conveniente para el éxito de su misión, siendo a cargo de la Sociedad deudora los gastos que con ello se originen.

10. Los miembros de la Comisión percibirán por su gestión liquidadora el 1 por 100 sobre el producto bruto de los bienes cuya venta realice, dividiéndose entre los mismos por iguales partes la cantidad así obtenida.

11. Sin perjuicio de las facultades expresadas en orden a la liquidación de los bienes sociales, compete también a la Comisión el decidir las reclamaciones de los acreedores respecto a la Sociedad o de ésta frente a aquéllos en orden a la cuantía y naturaleza de los créditos sometidos a discusión o que deriven de las vicisitudes futuras de las relaciones crediticias actualmente vigentes.

A este respecto, la Comisión examinará las pruebas que le fueren presentadas por ambas partes, y ponderará las alegaciones que se le hicieren, resolviendo la mayoría de votos de sus miembros, y con carácter firme y definitivo, la cuestión de que se tratare.

Será aplicable a ello, si alguna de las partes lo pidiere, la Ley de Arbitraje, considerándose desde ahora designados como árbitros de equidad los comisionados, señalándose un plazo de treinta días para otorgar la escritura de compromiso, ante el señor Notario Decano de Sevilla, contados a partir desde el momento que cualquiera de las partes requiera a la otra notarialmente.

Sexto.—Durante el período de cumplimiento del convenio podrá la Entidad deudora, sin intervención de la Comisión designada, proceder a la venta de los bienes sociales, con entera libertad de precio y condiciones, pero deberá destinar su importe al pago de los créditos, con cargo a la anualidad corriente y sucesivas, si excediese de la primera.

La presente disposición no se aplicará a la fábrica, sita en el kilómetro 2,5 de la carretera de Alcalá, necesitando para su venta consentimiento de la Comisión Liquidadora, salvo que su precio fuese suficiente para pagar el resto de los créditos pendientes, ya que en este último supuesto podrá la Entidad deudora efectuar su enajenación sin limitación de clase alguna.

Necesitará también el consentimiento de la Comisión Liquidadora para cualquier acto de gravamen sobre sus bienes inmuebles.»

Presentada en el Registro de la Propiedad de Carmona primera copia de la escritura de compraventa mencionada fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos:

1. Falta de justificación en forma documental pública del carácter con que interviene don Andrés Cuesta Martín, en nombre y representación de la 'Sociedad Anónima Franco Española de Nutrición Animal'.

2. Falta de justificación en forma documental pública del carácter con que intervienen los señores Márquez Suárez, López Díaz y Jiménez de León Sotelo, integrantes de la Comisión Liquidadora.

3. Falta de justificación en forma documental pública del carácter con que interviene don Sebastián García Rodríguez en nombre y representación de 'García Gallego, S. A.'.

4. Falta de inscripción en el Registro Mercantil de esta última Sociedad.

5. Falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto del convenio acordado entre la 'Sociedad Anónima Franco Española de Nutrición Animal' y sus acreedores, aprobado por auto del Juez de Primera Instancia de este partido el 9 de diciembre de 1970.

El defecto número cinco tiene la consideración de insubsanable, por lo que no procede anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.»

El Procurador don Antonio Candil Jiménez, en la representación de

«García Gallego, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra el último defecto de la anterior calificación, y alegó: Que con la misma fecha presenta la documentación que considera suficiente para subsanar los defectos señalados con los números 1, 2, 3 y 4 de la nota calificadora; que el objeto de reclamación del recurso es el señalado en la misma con el número 5, considerado como insubsanable, que se refiere a la falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto del Convenio entre SAFENA y sus acreedores; que si bien a primera vista parece que el señor Registrador ha señalado con claridad y precisión los defectos en que se basa esa calificación denegatoria, al acudir a los apartados citados del convenio, resulta que el apartado quinto contempla la fase de incumplimiento, por parte de la Entidad suspensa, de plazos, porcentajes, moratorias y de la venta de sus bienes para el pago de los créditos pendientes, estableciendo las normas por las que se ha de regir aquélla, las cuales se encuadran en doce subapartados, insertándose, a su vez, en alguno de éstos varias reglas; que, por otra parte, el apartado sexto regula la fase de cumplimiento, estableciendo, a su vez, las normas por las que se ha de regir ésta; que, en consecuencia, ni se señalan clara y precisamente cuáles son los concretos defectos, ni tampoco los motivos de la calificación; que esta defectuosa redacción de la nota, que contraviene las normas contenidas en los artículos 106 y 127 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, deja a la parte recurrente en situación de indefensión al ignorar cuál es el hipotético defecto considerado como insubsanable; que, en este sentido, se pronuncia la Dirección General de los Registros en su resolución de 24 de diciembre de 1948 al afirmar que «las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades, que pueden inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna»; que esa falta de claridad y precisión de la nota del calificador se pone de manifiesto al configurar el defecto como falta de cumplimiento de los apartados quinto y sexto, ya que al referirse el quinto al caso de incumplimiento, y el sexto al de cumplimiento del convenio, no es posible que simultáneamente se infrinja lo dispuesto en uno y otro apartado, por lo que existe, pues, una evidente y formal incongruencia; que si el Registrador hubiera encontrado un defecto claro, insubsanable, debería denunciarlo concretamente en su nota y no hacer una referencia vaga e incluso incongruente a dos apartados del convenio, ya que esta referencia indiscriminada presupone la violación del principio de legalidad registral contenido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento; que en este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado reiteradas veces que: «La calificación hipotecaria no se puede apoyar en meras presunciones ni en hechos que por tratarse de circunstancias negativas—declaración del Contador-Partidor de no haber tenido conocimiento de su nombramiento—, no son demostrables en el procedimiento registral, en el que las manifestaciones de los Contadores, no desvirtuadas eficazmente, ni siquiera impugnadas por los interesados, han de producir sus efectos (resolución de 12 de abril de 1951), y que, ‘como reiteradamente ha declarado este Centro al interpretar el artículo 18 de la Ley, dichos funcionarios calificarán la legalidad de los documentos presentados por lo que resulte de los asientos del Registro’» (resolución de 22 de diciembre de 1956); que suponiendo que la referencia de incumplimiento del convenio aluda a una hipotética prohibición absoluta de enajenar por parte de la Entidad suspensa, debe señalar que los apartados quinto y sexto del mismo no establecen, ni lógicamente pueden establecer, tal carácter de prohibición, y que únicamente prevén la intervención en determinados casos de la Comisión Liquidadora nombrada a fin de garantizar los legítimos intereses de los acreedores de la Entidad suspensa, y hubiese ido en contra de esos mismos intereses establecer una regla impeditora de ventas, cuyo producto íntegro va a ser objeto de reparto proporcional entre los acreedores de la Sociedad sus-

pensa; que los términos de la escritura cuya inscripción se ha denegado evidencian que la transmisión convenida en ella se ha realizado con el riguroso cumplimiento de las reglas establecidas en el convenio; que los tres representantes de la Comisión Liquidadora nombrada en el convenio intervienen directamente en el otorgamiento para mayor garantía de los acreedores; la venta se formaliza por el representante de la Entidad deudora y las cantidades procedentes de la venta se destinan al reparto proporcional entre los acreedores; que de acuerdo con lo ya expuesto es evidente que no existe incumplimiento del convenio en cuanto a la transmisión efectuada por la Entidad suspensa; que de existir algún defecto rebasaría los límites de la función calificadoras el decidir sobre el cumplimiento o no de un convenio, cuando en ese caso la denuncia de defectos no puede partir de asientos registrales, ya que la simple lectura de las normas contenidas en los apartados quinto y sexto, que se dicen abstractamente incumplidas, ponen de manifiesto que la efectiva aplicación de la mayoría de aquéllas no tiene reflejo registral, por lo que no puede ser comprobable su concreto cumplimiento, y por ello la legalidad o no de la actividad de la Entidad suspensa y de la Comisión Liquidadora han de dirimirse, hipotéticamente, en un procedimiento judicial, instado por persona interesada en el que sea factible si se han respetado o no las normas del convenio; que, no obstante, si partiendo de la interpretación estricta del convenio y a la vista de los asientos registrales se considerara la existencia de un posible defecto formal en el otorgamiento de la escritura o en su contenido, éste sería siempre subsanable, ya que se basaría en hechos no acreditados debidamente en aquélla o en el cumplimiento o no de algún trámite, circunstancias susceptibles de convalidación.

El Registrador informó. Que de conformidad con el artículo 116 del Reglamento Hipotecario se ratifica en los defectos observados, bajo los números 1 a 4 en la nota recurrida, aun cuando, según declaración del recurrente, no son objeto de reclamación quizá debido a la errónea creencia de que tales defectos han quedado subsanados mediante la presentación en el Registro de dos instancias, suscritas una de ellas por don Sebastián García Rodríguez y la otra por don José Bono Huerta, Notario autorizante de la escritura objeto del presente expediente, a las que acompaña diversos documentos; que en relación con el defecto número 5 de la nota que es objeto de reclamación manifiesta que no ha estampado en la misma «falta de cumplimiento simultáneo de los apartados quinto y sexto», sino que tan sólo se ha referido a falta de cumplimiento, que, naturalmente, lo será de uno de los apartados, pero no de los dos a la vez; que ha tenido en cuenta para su calificación lo que resulta de la escritura, sus documentos complementarios y los asientos del Registro, según lo ordenado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; que ni la una ni los otros contienen elementos de juicio para afirmar si la Entidad sujeta a suspensión de pago está cumpliendo el convenio con sus acreedores o bien lo está incumpliendo, y simplemente en la nota afirma que no se ha respetado el convenio, ni con las normas dictadas para el caso de cumplimiento ni con las del supuesto incumplimiento; que, en consecuencia, la nota carece de la incongruencia que se le imputa ratificándose el informante en el defecto observado; que discrepa de la afirmación del recurrente al atribuir a la nota falta de precisión, ya que si, en efecto, el apartado quinto del convenio tiene once subapartados del artículo 5, ni podía distinguir entre los inexistentes del artículo 6 por la simple razón de que ambos han sido vulnerados en bloque; que de la escritura presentada, de sus documentos complementarios y de los asientos del Registro se deduce que se ha hecho caso omiso, en su totalidad, del procedimiento establecido para la enajenación de bienes, y no se ha justificado el cumplimiento de ninguno de los trámites establecidos cuando era a los otorgantes del documento a los que incumbía dicha justificación; que para estas afirmaciones se atiende estrictamente

tamente a los documentos presentados y asientos registrales vigentes en el momento de redacción de la nota; que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la calificación registral ha de fundarse en los datos vigentes en el momento en que se produce, y que en los recursos gubernativos no pueden discutirse hechos producidos o documentos presentados con posterioridad; que, en consecuencia, la nota carece de la imprecisión que se le imputa; que el Registrador informante se ha abstenido de afirmar que existiera una prohibición absoluta de enajenar; que se ha violado totalmente el convenio, y así no se ha justificado en forma que deba aplicarse el punto 5 del mismo y, consiguientemente, no se ha justificado el cumplimiento de los puntos 2 y 3 del tantas veces citado apartado quinto del convenio; que lo mismo puede afirmarse de los fundamentalísimos puntos 4 y 5 del repetido apartado quinto; que, por el contrario, los pactos contenidos en la escritura objeto del presente recurso representan una violación tajante de las cláusulas del convenio, como es la retención por la Sociedad compradora de seis millones quinientas mil pesetas, con los fines que se indican, lo que está en manifiesta contradicción con el punto 5.º del apartado quinto, y aunque la estipulación está redactada con gran oscuridad, de ella resulta que desde luego ni la cantidad que se obtiene con la venta es distribuida por la Comisión Liquidadora, conforme a lo ordenado, ni se justifica claramente que la Compañía compradora obtenga, en cuanto acreedora de la vendedora, el mismo trato que los restantes acreedores sociales, extremo éste sustancial en toda suspensión de pagos, y que, en resumen, la violación del apartado quinto (y, en su caso, del sexto) del convenio celebrado entre la Entidad suspensa y sus acreedores cae bajo la sanción de nulidad, por oponerse a la Ley de 26 de julio de 1922, en especial a sus artículos 1 y 17.

El Presidente de la Audiencia confirmó en su auto la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por dicho funcionario, e interpuesta apelación ante la Dirección General, ésta resuelve el recurso acordando revocar el auto apelado (1) en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—En este expediente solamente se ha de examinar la cuestión relativa al quinto y último defecto, único sobre el que se ha recurrido y que hace referencia a la falta de cumplimiento del convenio acordado entre la Sociedad declarada en suspensión de pagos y sus acreedores, lo que motiva que el Registrador en su informe califique de que «el negocio jurídico es nulo de pleno derecho por contradecir los artículos 1 y 17 de la Ley de 26 de julio de 1922».

La suspensión de pagos, por ser un proceso de eliminación, tiene por objeto evitar la ejecución general de carácter mercantil del suspenso mediante la formalización de un convenio entre el deudor y los acreedores, en el que se aplazan o rebajan los créditos existentes; convenio que al tener que ser aprobado por el Juez es configurado por los autores como un negocio jurídico complejo, al estar integrado por factores contractuales y procesales, y que—según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo—debe ser cumplido como los demás contratos mercantiles, y en tanto subsista quedan las partes obligadas a cumplirlo en todo su contenido y extensión.

Si la falta de cumplimiento del convenio fuera debida a la conducta del suspenso, el artículo 17 de la Ley de 26 de julio de 1922, en su último párrafo, establece como sanción la rescisión del suscrito convenio a solicitud de cualquiera de los acreedores, con la subsiguiente declaración de quiebra del deudor ante el Juez que hubiera conocido de la suspensión,

(1) Vistos los artículos 18 de la Ley y 98 de su Reglamento, la Ley de 26 de julio de 1922 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1911, 18 de abril de 1929, 30 de diciembre de 1932, 4 de julio de 1966 y 30 de agosto de 1968

guardando, en cambio, silencio la ley cuando hubieren sido los acreedores quienes lo hayan incumplido.

En el presente caso, y de acuerdo con lo pactado en el apartado quinto del convenio, había de procederse a la venta de los bienes de la Entidad suspensa con las garantías que en favor de la misma se habían establecido, lo que ha tenido lugar a través de la escritura calificada, en donde, además de la comparecencia de los miembros de la Comisión Liquidadora y el comprador—tal como preveía el convenio—, al haberse añadido la presencia del deudor se ha dado una garantía plena al acto realizado, que hace innecesario el cumplimiento de las limitaciones impuestas a la mencionada Comisión, pensadas exclusivamente para el supuesto en que el suspenso no interviniera personalmente en la operación de venta de sus bienes.

No parece exista tampoco vulneración del convenio al haberse pactado en la escritura la cláusula de retención de parte del precio por la Sociedad compradora con la finalidad de satisfacer el importe de las cargas inscritas o anotadas y asumir la obligación de satisfacer los créditos de los acreedores preferentes titulares de las mismas, que conservan íntegramente su garantía, por lo que es de natural consecuencia que su importe sea retenido en la cantidad líquida a percibir por el vendedor.

El asegurarse que al precio de la venta se le ha dado por la Comisión Liquidadora, que actúa en nombre de los acreedores, el destino fijado en el convenio y se ha distribuido en proporción al importe de sus respectivos créditos, tal como señala una de sus cláusulas y aparece recogido en la escritura discutida, excede de las facultades de calificación que al Registrador le impone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, pues es un acto posterior a la propia venta, independiente, por otra parte, de la voluntad del deudor, por lo que no tendría aplicación el último párrafo del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, y que, en último término, afectaría a las relaciones entre los miembros de la Comisión Liquidadora y los acreedores que los nombraron, pero no a la validez de la compraventa realizada.

A mayor abundamiento, en un supuesto similar al planteado en este recurso, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de diciembre de 1911, tiene declarado que mientras no se indique de una manera expresa en el juicio correspondiente la nulidad de los actos realizados por la Comisión de Acreedores no puede negarse virtualidad a todos aquellos que aparezcan otorgados por quienes ostenten facultades para hacerlos.

COMENTARIO.—Es casi milagroso que el recurso no se haya sumergido en las más graves cuestiones relativas a los efectos de las inscripciones de convenios en la suspensión de pagos, en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil (2). Parece como si todos (recurrente, Registrador y Centro Directivo) hubiesen tratado de evitar las cuestiones verdaderamente graves, limitando la discordia y su solución a unos términos cautelosos que no van más allá de la conformidad o disconformidad de la venta hecha, con una razonable interpretación de los acuerdos del convenio, sin rozar demasiado el problema de los efectos de la inscripción del convenio en uno y otro Registro. Por ello, la resolución es de escasa doctrina para llenar la laguna legal sobre tales efectos y casi puede decirse que solamente versa sobre cuestiones de hecho referentes a interpretación de voluntad contractual de un convenio concreto.

(2) Aunque la Resolución no lo afirme, suponemos que el Convenio resultaba inscrito en el folio de la finca objeto de la venta, y que el contenido registral era claro en cuanto a que la inscripción del Convenio había dejado sin efecto el anterior *status* de suspenso de «Safen» derivado de la anotación o anotaciones correspondientes. También partimos de que la finca vendida era la misma fábrica de piensos y material industrial de «Safen», que en el apartado 4.º a), del 5.º Acuerdo del Convenio se ordena enajenar en último lugar, a su vez la misma para cuya venta el apartado 2.º del Acuerdo 6.º exige consentimiento de la Comisión Liquidadora, a pesar de no decirse nada sobre situación de la vendida y situarse a 300 metros de distancia la fábrica del Acuerdo 5.º y la del 6.º (posiblemente por error del *Boletín Oficial* kilómetro 2,2 y kilómetro 2,5).

Ambas partes del recurso parecen estar de acuerdo en lo fundamental al estimar que el convenio inscrito origina un *status* especial del deudor que le vincula plena, real e independientemente. Plenamente porque el Registrador ha de calificar toda posterior actuación del deudor a la vista del convenio; con efectos reales y no meramente obligatorios y alcanzando, por tanto, el convenio al nervio mismo de la facultad de disposición (casi a la capacidad de obrar), e independientemente, por la sola fuerza del convenio, ya que éste ha hecho desaparecer el anterior *status* de suspenso que existía y que publicaban los asientos registrales de solicitud y declaración de suspensión de pagos, y a pesar de que la anterior situación de suspenso pueda renacer agravada (quiebra) si el convenio se incumple. Siendo esto así, a pesar de lo poco que la ley ayuda para asegurarlo, la situación de convenio resulta un «oasis» en que el suspenso se salva o simplemente se refresca para luego sufrir el bochorno abrasador de la quiebra. Se le concede lo que acaso no sea sino un respiro o una quiebra extrajudicial a cambio de un riguroso sometimiento a los términos del convenio, que el Registrador también va a garantizar, especialmente al controlar las disposiciones de inmuebles del deudor si el convenio las ha reglamentado.

Pero será muy difícil que las cláusulas del convenio sean claras respecto a la coordinación de las garantías que para el cumplimiento del convenio buscan los acreedores y las limitaciones a la libre disposición de bienes por el deudor que a éste se le impongan. La inscripción del convenio origina siempre un contenido registral poco claro, por mucho que los redactores del convenio se esfuercen para separar lo obligatorio y lo real, lo que el deudor puede y no puede hacer. La infinita variabilidad del contenido del convenio y de las cautelas dispositivas, etc., harán siempre confusa la titularidad del deudor en orden a la disposición de sus bienes. Y ello aunque haya habido la suerte de que la inscripción del auto aprobatorio del convenio, además de transcribir éste, sea claro y concluyente respecto a la finalización del procedimiento de suspensión de pagos y cancelación de la anotación o anotaciones practicadas. Digo esto porque el artículo 17 es muy impreciso sobre la finalización del procedimiento por convenio, falta el mandato expreso de sobreseimiento dado en otros casos, la conservación de competencia para la posible quiebra (art. 17, *in fine*) y la continuación como parte del Ministerio Fiscal hasta el cumplimiento total del convenio (art. 23) no dejan de sembrar dudas sobre la completa identidad de la finalización del expediente por convenio con las demás causas de sobreseimiento.

Pero como el recurso no ha rozado estas cuestiones sobre la naturaleza y efectos de la inscripción del convenio, el comentario no debe desbordar el ámbito de lo discutido en aquél. Por otra parte, la crítica doctrinal a la Ley de Suspensión de Pagos ha alcanzado madurez suficiente para que futuros y probablemente no lejanos retoques legislativos clarifiquen la conexión del convenio con el complejo procedimiento universal de suspensión de pagos-quiebra. Uno de tales retoques probablemente será el relativo a la publicidad, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, de las diferentes fases del procedimiento, publicidad que, a mi juicio, debe cumplir cometidos distintos en uno y otro, centrándose la primera en la situación patrimonial, de deudor y masa, y la segunda en la capacidad y facultades de disposición del deudor suspenso o quebrado y en el embargo universal, cuya iniciación y fin debe ser claramente determinado. La jurisprudencia citada en el visto nos demuestra las vacilaciones en torno a los efectos de la implantación del convenio en el procedimiento universal.

La sentencia de 22 de diciembre de 1911, en cuanto ha sido tenida en cuenta para el fallo del Centro Directivo, aparece recogida en el último considerando.

La de 18 de abril de 1929 versó sobre la tramitación que debe darse a la

rescisión del convenio, conforme al artículo 17, *in fine*, de la Ley de Suspensión de Pagos, declarando, conforme con parte de la doctrina, que procede el trámite de los incidentes. Pero probablemente se ha visto esta sentencia más bien por los fundamentos en que el Tribunal Supremo se basó para considerar apropiado el procedimiento más rápido y menos dilatorio: evitar la infracción del convenio por actos o acciones con los que el suspenso se proponga desvirtuar la eficacia y subsistencia del mismo. Ciertamente es que el Tribunal Supremo rectificó su criterio en la de 22 de octubre de 1931, estimando procedente el juicio ordinario.

La sentencia de 30 de diciembre de 1932, en un caso de cobro de letra de cambio relacionada con un convenio, dijo que los convenios en las suspensiones de pagos, como verdaderas transacciones, deben cumplirse igual que los demás contratos mercantiles.

La de 4 de julio de 1966 considera el convenio como negocio jurídico complejo, como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público), que acusa un matiz de marcado carácter público por la intervención judicial que reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante y fiscaliza «el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que, en lo humano, aseguran la seriedad del acuerdo...».

Por último, la de 30 de abril de 1968 estableció que el incumplimiento del convenio por el deudor no determina automáticamente la resolución del mismo, sino que sólo confiere a los acreedores acción para pedir que así se declare judicialmente y, a la vez, se haga la declaración de quiebra. Se trataba de un suspenso que reclamaba una cantidad a uno de sus acreedores, y Juzgado, Audiencia y Tribunal Supremo rechazan la negativa del acreedor al pago, basada en compensación y en lo brumoso del destino de la cantidad, en situación de claro incumplimiento del convenio.

Las sentencias del Tribunal Supremo vistas, aunque se refieren a la naturaleza y efectos vinculantes del convenio, no contemplan el problema fundamental de la capacidad negocial del suspenso en la fase posterior a su aprobación judicial, cuando el mismo contiene cláusulas de indisponibilidad de bienes o de disponibilidad controlada por Interventores o Comisiones nombradas por el convenio. Probablemente el Tribunal Supremo no haya tenido ocasión de entrar en esta cuestión porque SAGRERA (3) obtiene la doctrina de que, tanto el deudor como quienes con él contratan en lo futuro, se encuentran obligados a respetar las obligaciones que el convenio les imponga, bajo pena de nulidad, de una sentencia de la Audiencia de Barcelona de 3 de febrero de 1955, dada en un caso en que el deudor había aceptado unas letras de cambio sin la intervención del representante de la Comisión de acreedores que prescribía una de las cláusulas del convenio. Y el mismo autor limita esta doctrina cuando se trate de enajenación de inmuebles y deba aplicarse el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, apoyándose en otra sentencia de la Audiencia de Sevilla de 24 de marzo de 1969, la cual, estimando que en el convenio se había establecido una prohibición de enajenar, aplica la doctrina de dicho artículo, según la cual las prohibiciones de disponer establecidas en actos a títulos onerosos no tienen alcance real y, por consiguiente, no producen nulidad ni anulabilidad de la enajenación perfeccionada incumpliendo la prohibición, y si sólo la obligación de indemnizar daños y perjuicios, y rechaza la alegación del apelante de quedar así defraudados los acreedores de la suspensión, indicando que la indemnización consistiría en el valor de los inmuebles enajenados. Pero esta sentencia acaso prescinda demasiado del artículo 17 de la ley, según el cual el auto del Juez aprueba el convenio y «manda» a los interesados estar y pasar por él, con lo cual es dudoso que

(3) JOSÉ MARÍA SAGRERA TIZÓN: *Comentarios a la Ley de Suspensión de pagos*, Barcelona, 1974, tomo III, págs. 73 a 92. Véase la abundante jurisprudencia que recoge

la prohibición de disponer o las restricciones a la libre disposición hayan de enmarcarse en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y no en el 26, 2.º

Pero insistimos que en el recurso no se han rozado estos graves problemas, ya que la controversia se limitaba a si la venta efectuada estaba o no en oposición con lo convenido, estando ambas partes dispuestas, al parecer, a conceder al convenio los máximos efectos posibles y las máximas facultades calificadoras al Registrador, como consecuencia de atribuirse efectos reales a todo el contenido del convenio.

El convenio de nuestro caso era de estructura compleja. Su contenido primordial, objeto de los acuerdos anteriores al quinto, parece consistir en un quita y espera, ya que el quinto habla del incumplimiento de los plazos, porcentajes y moratorias de los apartados precedentes. Después, el convenio se bifurca, haciéndose liquidatorio en el caso de incumplimiento por el deudor de su contenido primordial y simplemente preventivo respecto a la Fábrica de Carmona, en tanto que el contenido primordial se fuera cumpliendo (4). La tesis del recurrente, que la Dirección aprueba, es que al consentir la venta de esta Fábrica el deudor y la Comisión Liquidadora resulta indiferente que se estuviera en el supuesto del acuerdo sexto (el deudor estaba cumpliendo) o en el supuesto del acuerdo quinto (el deudor había comenzado su incumplimiento), porque lo previsto para el primer caso era que podía vender el deudor con consentimiento de la Comisión, y lo previsto para el segundo era que vendiese ésta con poder que había de otorgarle el deudor. La venta concorde de deudor y Comisión se estima conforme con el convenio y más sencilla y eficaz para garantizar los intereses de todos (dada la difícil situación económica de SAFENA, de que habla el resultando primero), que la justificación del cumplimiento o del incumplimiento para aplicar el respectivo régimen de enajenación, especialmente complejo en el caso de incumplimiento. La tesis del Registrador, con la que estuvo conforme el Presidente de la Audiencia, era considerar inevitable tal justificación para que no dejasen de cumplirse ciertos requisitos del acuerdo quinto si se estaba en el supuesto de incumplimiento. No vamos a analizar una por una las 11 normas que para la realización de los bienes y pago a los acreedores contiene el acuerdo quinto para caso de incumplimiento del convenio de quita y espera; es cierto que algunos, como dice el recurrente, excederían de las posibilidades de la calificación registral, aunque otros no tanto, y que algunos, como el posterior destino del precio, tampoco podrían garantizarse al Registrador, como dice el considerando sexto; pero no es menos cierto que era esencial, a la vista del convenio, saber si la venta se efectuaba conforme al acuerdo sexto (el deudor vende, aunque deba destinar su importe al pago de las anualidades de la espera) o conforme al quinto (la Comisión Liquidadora vende y distribuye entre los acreedores las cantidades obtenidas), con justificación o, al menos, alegación de haberse cumplido todos los requisitos del mismo que no resultasen claramente innecesarios o suficientemente suplidos por la comparecencia del deudor. En este sentido sí debe entenderse insuficiente el número 5 de la nota, que debía matizar más

(4) El Tribunal Supremo tiene dado su visto bueno a estos convenios, en que no sólo se establezca una quita o espera, o ambas cosas, sino que se determinen trámites extrajudiciales para la liquidación del negocio del deudor y realización de sus bienes, en su caso, en la Sentencia de 15 de febrero de 1962, no citada en el vistos. El convenio contemplado por esta sentencia presentaba muchas analogías con el del recurso, e incluso como en él se acudía a un obligado poder irrevocable del deudor para la venta de sus bienes por persona designada por sus acreedores en el supuesto de que el suspenso dejara de satisfacer los porcentajes de los créditos en los plazos previstos. El Tribunal Supremo viene a establecer que no hay incumplimiento del convenio a los efectos de pedir su rescisión o la declaración de quiebra, conforme al último apartado del artículo 17 de la Ley, por el incumplimiento de la primera parte del convenio por el deudor, sino que es necesario que sea incumplido en la totalidad de sus cláusulas, incluidas las que establecen el procedimiento extrajudicial de cesión y realización de los bienes para pagar a los acreedores. Véase también la conformidad con esta doctrina de las Sentencias de la Audiencia de Barcelona de 13 de enero de 1967 y 2 de abril de 1973, y el ocasional desvío de la misma de la de 2 de noviembre de 1970 de la misma Audiencia.

no sólo el defecto, sino el expurgo de requisitos de la venta cuya justificación deseaba. En la parte final de su informe es donde el Registrador hace este expurgo, fijándose especialmente en los números 2 al 5 del acuerdo quinto y en la oposición con el 5 de la cláusula de la venta por la que el comprador retiene importante cantidad para el pago de créditos preferentes por inscritos o anotados, reparo que la Dirección expresamente rechaza.

En definitiva, ha de llegarse a la conclusión de que los términos de un convenio difícilmente tendrán la claridad suficiente para la calificación registral de los actos y negocios sobre los inmuebles del ex suspenso (?) posteriores al convenio y anteriores a la constancia registral del cumplimiento total del convenio (constatación que, por otra parte, la ley no prevé). Entre el simple convenio obligacional de quita, espera o ambas cosas y el de cesión de bienes determinados en pago o para pago de los acreedores hay múltiples figuras intermedias que tratan de prever con diversas soluciones la futura evolución de la solvencia del deudor, que necesariamente producirán incertidumbres como las del presente recurso. Urge, pues, una normativa clarificadora de las cláusulas de los convenios celebrados y judicialmente aprobados en los procedimientos de ejecución universal y sus pródromos, que separando lo registrable de lo no registrable (en Registro Mercantil y de la Propiedad) establezca una publicidad registral adecuada que garantice a acreedores y terceros sin implicar confusiones y trabas que, en definitiva, perjudiquen a unos y otros.

T. C. G.

7. ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.—REITERA LA RESOLUCIÓN DE 16 DE OCTUBRE DE 1974 EN EL SENTIDO DE QUE LA ANOTACIÓN SÓLO OTORGA PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS QUE HAN TENIDO LUGAR CON POSTERIORIDAD A SU PRÁCTICA, PERO NO EN CUANTO A LOS ANTERIORES AL EMBARGO ANOTADO OTORGADOS POR EL MISMO DEUDOR, Y ELLO AUNQUE NO SE HUBIESEN REGISTRADO DICHS ACTOS, EN BASE A LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 1.923 DEL CÓDIGO CIVIL Y 44 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 13 de diciembre de 1974 (B. O. del E. de 27 de diciembre).

En virtud del juicio ejecutivo promovido por «Cerámica Terras, S. A.», contra don Jaime Gomis Artigues, por razón del impago de unas letras de cambio, se expidió por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró número 1 mandamiento de embargo con fecha 8 de junio de 1972 sobre la finca siguiente inscrita a nombre del ejecutado: Casa Torre, sita en San Ginés de Vilasar, en la «Urbanización Santa María», con frente a la calle Doctor Fleming, y otro frente a la calle Gaudí, inscrita en el Registro de la Propiedad de Mataró al tomo 1.178, libro 63 de San Ginés de Vilasar, folio 95 vuelto, finca 1.740, inscripciones segunda y tercera; que dicho mandamiento se presentó en el Registro de la Propiedad de 14 de junio de 1972, y se extendió la correspondiente anotación de embargo el 20 de septiembre del mismo año; que con posterioridad al mandamiento y un día antes de efectuarse la presentación de éste en el Registro, el ejecutado señor Gomis vendió a doña Teresa Requena Lázaro la finca en cuestión, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Premiá de Mar don Rafael Gimeno, con fecha 13 de junio de 1972; que la inscripción registral de la mencionada venta se efectuó el 2 de octubre de 1972, con fecha de asiento de presentación de 29 de septiembre anterior; que prosiguiendo el procedimiento, el Juzgado ordenó al Registro la expedición de la certificación de cargas que afectarán a la finca, prevenida en el artículo 1.489, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo expedida con fecha 21 de octubre de 1972, señalándose en la misma una serie de cargas y en su último apartado la existencia de una nota marginal de fecha 2 de octubre del mismo año, al margen de la inscripción quinta, de afección de la finca al impuesto de plusvalía por la transmisión de don Jaime Gomis a favor de doña Teresa Requena, pero sin que en ninguna parte de la mencionada certificación se relacione que la finca haya sido enajenada por don Jaime Gomis a la compradora; que por auto de julio de 1973, el Juzgado acuerda adjudicar a «Cerámica Terras, S. A.», la finca embargada, así como la cancelación de las cargas y gravámenes constituidos con posterioridad a la anotación de embargo a favor de la Sociedad anotante, pero al no

indicarse nada acerca de la cancelación de las posibles inscripciones posteriores de dominio, por otro auto adicional de 30 de enero de 1974 se ampliaba el anterior, acordando la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones constituidas con posterioridad a la anotación de embargo, y que ya antes, en 7 de septiembre de 1973, y en cumplimiento del primer auto citado, se expidió mandamiento al Registrador para que procediera a la cancelación de la anotación del embargo trabado.

Presentados en el Registro los anteriores auto y mandamiento fueron calificados, respectivamente, con notas del tenor literal siguiente: «Denegada la adjudicación de finca a que se refiere el precedente auto, al cual se acompaña otro otro ampliatorio de fecha 30 de enero del actual año, por pertenecer tal finca a doña Teresa Requena Lázaro, persona distinta del ejecutado con Jaime Gomis Artigas, cuya señora la adquirió por venta que le otorgó este último, en escritura autorizada por el Notario de Premiá de Mar don Rafael Gimeno, a 13 de junio de 1972, que motivó la inscripción quinta de la finca número 1.740, al folio 97 vuelto, del tomo 1.178, libro 63 de San Gines de Vilasar, cuya inscripción de fecha 2 de octubre de 1972 es anterior a la nota acreditativa de expedición de cargas, ordenada en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y puesta en fecha 21 de octubre de 1972, al margen de la anotación de embargo letra A de dicha finca, obrante al folio 96 vuelto del citado tomo 1.178 del archivo.»

«No practicada la cancelación que se ordena en el precedente mandamiento por haberse denegado la inscripción del auto de referencia, en el que se decreta tal cancelación.»

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mataró embargó a don Jaime Gomis la finca ya descrita con fecha 7 de junio de 1972; que el embargado, con posterioridad, es decir, con conocimiento del embargo, vendió la finca a su madre política, doña Teresa Requena, por escritura de 13 de junio de 1972; que la compradora adquirió la finca, sin duda, sabiendo que había sido embargada, por cuanto es la madre de la esposa del vendedor; que la transmisión de dominio es posterior al embargo según las indicadas fechas; que el mandamiento de anotación de embargo fue presentado en el Registro el día 14 de junio de 1972, y la anotación se extendió en 20 de septiembre del mismo año; que la escritura de compraventa a favor de doña Teresa Requena se presentó en el Registro el 29 de septiembre de 1972, fecha posterior a la presentación del mandamiento y a la anotación de embargo; que la inscripción de esta escritura de compraventa se extendió el día 2 de octubre de 1972; que, civilmente, el embargo a favor de «Cerámica Terras, S. A.», es anterior a la venta hecha a doña Teresa Requena, y que, hipotecariamente, la anotación del embargo a favor de dicha Sociedad es anterior a la inscripción de dicha escritura de venta; que cumpliendo lo ordenado por el señor Juez, el Registrador expidió la certificación de cargas, a que se refiere el artículo 1.489, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que en dicha certificación no aparece que la finca hubiese sido enajenada por don Jaime Gomis con posterioridad a la anotación de embargo a favor de «Cerámica Terras, S. A.», ni la clase de título, fecha y lugar de la escritura, así como el Notario autorizante, domicilio y circunstancias de la adquirente, y, por tanto, mal podía hacerse en dicho juicio ejecutivo la notificación del artículo 143 del Reglamento Hipotecario; que la calificación denegatoria se basa en este artículo 143 por haber una inscripción de dominio a favor de doña Teresa Requena anterior a la expedición del certificado de cargas; que el referido artículo 143 del Reglamento Hipotecario, así como sus concordantes, el 126 y el 134 de la Ley Hipotecaria, son preceptos aplicables a juicios en que se reclamen créditos hipotecarios, sea juicio ejecutivo o procedimiento judicial sumario, que no es el caso de autos, pues no se persiguen bienes

hipotecados, sino que se trata de juicio ejecutivo para la efectividad del importe de letras de cambio protestadas por falta de pago; que doña Teresa Requena no hace uso de su derecho en el procedimiento, y éste no se le comunica porque no hay precepto legal alguno que a ello obligue, toda vez que no se trata de juicio en que se persigan bienes hipotecados; que el artículo 71 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que los bienes inmuebles o derechos reales anotados podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación; que las resoluciones de 4 de noviembre de 1915 y 4 de julio de 1919 vienen a confirmar el contenido de este artículo, al igual que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1951.

El Registrador informó: Que ha de considerarse la fecha de 7 de junio como la del decreto del embargo por el señor Juez, pero no en cuanto a los efectos de la anotación preventiva de embargo; que la anotación de embargo se extendió el 20 de septiembre de 1972, pero en realidad, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la anotación la del asiento de presentación, y como el mandamiento ordenando la anotación lleva fecha 8 de junio y fue presentado en el Registro a las doce horas del día 14 de junio de 1972, será esta última la fecha que tenga que considerarse como la de anotación preventiva del embargo; que la certificación de cargas ordenada por el mandamiento tenía que limitarse, según los artículos 229 y 233 de la Ley Hipotecaria, 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 353 del Reglamento Hipotecario, a las cargas y gravámenes de la finca, y que en los apartados de la certificación donde se exponen las cargas y gravámenes cronológicamente, al llegar a su apartado 7.º señala la existencia de una nota marginal de fecha 2 de octubre de 1972 de afección al Impuesto de Plusvalía por la transmisión de don Jaime Gomis a favor de doña Teresa Requena; que ésta es la última transmisión inscrita antes de librar la certificación de cargas, por lo que doña Teresa Requena es la titular de la finca al expedirse la certificación; que su domicilio, según el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, sólo se expresará si constare, lo que no ocurre en este caso; que los datos de título, fecha, lugar y Notario autorizante de la escritura no se pidieron en la providencia de 14 de octubre de 1972, que se limitaba a ordenar la certificación del número 1 del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que la certificación de títulos está prevista en la misma ley en su artículo 1.493; que la interpretación que hace el recurrente de los artículos 143 del Reglamento Hipotecario y 134 y 126 de la Ley Hipotecaria para pretender demostrar que se trata de preceptos aplicables solamente a juicios en que se reclamen créditos hipotecarios, no puede aceptarse en forma alguna, ya que olvida lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria, que es tan claro que no se necesita alegar criterios de jurisprudencia o doctrinales; que el recurrente, aunque distingue la fecha del embargo de la inscripción de la anotación preventiva en el Registro, confunde sus efectos al olvidar los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria, que señalan una preferencia, que no es más que una lógica consecuencia de la naturaleza constitutiva de la garantía, similar a la hipoteca, que tienen las anotaciones de embargo, como sustitutivas de las antiguas hipotecas judiciales; que las resoluciones de 4 de noviembre de 1918 y 4 de julio de 1919, así como la sentencia de 12 de junio de 1951, que cita el recurrente, no hacen al caso, por referirse a supuestos de anotación de demanda; que la regla general del artículo 71 de la Ley Hipotecaria es incuestionable, pero también lo es que nuestra legislación no deja totalmente desplazados a los que posteriormente a la anotación inscriben sus títulos de adquisición, y les ofrece ciertas defensas y garantías, que son las que representan los artículos 38, 134 y 126 de la Ley Hipotecaria y el 143 del Reglamento Hipotecario, que recoge íntegramente la resolución de 9 de noviembre de 1955, al decir: «Conforme al artículo 71

de la Ley Hipotecaria la venta ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del anotante, pero la situación jurídica creada por la enajenación suscrita obligaba a seguir el procedimiento contra los adquirentes subrogados en lugar del vendedor, para que pagaran, desampararan la finca o ejercitaran los derechos correspondientes, y no procede inscribir el auto de adjudicación sin que conste que haya sido hecho el requerimiento, notificación ni audiencia de los terceros poseedores»; que el recurrente reconoce que no hubo notificación; que es criterio general basado en los artículos 1.923 del Código civil y 44 y 20 de la Ley Hipotecaria que el que haya adquirido la finca antes de anotado preventivamente el embargo, no está afectado por dicha anotación, una vez inscrito su título de adquisición anterior; que la sentencia de 21 de febrero de 1912 dice: «El embargo no tiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación, aunque hayan sido inscritas con posterioridad y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el titular registral anterior no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria»; que la misma doctrina mantiene la sentencia de 14 de diciembre de 1968 y las resoluciones de 9 de noviembre de 1955 y 20 de diciembre de 1966, y que las notas denegatorias se pusieron en su día de acuerdo con el cotitular del Registro, lo mismo que el presente informe.

El Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Mataró, en que se tramitó el procedimiento, informó: Que el ejecutado don Jaimes Gomis vendió la finca a doña Teresa Requena en escritura pública autorizada por Notario el día 13 de junio de 1972, un día antes de la anotación preventiva de embargo; que el contrato de compraventa surte sus efectos desde el momento del otorgamiento de la escritura (artículo 277 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, en relación con el art. 1.462 del Código civil); que el mandamiento ordenando la anotación preventiva fue presentado en el Registro el día 14 de junio de 1972, debiendo considerarse esta fecha de presentación como la de la anotación preventiva; que la anotación del embargo en el Registro es constitutiva, es decir, que hasta que se anota no existe en el mundo jurídico, y que cuando se dictan los autos de 24 de julio de 1973 y 30 de enero de 1974 adjudicando la finca a «Cerámica Terras, S. A.», el Registro debía denegar y denegó su inscripción, puesto que desde el día 13 de junio de 1972 la finca ya no era propiedad del deudor embargado.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el funcionario calificador, y teniendo en cuenta que los efectos de la compraventa de la finca mediante escritura pública se producen desde la fecha del otorgamiento de ésta (13 de junio de 1972), en cuyo momento la señora Requena adquirió la propiedad de conformidad con el artículo 609 del Código civil, así como la posesión de la misma, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que rige en materia de anotación cuando la persona afectada por un procedimiento ejecutivo figure en el Registro como titular de los bienes objeto de la ejecución, y que la anotación de embargo supone una garantía a favor del acreedor que obtiene tal anotación de rango preferente sobre los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los anteriores, puesto que, a pesar de que tal clase de anotaciones surten los efectos propios de la hipoteca, sin embargo, respecto a los actos dispositivos anteriores, aunque no estén registrados, no actúan los artículos 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y por ello el acreedor a favor del cual se anote el embargo no goza del beneficio de la fe pública registral ni puede rechazar un título de transmisión anterior no inscrito, como se desprende del artículo 44 de la expresada ley; que en cuanto a la nota puesta en el mandamiento judicial referente a la cancelación, acordada por auto de 30 de enero de 1974, de todas las inscripciones y anotaciones constituidas con posterioridad a la anotación de embargo es de ver si habiéndose efec-

tuado la inscripción de la compraventa a favor de la señora Requena en 2 de octubre de 1972—con fecha de presentación el 29 de septiembre anterior—, con anterioridad a la fecha en que se expidió la certificación de cargas, que fue en 21 de octubre de 1972, se producen en los casos objeto del recurso los efectos prevenidos en el artículo 147 del Reglamento Hipotecario; que al respecto es de observar, de un lado, que en la certificación del Registrador se hizo constar la existencia de una nota marginal referente a la afección al Impuesto de Plusvalía por la transmisión de la finca por parte del señor Gomis a favor de la señora Requena, y de otro, que alegando el recurrente que no hizo uso del derecho que le concede el artículo 134 de la Ley Hipotecaria (al que se remite el 143 del Reglamento), sin que se le haya debido comunicar al posterior adquirente a los efectos del artículo 126 de la ley, por entender que no precisaba tal comunicación en un juicio ejecutivo, ha de sostenerse que la citación del tercer poseedor a los efectos de tal precepto ha de ser cuando hubiere inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas, y es de aplicación al juicio ejecutivo, conforme a lo preceptuado en el párrafo 5.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por todo lo cual la negativa del Registrador a inscribir el auto de adjudicación no contraviene los preceptos legales.

Vistos los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil; 20, 38 y 44 de la Ley Hipotecaria; 143 del Reglamento para su ejecución; las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1896, 26 de enero de 1903, 2 de marzo de 1910, 21 de febrero de 1912, 22 de marzo de 1943, 29 de noviembre de 1962, 14 de diciembre de 1968 y 12 de junio de 1970, y las resoluciones de este Centro de 9 de noviembre de 1955 y 16 de octubre de 1974.

Considerando que es doctrina reiterada, tanto del Tribunal Supremo como de este Centro directivo—este último en reciente resolución de 16 de octubre de 1974—, la de que la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a la propia anotación, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado otorgados por el mismo deudor, y ello aunque no se hubiesen registrado dichos actos, en base a lo dispuesto en los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que el caso discutido presenta, en cuanto al supuesto de hecho, la diferencia, con la mayor parte de los que con anterioridad fueron sometidos a debate, de que la escritura de compraventa otorgada por el deudor fue autorizada no antes que se decretara el embargo por el Juez, como normalmente venía sucediendo, sino en el período intermedio comprendido entre este último acto procesal y la anotación del correspondiente mandamiento en el Registro de la Propiedad, por lo que procederá examinar si la anterior doctrina es también aplicable en este supuesto concreto.

Considerando que parece adecuado que si el acreedor al iniciar el procedimiento para el cobro de su crédito y obtener la declaración de embargo sobre los bienes del deudor, y que tal embargo haya de recaer precisamente sobre los que éste posea en ese momento por figurar en su patrimonio, no deberían de excluirse aquellos inmuebles de los que haya dispuesto a continuación y antes que incluso, aun contando con toda la celeridad posible—por razones materiales de tiempo—, sea presentado el mandamiento en el Registro; sin embargo, ante preceptos legales tan categóricos como los ya citados artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria y la misma naturaleza jurídica del embargo, obligan a concluir, como ya lo tienen declarado, entre otras, las sentencias de 21 de febrero de 1912 y 14 de diciembre de 1968, «que es innecesario tomar en cuenta la fecha del embargo, porque éste no puede producir efectos contra terceros hasta que se le ha dado publicidad por medio de su anotación en el Registro».

Considerando que en consecuencia de lo expuesto no cabe la aplicación

de los artículos 38 de la Ley y 143 de su Reglamento, como ya declaró la mencionada resolución de 16 de octubre de 1974, que solamente tiene lugar cuando «después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de embargo» pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor, ni cabe la inscripción del auto—tal como en sus respectivos informes lo indican el funcionario calificador y el Magistrado Juez que intervino en el procedimiento, así como el auto presidencial—al aparecer el inmueble inscrito a nombre de persona distinta del deudor-transferente, por oponerse a ello el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Considerando que con independencia de todo lo expuesto sería muy conveniente que cuando se solicite en procedimiento de apremio, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la certificación de cargas del inmueble embargado, no sólo se hiciere constar por el Registrador las hipotecas, anotaciones de embargo y demás gravámenes de la finca, sino también su actual titular registral de dominio, por la trascendencia que esta circunstancia puede tener en la marcha del procedimiento seguido, y que supondría un aspecto más de la colaboración que a Jueces y Magistrados debe prestarse por los Registradores de la Propiedad en aras de una mayor eficacia del superior principio de justicia.

Considerando, por último, que de acuerdo con el artículo 66 de la ley, los interesados pueden acudir a los Tribunales para ventilar entre sí acerca de la validez o nulidad del último título de dominio inscrito, sin que esté dentro de las facultades de calificación que al Registrador confiere el artículo 18 de la misma ley al entrar en el fondo de esta cuestión.

Esta Dirección ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO.—La falta de ajuste entre los procedimientos registral y judicial, con todas las consecuencias negativas que produce, se vuelve a poner de manifiesto en el supuesto contemplado por la presente resolución; falta de concordancia que ahora se agrava por el hecho de que el Registrador incumple una de las medidas, quizá la más importante, tendente a realizarla, como es la del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, que exige que «en la certificación de cargas se exprese el nombre, apellidos y domicilio, si constaren, del titular registral de la finca o derecho al expedirse la certificación, a los efectos del artículo 143 del Reglamento Hipotecario». Como se sabe, la constancia del titular registral es obligada, dado lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 353 del Reglamento, introducido por la reforma de 1959, atiende a la colaboración que a Jueces y Magistrados debe prestarse por los Registradores de la Propiedad en aras de una mayor eficacia del superior principio de justicia, necesidad reiterada por la Dirección General en la resolución que se comenta.

El supuesto de fondo contemplado por ésta coincide con el resuelto por la de 16 de octubre de 1974, por lo que la Dirección, congruente con su anterior decisión, reitera la doctrina de que «la anotación preventiva de embargo sólo otorga preferencia sobre los actos dispositivos que han tenido lugar con posterioridad a su práctica, pero no en cuanto a los anteriores al embargo anotado otorgados por el mismo deudor, y ello aunque no se hubiesen registrado dichos actos, en base a lo dispuesto en los artículos 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien: en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura de compraventa por el deudor tiene lugar en el período intermedio comprendido entre el acto procesal del embargo y la anotación del mandamiento correspondiente en el Registro de la Propiedad, lo cual obliga a examinar una serie de cuestiones, entre ellas la de si el embargo es o no de natura-

leza constitutiva y si la de su eficacia respecto de terceros tiene o no lugar únicamente por medio de su anotación en el Registro.

Como ya se hizo constar en el comentario a la resolución de 16 de octubre de 1974, no ofrece duda de que el acto judicial del embargo es válido y eficaz, aunque su anotación no se practique, como así lo demuestra el artículo 42 de la Ley Hipotecaria al utilizar el término potestativo de «podrán pedir»; pero lo que sí parece evidente es que como consecuencia lógica de la publicidad registral, el acto procesal del embargo anotado no podrá perjudicar al titular inscrito mientras la anotación no se practique, por lo que forzosamente hay que llegar a la conclusión de que aun cuando la disposición por el titular registral se produzca después de haberse decretado el embargo, aquélla no se verá afectada por este acto procesal, pues tal afectación tendrá lugar únicamente con la práctica de la anotación preventiva, como así establecen claramente los preceptos citados: 1.923 del Código civil y 44 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido se produce la jurisprudencia del Tribunal Supremo (recogida por B. CAMY, pág. 527, tomo V, *Legislación hipotecaria*), que define el embargo como «un derecho de realización de valor, en función de garantía del cumplimiento de una obligación que necesita para desarrollar toda su eficacia real, el que se haga constar en el Registro de la Propiedad mediante la anotación preventiva que viene a desarrollarlo» (sentencia de 21 de febrero de 1966). Así, el embargo tiene sustantividad propia; la anotación sólo produce el efecto de completarlo, no el de ser constitutiva de él, para que tenga plena eficacia *erga omnes* a partir de la fecha de ella (sentencias de 14 de octubre de 1965 y 1 de julio de 1967), pues en otro caso no puede dar eficacia real contra los terceros a la obligación personal de que se deriva dicho embargo (sentencia de 16 de mayo de 1969).

Con arreglo a estas decisiones jurisprudenciales toda la argumentación del recurrente, basada en que la transmisión del dominio es posterior al acto procesal del embargo y, por tanto, no preferente, cae por tierra, pues lo que hay que tener en cuenta para determinar tal preferencia son las fechas del otorgamiento de la escritura de venta y la de la práctica de la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad, y de entre ellas, como resulta de los antecedentes de hecho, es más antigua la primera, dato concreto en el que descansan la argumentación del Registrador y de la Dirección General.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION DE CREDITOS: ES PREFERENTE EL CREDITO DE LA HACIENDA PUBLICA POR SER DE FECHA ANTERIOR, TENIENDO EN CUENTA LA FECHA DE VENCIMIENTO DE LAS ANUALIDADES IMPAGADAS Y NO LA FECHA DE INICIACION DEL APREMIO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, interpone demanda de tercería de mejor derecho contra la Sociedad regular colectiva «Hijos de Luis Fernández Martínez, S. R. C.», y contra la Sociedad «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», suplicando se dicte sentencia declarando preferente el crédito de la Hacienda Pública por las anualidades de 1968 y 1969 del Impuesto Industrial al crédito de la Sociedad regular colectiva contra «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», por ser de fecha anterior al de dicha Entidad regular colectiva, de mayo de 1970, todo ello a pesar de que la repetida Sociedad había obtenido anotación preventiva de embargo sobre una finca de «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», con anterioridad a la Hacienda Pública.

El Juzgado de Primera Instancia de Baeza desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara haber lugar al recurso por los siguientes «considerandos» de su primera sentencia:

«Considerando que todo el problema que el recurso plantea consiste en la determinación de las fechas de los créditos de la Hacienda tercerista

y la Sociedad demandada como acreedora; que de la sentencia recurrida, por decir que la de ésta nació en mayo de 1970, y que los de la Hacienda, según certificación de 26 de abril de 1971, aparecen con fechas posteriores, 16 de junio y 26 de noviembre del mismo año, fundándose para ello en que está reconocido por la actora que el crédito de la Sociedad nació en mayo, fecha en que se recogió el aceite origen de la deuda, y que los débitos de la Hacienda nacieron en las fechas de la certificación de descubierto.»

«Considerando que frente a tal apreciación se alzan los motivos del recurso, el primero fundado en el número 7 del artículo 1.692 de la LEC, por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil, motivo que se impone aceptar, pues admitida como veraz la certificación de Hacienda dicha, en el particular que acredita, la fecha de los descubiertos en la Hacienda, que permiten el procedimiento de apremio, no puede menos que aceptarse también la fecha de los débitos que dieron lugar a los descubiertos, según la misma certificación, siendo éstos de 1968 y 1969, pues no puede aceptarse respecto al crédito de la Compañía demandada la fecha del vencimiento de la obligación, y para el tercerista, la de posibilidad de ejecución, por lo que se impone la estimación del motivo, así como del segundo, que, con amparo en el número 1.º del artículo 1.692, acusa violación de los artículos 1.089 y 1.090 del Código, pues aunque las fechas de los descubiertos fueran posteriores, la obligación de pago, aunque en período voluntario, nació en el ejercicio por el que se hizo la imposición, por lo que atañe a los tributos, y la de la sanción, en el a que ésta se refiere, lo que hace obligado apreciar que los créditos de la Hacienda tercerista son de fecha anterior, 1968 y 1969, pues no puede fijarse el de la Sociedad acreedora, al nacer la obligación de pago, y el de la Hacienda, al poderse iniciar el apremio, que si se estima respecto a la demandada resulta muy posterior, pues es la fecha de la primera sentencia, que es cuando pudo ejercitarse, en 23 de enero de 1971.»

«Considerando que con este criterio, que es el obligado por el contenido de los artículos 1.923 y 1.924 del Código civil, es necesario, sin especial estudio de los demás motivos del recurso, apreciar preferente el crédito de la Hacienda y, por consiguiente, dar lugar al recurso, dejando sin efecto la sentencia recurrida. .»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda interpuesta por el Abogado del Estado.

DOBLE INMATRICULACION. NULIDAD DEL TITULO Y DE LA INSCRIPCION POR SIMULACION ABSOLUTA DE COMPRAVENTA. DISTINCION ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—«Inmobiliaria Son Granada, S. A.», y diversas personas figuraban como dueños en el Registro de varias fincas procedentes de segregación de otra y con destino a ser urbanizadas. Por escritura otorgada en 1962 en Ciudad Real, don Nicolás Dommarco compró a don Francisco Rincón la parcela 12 del polígono 2 de Luchamayor, que consiguió inmatricular en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento.

Dicha «Inmobiliaria» y los demás titulares registrales de las parcelas formulan demanda contra don Nicolás Dommarco y contra don Francisco Rincón, alegando que la escritura de compraventa otorgada en Ciudad Real es nula por simulación absoluta, y que por ello es también nula la inscripción.

ción registral habiéndose producido doble inmatriculación, pues la finca supuestamente comprada se identifica con las de los actores, a pesar de que el demandado la denominó en la escritura «Cala Velló», omitiendo toda referencia a su verdadera denominación «Son Granada», para evitar, según los propios actores, «que el Registro de la Propiedad se diera cuenta de que se trataba de una finca ya inscrita y denegara su inmatriculación, que obtuvo al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria» (1).

Los demandados se oponen a la pretensión de doble inmatriculación y de nulidad de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Palma de Mallorca estimó en lo fundamental la demanda, declarando la nulidad de la escritura por simulación absoluta y, consiguientemente, la nulidad y cancelación de la inscripción registral del demandado.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada partiendo de los hechos probados en Instancia, siendo de destacar los «considerandos» segundo y tercero, del siguiente tenor:

«Considerando que al quedar incólumes en casación los hechos relatados a causa de la indicada desestimación es imposible la prosperabilidad de los cuatro primeros motivos, amparados todos ellos en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, donde se discute la legitimación de los hoy recurridos y en su día actores para impugnar la validez de la compraventa efectuada en 1962 en favor del actual recurrente y, consiguientemente, para pedir la cancelación de la pertinente inscripción registral, porque si las parcelas o lotes pertenecientes a aquéllos están enclavados en la hipotética finca vendida que fue objeto de inmatriculación, es incuestionable el legítimo interés de los mismos para pedir la nulidad de todo ello, sin que su accionabilidad pueda tener el límite establecido en el artículo 1.302 de nuestro primer Código sustantivo respecto de 'obligados principal o subsidiariamente', pues a pesar del nombre empleado es bien sabido que el legislador se refiere a denominada nulidad relativa o anulabilidad, mientras que en el presente caso fue la acción de nulidad por inexistencia la que se ejercitó con base en una simulación absoluta por falta de los requisitos indispensables para la realidad del contrato, y sin que pueda ser un obstáculo la desestimación de la pretensión reivindicatoria de los demandantes que se contiene en la sentencia recurrida, justo porque se declara que la finca discutida carece de identificación y no tiene existencia real, lo que nada tiene que ver a los efectos de la cosa juzgada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.252, también del Código civil, con la propiedad cierta e indubitada, con la debida inscripción registral, de las fincas individualizadas de cada uno de dichos demandantes, que precisamente justifica, según se ha referido, la legitimidad de su interés para accionar, que, como es lógico, se extiende a obtener las consecuencias del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, del que se dio por el Juzgador de Instancia la única posible interpretación, y sin que pueda decirse violado el 40 de la Ley Hipotecaria, que, por otra parte, se alega por vez primera en este trámite, por lo que se trata de una cuestión nueva, que tiene vedado su acceso a la casación en virtud de lo establecido en la causa quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil, como tampoco puede sostenerse que haya sido interpretada con error la doctrina recogida en la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1964, puesto que el Tribunal *a quo* no la interpreta, con independencia de que es una resolución

(1) Esto podría evitarse con el Índice Parcelario de fincas rústicas que proponemos, con FERNANDO MUÑOZ CARRIÑANOS, en el trabajo «Identificación de fincas rústicas», en esta Revista, núm. 501.

aislada, que no constituye doctrina legal que pueda decirse infringida.»

«Considerando que en el motivo quinto, último que queda por examinar, y también por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia aplicación indebida del 1.276 del Código civil, así como de la doctrina legal que cita, que debe correr igual suerte que los anteriores, pues si bien es cierto que la sentencia dictada en primer grado hace aplicación del indicado precepto sustantivo, en cambio, la recurrida, como el recurrente no duda en reconocer, no hace para nada uso del mismo, puesto que basa la declaración de inexistencia del tantas veces mencionado contrato de compraventa de 18 de septiembre de 1962 en la ausencia real y verdadera de todos los elementos sobre los que recae el consentimiento, que se presta de una manera ficticia, provocando una auténtica simulación absoluta del acto llevado a cabo, pero, forzoso es repetirlo, sin aplicar el argumento de la falsedad de la causa, a que se refiere el artículo 1.276, que ni siquiera menciona, por lo que mal pudo aplicarlo de modo indebido.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ZONA MARITIMO-TERRESTRE DE DOMINIO PUBLICO. DESESTIMACION DEL RECURSO EN VISTA DE LOS HECHOS PROBADOS (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado deduce demanda contra la Entidad «Urbanizadora del Portil, S. A.», sobre declaración de dominio público de terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre correspondiente a la Península de Nueva Umbría, en término municipal de Lepe, y sobre reintegro de terrenos ocupados y nulidad y cancelación de inscripciones registrales, alegando la existencia de un previo deslinde administrativo de dicha zona en el que recayó orden aprobatoria firme y suplicando se dicte sentencia con declaración de ser de dominio público los terrenos ocupados por la Entidad demandada comprendidos en la zona marítimo-terrestre o entre los límites de la antigua y nueva zona marítimo-terrestre de la Península de Nueva Umbría, con la consiguiente cancelación de inscripciones.

La Entidad demandada contesta oponiéndose a la demanda y formula reconvencción estimando pertenecerle tales terrenos y no existir un deslinde legalmente realizado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Huelva estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

La parte demandada interpone recurso de casación alegando la inscripción registral a su favor y, en cualquier caso, la prescripción de bienes de dominio público, perfectamente posible, en su opinión, antes de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, sin tener ocasión de entrar en el fondo de los problemas planteados en el mismo, ya que partiendo de los hechos probados desestima el recurso por lo siguiente:

1.º Porque según reiterada y constante doctrina de esta Sala, tanto la prueba de reconocimiento judicial como la pericial son de la libre apreciación del Juzgador de Instancia, por lo que no cabe alegar error de derecho en la valoración de dicha prueba.

2.º Porque el recurrente, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, establece supuestos diversos con la finalidad de que prevalezcan los motivos del recurso.

3.º Porque en dichos motivos se aducen diversidad de preceptos y de doctrina, de supuestos igualmente distintos, que requieren razonamientos diferentes, lo que origina falta de claridad y por ello inobservancia de lo que se establece en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, requisito de inexcusable cumplimiento dado el rigor formal que impera en la regulación del recurso de casación, que condiciona la actividad de los litigantes, tanto en cuanto a los medios a utilizar para impugnar las sentencias de Instancia como en la manera de emplearlos.

DIVISION DE COMUNIDAD: LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—Los actores exponen como prólogo necesario de su demanda la dilatadísima situación contenciosa con los demandados, que culminó con una sentencia firme en la que se decretó la partición judicial de una herencia adjudicándose varias fincas en comunidad. Lo que ahora pretenden los demandantes es que se declare la división o venta en pública subasta de dichas fincas con el consiguiente reparto del precio.

Los demandados se oponen a la demanda alegando litispendencia, ya que habían iniciado otro pleito sobre nulidad de la escritura de partición, en la que se basan los actores, y podría quedar en el aire la resolución de dicho pleito si ahora se decretaba la venta de las fincas discutidas y el comprador inscribía su título.

El Juzgado de Primera Instancia de Laredo estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la excepción de litispendencia, establecida por el número quinto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como medida preventiva para impedir la eventualidad de que sobre una misma cuestión litigiosa se pronuncien resoluciones contradictorias, con el consiguiente desprestigio de los Tribunales encargados de la Administración de Justicia (sentencias de 10 de julio de 1930; 1 de diciembre de 1952; 6 de abril, 29 de mayo y 27 de diciembre de 1963, y 13 de mayo de 1964), únicamente puede producir el efecto de paralizar el proceso en que se aduzca, cuando en juicio de igual naturaleza esté otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión en los propios términos que ante el Órgano Jurisdiccional en que aquélla se invoque, de forma tal que la sentencia que recaiga en el primero produzca la excepción de cosa juzgada en el otro (sentencia de 30 de abril de 1960), y que entre los dos pleitos concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.252 y sentencias de esta Sala de 30 de diciembre de 1967, 5 de octubre de 1970 y 10 de mayo de 1971, lo que no es de

estimar cuando, como ocurre en el presente caso, no sólo se negó en la sentencia recurrida la realidad de tales identidades, cuya apreciación en cuanto a los hechos de que dimanar es de su exclusiva incumbencia (sentencia de 27 de abril de 1965), sino que lo que se pretende conseguir a través de este remedio procesal consiste en destruir los efectos derivados de un acuerdo judicial adoptado en ejecución de una sentencia firme, sin acudir para ello al recurso de casación del artículo 1.695 de la indicada ley, ni haber entablado contra la ejecutoria el de revisión del 1.796 y siguientes del mismo cuerpo legal, único utilizable para tales supuestos, según el párrafo segundo del 1.251 de la ley civil sustantiva, valiéndose para lograrlo de la iniciación de sucesivos litigios, en los que con la finalidad de crear la excepción estudiada y oponerla en cualquier procedimiento en que se intente conseguir la efectividad de la resolución que se trate de ejecutar, se solicite la declaración de nulidad de lo en ella acordado, actividad que, por oponerse a los principios más fundamentales de la seguridad jurídica, debe ser rechazada por los Tribunales, sobre todo cuando la partición hereditaria que se impugna en el procedimiento que sirve de premisa a la excepción no se practicó de forma extrajudicial ni en juicio voluntario de testamentaria, sino que se llevó a cabo en ejecución de la sentencia firme, a que antes se ha hecho referencia, recaída en proceso de mayor cuantía, en virtud de lo establecido en el artículo 1.059 del Código civil y 1.088 de la ley, no siendo aplicable, por tanto, las causas de impugnación comprendidas en el Código civil y Ley de Enjuiciamiento, por hallarse revestida de la autoridad de la cosa juzgada, por todo lo cual debe desestimarse el único motivo del presente recurso, formulado al amparo del 1.692 de la ley últimamente mencionada.»

SERVIDUMBRE DE PASO. ARTICULO 541 DEL CODIGO. ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DESLINDE (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Don Javier y don Serafín López-Cuervo deducen demanda contra don Emilio López-Cózar y su esposa y contra doña María Teresa López-Cuervo, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a respetar la servidumbre de paso de los actores sobre la parcela de los demandados y se declare el derecho de aquéllos a seguir usando y disfrutando del paso por los caminos que se señalan en el croquis que se adjunta.

Los demandados se oponen negando que existan otros caminos que los que se indican en la escritura de partición de herencia que acompañan, no habiéndose creado otros por el antiguo propietario de todas las fincas, sino que fueron posteriormente hechos por los actores de una forma ilegal. Además, doña María Teresa López-Cuervo formula reconvencción solicitando la reconstrucción de los antiguos caminos borrados por los actores y el deslinde de fincas, reivindicando un trozo de terreno que, en su opinión, se habían apropiado los actores. El demandado don Emilio López-Cózar formula también reconvencción sobre servidumbre de paso de su finca por la de los actores.

El Juzgado de Primera Instancia de Loja desestima la demanda, así como la reconvencción de doña María Teresa, pero estima la reconvencción de don Emilio López-Cózar.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada rectifica la sentencia apelada estimando también en parte la reconvencción de doña María Teresa, concretamente lo relativo al deslinde y reivindicación de terreno.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los dos primeros «considerandos»:

«Considerando que negadas por la sentencia recurrida, respecto a los dos caminos que son objeto de la demanda, la existencia y subsistencia, entre las fincas de los actores y de la demandada, de un signo aparente, del que, caso de haber existido, pudiera resultar que la de la interpelada prestaba a las otras un servicio, determinante de una servidumbre si cualquiera de ellas perteneciese a distinto dueño, es patente que con ello se excluye la concurrencia de uno de los requisitos capitales exigidos para la constitución del gravamen por el artículo 541 del Código civil, y por ello resulta superfluo examinar, cual pretenden los recurrentes en el motivo primero, el problema dogmático en torno a la naturaleza voluntaria o legal de este singular modo de constitución de las servidumbres.»

«Considerando que es doctrina constante de esta Sala que los requisitos requeridos para que prospere la acción reivindicatoria relativos a la identificación y detentación de la finca envuelven sendas cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal sentenciador, la que ha de prevalecer en casación si no se impugna con éxito por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como los recurrentes, en lugar de seguir este camino, aducen en el motivo segundo, al amparo del número primero de dicho artículo, la aplicación indebida del 348 y la violación de los 384 y 385, los tres últimos del Código civil, y, además, se limitan a alegar, pero sin demostrarlo, que no se cumplen aquellos dos requisitos de la reivindicación, tal motivo tiene que perecer.»

LUCES Y VISTAS. CONCEPTO DE LA EXPRESION «VIA PUBLICA» QUE UTILIZA EL ARTICULO 584 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Don Eloy Amable Pérez Gil deduce demanda contra doña Josefa Toucedo Lois y su esposo, don Enrique Rodríguez Jamarido, y contra el Ayuntamiento de Valga, fundándose en los siguientes hechos: «El matrimonio demandado, titular de la finca 'La Palma', lindante con la del actor a medio de un camino, en el mes de febrero de 1971, ayudado por obreros, puso en el exterior de la finca 'Agro del Río' o de 'Fontenls', propiedad del actor, en el viento norte y oeste, que limita con el citado camino vecinal, piedras encintadas con argamasa de cemento y también colocaron una columna de piedra, lo que impide al actor proyectarse hacia el exterior desde su finca y privan que las aguas salgan o se filtren a través del muro. Hacia dos años el matrimonio colocó cinco columnas de piedra, y sobre esas columnas unas viguetas de hormigón que penetran en el espacio aéreo de la finca del actor. Este elevó escrito al Ayuntamiento creyendo que el camino no es privado, pero el Ayuntamiento se desentendió, trayéndosele a pleito para que no se alegue defecto en la constitución de la relación jurídico-personal. Expuso fundamentos de derecho y terminó suplicando se dicte sentencia en la que se declare haber lugar a las pretensiones de esta parte, o sea, que los demandados carecen de derecho para colocar obstáculo alguno que prive al demandado proyectarse para el camino corredera litigioso, de manera que pueda ejercitar los derechos sobre el camino, cuales son de entrar y salir, abrir huecos, construir edificios, y carecen de derecho los demandados a colocar cosa alguna sobre el muro que cierra el perímetro de la finca o invadir la finca del accionante, y, además, que la finca del demandante no está gravada con servidumbre

alguna, condenando a los demandados a que retiren las piedras, columnas y vigas y cualquier otro objeto que se apoye o se introduzca en la finca.»

El Ayuntamiento de Valga contestó a la demanda manifestando que se trataba de una contienda entre partes, en la que no tiene nada que ver el Ayuntamiento, pues el camino en cuestión no es público, sino privado.

Doña Josefa Toucedo Lois y su esposo contestaron a la demanda oponiéndose a la misma, por no ser un camino público el que separaba ambas fincas, sino de carácter privado, careciendo el actor de todo derecho respecto al mismo.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Pontevedra dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en cuanto a que la finca del actor no está gravada con servidumbre alguna. Apelada por el actor la anterior sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado desestimando la demanda contra el Ayuntamiento, pero estimó también la demanda contra los otros demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los cónyuges demandados, por violación de los artículos 582 y 584 del Código, entre otros motivos, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando por su dosis más sustantiva el último «considerando»:

«Considerando, en cuanto al cuarto (motivo) con igual amparo, por violación de los artículos 582 y 584 del Código, que la sentencia recurrida no define si el camino es público o privado, pero con una u otra concepción, si se usa para el servicio de los vecinos, que lo utilizan para llegar a sus fincas, aunque no sea camino vecinal con criterio administrativo, no puede negársele el carácter de bien que no es de dominio y uso privado y, por tanto, el autorizar abrir huecos que den a él no supone la infracción de los artículos que se citan en el motivo, pues si no es propiedad privada ni del actor ni de los demandados y su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado, lo que hace posible la apertura de huecos, a que se refiere el artículo 584, lo que obliga a desestimar el motivo, y con él, el recurso, con costas por ser preceptivas.»

COMENTARIO.—Esta sentencia, al igual que la de 9 de marzo de 1929, que después desarrollaremos, responde a una interpretación amplia y flexible de la expresión «vía pública» utilizada por el artículo 584 del Código, que dice que «lo dispuesto en el artículo 582 (se refiere a las distancias de ventanas y balcones entre fincas vecinas) no es aplicable a los edificios separados por una vía pública».

Ambas sentencias tienen un precedente doctrinal en la opinión de MUCIUS SCAEVOLE, que al comentar el artículo 584 señaló lo siguiente: «La expresión vía pública, para los efectos y comprensión del precepto, debe conservar toda la elasticidad posible en su significado: y en este sentido denominaremos 'vía pública' tanto a los caminos, calles, travesías, callejones, como a los canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, la provincia o el municipio; las riberas, playas, fuentes y aguas públicas, paseos, obras públicas de servicio general y, en una palabra, todos aquellos bienes (entendido este vocablo jurídicamente) que (no importa de quién sea la propiedad) son disfrutados en común por los vecinos de un pueblo, sin exclusión de ninguno, y que vulgarmente llamamos 'servicios del público'» (1).

Comparemos ahora lo que a este respecto dicen una y otra sentencia. La sentencia de 9 de marzo de 1929 (2), que podemos titular la del «caso de las vistas sobre la 'Huerta de Aguiar'», se plantea, aparte de

(1) *Código civil comentado*, tomo X, 1917, 3.ª ed., pág. 687

(2) *Jurisprudencia civil*, tomo 188, págs. 243 a 256.

otras cuestiones (3), el problema de la interpretación de la expresión «vía pública», en un caso en que las fincas estaban separadas por una faja de terreno recorrida en el centro por un acueducto tapado, por la cual faja transitaban personas. El actor recurrente alegó que no bastaba que perteneciera al Ayuntamiento para tener la consideración de «vía pública», a efectos del artículo 584, sino que «precisamente ha de ser *vía pública*, carácter que no se adquiere porque sea transitable y pasen o puedan pasar personas, sino por su destino conforme a los preceptos de policía municipal. No hay otras vías públicas municipales que (art. 344) los caminos vecinales, las plazas, calles y paseos, y estando fuera de discusión que la zona de autos no es camino vecinal, plaza ni paseo, no se concibe una calle en que las casas no tengan puertas ni ventanas ni la menor urbanización y sólo una anchura de ochenta centímetros, y a lo sumo de un metro setenta centímetros; todo lo cual lleva a la afirmación de que no se trata de un camino público, sino de una zona de terreno inherente al acueducto para su limpieza, reparación e inspección».

El Tribunal Supremo, en el «considerando» segundo de dicha sentencia, concreta así su interpretación amplia de la expresión «vía pública»:

«Considerando que... toda vez que la Sala sentenciadora, en uso legítimo de su facultad soberana, ha estimado probado que la faja de terreno existente entre las propiedades de ambas partes litigantes es una vía pública, no hay medio hábil de apreciar la infracción de los artículos 582 y 584 del Código civil, pues siendo este artículo la excepción de aquél resulta bien aplicado, toda vez que no se trata de dos predios contiguos y limítrofes, sino que ambos colindan con un terreno perteneciente al Ayuntamiento, por el que va un acueducto o conducción de aguas y por el que hay tránsito de personas, es decir, que dicho terreno es una verdadera vía de comunicación, que al no haberse alegado que pertenezca al dominio privado, necesariamente tiene que ser pública, sin que dentro de esta determinación genérica haya necesidad de aquilatar cuál sea el verdadero nombre que le corresponda, porque el artículo 584 no requiere esa determinación, por cuanto si no tuviese ese carácter de publicidad, forzosamente entraría en la calificación de finca ajena, que haría necesaria la aplicación de los anteriores artículos del Código civil, siendo por lo demás impertinente la cita del artículo 344 del mismo, porque el artículo 584 no se refiere a los bienes de uso público, sino a las vías públicas exclusivamente, denominación ésta dentro de la que pueden tener cabida todos los terrenos que sirvan para poner en comunicación o para transitar por ellos, ya en una u otra forma, independientemente de su anchura y de las condiciones de policía o urbanización que puedan tener a otros efectos y de que en ellos estén instalados o se presten todos los servicios municipales y los de alumbrado, afirmado y encintado de las aceras, como se exige por el artículo 23 del Reglamento de 29 de junio de 1911, para la ejecución de la Ley de 12 de aquel mes y año, al hacer la definición de lo que debe entenderse por solares, concepto reiterado después en el número 1.º del apartado B del artículo 18 de la instrucción provisional aprobada por Real Decreto de 19 de enero de 1915 sobre Registros Fiscales.»

En el caso de la presente sentencia de 1974 hay algunas diferencias, pues no se trataba de un acueducto, sino de un camino, y, además, a diferencia del caso de 1929, fue demandado también el Ayuntamiento por si se consideraba con derecho aquél, y contestó negando la condición municipal del citado camino. No obstante, la sentencia de 1929 ofrece ciertas coincidencias con la de 1974, como ahora iremos viendo.

Lo que, en nuestra opinión, se desprende de la actual sentencia de 1974 es que la expresión «vía pública» del artículo 584 del Código hay que inter-

(3) También se planteó el problema de si el artículo 584 se aplica sólo entre «edificios» o también entre un edificio y un terreno situado al otro lado de la vía pública, contestando afirmativamente por la razón de que la construcción de edificios no suele ser simultánea.

pretarla ampliamente, bastando estos dos requisitos para aplicar tal concepto: 1.º) Que se trate de una vía de tránsito general. 2.º) Que no se pruebe que pertenezca al dominio privado, aunque tampoco quede probado que sea bien de propiedad municipal.

Examinaremos estos dos requisitos que han de concurrir:

1.º *Vía de tránsito general.*—En esta sentencia de 1974 leemos, en relación con esto, en su último «considerando», que «con una u otra concepción (propiedad pública o privada del camino), si se usa para el servicio de los vecinos», «si su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado». También en la sentencia de 1929 se alude a esta idea del «tránsito de personas» y a las vías públicas como «terrenos que sirvan para poner en comunicación o para transitar por ellos». Se recalca así lo que decía SCAEVOLA sobre su finalidad de «servicio del público».

2.º *Vía que aun no siendo pública desde el punto de vista administrativo, no se demuestre que pertenezca al dominio privado.*—Al Tribunal Supremo no le interesa el concepto técnico-administrativo de «vía pública» en relación con el artículo 584, para lo que en realidad sería competente la Sala de lo contencioso-administrativo. En tal sentido, la sentencia de 1974 considera aplicable el artículo 584, «aunque no sea camino vecinal con criterio administrativo» la vía de separación de ambas propiedades. En la sentencia de 1929 también hay un indicio de esta indiferencia por la prueba del dominio público municipal, cuando dice que es «impertinente la cita del artículo 344 del Código, porque el artículo 584 no se refiere a los bienes de uso público, sino a las vías públicas exclusivamente», y que no interesan las «condiciones de policía o urbanización que puedan tener a otros efectos y de que en ellos estén instalados o se presten todos los servicios municipales y los de alumbrado, afirmado y encintado de ace-ras». Pero esta idea no aparece tan nítidamente reflejada como en la sentencia de 1974.

Al Tribunal Supremo en esta sentencia le interesa más que probar que se trata de una vía de dominio público, no haberse alegado ni probado que se trate de vía de dominio privado. Lo que no puede bastar, a estos efectos, es que se trate simplemente de una vía de tránsito general (primer requisito), ya que puede suceder que consista en un camino privado, pero que por mera tolerancia del dueño o por una intromisión no tolerada sea transitado por todos, y no por eso va a ser «vía pública» en el sentido del artículo 584. Por eso consideramos criticable decir que «no importa de quién sea la propiedad» (SCAEVOLA), y de estas sentencias no se desprende tal indiferencia por el problema de la propiedad. Lo que ocurre es que dan un especial enfoque a esta cuestión a través del aspecto de la prueba, no exigiendo la demostración de ser una vía de dominio público, bastando que no se pruebe ser de propiedad privada.

En la sentencia de 1974 domina esta idea, pues, a pesar de que el Ayuntamiento consideró que no era vía pública municipal, dice que si el camino «no es propiedad privada ni del actor ni de los demandados y su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado, lo que hace posible la apertura de huecos a que se refiere el artículo 584».

También en la sentencia de 1929 hay algún indicio en este sentido, pues, a pesar de que encontró un ambiente más favorable al carácter municipal de la vía, no exige una especial prueba acerca de ello, sino que dice simplemente que «al no haberse alegado que pertenezca al dominio privado, necesariamente tiene que ser pública».

Quedan así explicados los dos requisitos del concepto de «vía pública» del artículo 584: la característica de ser de «tránsito general» muestra un primer indicio de que lo probable es que no sea vía privada, y la falta de prueba de ser de dominio privado añade más probabilidades sobre su catalogación como vía pública.

Desde el punto de vista técnico cabría discutir si son suficientes estos dos requisitos para caracterizar ese concepto. Pero no cabe duda de que tales apreciaciones se justifican por razones prácticas, ya que si antes de poder aplicar el artículo 584 del Código en la jurisdicción civil ordinaria fuera necesaria una previa declaración administrativa sobre el carácter de vía pública, se desconocería que la «vía pública», en sentido técnico, surge, por lo menos en las pequeñas poblaciones, sin plan de ordenación, después de haberse realizado las correspondientes edificaciones particulares. Parece, pues, aceptable que si una faja de terreno es transitada por todos y no consta que pertenezca a nadie en particular, tenga el carácter de «vía pública» para el Código civil (art. 584), aunque administrativamente no lo sea todavía.

Claro que el recurrente, en el caso de la sentencia que comentamos, había alegado que «aunque el terreno o camino» no le pertenece, «será de otra persona, pero, desde luego, no del actor». Ciertamente, cabría pensar que el camino puede pertenecer al propietario de otra finca que tiene forma de embudo, y que precisamente a través de ese camino va a desembocar en otro lugar, más allá de las fincas colindantes. A lo que podría contestarse, en línea con esta sentencia de 1974, que si ello fuera así debería haberse alegado señalando en concreto a quién pertenecía y no dejando el problema en el aire diciendo que el camino «será de otra persona». ¿Y si con posterioridad a este pleito surgiera alguien que alegase y probase su derecho de propiedad sobre el camino? Creemos que como no habría cosa juzgada, pues se produciría un pleito entre distintos litigantes, el caso podría tener distinta solución, si efectivamente se llegaba a demostrar la propiedad privada de la vía, pues entonces fallaría uno de los dos requisitos que hemos señalado: la falta de prueba de ser vía de dominio privado.

TERCERIA DE DOMINIO: NO EXISTE IDENTIDAD ABSOLUTA CON LA ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Embargada la totalidad de una finca, los propietarios de varios pisos de la misma deducen demanda de tercería de dominio, alegando que debe alzarse el embargo respecto a dichos pisos por haberlos adquirido los actores en fecha anterior a la anotación de embargo, aunque todavía no estaban registrados a su nombre.

Doctrina de la sentencia.—Estimada la demanda en ambas Instancias, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el embargante, siendo de destacar los «considerandos» primero y tercero:

«Considerando que el recurso de casación por infracción de ley se configura en los ordenamientos jurídicos con carácter eminentemente técnico y rigurosamente formal, exigiéndose que en el escrito en que se interponga se cumplan ciertos requisitos, cuya omisión acarrea el fracaso del o de los motivos en que se cometa.»

«Considerando que la desestimación de este motivo (primero) se impone por las siguientes razones: Primera: Porque en él, sin posible separación y diferenciación, se entremezclan las alegaciones sobre el error de derecho y sobre el de hecho, que conjuntamente se atribuyen a la sentencia recurrida, con lo cual se infringe reiterada doctrina jurisprudencial que ordena la separación. Segunda: Porque para razonar la procedencia de tal motivo se alude a la interpretación que ha dado el Juzgador a los documentos obrantes en autos, siendo bien sabido que la exégesis del senten-

ciador no se puede combatir por esta improcedente vía. Tercera: Porque se invocan como infringidos los artículos 1.216 y 1.248 del Código civil, que no contienen normas valorativas de prueba, ya que el primero se limita a definir los documentos públicos, y el segundo, a formular una admonición a los Juzgadores para que cuiden de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito. Cuarta: porque la apreciación de la prueba, en el pleito de que procede este recurso, la ha realizado el Juzgador de Instancia analizando conjuntamente todos los elementos que la integran, y no se puede enervar aquel resultado conjunto combatiendo uno solo de aquellos elementos integradores. Quinta: Porque, además, la certificación que se invoca como evidenciadora de ese supuesto error de hecho que se denuncia, no prueba la realidad de ningún hecho contrario a los que sirvieron de base al Juzgador para construir su tesis condenatoria, pues únicamente revela que en la fecha a que se refiere existía en el solar litigioso una edificación determinada, pero no contradice el hecho de que posteriormente se haya edificado en dicho solar la casa de autos, que después fue objeto de declaración de obra nueva y sirvió para su inmatriculación. Sexta: Porque las alegaciones relativas a que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales nada tienen que ver con los supuestos errores de derecho o de hecho que se denuncian, y no tiene por qué traerse a colación por esta vía. Séptima: Porque la circunstancia de que en algunas declaraciones jurisprudenciales se haya admitido cierta analogía entre la tercería de dominio y el ejercicio de la acción reivindicatoria, no equivale a proclamar su identidad ni impide el éxito de la tercería el hecho de que los propios demandantes estén en posesión legal de la cosa embargada si solicitan por aquella vía el alzamiento del embargo y justifican su procedencia.»

TERCERÍA DE DOMINIO: NO HA LUGAR POR NO ACREDITAR EL TERCERISTA UNA TRANSMISIÓN REAL DEL DOMINIO A SU FAVOR, DADA LA NATURALEZA COMPLEJA NO TRASLATIVA DEL TÍTULO EN QUE SE BASA. LA INSCRIPCIÓN NO ES CONSTITUTIVA NI CAMBIA LA NATURALEZA DEL CONTRATO. DERECHO DE RETRACTO (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Don Jorge, don Félix y don Alberto Gabilondo Echevarría formulan demanda de tercería de dominio contra la razón social denominada «Agasa, S. A.», y contra la Abogacía del Estado, por haber embargado la Recaudación de Tributos del Estado la heredad «Besosolua y Calzadaondo», con sus edificaciones, y anotado el embargo en el Registro, siendo dicho inmueble propiedad de los actores, según se desprende, en su opinión, de la escritura que acompañan, inscrita en el Registro con posterioridad.

La Abogacía del Estado contesta a la demanda oponiéndose y formula reconvencción, terminando con la súplica de que se dicte en su día sentencia declarando la nulidad de la escritura pública o contrato de adjudicación de bienes efectuado por «Agasa, S. A.», a favor de los actores y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente, la demandada «Agasa, S. A.», contestó a la demanda y formuló reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao dictó sentencia, en la que sin entrar en el fondo del asunto desestimó por falta de legitimación activa la demanda de tercería, desestimando igualmente las reconvencciones de los demandados.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocando en parte la sentencia apelada, pero con igual resultado desestimatorio de la demanda de tercería y de las pretensiones ejercitadas reconvenionalmente por los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al mismo por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, a lo largo de sus trece ‘considerandos’, no hace otra cosa que una minuciosa y razonada interpretación de la escritura de 22 de julio de 1968, examinando el sentido, significado y alcance de todas y cada una de sus estipulaciones contrastadas con los hechos que la motivaron, para llegar a la conclusión de que su contenido no corresponde a una transmisión de dominio mediante precio, que configuraría un contrato de compraventa, sino que se trata de un contrato complejo de garantía inmobiliaria para asegurar el cobro de una deuda por amortización de acciones a través de una pseudoadjudicación, que quedaría sin efecto al pagarse la deuda, y si se incumplía por la Sociedad contratante tenían que sacar los hoy terceristas los bienes a subasta a modo de ejecución de la garantía, sin que se haya querido ni producido la transmisión real del dominio.»

«Considerando que con lo expuesto es suficiente para desestimar los motivos del recurso, porque situados por completo al margen del problema planteado, el primero y el segundo alegan escuetamente que, conforme a lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462 del Código civil, la propiedad se adquiere en virtud de determinados contratos mediante la tradición, disposiciones que nadie discute, sino que, por el contrario, se ha razonado extensamente en la sentencia recurrida sobre la clase de negocio jurídico, que determinan unas premisas de hecho no combatidas; en cuanto al tercero, tan íntimamente ligado con los anteriores que viene a ser su consecuencia, la presunción derivada de la inscripción registral cae por su base con la declaración judicial de la realidad contraria a su eficacia; puesto que la inscripción no es constitutiva ni cambia la naturaleza jurídica del contrato; en cuanto al motivo cuarto, mal puede hablarse de la existencia de un derecho de retracto si no hubo realmente transmisión de dominio, conforme a la definición del retracto contenida en el artículo 1.521 del Código civil, y cabe decir lo mismo del motivo quinto y último, que mantiene, como los demás, la tesis de la adquisición del dominio en virtud de la escritura pública, antes citada, de 22 de julio de 1968, olvidando por completo las razones de la sentencia recurrida demostrativas de lo contrario, y a mayor abundamiento no cita ningún precepto relativo a valoración de prueba que haya sido infringido.»

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: LEY DE MORATORIAS DE 1 DE ABRIL DE 1939. LA PRUEBA DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA EN UN PLEITO DE REIVINDICACIÓN DE FINCAS Y DE DERECHOS HEREDITARIOS (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Doña Rosa Solá Sastre falleció en Roda de Ter el 30 de septiembre de 1896 bajo testamento, en el que instituyó heredero a don Miguel Sala Solá con sustitución fideicomisaria condicional *sine liberis decesserit*, es decir, con la condición de que los bienes pasarían a otras personas si el heredero fallecía sin hijos. Don Miguel Sala Solá se ausentó de España en 1910 pasando a residir al sur de Francia, cesando sus cartas y noticias de él a partir de 1927. Por diferentes interesados se poseyeron los bienes de

la herencia, siendo don Antonio y doña María del Rosario Sala Sala los poseedores desde 1941. En época reciente, don Francisco Angel Sala Piérola, vecino de Magalas (Herault, Francia), dirigió un requerimiento notarial a don Antonio y a doña María del Rosario Sala Sala para que dieran cumplida cuenta de la administración de los bienes e instó auto de declaración de herederos abintestato ante el Juzgado número 7 de los de Barcelona, por el que fue declarado heredero de don Miguel Sala Solá, como hijo del mismo, otorgando a continuación la correspondiente escritura pública, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, dado que los bienes figuraban anteriormente inscritos a nombre de don Miguel Sala Solá.

Ante esta situación, don Antonio y doña María del Rosario Sala Sala deducen demanda contra don Francisco Angel Sala Piérola, alegando ser dueños de las fincas por prescripción y solicitando la nulidad de las inscripciones que figuran a nombre del demandado.

El demandado se opone a la demanda y formula reconvencción reivindicando las fincas inscritas a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich absolvió al demandado, estimando su demanda reconvenccional en sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Los actores interponen recurso de casación alegando, entre otras razones, que el demandado no es hijo legítimo del causante, sino natural, con la consecuencia de no poder ser considerado «hijo puesto en condición», a efectos del artículo 174 de la Compilación de Cataluña y de la institución *si sine liberis decesserit*, y que la acción reivindicatoria del demandado formulada en demanda reconvenccional se había extinguido por prescripción, pues se ejercitó en agosto de 1969, una vez pasado el plazo prescriptivo de treinta años, estimando dichos demandantes que se habían aplicado indebidamente los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Moratorias de 1 de abril de 1939.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que los dos temas primordiales planteados con reflejo en el presente recurso son: si don Miguel Sala Solá falleció sin descendencia legítima, y segundo, si se ha producido la usucapión a favor de los actores que impida la reivindicación que pretende el demandado a medio de su reconvencción y la prescripción de esta acción.»

«Considerando que en relación con el primer extremo, si bien los actores niegan el carácter de hijo legítimo de don Miguel Sala Solá al demandado, don Francisco Sala Piérola, ha de dejarse sentado que de las dos clases de acciones que se derivan fundamentalmente de la filiación legítima, a saber, la impugnación de estado de hijo legítimo que de hecho tiene o se cree tener por alguien y la de reclamación o reivindicación del estado de hijo que de hecho no se tiene, ninguna de ellas se ha ejercitado en el presente litigio, y si frente a la alegación por la parte actora y recurrente de que en el demandado no concurría la condición de hijo legítimo, por no constar el matrimonio de los padres, sobre cuyo particular propuso y practicó prueba el demandado, el pleito no ha tenido por finalidad directa la declaración o impugnación de la filiación legítima de éste, puesto que nada se solicitó ni se declaró en este sentido en el fallo de Instancia, quedando reducido el tema de la filiación a mera cuestión de hecho, como presupuesto o antecedente de la acción ejercitada sobre derechos hereditarios y reivindicación de bienes.»

«Considerando que sentado lo que precede, la sentencia recurrida, sin entrar a pronunciarse en fase decisoria sobre la indicada cuestión, porque infringiría la congruencia exigible en los fallos, sin embargo, a los efectos del litigio, establece la concluyente afirmación de que de la certificación de

nacimiento obrante en autos, por sí misma y además en conexión con la abundante prueba de la parte demandada, que en su conjunto y sin entrar en más detalles hace totalmente evidente la legitimidad—dentro de la problemática argumental de la presente litis—de don Francisco Angel Sala Piérola, pues la convicción surge y debe conectarse con todos los abundantes medios de prueba que se han suministrado y obran en autos, los cuales, sopesados con cautela, análisis y según su propia y peculiar expresividad, abundan todos ellos y concluyen en la existencia de una legítima filiación en la persona del demandado.»

«Considerando que... la carta en cuestión, a que en el motivo octavo se alude, es ineficaz para acusar un error de hecho en casación, de un lado, porque es un documento examinado y tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* valorándolo en relación con la totalidad de los elementos probatorios, y porque si se examina para su interpretación, en su conjunto, acusa su contenido la finalidad de templar una situación de tirantez familiar con una manifestación que pudiera contribuir a ello, por lo que carece en todo caso de valor suficiente de por sí para acusar el error de hecho en la apreciación de la prueba por el Tribunal *a quo* y, además, porque en realidad lo que se acusa es la inaplicación del principio general probatorio del artículo 1.228 del Código civil, lo que no puede verificarse a través del cauce utilizado.»

«Considerando que... aun en la tesis más favorable a los recurrentes, esta prescripción extintiva (de la acción) ejercitada por el demandado no se ha producido, porque tampoco ha transcurrido el plazo de treinta años, atendida la moratoria que establece la Ley de 1 de abril de 1939, y si bien a través del motivo séptimo, formulado por el mismo cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la aplicación indebida de los artículos 1, 6 y 7 de la expresada ley, en el primero de los cuales se dispone con efecto de retroacción al 17 de julio de 1936 la suspensión de plazos para la prescripción adquisitiva y extintiva de todos los casos en que por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios adecuados no haya sido posible desde entonces el ejercicio de los referidos derechos o acciones, la sentencia de Instancia ha hecho una exégesis adecuada del precepto, al decir que ha de interpretarse dicha ley en su conjunto contemplando la imposibilidad, que puede tener su base tanto en la situación de las personas como de los bienes, al encontrarse éstos en zona no nacional, y la imposibilidad de ejercitar acciones reales sobre los mismos era y resultaba prácticamente imposible por la dificultad o peligro que podría representar en muchos casos para los interesados el trasladarse a zona denominada roja, no nacional, que subsistió prácticamente para Cataluña aproximadamente tres años, sin que la situación del demandado en el caso presente sea a las que ha querido referirse el artículo 7 de la expresada ley, toda vez que la residencia en Francia del demandado era la habitual y no fue voluntariamente buscada con ocasión del conflicto o guerra civil.»

BIEN PATRIMONIAL DEL ESTADO. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA. DESAHUCIO POR PRECARIO. PERSONALIDAD INDEPENDIENTE DEL ESTADO DE LA «CAMARA DE COMERCIO», POR NO SER ORGANISMO ESTATAL AUTONOMO (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, dedujo demanda contra la «Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla», para que desalojara la planta baja del edificio denominado

«Casa Lonja-Archivo de Indias», sito en Sevilla, dejándolo libre, a disposición del Estado español, al que pertenecía, exponiendo en la demanda la evolución histórica del citado edificio y las diferentes Reales Cédulas y demás disposiciones producidas sobre el asunto desde el año 1572.

La Cámara Oficial contesta oponiéndose a la demanda, estimando que a ella le correspondía la titularidad dominical de la planta ocupada, oponiéndose también a la inscripción registral del Estado, obtenida por el procedimiento privilegiado del artículo 206 de la Ley Hipotecaria previamente a la iniciación del litigio. Terminó suplicando se dictase sentencia por la que, mediante la aceptación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, se absuelva a la demandada, o caso de entrar en el fondo, se la absuelva totalmente, con desestimación de la demanda planteada.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Sevilla estimó la demanda, declarando haber lugar al desahucio de los locales que ocupaba la demandada, por poseerlos sin título de derecho alguno que justifique su ocupación.

Apelada dicha sentencia por la Entidad demandada, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y revocando la sentencia del Juzgado, pues absuelve de la demanda a la Cámara de Comercio sin entrar en el fondo del asunto.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación fundándose, entre otros motivos, en que no se trata de una cuestión administrativa que haya de quedar sin resolver en esta jurisdicción ordinaria, sino de una cuestión de recuperación de la posesión, que es de derecho civil (sentencias de 18 de febrero y 2 de julio de 1942 y 27 de junio de 1942), de acuerdo, además, con el artículo 8 del texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, sin que, por otro lado, la Cámara de Comercio demandada sea un Organismo Autónomo, como señala la sentencia de la Audiencia, sino una Corporación Oficial con personalidad independiente, a la que no le es aplicable la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, no siendo aplicables las normas de adscripción y afectación de bienes del Estado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la representación del Estado por las razones que se indican en el «considerando» segundo de su primera sentencia:

«Considerando que... se está en presencia de una pura cuestión de Derecho civil, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, pues ni objetivamente se trata de la adscripción o afectación de bienes a órganos de la Administración, a los fines de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en cuanto que lo discutido es un bien cuyo dominio tiene el Estado como persona jurídica, del que se pretende desalojar a quien ocupa parte de él en situación de precario y provisionalmente; ni desde el punto de vista subjetivo puede sostenerse que la Cámara de Comercio, Industria y Navegación sea un órgano de la Administración incluíble en alguno de los supuestos de entes autónomos del Decreto de 14 de junio de 1962, habida cuenta que es una Corporación de interés público de las comprendidas en el número primero del artículo 35 de nuestro primer Código sustantivo; ni, finalmente, la reglamentación puede estar presidida por otra normativa que no sea la propia de las relaciones jurídicas civiles, que afectan no sólo a los particulares, sino también a las Entidades públicas, cual es el Estado, cuando actúen en esa calidad, todo lo cual está poniendo de relieve que la sentencia recurrida incurrió en defectos de jurisdicción dejando de conocer un asunto en que debió hacerlo, aplicando indebidamente los artículos 1 y 3, apartado I letra a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de

diciembre de 1956, al modo como se denuncia, por el cauce adecuado del número seis del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el motivo segundo del recurso, que en su virtud debe ser estimado, y con él, el recurso en su totalidad, casando y anulando la resolución que se recurre sin que sea necesario entrar en el examen del otro que se formuló y sin que proceda hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.»

En la segunda sentencia se confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia, a la que el Tribunal Supremo considera que «es de elogiar».

J. M. G. G.

PROPIEDADES ESPECIALES: PROPIEDAD INDUSTRIAL. ROTULO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y NOMBRE PROPIO O RAZON SOCIAL INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1972).

Es constante y reiterada la doctrina de esta Sala declarando que nadie puede ser privado de utilizar su nombre y apellidos propios en los rótulos de sus establecimientos, por constituir un derecho inalienable que distingue a cada persona física de los demás, materia en un todo aplicable a las personas jurídicas, que también tienen su personalidad con nombre propio consistente en la razón social con repercusión en el Registro Mercantil, que lo ampara y protege, conforme al artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.

Sentada la anterior doctrina y constando plenamente acreditado en el proceso que lo que se impugna es el rótulo de establecimiento, amparado en el Registro de la Propiedad Industrial con el número..., a favor de... que constituye una Compañía de tipo Sociedad Anónima, inscrita en el Registro Mercantil con la razón social utilizada en el rótulo impugnado, no cabe en modo alguno que prospere la demanda mientras persista tal razón social en el Registro Mercantil.

S. de F.

NOTA.—Ver en esta REVISTA sentencia de 13 de noviembre de 1965 (página 1597 del núm. 457) y sentencia de 3 de marzo de 1967 (pág. 1320 del núm. 474).

III. CONTRATOS

DOCUMENTOS NO ESENCIALES PRESENTADOS TARDIAMENTE (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1974).

Hechos.—Un agente comercial intervino en la venta de un buque y reclama su comisión al vendedor. Este niega la intervención del agente. Finalmente, el Supremo falla a favor del comisionista, al estimar la validez probatoria de unas cartas enviadas por el comitente.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado de forma constante y uniforme que la obligación de aportar con la demanda los documentos en que el actor funda su derecho es tan ineludible, que su incumplimiento lleva consigo el que tal medio de prueba no deba ser tenido en cuenta por el Órgano judicial, no lo es menos que, en el presente caso, las cartas cuya tardía unión a éstas sirve de base al primer motivo del recurso, no constituyen los documentos esenciales en que la acción ejercitada se apoya, sino un medio complementario de prueba. Los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, a que se refiere el tercer motivo del recurso, no contienen regla alguna sobre valoración de prueba, cuyo requisito es indispensable para el éxito de estos vicios *in iudicando*; dichos preceptos no pueden infringirse cuando, como ocurre en este caso, las sentencias no se fundan en presunciones, sino en pruebas directas.

CONTRATO PRELIMINAR: MEDIANDO EN EL TODOS LOS ELEMENTOS DEL FUTURO CONTRATO PRODUCE LOS EFECTOS DE ESTE (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En torno a la interpretación del artículo 1.451 del Código civil, es doctrina de esta Sala que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo.

CONTRATACION POR APODERADO: EL NO DECLARARSE EL NOMBRE DEL PODERDANTE NO ES CAUSA DE NULIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso, que invoca la violación del primer párrafo del artículo 247 del Código de Comercio, se pretende que al no haberse declarado el nombre, apellido y domicilio del poderdante es nada menos que causa de nulidad del contrato, como si se tratase de un requisito formal exigido *ad solemnitatem*, cuando el alcance de este precepto no es otro que el de la seguridad en la contratación con el pleno e indubitado conocimiento de las personas contratantes, y que en el peor de los supuestos su falta no tendría otra sanción que la prevista en el párrafo segundo del propio artículo invocado, a lo que no había lugar por estar perfectamente conocida la identidad de los contratantes.

PRESCRIPCION: LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA BASADA EN UN DOCUMENTO NO LIQUIDADADO DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES NO ADOLECE DE DEFECTO LEGAL, POR LO QUE PRODUCE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Sólo hay un defecto legal en el modo de proponer la demanda, cuando no se llenan los requisitos a que se refiere el artículo 524 de la LEC, y al no estar incluido en ellos el motivo que dio

lugar a la suspensión del trámite, es indudable que no convierte a la demanda en ineficaz. La falta de presentación de documentos en la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales no enerva su validez en el orden de las relaciones civiles ni puede autorizar a otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la ley, por todo lo cual la presentación de un documento sin que en el mismo conste la liquidación del impuesto no enerva la validez de la demanda y, de consiguiente, ha de comenzar a producir los efectos de interrupción de prescripción desde la presentación de la misma.

USURA: LA FACULTAD DISCRECIONAL DE RESOLVER EN ESTA MATERIA TAMBIEN LA TIENE EL TRIBUNAL SUPREMO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, y reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la libertad de apreciación que les concede la ley es tan absoluta que pueden formar su convicción sin necesidad de prueba alguna, esto no impide que los Tribunales puedan formar su juicio no sólo con las alegaciones de las partes, sino teniendo en cuenta las pruebas aducidas. El uso de la especialísima facultad discrecional de resolver en materia de usura no está circunscrita o limitada a los Juzgadores de Instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo, si bien, y para que el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se convierta en una tercera Instancia, debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida.

CUESTION DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Una Mutua de Seguros despidió a su representante. Este demanda a la Mutua, quien plantea el conflicto de jurisdicción solucionado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—La competencia para conocer del proceso corresponde al Juzgado de la localidad donde el actor concertó las pólizas de seguro en favor de la demandada, percibió las primas correspondientes y satisfizo el importe de los siniestros sobrevenidos, es decir, el lugar donde prestó sus servicios y cumplió la misión que le estaba encomendada, a tenor de lo dispuesto en el apartado b), párrafo 2.º, del artículo 17 de la Ley de 30 de diciembre de 1969 y en la doctrina sustentada por esta Sala, tanto en materia de arrendamiento de servicios como de comisión mercantil o de simple mandato o de cualquier otro negocio jurídico que lleve implícita la realización de algún trabajo en población determinada, siendo consecuencia de lo expuesto que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dicho contrato también hayan de ser reclamados ante el Órgano jurisdiccional donde la obligación principal había de cumplirse.

LA VIOLACION DE LEYES DE CARACTER ADMINISTRATIVO-FISCAL NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO AL RECURSO DE CASACION
(SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el primer motivo del recurso se denuncia violación del artículo 176 de la Ley de Reforma Tributaria, y la del artículo 114 del Decreto de 6 de abril de 1967, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, ha de ser desestimado, ya que dichos preceptos, por su carácter administrativo-fiscal, son inadecuados para servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo.

No cabe desarticular la conjunción probatoria para atribuir a elementos aislados de la misma resultancias que son fruto de la total apreciación de la prueba practicada.

RECURSO DE CASACION: LA FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA NO INTEGRA POR SI SOLA «VICIO IN PROCEDENDO» (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso de casación, por ser extraordinario, queda condicionada la actividad de los litigantes no sólo en los medios a emplear para combatir la sentencia de Instancia, sino además en la manera de utilizarlos. La falta de recibimiento a prueba no integra por sí solo «vicio in procedendo», porque, según se establece en el número 3 del artículo 1.693 de la LEC, requiere además sea procedente con arreglo a Derecho; no fue practicada la prueba pericial porque no fue propuesta con claridad y precisión el objeto de ella, requisito de inexcusable observancia, según se dispone en el artículo 611 de igual ley procesal. La denegación de cualquier diligencia de prueba tampoco puede originar sin más la estimación del recurso, porque, de conformidad con el número 5 del artículo 1.693, ya citado, exige que la prueba propuesta y denegada sea procedente su admisión, circunstancia que no concurre, por lo ya expresado, respecto a la pericial.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—A más de que los preceptos procesales no pueden servir de amparo a los recursos de casación por infracción de ley, lo que ya hace el motivo desestimable en este trámite, concretándose la Sala a la sentencia recurrida, no puede menos de estimar acertada su resolución de que no cabe la reconvencción en este juicio por cantidad superior a la fijada a esa cuantía.

LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE UNA OBRA NUEVA NO ACREDITA DE MANERA INEXCUSABLE QUE HASTA ESE MOMENTO NO HUBIERA TENIDO REALIDAD TAL OBRA (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—El actor reclama dos millones y medio de pesetas al demandado, como consecuencia de un contrato de préstamo. El demandado se

defiende arguyendo que nunca existió tal contrato, y entre las pruebas que presenta hay una testifical, que es declarada impertinente en Primera y Segunda Instancia. No prosperaron los argumentos defensivos.

Doctrina de la sentencia.—La prueba testifical interesada es totalmente impertinente y no guarda relación alguna con las alegaciones oportunamente expuestas por dicho demandado en la contestación y en la réplica, y, a mayor abundamiento, tampoco podría servir para demostrar la realidad de la alegación extemporáneamente formulada en la fase de proposición de prueba, ya que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la compraventa de cosa futura y, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad de una obra nueva no acredita de manera inexcusable que hasta ese momento no hubiera tenido realidad tal obra, ni que a cuenta de su compra no se hubiese verificado alguna entrega.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Al haber tomado el Tribunal su convencimiento por el examen del conjunto de la prueba, no es lícito desarticular la misma y fundar la convicción en un solo documento. La misma suerte adversa han de correr los motivos en que se denuncia vicio de incongruencia, porque la cita de los nombres de los actores, aun cuando no haya sido pedida en el suplico, ni pone ni quita nada a la declaración contenida en el fallo.

RECURSO DE CASACION: CUESTIONES NO DEBATIDAS EN EL PLEITO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación por infracción de ley tiene como finalidad esencial enmendar las decisiones de los Tribunales de Instancia cuando, al resolver las *cuestiones oportunamente deducidas* por las partes, hayan incurrido en alguna contravención legal de las que específicamente están determinadas. La primera cuestión que al Tribunal *ad quem* se le ofrece es la de precisar cuáles fueron tales cuestiones, pues las demás, salvo las que afecten al orden público, no pueden ser sometidas a su censura; por eso nuestro ordenamiento procesal, en el número 5 del artículo 1.729, dispone que no se admitan los motivos que planteen cuestiones no debatidas en el pleito. Los demandado-recurrentes, con olvido de lo dispuesto en el referido artículo, pretenden traer a debate ahora una cuestión que no plantearon oportunamente, alegando dichos recurrentes, en los dos primeros motivos del recurso, que la resolución impugnada infringe por violación los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que señalan, según cuyos preceptos las obligaciones mancomunadas simples son la regla, y las solidarias, la excepción. Como esa cuestión de la falta de solidaridad entre los demandados no fue alegada en la fase procesal oportuna, no puede ahora ser traída a debate ni examinada por este Tribunal.

INCONGRUENCIA: NO EXISTE CUANDO NO HAY DISPARIDAD ENTRE LO PEDIDO Y LO RESUELTO, SINO SOLAMENTE EN LAS NORMAS JURIDICAS INVOCADAS POR LA PARTE Y LAS APLICADAS POR EL TRIBUNAL (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo se basa en ser la sentencia dictada incongruente, y se razona con el argumento de que la reconvencción formulada por los demandados se basa en el artículo 1.597 del Código civil, artículo que, según la Audiencia, no es aplicable al caso de autos, y en su lugar fundamenta el fallo recurrido en el enriquecimiento sin causa; es de recordar, ante todo, el conocido apotegma *da mihi factum, dabo tibi ius*, lo que quiere decir que la cuestión de hecho es de la competencia de las partes y es incongruente la sentencia que admite hechos nuevos no probados, pero, en cambio, que al llegar a la parte jurídica, ésta es de libre apreciación del Tribunal, sean unos u otros los preceptos invocados o los que el Tribunal establezca respecto al caso. La incongruencia no surge más que cuando no hay acuerdo entre lo pedido y lo resuelto.

EN LOS CONTRATOS NULOS PUEDE ACCIONARSE CONTRA LOS MISMOS POR LAS PROPIAS PARTES OTORGANTES, SIN QUE PUEDA Oponerse LA EXCEPCION DE IR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.255 del Código civil concede a los contratantes la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, en cuyo caso hay «prohibición» y se puede ir contra los mismos solicitando su nulidad. En contratos de esta clase son características esenciales: Primera: Se puede accionar contra los mismos a las propias partes que los suscribieron, sin que pueda oponerse la excepción de ir contra los propios actos, puesto que ir contra alguno de los motivos que vician el acto supone el cumplimiento de un deber, que debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación de quien postule la nulidad. Segunda: La aplicación del conocido principio de derecho de *quod nullum est, nullum producti effectum*, pone al contrato fuera de las reglas reguladoras de la prescripción y la caducidad, puesto que lo nulo no puede producir efecto alguno, sea cualquiera el plazo que se emplee en pedir su nulidad.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

RESOLUCION DE CONTRATO: SI EL ARRENDATARIO NO ESTA AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS RENTAS VENCIDAS ES INADMISIBLE EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA. CONFORME AL ARTICULO 148 LAU (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1973).

Se demanda al ocupante de un local de negocio alegando que el arrendatario dejó de pagar la renta en 1964 y que posteriormente se habían

realizado dos transmisiones del local a espaldas del actor, quien las ignoró hasta que en 1969 falleció el arrendatario primitivo. Se contestó que los cambios de titularidad fiscal se habían hecho con el exclusivo fin de permitir al arrendatario cobrar el Subsidio de Vejez; con este fin se puso el negocio a nombre de un hijo, y al contraer matrimonio éste, a nombre del otro, siendo el padre el dueño efectivo del negocio. Al fallecer éste y no habiéndose verificado aún la partición del caudal hereditario, el negocio pertenece a todos los hijos *pro indiviso*, por lo que se opone la excepción de falta de legitimación pasiva por no dirigirse la demanda contra todos los hijos.

Se desestimó la demanda por el Juzgado de Elche, pero la Audiencia de Valencia revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato. Interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo lo rechaza por no estar el recurrente al corriente en el pago de las rentas vencidas, lo que es causa de inadmisión del recurso, sin entrar en el examen de los motivos del mismo.

RESOLUCION DE CONTRATO: PARA QUE SE ENTIENDA CUMPLIDO EL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL BASTA CON QUE NO HAYA OPOSICION POR PARTE DE LOS DEMAS COMUNEROS (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1973).

Se basa la demanda en la realización de obras que modifican la configuración del local arrendado sin consentimiento de la propiedad del inmueble, y se formula por uno de los condueños. El demandado contestó que el actor era socio del demandado en el negocio, así como administrador del club en que consistía aquél, habiendo sido destituido por su mala gestión. Las obras verificadas lo habían sido por disposiciones administrativas y con intervención del propio actor, que en aquella época era aún director y administrador del club.

Desestimó la demanda el Juzgado número 15 de Barcelona, y esta sentencia la confirmó la Audiencia de la misma capital.

El recurso de injusticia notoria se basa en que el actor no podía dar su consentimiento para las obras ni como administrador ni como copropietario, dados los términos del artículo 397 del Código civil, ya que la comunidad de propietarios no había prestado su consentimiento. El Tribunal Supremo lo rechaza, además de por falta de claridad en la exposición de los motivos, porque el artículo 397 del Código civil hay que interpretarlo, como lo hizo la sentencia recurrida, en el sentido de que basta la falta de oposición por los demás comuneros; en este caso, las obras se realizaron con la conformidad de quien ahora pretende impugnarlas, basándose en la falta de una aquiescencia que él fue quien se preocupó de no conseguir, afirmación que no se desvirtúa en el recurso, por lo que procede su desestimación íntegra.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE PUEDE MANTENER QUE EL LOCAL ESTA ABIERTO AL PUBLICO CUANDO LA ACTIVIDAD MERCANTIL SE DESARROLLA «DE PUERTAS ADENTRO» SIN CONTACTO DIRECTO CON LA CLIENTELA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1973).

Habiendo cesado aparentemente toda actividad mercantil en el local arrendado, se pide por el propietario la resolución del contrato. El demandado alega que el local estuvo ocupado en tiempos por el demandante,

siguiendo a su nombre el contrato de suministro de electricidad, por lo que supone mala fe decir que no lo tiene el arrendatario. Igualmente se sigue usando el teléfono, y el día anterior a la presentación de la demanda se practicó la notificación al actor de querer el demandado realizar el traspaso para el ejercicio de su derecho de tanteo.

El Juzgado número 7 de Madrid desestimó la demanda, sentencia revocada en la apelación.

En el recurso de injusticia notoria se alega que no había cesado la actividad mercantil por seguir abierta la oficina, ya que no la tienda, y el cierre parcial no supone la causa de denegación de la prórroga del artículo 62 LAU, que ha de interpretarse restrictivamente. Pero no prosperó porque el Tribunal Supremo declara no ser cierto que la sentencia recurrida haya hecho caso omiso de la prueba documental, ya que toda ha sido examinada por la Sala, llegando a la conclusión de que el local se halla cerrado para el servicio directo al público desde hace dos años, lo que se opone al destino pactado, cualquiera que fuese el uso que se hace de puertas adentro por el arrendatario. Aunque el contrato habla de que se pueden ejercer varias actividades mercantiles, no puede sustituirse la interpretación del Tribunal *a quo* por la del recurrente sin fundamentarla debidamente, lo que no se ha hecho en este recurso.

DESAHUCIO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO DE 1959 NO PUEDEN IR CONTRA EL TEXTO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 1935 (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1973).

En el contrato de arrendamiento se excluyó la aplicación de la legislación especial de arrendamientos rústicos, por ser la finca arrendada colindante con una carretera nacional y próxima al casco urbano de la ciudad de Lugo. Terminado el plazo pactado se pide el desahucio, conforme a la legislación común. El arrendatario alega que aparte de que si no rigiera la LAR sería incompetente el Juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó la demanda, la realidad es que debe regir aquella ley dada la ineficacia de los pactos en contra de su aplicación, que señala el artículo 1 de la misma.

El Juzgado número 1 de Lugo desestima la demanda y la Audiencia de La Coruña revoca la anterior dando lugar al desahucio.

Interpuesto recurso de casación, se basa en la indebida exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que, según el artículo 2 del Reglamento de 1959, se requiere para ella que se destinen las tierras a fines distintos de los agrícolas, lo que no ocurre en este caso, ya que se trata de fincas agrícolas por completo. Aunque se modifique la Ley de 1935, que no contenía esa exigencia, no cabe olvidar que el Reglamento es un Texto Refundido, que comprende todas las normas aplicables en esta materia arrendaticia.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, ya que al alegar el recurrente la interpretación errónea del artículo 2 del Reglamento de 29 de abril de 1959 olvida la doctrina jurisprudencial, que establece que la reforma contenida en el mencionado párrafo, al añadir un requisito más para la aplicabilidad de la excepción de esta legislación, no puede tener efecto contra lo dispuesto en la Ley de 1935, porque excluir del precepto las fincas agrícolas, únicas sujetas a dicha ley, convertiría en inoperante el contenido del artículo 2, por lo cual debe ser desestimado el recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL LAS OBRAS REALIZADAS CUANDO NI SIQUIERA SE APOYAN EN LOS MUROS DE LA FINCA, PUDIENDO SEPARARSE DE ELLA SIN DAÑO (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1973).

Se funda la demanda en la realización de obras consistentes en un entrepiso o entreplanta, no permitidas por el arrendador. El demandado niega en la contestación haber verificado ese entrepiso, pues lo único que ha hecho ha sido colocar una estantería no sujeta al suelo ni a la pared y que se puede retirar cuando se quiera, habiendo construido también un W. C., para el que sí se pidió autorización. Tanto el Juzgado de León como la Audiencia de Valladolid desestimaron la demanda.

El recurso de injusticia se basó en que las obras afectaban a la configuración del local, ya que sobre el W. C. se eleva una de las columnas de sustentación del entrepiso, el cual sirve de techo al W. C., de modo que suprimido el entrepiso quedaría aquél al descubierto, como se demostró en el reconocimiento judicial. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo rechaza porque la diligencia de reconocimiento judicial fue debidamente valorada en la sentencia de Instancia, y sin modificar los hechos, sino añadiendo otros que no constaban en la sentencia impugnada, se deducen consecuencias distintas a aquellas a las que llega el Juez. Tampoco puede prosperar el otro motivo, porque las obras no modifican la configuración del local ni debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales, sino que ni siquiera se apoyan en los muros de la finca, pudiendo separarse de ella sin dañarla.

ELEVACION DE RENTA: PARA QUE SE APLIQUE EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 101 LAU NO BASTA CON EL SILENCIO DEL ARRENDATARIO, SINO QUE SE NECESITA QUE LO RECHACE EXPRESAMENTE (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1973).

Verificado el aumento de la renta catastral de la finca se demanda a la entidad arrendataria de dos locales de negocio, oponiéndose ésta porque, a su juicio, había caducado el derecho a pedir el aumento de renta, conforme al artículo 101 LAU. Tampoco, en su caso, debería pagar todo el aumento de una vez, sino a razón de un 5 por 100 anual sobre la renta que estuviese pagando al dictarse la resolución de Hacienda, por exceder del 25 por 100 el aumento pretendido. El Juzgado número 16 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia de esta capital declaró el derecho al aumento de renta a partir de la presentación de la demanda, conforme a la renta fijada por Hacienda.

El recurso se funda en la improcedencia de declarar el aumento de renta con efectos desde años atrás, para lo que es inadecuado el procedimiento arrendaticio, así como, en el supuesto de sujetarse a éste, la caducidad de la acción correspondiente, aduciendo también errores en la apreciación de la prueba. Rechaza el Tribunal el recurso porque la inadecuación del procedimiento arrendaticio constituye cuestión nueva, que no se planteó en el momento oportuno; por otra parte, la pretensión de la actora no se fundó en el Código civil, sino en la LAU, por lo que ha de

aplicarse este cuerpo legal. Tampoco son estimables los errores en la apreciación de la prueba, debidamente valorada en su conjunto por la Sala sentenciadora. Por último, la pretendida caducidad de la acción no puede considerarse aquí existente, porque la demandada no se opuso a la elevación, sino que no contestó a la propuesta de pago, y según reiterada jurisprudencia es preciso que el rechazo del aumento sea expreso, significando el silencio una voluntad vinculante. No existe tampoco ese aumento superior al 25 por 100, por lo que no es admisible la fragmentación del aumento solicitada.

REVISION DE RENTA: REITERA LA DOCTRINA DE LA DE 19 DE OCTUBRE ULTIMO SOBRE DEROGACION DEL ARTICULO 103 LAU (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Solicita el arrendatario la reducción de la renta que paga a la declarada por el propietario a efectos fiscales, pretensión a la que éste se opone. El Juzgado número 10 de Valencia estima en parte la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó esta sentencia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria con base en la infracción del artículo 103 LAU, que rechaza el Tribunal Supremo, ya que el Texto Refundido sobre Contribución Urbana de 12 de mayo de 1966 no basa la formación de los líquidos imponibles en la declaración del propietario, sino en datos objetivos, por lo que ha de considerarse derogado el artículo 103 LAU, como ha declarado esta Sala en sentencias recientes, como las de 9 de junio y 19 de octubre de este mismo año.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI NO SE VERIFICA EL DESALOJO DENTRO DEL PLAZO PREVISTO EN LA LEY, SE EXTINGUE EL DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1973).

La demanda se basó en que la entidad arrendataria, adquirente en traspaso de un garaje, había desalojado el local después del plazo de preaviso dado por el propietario de la finca que se va a derribar, por lo que ha perdido el derecho de retorno concedido por la ley, debiendo desalojar el local. El arrendatario, a su vez, formuló demanda contra el arrendador, acumulándose ambos juicios. El Juzgado número 3 de Vigo desestimó la demanda del propietario, declarando el derecho del arrendatario al retorno a local de la misma superficie y volumen que el que ocupaba en el edificio antes de la demolición. La Audiencia de La Coruña declaró resuelto el contrato por haberse extinguido el derecho de retorno del arrendatario.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que es claro el incumplimiento del desalojo dentro de plazo, incumplimiento sólo imputable a la arrendataria por no remover cualquier obstáculo que lo impidiese, acudiendo a la vía adecuada si era preciso, pero no adoptando una actitud pasiva al permitir la permanencia de subarrendatarios, contra los que pudo proceder con suficiente antelación a la extinción de dicho plazo. El arrendatario es responsable de la con-

ducta de la subarrendataria, con la que tiene un especial vínculo; por la vía que se impugna la apreciación probatoria no cabe hacerlo, pues se trata de una afirmación jurídica y no meramente fáctica. Tampoco basta con las altas fiscales para probar que se desarrolla o deja de desarrollar una determinada actividad. No puede admitirse la alegación de que la subarrendataria se había convertido en arrendataria, al amparo de ciertas disposiciones transitorias LAU, ni la del abuso de derecho de la entidad propietaria, porque son cuestiones nuevas, no planteadas antes en el procedimiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: HAY QUE PROBAR SUFICIENTEMENTE LA EXISTENCIA DE TRASPASO O CESION ILEGAL (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda a la arrendataria de un local y a su padre, que es actualmente el ocupante de aquél, alegando la existencia de un traspaso o subarriendo hechos en forma ilegal, así como haber en el local unas bombonas de butano, para lo que no autorizaba el contrato, que sólo se refería a venta de material eléctrico. El Juez de Corcuación desestimó la demanda, confirmando la sentencia la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza porque ha de formularse con precisión y claridad, y si fuesen dos o más los fundamentos o motivos que se alegan, se expresarán en párrafos separados y numerados, lo que no se hace en este recurso, que se funda en diversos números del artículo 136 LAU conjunta e indiscriminadamente y con notoria confusión entre cuestiones de hecho y de derecho.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: ES NULA LA LIMITACION DE PRORROGAS DEL CONTRATO, YA QUE LA PRORROGA FORZOSA ES DE DERECHO NECESARIO Y NO MODIFICABLE POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Cerrado un local durante varios años, se deniega la prórroga del contrato con base en los actos notorios, acreditados notarialmente, que así lo demostraban. Tanto el Juzgado de León como la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda formulada por la propietaria.

El recurso se basa en que lo adquirido por la actora no es lo arrendado a la demandada, sino que linda con otra finca que aquélla poseía, y, por otra parte, el contrato se hallaba en período de prórroga convencional o contractual, por lo que no son aplicables los casos de denegación de prórroga forzosa. El Tribunal Supremo lo rechaza porque la ausencia de inscripción de la obra nueva que constituye el local arrendado no es causa suficiente para sustentar su inexistencia física frente al título, que los Jueces han reputado bastante, y a cuya conclusión ninguna pericia o documento opone la recurrente. En cuanto a la pretendida anteposición de las prórrogas convencionales sobre la forzosa, hay que tener en cuenta que la prórroga legal es norma de Derecho necesario, no modificable por la voluntad de las partes, siendo nula la limitación de prórrogas establecida en el contrato, y la prórroga legal es la única que ha de considerarse vigente para el contrato en cuestión.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE PRUEBA SUFICIENTEMENTE LA EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY EN LA RENUNCIA DE UN LEGADO HECHA POR EL QUE APARECE AL FRENTE DE UN NEGOCIO (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda al ocupante de un local de negocio aduciendo cesión ilegal del mismo por parte del arrendatario, fallecido ya, siendo el hijo de éste, residente en el extranjero, el que se subroga en el arrendamiento por renuncia del ocupante a un legado hecho a su favor por el primitivo arrendatario con evidente fraude de ley, ya que sigue ocupando el local después de la renuncia. Se opuso que este ocupante era un factor del arrendatario, así como de su hijo, y que si renunció al legado fue por no tener capital suficiente para llevarlo adelante. El Juzgado número 2 de Barcelona declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria con base, sobre todo, en la existencia de fraude de ley para ocultar la cesión o traspaso ilegal, mediante la renuncia referida al legado del local y del negocio. El Tribunal Supremo lo rechaza, ya que los documentos fueron tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora y no son aptos, por tanto, para amparar la causa 4.^a del artículo 136 LAU. También está mal formulada la violación del artículo 4 del Código civil, al amparo del artículo 156 LAU, por no existir este precepto. No se pueden admitir los indicios en que se funda la presunción de nulidad que trata de imponer contra la calificación de la Sala, que no reconoció la existencia de fraude de ley ni la de perjuicio para la propietaria al no haber cesión ni traspaso alguno.

C. R. R.

IV. FAMILIA

DECLARACION JUDICIAL DE FILIACION NATURAL: LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 135, PARRAFO FINAL, Y LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA POR DELITO DE ESTUPRO; LA SENTENCIA PENAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA PROLE: PEREZ c. GOMEZ Y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1972).

Antecedentes.—I) En los distintos litigios que versan sobre la filiación natural, y dado el pie forzado de los «resultandos», tal como vienen en la redacción definitiva de la sentencia, resulta en extremo muy dificultoso exponer claramente y en forma sintética las argumentaciones de demandante y demandado. Una agradable excepción es la exposición relativa a este pleito, dado que el ponente de la sentencia tan sólo ha recogido las argumentaciones de la parte actora, cuyo resumen ofrezco seguidamente.

1) En un pueblo de la llamada «Lusitania interior» nacieron y vivieron actora y demandado, y como consecuencia de la común residencia en un núcleo rural de reducido censo surgieron entre ambos relaciones de amistad, que ya en 1963 derivaron en el llamado noviazgo «formal», con el significativo hecho de la complacencia de ambas familias, y en especial la del novio. Dichas relaciones se desarrollaron normalmente y sin crisis de enfriamiento a lo largo de cuatro años.

2) Dada la estrechez de los horizontes rurales, el novio marchó a la ciudad, y poco tiempo después lo hizo la novia tras él, para colocarse de sirvienta en la misma ciudad donde aquél residía, con el fin de ahorrar algo de dinero con el que contribuir a los gastos de instalación de la futura casa. En la ciudad permaneció la novia desde mediados de 1965 a finales de 1966, fecha en que regresó al pueblo para preparar su matrimonio, previsto para el año siguiente.

3) El regreso al pueblo es precisamente a la casa de los padres del novio, preparando su ajuar personal. En las visitas de las Navidades de 1966, las entrevistas frecuentes fueron acompañadas de acceso carnal, previas las correspondientes súplicas y promesas de matrimonio por parte del novio. Al parecer, tales cohabitaciones fueron hechas ya en la ciudad donde ambos residían. El caso es que a consecuencia de dicho final de 1966, la actora había quedado embarazada, situación que en seguida fue conocida por los padres del novio, y pese a ello continuó en casa de éstos, con la consideración propia de quien había de ser la futura esposa de su hijo y «en espera todos del matrimonio que reparara la fama de la demandante» (*sic*). Dicha situación dura hasta junio de 1967.

4) En dicho mes de junio de 1967, el novio—hoy demandado—sorprende a todos con la inesperada noticia de que va a contraer matrimonio con otra mujer, lo que efectivamente hace a finales de dicho mes de junio. Pocos días antes de tal matrimonio, la ex novia, hoy actora, abandona la casa de los padres del demandado y se marcha de nuevo a la ciudad.

5) El embarazo culmina con el alumbramiento de una niña, nacida a finales de septiembre de 1967, siendo inscrita en el correspondiente Registro Civil con los apellidos GOMEZ Y PEREZ, correspondientes a los de sus padres naturales, si bien el primero le fue asignado a efectos de su identificación.

6) El demandado, a los actos típicos de cobardía, añadió el no querer asumir para con su hija las obligaciones propias de la paternidad. Y en vista de lo cual, la actora denunció los hechos ante el correspondiente Juzgado de Instrucción, que tramitó el pertinente sumario, que finaliza con sentencia de la Audiencia Provincial por la que «se condena al inculpado a la pena de dos meses de arresto mayor y a abonar a la ofendida en concepto de dote veinticinco mil pesetas», y al propio tiempo en dicha sentencia «se reconocía que doña A. había quedado embarazada a causa de las relaciones íntimas habidas con don. . a finales de 1966, y se condenaba al encartado al reconocimiento de la prole».

7) La actora, previa la declaración de «pobre» en sentido legal, en virtud de sentencia del pertinente Juzgado, acudía así a los cauces más amplios del juicio CIVIL para lograr la efectividad de unas pretensiones no obtenidas en el proceso penal. Después de lo expuesto, la DEMANDA termina con el SUPLICO de que en su día se dicte sentencia, por la que se declare: 1.º) que la niña ., inscrita en el Registro Civil de..., como hija natural de la actora, y nacida el ., es también hija natural del demandado; 2.º) que dicha niña debe ostentar los apellidos GOMEZ Y PEREZ no sólo a efectos de identificación, sino porque son los que legalmente le corresponden como hija natural de demandante y demandado.

II) Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, éstos CONTESTAN como sigue: el demandado, señor Gómez, con súplica de que se le absuelva de la demanda; por el MINISTERIO FISCAL se alega que admite todos los hechos relatados en el escrito de demanda, siempre y cuando venga recogida la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y se acredite la autenticidad de dicho documento, y se suplica al Juzgado que se dicte sentencia en la misma forma interesada en el suplico de la demanda.

III) El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dicta sentencia el 3 de noviembre de 1970, por la que absuelve al demandado.

IV) Contra dicha sentencia se interpuso RECURSO DE APELACION por la parte actora, y a la apelación se adhirió el Ministerio Fiscal. La AUDIENCIA TERRITORIAL, en su sentencia, confirma en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

V) Contra la sentencia de la Audiencia interpuso RECURSO DE CASACION el Ministerio Fiscal, con apoyo en el siguiente MOTIVO UNICO: Infracción, por interpretación errónea, del artículo 135, párrafo último, del Código civil: porque para centrar la interpretación de dicho precepto es imprescindible hacer referencia al VALOR que en nuestro Derecho pueda tener la conocida regla de «prohibición de la investigación de la paternidad natural»; añade que en esta materia impera el principio prohibitivo, y que al ser el artículo 135 del Código civil una excepción al mismo, su interpretación debe ser restrictiva; a esta idea respondía la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 y el artículo 340 del Código civil francés en su primitiva redacción, origen del artículo 127 del Proyecto español de 1851; pero es lo cierto que el Código civil, relativamente a la filiación natural, NO CONTIENE un precepto análogo a aquellas reglas prohibitivas, y ello no obstante, en el artículo 141 se prohíbe la investigación de la paternidad en la filiación ilegítima NO natural de manera expresa.

VI) El TRIBUNAL SUPREMO, en sentencia muy interesante, ACOGE íntegramente el recurso elevado por el Ministerio Fiscal y sienta esta importante doctrina:

Visto siendo ponente en este trámite el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín.

Considerando que *el artículo ciento treinta y cinco del Código, que recogió, con variantes de expresión, motivadoras de dudas y discusiones doctrinales, el contenido de la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho, admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, prescribiendo que «en los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole», reconocimiento que es consecuencia de la condena penal, y para llegar a ella tiene el Tribunal facultad para apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores para la calificación de la filiación, como premisas necesarias para que pueda imponer el «reconocimiento», que preconiza el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código penal, y por ello, siempre que exista sentencia penal condenatoria por esos delitos, el Tribunal de lo penal ha de imponer, por vía de indemnización, el reconocimiento de la prole, el que no deriva de la voluntad del padre, sino de la contestación de la filiación.*

Considerando que *si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será una valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; pero si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado, cual reconoce la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, y a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, mas sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquella mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero si queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de basarse siempre en la existencia del acto punible, háyase o no castigado.*

Considerando que, *con arreglo a la doctrina expuesta, es de estimar el único motivo del recurso, que, amparado en el número primero del ar-*

título mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código civil, *puesto que declarándose en la sentencia penal, que condenó al demandado como autor de un delito de estupro, que «la ofendida quedó embarazada en virtud de yacimiento practicado con el procesado cuando tenía más de veintitrés años», es evidente que tal delito existe y es sancionado, y al no poder imponer el reconocimiento sólo por razón de edad de la ofendida, no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente, ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, por lo que, siguiendo las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado, debe sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal, lo que obliga a la estimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley Procesal Civil.*

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y uno dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de...

— Considerandos de la segunda sentencia:

Siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que procede, y

Considerando que *establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora* cuando ambos eran solteros, y que *la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda*, con revocación de la sentencia de Primera Instancia, sin que haya méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos que con revocación de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número... de los de... el tres de noviembre de mil novecientos setenta, debemos declarar y declaramos que Isabel Gómez Pérez, nacida el veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta y siete e inscrita en el Registro Civil de... como hija natural de la actora, lo es también del demandado, por lo que debe ostentar los apellidos de sus progenitores, que legalmente le corresponden, y todo ello sin expresa condena de las costas causadas en ambas Instancias, e insértese en la certificación mandada librar.

Notas críticas.—1. El HECHO SOCIAL de la existencia o no en determinadas zonas del país de casos relativos a la filiación natural parece debe tener una estrecha relación o conexión con una serie de variables, tales como las ecológicas o las individuales. Así resulta de un atento examen de los litigios, de las particularidades más relevantes de cada caso y del territorio a que corresponden las Audiencias que suministran los autos; no se puede desconocer la especial idiosincrasia de los caracteres femeninos y masculinos rurales de muchísimas regiones del país, que curiosamente son las que nos presentan más litigios de filiación natural y que coinciden notablemente con las zonas de renta *per capita* más baja. Estas reflexiones debieran hacernos meditar a todos los juristas, y mucho más a tantos Juzgadores en cuyas manos se deposita gran número de veces el destino de futuras familias cuyo origen social está marcado por buenas dosis de incompreensión, de egoísmo masculino y de conveniencias sociales.

Sería quizá interesante un trabajo interdisciplinario (juristas, sociólogos, filósofos, etc.) en el que se analizasen críticamente y para un periodo de tiempo concreto los numerosos litigios de filiación natural, detectando el medio ambiente del que provenían demandante y demandado, la clase social de cada familia, los niveles de estudios de ambos, tipo de trabajo,

religiosidad (1), nivel de ingresos, etc. Por supuesto que este trabajo que postulo es posible y factible, aunque me temo que lleve mucho tiempo y que su coste sea elevado (2).

Hay, por otra parte, un hecho notorio: la práctica inexistencia de la problemática acerca de la filiación natural de las regiones más desarrolladas o industrializadas del país, o de otro modo dicho, que en estas regiones NO SE DAN LITIGIOS sobre dicha filiación. Esta inexistencia de litigios en las zonas desarrolladas pudiera suponer bien su REAL inexistencia como hechos humanos, bien su existencia SIN LITIGIO ante los Tribunales. Es también ésta una rica parcela a analizar con detalle, que excede de estas breves líneas introductorias a un problema social obvio.

Finalmente, y considerados estos litigios sobre filiación natural desde el punto de vista estrictamente judicial, sorprende la abundancia de sentencias relativas a los casos comprendidos en el artículo 135, párrafo 1.º, apartados 1.º y 2.º, y lo escaso de las sentencias atinentes al párrafo último de tal precepto. Es, por tanto, digno de mencionarse que la sentencia que anoto pertenezca a este segundo gran grupo de decisiones jurisprudenciales. El porqué de la escasez de ellas es otro punto digno de meditar y, por supuesto, también pleno de implicaciones y connotaciones sociológicas a estudiar.

2. La NORMA JURIDICA cuya interpretación se debate en el caso contemplado por esta sentencia es la contenida en el último párrafo del artículo 135 del Código civil, que taxativamente establece que «en los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

Esta curiosa norma ha sido objeto, por cierto, de brevísimos comentarios por nuestra doctrina (3), y no mejor suerte ha corrido con la jurisprudencia en los pocos casos que ésta tuvo de examinar la aplicación de la norma al caso concreto planteado ante ella (4).

En principio, parece ser una muestra más de las denominadas por la doctrina normas DE REMISION (5) o DE REENVIO. Lo que ya exige cierta matización es determinar si cabe hablar aquí de remisión genérica o particular, o de primero y segundo grado. Parece claro que se trata de una remisión *concreta*, ya que no existe en el Código penal más que una sola norma aplicable al caso, el artículo 444—dentro del capítulo V: «Disposiciones comunes a los delitos de violación, estupro o rapto», integrado en el título IX, relativo a los delitos contra la honestidad—, cuya dicción es la siguiente: «Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización: 1.º a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda; 2.º a RECONOCER A LA PROLE, si la ley civil no lo impidiere; 3.º en todo caso, a mantener a la prole.»

Sentado que se trata de una norma de remisión concreta, no terminan aquí las dificultades. En primer lugar, la norma penal impone el reconocimiento de la prole como CONTENIDO de la sentencia condenatoria, si bien condicionándolo a la inexistencia de obstáculos en la ley civil: ello equivale—dice LACRUZ—a exigir que en la prole concurren las circunstancias de hijo natural, lo que nos parece una interpretación correcta. En

(1) Véase el curioso análisis crítico de las relaciones amorosas institucionalizadas (noviazgo y matrimonio) en el libro *Noviazgo y matrimonio en la burguesía española*, de A. FERRÁNDIZ y V. VERDÚ. EDICUSA, Madrid, 1974, págs. 26, 49 y 237.

(2) Véase, por todos, el *Informe Foessa*, Madrid, 1970, págs. 446, 541, 1061, 1177 y 1238, entre otras, sobre cuestiones subyacentes a nuestro tema.

(3) Véanse ESPÍN, *Manual de Derecho Civil* vol. IV, 3.ª ed., 1972, págs. 347 y ss. y 360; CASTÁN, *Derecho Civil común y foral*, V-2.º, 7.ª ed., 1958, pág. 75; LACRUZ, *Derecho de Familia*, Bosch, 1966, páginas 403 y ss., y 411 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV-2.º, 1970, págs. 127 y ss.

(4) Véanse Sentencias de 7-10-1893 y 19-1-1928, de la Sala de lo Penal; y Sentencias de 9-4-1908, 25-2-1914, 25-2-1928, 16-1-1932 y 28-10-1954, de lo Civil.

(5) Véase CASTÁN *op. cit.* I-1.º, 10.ª ed., 1962, pág. 290.

(6) Véase LACRUZ, *op. cit.*, pág. 412.

segundo lugar, dicho reconocimiento, como CONTENIDO de la sentencia penal, está refiriéndose a una sentencia penal CONDENATORIA, lo que parece *excluir*, en principio, a las que fueren absolutorias, y a la aclaración de este punto van dirigidas las sensatas consideraciones del Magistrado ponente en los considerandos primero y segundo. En tercer lugar parece que existe cierta imprecisión o ambigüedad en dicho CONTENIDO en aquellos supuestos en que, por exigencias lógicas de la remisión a la actuación del Juzgador de lo criminal, existe el delito y se sanciona, pero no cabe imponer forzosamente el reconocimiento de la prole en razón de que la edad de la ofendida es superior a los veintitrés años, que señala la ley penal como límite para apreciar el estupro; precisamente el caso contemplado por esta sentencia encaja de pleno en este grupo de supuestos, y a ello se refiere el considerando tercero y último del fallo. En cuarto lugar cabe preguntar si el fallo hubiera sido otro de no establecer con claridad el Tribunal penal el *nexo íntimo* entre las relaciones amorosas y el hecho del alumbramiento, cuyo nexo, al parecer, no fue estimado como relevante por los Juzgadores de Primera Instancia y de la Audiencia en nuestro caso comentado. En quinto lugar cabe preguntar también si establecido por el Tribunal penal el hecho de la filiación debe seguirse siempre y en todo caso el reconocimiento forzoso de la prole, o de otra manera dicho, si constituye o no un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la prole la determinación de la filiación por el Tribunal penal. En sexto lugar cabría considerar que la remisión hecha por la norma comentada está aludiendo a un contenido incierto, ambiguo o indeterminado, en la terminología difundida por LALAGUNA (7); parece que, como efectos de tal remisión a la normativa penal y a la condena en vía criminal, se está ante una formulación imprecisa de la norma, informante cuando menos de un contenido INDETERMINADO, pues la norma sí tiene un significado cierto, aunque *lo incierto* en ella es la determinación de los supuestos reales en que la norma se debe aplicar (8). En séptimo lugar, el peligro de una norma tal es la diversidad de interpretaciones que puede suscitar, lo que lleva consigo que determinados cambios en la realidad social o en los criterios para la valoración de la norma repercutan decisivamente en el campo de aplicación de la norma (9).

Hechas estas breves consideraciones sobre las peculiaridades de la norma contenida en el artículo 135, párrafo último, del Código civil, sólo nos resta dar una visión sintética de las argumentaciones tendentes a la fundamentación o valoración jurídica de dicho precepto.

3. La VALORACION JURIDICA del artículo 135, párrafo último, del Código civil suele hacerse entre nuestra doctrina partiendo de la base de que solamente en este supuesto existe una verdadera y propia «investigación» de la paternidad (10), con la notable salvedad de ROYO MARTÍNEZ (11), que niega exista propia investigación de paternidad, ya que el proceso se ha seguido con el *fin* de investigar y, en su caso, castigar un delito sexual.

Entiendo necesario, llegado a este punto, efectuar una consideración PREVIA a toda ulterior interpretación. El problema de QUE COSA SEA lo que justifica y da validez a las normas ha sido estudiado con notable agudeza por el profesor Díez PICAZO (12), lo que nos exime de mayores precisiones; alude dicho autor a que «la decisión de un problema jurídico se ha realizado probablemente siempre—y todavía hoy se realiza—DENTRO

(7) Véase *Jurisprudencia y fuentes de derecho*. Aranzadi, Pamplona, 1969, en especial págs. 201 (ambigüedades de la ley), 241 (insuficiencia de la ley) y 248 (inadecuación de la ley), y concordantes.

(8) Véase LALAGUNA, *op. cit.*, págs. 205 y ss.

(9) Véase Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1973, especialmente el capítulo XVII, págs. 300 y ss., para todo lo referente a la conexión entre el cambio social y la evolución jurídica.

(10) Véase CASTÁN, *op. cit.*, V-1.º, pág. 73; y, por todos, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 128.

(11) Véase su obra *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 280.

(12) Véase su obra *Experiencias jurídicas*, citada, cap. IX, págs. 182 y ss.

DE Y CON ARREGLO A un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios en los que el material normativo se inscribe. Compete, pues, a la ciencia del Derecho la tarea, eminentemente SOCIOLOGICA, de CONSTATAR cuáles son estas coordenadas, válidas para el conjunto social, que sirven de soporte y, en definitiva, dotan de validez a las normas, así como averiguar en qué medida cambian o han cambiado» (13). Es notorio que casi ninguna parcela del ordenamiento jurídico escapa al influjo subterráneo de esos factores (convicciones, creencias, prejuicios), y que una de estas parcelas en las que con mayor frecuencia se dan estos influjos es precisamente la de la INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. En consecuencia, entiendo necesario profundizar un poco más en la interpretación de la norma comentada: al empleo del canon LOGICO en la epígrafe precedente, deben seguir en el presente epígrafe el uso del canon HISTORICO y del SISTEMATICO y el recurso al análisis SOCIOLOGICO del sustrato de dicha norma y de los valores que la justifican.

a) *Los precedentes históricos del párrafo final del artículo 135.*—Parece conveniente que nuestro análisis histórico siga una trayectoria distinta e inversa a lo que suele ser lo usual en este punto: subir del texto codificado hacia arriba en el tiempo hasta encontrar el probable origen del mismo.

Primeramente debemos acudir al texto del denominado «Anteproyecto» del Código civil español (1882-1888) (14), en el que hallamos el artículo 114, en todo coincidente con el actual 135, y sin que existan notas o aclaraciones al mismo. Parece que habrá que remontarse a otro texto más antiguo o de tiempo anterior, y ese texto es el Proyecto de 1851.

El Proyecto de 1851, segundo punto itinerante seguido, junto a unos famosos comentarios al mismo, también lo tenemos a nuestro alcance con la difusión de la obra de GARCÍA GOYENA (15). En dicho Proyecto encontramos para el tema que nos ocupa dos artículos, el 127-1.º y el 131, cuyo enunciado respectivo es el siguiente: «Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio», y «en los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los Tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad» (16). Ante esta clara normativa, que recoge el sentir de la época, contrario a la investigación de la paternidad, siguiendo al *Code Napoléon* (17), encontramos que ante nuestro camino aparece una bifurcación, con la normativa penal y su origen, por una parte, y con los precedentes históricos patrios, por otra. Quizá sea más exacto, cronológicamente hablando—siempre en sentido ascendente, según dije—detenerse primero en la normativa penal y pasar después a los precedentes históricos civiles.

Una tercera detención ante el texto de las normas penales es, por tanto, inevitable. Una sumaria exposición histórica de cada delito viene desenvuelta por nuestros penalistas, y a ella nos remitimos en general. De la obra de CUELLO CALÓN (18), en lo relativo a los «delitos contra la honestidad», y en el capítulo respectivo del Código, aparece la norma del artículo 444, antes transcrita, y de las consideraciones históricas del gran penalista deducimos que la normativa en estos delitos de violación, estupro o rapto apenas ha variado con el correr de los tiempos, y que el punto de

(13) Véase *op. cit.* último, pág. 190 (los subrayados son nuestros).

(14) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», *Centenario Ley Not.*, Madrid, 1965, pág. 80.

(15) Véanse *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, reimpr. de 1973, tomo I (comprende los I y II de la obra).

(16) Véase *op. cit.*, págs. 141 y 145.

(17) Véase MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo I, art. 135, Madrid, 1890, págs. 503 y ss.

(18) Véase su *Derecho Penal II. Parte especial*, 9ª ed., Bosch, 1955, págs. 591 y ss.

partida u *origen* de esta normativa es el Código penal de 1822, de donde fue pasando sucesivamente a los Códigos de 1848, 1870, 1928, 1932 y el vigente de 1944. Lo que parece normal es que el Proyecto de Código civil de 1851 tomase esta norma del Código penal de 1848, que, a su vez, la había heredado del de 1822. Y aquí se nos termina la pista de momento, por lo que hay que volver al otro camino, de los precedentes históricos patrios.

La cuarta pista en nuestra investigación hubiera sido en extremo fatigosa de no contar con una opinión de GARCÍA GOYENA (19), expuesta no como proposición apodíctica, sino a modo de cita de una referencia histórica sin apoyarla en una base segura. Tras comentar los precedentes históricos del artículo 127 del Proyecto, antes expuesto, básicamente el Derecho romano-justiniano (Ley 3, tit. 1, libro 25, del *Digesto*), y de *Las Partidas* sobre el concubinato, dice que se vea lo expuesto en la Ley 11 de Toro y su artículo 124. Dice que dicha ley introduce una INNOVACION respecto de lo establecido por la legislación anterior romana y patria, cuya innovación era conforme al DERECHO CANONICO, y consistió en reputar como hijos «naturales» a los procedentes de ESTUPRO. Y aunque ni la Ley 11 de Toro ni otra alguna habían revocado las penas contra el delito de estupro, «llegó igualmente a prevalecer en los Tribunales la disposición CANONICA de que el estuprador dotara o se casara con la estuprada y RECONOCIERA LA PROLE: así quedó completamente por tierra la antigua legislación sobre estupros» (20). Continúa diciendo GARCÍA GOYENA que no obstante ello, la opinión ilustrada (*sic*) comenzó a rebelarse contra la doctrina del Derecho canónico y la práctica de los Tribunales, acusándolos de injusticia y de inmoralidad, y cita la Ley recopilada 11, título 10, libro 3, número 9 (Ley de 31 de mayo de 1795), que manda REPELER absolutamente las querellas de estupro, y la Real Orden de 28 de agosto de 1829, que manda observar dicha ley recopilada: lo que evidencia—dice—que continuaba la práctica según el Derecho canónico, por manera que, a no dudar, el espíritu de aquella época era desfavorable a las estupradas. Tras unas consideraciones sobre su opinión en este punto, finaliza su comentario el artículo 127 diciendo que «a pesar de lo hasta aquí expuesto, el artículo no quita la acción civil de estupro para la dotación de la estuprada y reconocimiento de la prole en los casos del capítulo 3, título 9, artículo 362, del Código penal». Ninguna otra aclaración nos suministra en su comentario al artículo 131 del Proyecto ni nos dice cuáles fueron sus precedentes.

Resulta evidente que de todo lo expuesto hasta aquí gracias al empleo del elemento HISTORICO aparece: 1.º) que la doctrina penalista NO nos dice cuál fue el origen del actual artículo 444 del Código penal; 2.º) que la exposición histórica de los penalistas hace remontar al Código de 1822 la aparición de la normativa sobre «delitos contra la honestidad», y entre ellos, los de violación, estupro o rapto, y en sus disposiciones comunes, la norma dicha; 3.º) que tampoco la doctrina civilista nos indica de dónde procede dicha norma, por remisión de la correspondiente del Código civil; 4.º) que tan sólo GARCÍA GOYENA alude a un probable origen de tal norma, comentando genéricamente el tema de la investigación de la paternidad, e indica una DISPOSICION CANONICA; 5.º) que tal disposición canónica no sabemos cuál pueda ser; 6.º) que el buceo histórico queda incompleto sin acudir al examen sistemático de los diversos precedentes históricos patrios, civiles y canónicos; 7.º) que las referencias de los autores a los precedentes históricos no siempre suelen ser las mismas, lo que impone en cada caso el cotejo de cada cita y una aplicación rigurosa del elemento sistemático.

b) *El análisis sistemático de los precedentes históricos del artículo 135, párrafo final.*—Si, como ha dicho DIEZ PICAZO, la labor del intérprete es

(19) Véase *op. et loc. cit.*, pág. 142.

(20) Véase *op. et loc. cit.* en nota 19 (los subrayados son nuestros).

una labor de *décodage*, a fin de poder llegar a detectar la genuina norma a través de la interrelación de textos distintos, en el caso presente esta labor se haría interminable si hubiera que atender estrictamente a un examen total de los diversos precedentes históricos, civiles, canónicos, penales, sociológicos, etc. De todos estos factores, que pueden esclarecer la voluntad del legislador, el más difícil de calibrar es el referente a la reconstrucción de las circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales por las que atravesaba el país en el momento de dictarse cada texto legislativo, y ello aunque reconozcamos la gran labor de reconstrucción histórica que ha llevado a cabo la escuela de VICENS VIVES. El que podamos llegar a captar el «sentido originario» y el «hilo evolutivo» de la norma en análisis es ciertamente problemático y dificultoso, y muy probablemente tendremos que apuntar a conocidos «tópicos» que nos ayuden a elaborar ese sustrato sociológico de la norma.

Previamente al recurso a los «tópicos» más usuales cabe señalar la disparidad de *citas* como precedentes legales: si, de un lado, GARCÍA GOYENA habla de la Ley 11 de Toro en su artículo 124, de *Las Partidas* (sin concretar el precepto) y de la Ley recopilada 11, título 10, libro 3, número 9, de otro lado, MANRESA cita, además de la Ley 11 de Toro, la Ley 7, título 19, Partida 14 (*sic*), y la Ley 4, título 29, libro 12, de la Novísima Recopilación. El remedio a este curioso contraste de pareceres excede de las pretensiones de este pequeño estudio y es digno de atención para quienes con más tiempo puedan dedicarle su análisis. Creo, por tanto, preferible acudir a la citada Ley 11 de Toro y sus comentarios (21), que por datar de 1505 puede ser un buen arranque para nuestras divagaciones: en la *nota 124*, a que aludía GARCÍA GOYENA, acude a una exposición de la Ley 8, título XIII, Partida 6, pero está argumentando en contra de jurisprudencias precedentes al titular del comentario, DE LLAMAS Y MOLINA; más interesante, a los fines de nuestra investigación, es la *nota 17*, que recoge las disposiciones de Justiniano en el *Digesto* (Leyes 5, 6, 7, 10 y 11 del cap. de *naturalibus liberis*, y Ley 34, *ad legem Juliam de adulteriis*) y en las *Instituciones* (párrafo 4.º de la *de publicis judiciis*), que declaran que el hijo natural ha de ser concebido de concubina que el padre tuviese en su casa, y que se comete «estupro» con la virgen o viuda que vive honestamente, imponiendo a los estupradores penas diversas, según sean honrados o viles.

Continúa DE LLAMAS Y MOLINA diciendo que, sin embargo, de todas estas disposiciones legales del Derecho romano—cuya regulación siguen *Las Partidas* en las leyes siguientes: Ley 2, título XIV, Partida 4 (*De las otras mugeres que tienen los homes que non son de bendición*); Ley 8, título XIII, Partida 6 (*De las herencias que home puede ganar por razón de parentesco quando el señor dellos muere intestado*), y Leyes 1 y 2, título XIX, Partida 7 (*De los que yacen con mugeres de orden, o con vibda que viva honestamente en su casa o con vírgenes por falago o por engaño, non les faciendo fuerza*) (22); también el Derecho catalán en el *Usatge*: «*Si quis virginem*», y en las Leyes de Jaime I en Valencia en 1219, y de Fernando I en Barcelona en 1413—, lo cierto es que el papa Alejandro III dispuso, en el capítulo I de la Decretal *Qui filii sint legitimi*, que el hijo concebido de «estupro», esto es, de mujer que NO tenía el padre en su casa en concepto de concubina, se legitima por subsiguiente matrimonio. Parece que la disposición de esta Decretal tuvo por *objeto* manifestar que no era menos reprehensible el concubinato que el estupro, para que no se pudiera conceder a éste igual favor que se le dispensaba a aquél. Tenemos, por tanto, en esta Decretal de Alejandro III el PROBABLE origen remoto de la norma que comentamos. En cuanto al «hilo evolutivo» de esta Decretal me temo

(21) Véase DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852, reimpr. en Barcelona, 1974, págs. 97 y ss., especialmente las 99, 109, 117 y 118.

(22) Véase *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, ed. de la Real Academia de Historia, Madrid, 1817, reimpr. de 1972, tomo III, págs. 85 y 660.

que nos llevase demasiado lejos y mucho espacio, por lo que me limitaré también aquí a acudir a «tópicos» socorridos respecto a las interrelaciones canónico-civiles.

Además de esta *nota* del comentarista de las Leyes de Toro debe añadirse que, más concretamente a nuestro tema, en la *nota o comentario 130* dice «que la disposición de la ley en este punto hace que en las querellas de ESTUPRO que se siguen en los Tribunales reales, SI HA HABIDO PROLE, que el reo LA RECONOZCA como suya, supliendo la sentencia del Tribunal el reconocimiento caso que se niegue a hacerlo (en virtud del cual heredará el hijo abintestato dos onzas de la herencia de su padre, según la Ley 8, tít. XIII, part. 6 y sigs.)» (23).

Expuestas estas consideraciones precedentes, por vía de aclaración a lo escrito por nuestros comentaristas del Código civil, y apuntado en esbozo el origen «probable» de nuestro artículo 135, párrafo final, diremos que para una armónica interpretación SISTEMÁTICA de todos los factores hallados hasta ahora creo debemos acudir a los conocidos «tópicos» siguientes: 1.º) las normas y Decretos canónicos no tuvieron *per se* fuerza de ley en los diversos Estados cristianos, sino en base a la respectiva confirmación regia; 2.º) la cristalización de las disposiciones canónicas (Decretales, Extravagantes, disposiciones de Inocencio III sobre el matrimonio) adviene en el Concilio de Trento, que fue Ley del Reino en virtud de la sanción dada al mismo por Felipe II, y cuyas normas han seguido vigentes hasta que en 1919 fue promulgado el actual Código de Derecho canónico; 3.º) a la Decretal de Alejandro III sobre legitimación de los hijos nacidos de estupro, cabe añadir otra de Inocencio III dando por válido y lícito el matrimonio, caso de RAPTO, entre raptor y robada, contra la prohibición anterior, y el desarrollo de ambas en la práctica de los Tribunales debió originar graves abusos, cual demuestra la petición del rey de Francia al Concilio de Trento en solicitud de una reforma legislativa sobre el rapto; 4.º) el Concilio de Trento (sesión XXIV, cap. 6, «de ref. matr.») decretó que «por lo demás, el raptor, cásele o no con la raptada, está obligado a dotarla decentemente, conforme al arbitrio del Juez» (24); 5.º) el COMO se llegó a una parificación o identificación de los supuestos de estupro y rapto, y luego se añadió a ellos el caso de violación, no queda aclarado en nuestro espiguelo por las fuentes; 6.º) la doctrina penalista hace notar que en las antiguas leyes la influencia de las concepciones religiosas determinó, en tema de delitos contra la honestidad, una gran confusión entre delito y pecado; 7.º) la observación antes dicha de GARCÍA GOYENA sobre la Real Orden de 28 de agosto de 1829 mandando observar la ley recopilada citada, *no* encaja muy bien con la existencia del Código penal de 1822, que ya recoge estos delitos, pero, sin embargo, pudiera ser muy bien fruto de los vaivenes sufridos por la política legislativa de Fernando VII; 8.º) parece posible atribuir a la práctica de los Tribunales reales la condensación en una sola regla de las precedentes disposiciones canónicas en tema de estupro y de rapto, lo que supondría un origen PROXIMO de nuestro precepto de marcado carácter forense; 9.º) en la fase codificadora, quizá entre los constituyentes de Cádiz o entre los trabajos de SAINZ DE ANDINO, podría haberse condensado tal práctica judicial en la correspondiente norma jurídica.

c) *El sustrato sociológico de la norma comentada.*—Toda norma jurídica, como realidad histórica que se da dentro de una sociedad y dentro de una organización política, se encuentra condicionada, y en tal sentido cabe hablar de «infraestructura» de la norma. Ese impacto de la sociedad

(23) Véase *op. cit.*, pág. 118 (subrayado nuestro)

(24) Véase DEL CAMPILLO y MANS PUIGARNAU, *Derecho Canónico Parte General*, 2ª ed., Barcelona, 1953, pág. 227, y MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico*, I, 2ª parte, Bosch, 1954, págs. 380 y siguientes.

consiste en una influencia de determinadas fuerzas que están en la misma configuración de la sociedad: de un lado, la misma organización fundamental y espontánea de la sociedad, y de otro, la idiosincrasia popular de esa sociedad concreta basada en una forma particular de ver la vida (25). Es precisamente ese carácter HISTÓRICO de la norma, que va ligado al hecho de provenir de una sociedad concreta, de una realidad social dinámica y progresiva, el determinante de su «estructura». Es en este sentido precisamente como cabe hablar de que la norma comentada es a modo de una «directiva tradicional» basada en una antigua práctica forense, que ha cristalizado en lo que DÍEZ PICAZO (26) ha llamado una regla «heredada».

Cabría decir que en la base de dicha proposición normativa existe una razón de *equidad*, por entender los pontifices y los Tribunales eclesiásticos —y luego quizá los Tribunales reales— que la situación de los hijos nacidos de un delito de estupro DEBERÍA SER idéntica a la de los hijos nacidos de concubinato, y después, con el tiempo, las obligaciones impuestas al culpable de dotar a la ofendida y reconocer y mantener a la prole habida debieron extenderse a los supuestos de *violación* y de *raptó*.

Que el talante de la sociedad española y sus comportamientos en esta materia de «delitos contra la moralidad sexual» no ha sido homogéneo ni el mismo en cada época de su historia parece evidente: basta con repasar a nuestros clásicos, desde Cervantes hasta Quevedo. Y los estudios costumbristas y de ensayos sociológicos se han multiplicado en la actualidad referidos a distintas épocas de nuestra historia, a los que me remito. Lo que parece claro, por otra parte, es que con la Revolución francesa y algunos excesos revolucionarios en pro de la liberación sexual de la mujer se llegó a un punto en que la sociedad actuó mucho más retrógrada y conservadora de lo que parecía normal respecto de siglos precedentes: este fenómeno es perceptible no sólo en Francia, en que la posición antifeminista de Napoleón fue decisiva en muchos puntos a la hora de redactar el *Code civil* y en que como resultado se llega a una situación jurídica de la mujer como marginada y menor de edad, excluida del «juego» al decir de A. J. ARNAUD (27), sino también entre nosotros, ya que la posición de la mujer, en general, retrocede en comparación con los siglos anteriores, y en el siglo XIX, en plena labor codificadora, es tratada como una «menor de edad» por el propio GARCÍA GOYENA, quien no oculta sus recelos contra las mujeres en sus comentarios a los artículos 127 y 131, antes transcritos (se pregunta, al tratar del «estupro», «¿cómo un mismo delito cometido por dos personas puede ser castigado en una y recompensado en otra?», y dice, entre otras cosas, que en estos casos se trata de «mujeres imprudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro» (*sic*)).

Debido a esas oscilaciones del comportamiento de nuestra sociedad respecto a la mujer y a esos delitos contra la honestidad, parece algo difícil y atrevido prejuzgar cuál puede haber sido EN CADA MOMENTO la reacción social ante estos delitos. Que no siempre han tenido como *objeto* el castigo del ataque al mismo bien jurídico protegido, ya que en cada época y país se han tipificado de una manera: en unos casos, como atentados contra las buenas costumbres (Francia y Dinamarca); en otros, como crímenes y delitos contra la moralidad (Alemania); en otros, como delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres (Italia); en otros, como delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública

(25) Véase LÓPEZ CALERA, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, 1969, págs. 154 y siguientes.

(26) Véanse *Experiencias jurídicas*, citada, págs. 30 y ss.

(27) Véase su *Essai d'analyse structurale du Code Civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, vol. XVI, *Bibl. de Philosophie du Droit*, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1973, págs. 65 y ss., y 129 y ss.

(Bélgica); en otros, como delitos contra la decencia y la moralidad pública (Estados de Nueva York y California), etc.

Que la norma en examen sea una regla «heredada», al decir de Díez PICAZO, nos exime ya de otras puntualizaciones en orden a la reacción social ante estas conductas castigadas en los siglos precedentes al XIX. Lo cierto es que, ya en fase codificadora, el término «honestidad» es algo equivalente a «moralidad sexual»: bien entendido que el *AMBITO* de la acción del Código penal es mucho menos vasto que el de la moral y que los castigos que el Código impone se basan precisamente en la *INOBSERVANCIA DE UNA CONDUCTA*, es decir, en la inobservancia de los deberes cuyo cumplimiento se reputa necesario para la ordenada «convivencia social». Por el Código penal se reprimen aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos, individuales o colectivos, y que ponen en peligro la vida social, y son precisamente estos delitos de violación, estupro o rapto los constitutivos de un ataque a la «libertad sexual», o sea, la libertad del individuo a disponer sexualmente de su cuerpo.

Y esta normativa penal, introducida en 1822, que va pasando de uno a otro Código sucesivamente, es la que llega al de 1870 (considerado como una ley «de verano», pero que dura hasta 1928, y de hecho, prácticamente, hasta la fecha): esta regulación es la contemplada por el legislador civil y a ella se remite *GENERICAMENTE*, según ya vimos.

Expuestas estas consideraciones, sólo nos resta añadir que en la base o «infraestructura» de esta normativa penal está la conceptualización social de ciertas conductas atentatorias de una adecuada «convivencia social». Ello nos está diciendo que la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito es muy flexible, y que dependerá en cada época de cómo se considere que un comportamiento sexual atenta o no «contra la adecuada convivencia social». Estamos, en definitiva, ante un concepto o válvula estándar (28), cuyo *contenido* dependerá de la concepción social imperante en materia de moralidad sexual. Nada tendría, por tanto, de extraño que en el futuro pudiera darse un cambio en el tratamiento de estos ahora considerados «delitos», habida cuenta de los profundos cambios sociales que han convulsionado nuestra sociedad y de las actuales condiciones de situación personal de la mujer, cuya liberación en tantos órdenes—el sexual incluido—va dejando de ser una meta o programa.

Finalmente, digamos que aun suponiendo un profundo cambio social determinante de una transformación de esos actuales delitos (violación, estupro, rapto), por *INEXISTENCIA* de tales comportamientos como «delitos», siempre habrá un *hecho* evidente: de haber *prole*, la naturaleza de las cosas impone al autor—coincidiendo la época de la concepción y la realización de los hechos—el reconocimiento de la prole y su mantenimiento.

En definitiva, existan considerados como delitos tales hechos (en la actualidad, y, como tales, penados en el Código penal) o si no se considerasen como delitos (en un hipotético futuro, por no atentar contra la «moralidad sexual» imperante), en el fondo, las consecuencias de tales hechos voluntarios consisten en la imposición de unas obligaciones (ex artículos 1.089 y 1.092 del Código civil). La esencia última o núcleo del artículo 444 residiría, por tanto, en ser una norma de conducta que impone unas consecuencias concretas (unas obligaciones de dar o de hacer) a unos determinados comportamientos.

d) *Los valores justificativos de la norma examinada.*—La interrelación entre valores jurídicos y sociedad ha sido examinada con profundidad y brillantez por la doctrina, de la que mencionaremos, por todos, a RECASENS

(28) Véase, por todos, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, págs 122, 194, 285 y 425; también Díez PICAZO, *Experiencias*, citada, pág. 266.

SICHES (29) y ELÍAS DÍAZ (30), y la determinación de los juicios de valor imperantes en una sociedad dada ha sido también analizada por DÍEZ PICAZO (31). El problema es doble, como ha dicho con agudeza DÍEZ PICAZO: de un lado convendría saber el PROCEDIMIENTO mediante el cual pueden ser aislados u obtenidos tales juicios de valor, y de otro habría que preguntarse en qué medida las proposiciones en que los juicios de valor se concretan se corresponden en la realidad con una idea social efectivamente imperante con carácter general.

De la segunda parte del problema, en cuanto ensayo de investigación SOCIOLOGICA de la norma comentada, nos hemos ocupado en el apartado c) precedente. De la primera parte del problema intentaremos tratar en este apartado.

En un primer estadio, la legislación justinianeana, al ocuparse de los problemas de los hijos «naturales» (únicamente los nacidos de concubina que el padre tuviese en su casa), no incluye entre tales hijos a los habidos de estupro, cuyo delito sanciona con penas graves. Se atiende aquí, a diferencia del caso de concubinato, en el que se declara la condición de «natural» de los hijos habidos del mismo, a una disposición dictada para los aspectos procesales del juicio por estupro. En esta primera fase hay, por tanto, una separación clara de los varios supuestos en que puedan aparecer hijos no legítimos.

En una segunda fase, en plena vigencia de las doctrinas de los canonistas, la Decretal de Alejandro III viene a sentar una nueva regla, cuyo origen parece ser el de un procedimiento ANALOGICO, dada la similitud de los supuestos de hecho normativos, que llevan a juzgar como «naturales» también a los hijos nacidos de «estupro».

En una fase posterior aparece la Decretal de Inocencio III sobre el «raptor», cuyas consecuencias notorias residen en la imposición de la obligación de dotar a la ofendida. El problema aquí es la determinación de cuál de estas Decretales influyó en la otra y cuándo se produjo la equiparación de los supuestos de hecho correspondientes a una y otra. En la práctica de los Tribunales reales, en una época no determinada, aparece la obligación de RECONOCER A LOS HIJOS habidos del «estupro», cuya extensión a los habidos de «raptor» debe haberse hecho en una época más tardía, también en base a la ANALOGIA LEGIS.

— En plena fase codificadora, la cristalización en una sola norma de las disposiciones canónicas y las prácticas forenses, producto quizá de una jurisprudencia de conceptos, no está contrastada con la vigencia en la realidad social de los «juicios de valor» implícitos en la norma: baste repasar las líneas dedicadas por GARCÍA GÓYENA a comentar el precepto y el sentido desfavorable al trato de favor otorgado en la norma.

— Parece ya claro, a mediados del siglo XIX, que «cuando la época de la concepción coincide con la de la perpetración de estos delitos», la PRESUNCIÓN está y debe estar contra sus autores, SIN PERJUICIO de que los Tribunales aprecien todas las circunstancias que desvanezcan o atenúen la fuerza de la presunción, de modo que la DECLARACIÓN de la paternidad queda al prudente y justificado arbitrio de aquéllos; de este modo habrá menos facilidad en cometer estos delitos y se impondrá a sus autores la pena más «natural», si puede llamarse así al cumplimiento de los deberes de padre. Como quiera, la declaración de paternidad hecha por el Tribunal surte todos los efectos del RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO de los padres (32). La motivación de la norma, por tanto, radica en la

(29) Véase *Introducción al estudio del Derecho* Porrúa, México, 1970, págs. 275 v ss. y mi comentario a dicha obra en esta Revista, núm. 491, julio-agosto 1972, págs. 848 y 852, v su *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Porrúa, México, 1970, págs. 479 v 548.

(30) Véase *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, págs. 209 y ss.

(31) Véase *Experiencias*, citada, págs. 291 y ss.

(32) Véase así en GARCÍA GÓYENA, *op. cit.*, pág. 146 (subrayados nuestros).

eficacia o ineficacia de dicha presunción, ya que si aparentemente es *IURIS ET DE IURE* puede, no obstante, ser desvirtuada por la socorrida excepción *PLURIUM CONCUBENTIUM* (33). En el mismo sentido expuesto se opina, por la moderna doctrina, y las legislaciones tienen disposiciones no siempre coincidentes: una de las más avanzadas impone la obligación solidaria de prestar alimentos al hijo a todos los varones que cohabitaron con la madre en ese período determinado.

A finales del siglo XIX, el mismo MANRESA, (34) mira con algún recelo la actitud del legislador y cree que el Congreso actuó acertadamente rechazando, previa votación, en 1886, una ponencia del señor PLANAS, que abogaba por el criterio de libertad de investigación de la paternidad: el Congreso —dice— «actuó con buen acuerdo admitiendo la doctrina que ofrece menos inconvenientes».

Parece, a la vista de lo expuesto, que el *sustrato valorativo* de la norma comentada aparece en el siglo pasado como formando parte integrante del contenido de una PRESUNCION (35), o sea, que pertenece al terreno de la PRUEBA, en definitiva, al campo del Derecho procesal. El que se trate de una pura y verdadera «presunción» en sentido técnico, o más bien se trate de una ficción, como sostiene HEDEMANN para estos casos de filiación, resulta menos trascendente que contestar a la cuestión ¿quién DEBE pagar los alimentos? Y la respuesta a ella viene dada no por el hecho de la efectiva procreación por el inculpaado, sino por el *hecho* de que el responsable es aquel que ha cohabitado con la madre en la época de la concepción. En este mismo sentido, la doctrina penalista dice que el precepto del artículo 444 no es más que una CONSECUENCIA de lo dispuesto en el artículo 19 del Código penal, a tenor del cual «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente».

Finalmente, durante la vigencia del Código civil y hasta la fecha, la remisión efectuada a la normativa penal implica que la determinación de los supuestos fácticos de cada caso y las valoraciones a considerar se realicen por los Jueces de lo penal con absoluta independencia del principio dispositivo que rige en lo civil, y con aplicación rigurosa del principio de búsqueda de oficio de la verdad «material». Ello determina, a los efectos de analizar la pertinente RESPONSABILIDAD o no de los inculpaados, que se tomen en cuenta dos FACTORES fundamentales para proceder a la valoración de las conductas sancionadas penalmente: el *primero*, que en los casos de «estupro» el elemento constitutivo del delito es que el acceso carnal debe ser consecuencia del ENGAÑO empleado por el culpable, y según una constante jurisprudencia criminal, el ENGAÑO CARACTERÍSTICO de este delito está constituido por la PROMESA DE MATRIMONIO reiterada y formal dada en condiciones de credibilidad (sentencias de 21 de noviembre de 1909; 27 de junio de 1911; 27 de junio de 1922; 3 de febrero de 1928; 8 y 20 de mayo y 6 de julio de 1933; 2 de febrero de 1934; 30 de mayo y 18 de junio de 1935; 15 de marzo de 1949; 8 de mayo, 30 de junio y 30 de diciembre de 1950; 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1952), sin perjuicio de que en otras ocasiones también ha considerado que integran el «engaño» las relaciones públicas amorosas consentidas por la familia, y el *segundo* factor a considerar es el derivado de la existencia, para la ofendida en estos delitos, de unos perjuicios MORALES y MATERIALES, los unos por lesionar su honor y dificultar quizá su posterior matrimonio, y los otros porque de quedar embarazada y tener descendencia aparecen las cargas materiales de la manutención y sostenimiento de la prole, y precisamente en atención a estos perjuicios de todo tipo se establece por el artículo 444 la INDEMNIZACION a favor de la perjudicada.

(33) Véase ROYO MARTÍNEZ, *op cit et loc cit*, en nota 11.

(34) Véase *op. et loc cit*, en nota 17.

(35) Véase, por todos, HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, ed. RDP, Madrid, 1931, 1.ª ed., págs. 90 y ss., 182 y ss., 204 y ss., y 252 y ss.

Todas estas consideraciones de las posibles y distintas VALORACIONES dadas en cada tiempo y según los autores a la norma del artículo 444 del Código penal comentada pueden reconducirse a una sola: a la problemática creada por la existencia de seres desvalidos, producto de la generación extramatrimonial, necesitados de ayuda. El principio fundamental aquí debe ser el señalado por Dfz PÍCAZO (36): el «favor de los hijos». Muy bien señala Dfz PÍCAZO que «el defecto de origen no puede tomarse como causa de una diversidad de trato jurídico, y no puede servir de excusa al padre para eximirse de cumplir los deberes que la paternidad impone. Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado con el fin de procurar el cumplimiento de estos deberes primarios y la realización de la función social que la paternidad y la familia deben desempeñar».

Con la proclamación de este PRINCIPIO, que sienta Dfz PÍCAZO, quedan definidas todas las posibles interpretaciones acerca del caso litigioso examinado y los problemas subyacentes del origen de la norma, sustratos sociológico y valorativo y elementos integrantes de la responsabilidad del inculpa en estos delitos.

4. RECAPITULACION.—Podemos sentar unas consideraciones que sirvan de *recapitulación* de todo lo expuesto en apartados precedentes en los siguientes términos:

1. La sentencia comentada se inserta en el grupo exiguo de las relativas al artículo 135, párrafo final, del Código civil.
2. La sentencia comentada recoge en su considerando tercero, al parecer, el hecho de que el Tribunal penal NO había impuesto el reconocimiento en base a que la edad de la ofendida era superior, aunque por poco, a los veintitrés años.
3. La sentencia penal previa estableció de manera clara que el «noviazgo» había comenzado cuando la mujer tenía poco más de veinte años, y que había un nexo íntimo entre las relaciones amorosas y el alumbramiento.
4. El artículo 135, párrafo final, es una norma de remisión concreta: al artículo 444 del Código penal, cuya remisión parece ser a una norma de contenido indeterminado, cuya incertidumbre radica en la determinación de los supuestos reales de aplicación.
5. La norma a que se remite el Código civil es del tipo de las «heredadas» y proviene, al parecer, del Código penal de 1822, pero cuyo origen real aparece como desconocido e incierto.
6. La norma penal a que el Código civil se remite, inserta en el grupo de los delitos «contra la honestidad», sanciona los atentados contra la moralidad sexual que van en contra de una «adecuada convivencia social»: concepto éste muy flexible o estándar, que impondrá necesarias matizaciones si cambian las concepciones sociales imperantes en la materia.
7. Parece probable que el origen remoto de esta norma radica en una disposición canónica, al parecer de la Edad Media (siglos XII-XIII), con una Decretal de Alejandro III que emplea el procedimiento analógico.
8. La asimilación del caso de *estupro* o los de *violación* y de *raptio* no aparece claramente del espiguelo de las fuentes. Puede ser que tal identificación de supuestos tenga un origen forense y que su fundamento radicara en una consideración de equidad.
9. La esencia última o «núcleo» del artículo 444 consiste en ser una norma de los del tipo «de conducta», que impone unas consecuencias concretas (obligaciones de dar o de hacer) a determinados

(36) Véase «De nuevo sobre la filiación natural (Comentario a Sentencias de 3-12-1960, 4-11-61 y 7-11-61), en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1962, págs 216 y ss., especialmente pág. 220

comportamientos que atenten contra la moralidad sexual en una sociedad concreta.

10. El *sustrato valorativo* de tal norma aparece *prima facie* formando parte del contenido de una PRESUNCION, lo que nos lleva al campo de la prueba, o sea, al Derecho procesal: dicha presunción se fija en que lo determinante no es la paternidad, sino el hecho de la COHABITACION con la madre durante la época de la concepción.
11. Las obligaciones impuestas ex artículo 444 son una mera consecuencia del principio de responsabilidad ex artículo 19 del Código penal y de la pertinente indemnización a la ofendida.

5. RESUMEN FINAL.—Podemos terminar ya el comentario a esta sentencia diciendo:

- 1.º Que la motivación o *ratio decidendi* de la sentencia radica en que el Tribunal penal estableció claramente la FILIACION, que es lo único determinante para el ejercicio de la acción civil.
- 2.º Que es importante resaltar que el RECURSO ha sido entablado por el Ministerio Fiscal. De extenderse esta buena práctica a otras materias dentro del campo del Derecho sobrarían las reiteradas demandas de un instituto, cual el «Ombudsman» escandinavo, como remedio para todo tipo de errores, cual propugnan ciertos grupos progresistas.
- 3.º Que la norma del artículo 135, párrafo final, es de remisión concreta, y la norma a la que se remite—artículo 444 del Código penal—es «heredada» de origen incierto, pero de probable ascendencia canónica y cristalización práctica en los usos forenses en base a la equidad.
- 4.º Que la esencia del artículo 444 radica en ser una norma de conducta que impone unas obligaciones a aquellos comportamientos atentatorios contra la moralidad sexual en una sociedad concreta, a tenor del principio de responsabilidad ex artículo 19 del Código penal.
- 5.º Que es en esta materia de las relaciones de filiación donde más necesario resulta un estudio en profundidad de los aspectos sociológicos y valorativos en que se interrelacionan sociedad, normas jurídicas e interpretación. Estas líneas precedentes han pretendido solamente llamar la atención sobre la orfandad de nuestros vanidosos saberes científicos y servir de brecha para tales trabajos de futuros estudiosos.
- 6.º Que dada la flexibilidad del concepto de «moralidad sexual en una adecuada convivencia social» cabe esperar ciertas rectificaciones futuras de las normas comentadas en base a los cambios sociales.
- 7.º Que en toda esta materia es fundamental el principio *favor filii* proclamado con energía por DÍEZ PICAZO.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO ABIERTO. REQUISITOS FORMALES. ARTICULOS 694, 695 Y 696 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1974).

Basta que el Notario dé fe, al final de la escritura, de haberse cumplido todas las solemnidades consignadas anteriormente en el propio testamento.

El testamento, cuya nulidad se pretende por los actores, apelantes y recurrentes, estaba parcialmente redactado, en lo que interesa a esta sentencia, así:

«Son testigos instrumentales, mayores de edad, aptos para serlo según dicen, que afirman conocer al testador y vecinos de . (el lugar del otorgamiento), don ., don... y don...»

«Leído por mí, el Notario, este testamento en un solo acto y alta voz al testador y a los testigos, advertidos de su derecho a leerlo por sí, lo aprueba el testador como fiel expresión de su voluntad y no firma por manifestar no saber, haciéndolo a su ruego, a la vez que por sí, el primer testigo, que firma con los demás.»

«Yo, el Notario, doy fe de conocer al testador y testigos y de que se guardaron todas las formalidades que el Código civil exige, de todo lo demás consignado en este documento, extendido en este pliego de la clase...»

Los actores pretenden se declare la nulidad formal del testamento en base a que adolece, según ellos, de los siguientes defectos capitales invalidantes:

1) No menciona expresamente que los testigos y el Notario ven y entienden al testador.

2) No da fe específicamente el Notario de que por manifestar el testador no saber firmar lo hace a su ruego, a la vez que por sí, el primer testigo, sino que utiliza la fórmula de la dación de fe genérica, remitiéndose a lo expresado anteriormente en el mismo testamento.

El Juzgado de Primera Instancia de Aracena desestimó totalmente la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, conforme a la siguiente acertadísima doctrina:

Considerando: que para que un testamento de los regulados por los artículos 694 a 699 del Código civil se entienda dotado de autenticidad y goce de la eficacia que nuestro Ordenamiento jurídico le atribuye, es indispensable que el Notario autorizante garantice fehacientemente en el instrumento que al efecto se extienda, no sólo la verdadera voluntad del testador, sino, además, el conocimiento de éste o el medio de suplirlo, y que se han cumplido cuantas formalidades se expresan en los preceptos indicados, de suerte tal que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 687, en relación con el 4.º del mencionado cuerpo legal, la omisión de cualquiera de esas solemnidades le priva de validez, aun en el supuesto de que racionalmente no pudiera dudarse de que su texto literal constituye la fiel expresión de lo manifestado por dicho señor, según se ha hecho constar, entre otras muchas, en las sentencias de 18 de noviembre de 1915, 1 de noviembre de 1927, 4 de junio y 4 de noviembre de 1947, 19 de junio de mil novecientos 1958, 24 de octubre de 1963 y 6 de febrero de 1969.

Considerando: que entre los requisitos legalmente exigidos para que las expresadas disposiciones testamentarias sean válidas, y de cuyo cumplimiento debe dar fe el Notario, figuran: A) Que los testigos instrumentales, que concurren a su otorgamiento, se hallen *en presencia* del testador (artículo 679) y *le vean* (art. 694, párrafo primero) o, como se indicó en la Ley primera, título XVIII, libro X, de la *Novísima Recopilación*, «estén presentes a la vez», tanto para que el acto se celebre con la unidad—*uno contentu actus testaral oportet*—, a que aludía el fragmento 21, número 3, del título I, libro XXVIII, del *Digesto*, y que actualmente impone el párrafo primero del artículo 699 del referido Código, como para que tales señores puedan garantizar la verdadera personalidad del otorgante, evitando de ese modo la posibilidad de suposiciones o suplantaciones, razón por la cual

no pueden ejercer esa función los ciegos (arts. 681, núm. 1, y 1.246, núm. 2), y las monjas de clausura deben descubrir su rostro ante quienes intervengan en los documentos públicos de esta clase en que sean protagonistas (artículo 168, núm. 3, del Reglamento de 2 de junio de 1944), habiéndose, además, declarado en la sentencia de 3 de diciembre de 1904 la nulidad de un testamento por no hallarse simultáneamente reunidas la totalidad de las personas anteriormente relacionadas. B) Que los referidos testigos *entiendan* al testador (art. 694, párrafo primero) y queden enterados de sus manifestaciones (art. 679), para lo cual habrán de oírle y comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esas condiciones (art. 681, núms. 3 y 4), puesto que su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél, que para su confrontación deberán serles leídas en alta voz (art. 695, párrafo segundo). C) Que aun cuando, siguiendo el criterio adoptado por la Ley 11, título V, libro II, del Fuero Juzgo, el testamento pueda ser firmado por persona distinta del testador, es imprescindible para que tal sustitución no se sancione con la nulidad, como expresan las sentencias de esta Sala de 16 de febrero de 1956 y 27 de septiembre de 1968, en armonía con el párrafo segundo del artículo 695 de la ley civil sustantiva, que dicho señor manifieste no poder no saber hacerlo, que rucgue a aquél lo haga a su nombre y que ambas circunstancias se hagan constar bajo fe del autorizante.

Considerando que al declarar el Tribunal *a quo*, en el tercer razonamiento jurídico de la sentencia recurrida, que en la cláusula segunda del testamento de 30 de septiembre de 1970 se expresó con claridad la manifestación del testador de no saber firmar, de que a su ruego lo hizo en su nombre el primero de los testigos instrumentales y de que el Notario dio fe «del cumplimiento de formalidades», de conocer a cuantas personas intervinieron en dicho acto y *de todo lo demás consignado*, es evidente que en esta última frase se recogen cuantos requisitos se han enunciado en el considerando precedente, toda vez que en ella se incluye la presencia simultánea de los testigos que concurrieron a la celebración de la disposición testamentaria, su conocimiento del idioma castellano en que la misma fue redactada—puesto que hicieron constar sus circunstancias personales, vecindad y relación con el otorgante—y que uno de ellos firmó, a petición de éste, por su manifestación de no saber hacerlo, con lo que la dación de fe mencionada abarcó a todas y cada una de las exigencias establecidas en los artículos 694, 695 y 699 del Código civil, en la forma que autoriza el 188 del Reglamento, a que antes se ha hecho referencia, no modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, que elimina la necesidad de que dicho funcionario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones o circunstancias que, según las leyes, precisan de ella, siendo suficiente, a tal fin, con que lo haga al final de la escritura, con relación a todas, conjuntamente, habiéndolo reconocido así, en caso de bastante analogía con el presente, la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 1929 y la resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de enero de 1931, por todo lo cual, y teniendo, además, en cuenta que la realidad del cumplimiento de todas estas solemnidades constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al Juzgador de Instancia (sentencias de 31 de enero de 1930 y 12 de mayo de 1945), se llega a la conclusión de que en la resolución que se impugna no se incurrió en ninguna de las infracciones que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los cuatro motivos del recurso, que, en su consecuencia, debe ser desestimado.

COMENTARIO.—Me parece sumamente lógica esta sentencia, merecedora de plácemes, que viene a continuar la línea de interpretación espiritualista

marcada por nuestro más alto Tribunal de Justicia. Efectivamente, no cabe desconocer el peligro del excesivo ritualismo, el cual, de ser llevado a sus últimos límites exagerados, acarrearía la consecuencia de que el funcionario autorizante se sintiese más preocupado por la observancia de formalismos exagerados y descuidase el fondo ético del acto o que en algún caso dejase de atender un requerimiento que se le hiciese. Los testamentos conservan, como residuo o lastre histórico, una serie de solemnidades de muy diverso valor. Así, mientras la unidad de acto debe ser observada escrupulosamente y atendida como salvaguardia de que la consignada es efectivamente la voluntad *última*, plasmada en el instante de la autorización del testador, la presencia de los testigos constituye una rémora que dificulta extraordinariamente el otorgamiento de los testamentos. En las grandes capitales, por la dificultad de encontrar quien se preste a ello en un momento dado; en sitios más pequeños, por la dificultad, entre otras, derivada de la residencia, esto es, la exigencia de la vecindad y del conocimiento al testador. Y no digamos en pueblos o lugares marcados con límites imprecisos. Añádase que cuanto más reducido es el número de habitantes, tanto más desea el testador que su voluntad no trascienda, ni siquiera se conozca por sus convecinos, oponiéndose a que éstos lo sean y sintiéndose aliviado cuando el Notario le indica que él traerá a los testigos. Hora es ya de que, atendiendo imperativos actuales, se aborde la modificación del Código civil en lo relativo a las solemnidades para testar, poniéndolas acordes con los tiempos que vivimos.

Por todo ello no son, desde luego, atendibles los motivos del recurrente, el cual, sin embargo, y al parecer, mantiene la opinión de la repetición en la dación de fe de todas y cada una de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento. (Sobre este particular pueden verse, entre otros trabajos: BONET, F.: *Naturaleza jurídica y caracteres del testamento* (comentario a la sentencia de 8 de julio de 1940—ponente, profesor CASTÁN—), en «Revista Derecho Privado», diciembre 1940, págs. 331-335; LISERRE, A.: *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, Giuffrè, 1966; JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento*, «Revista Derecho Notarial», núms. 37-38, páginas 57-101.)

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL SECRETO BANCARIO (SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPLENTO DE 3 DE ENERO DE 1975).

I. ANTECEDENTES

1. Con ocasión de una inspección al B. R. y M., los funcionarios actuantes requirieron la presentación de toda la documentación relativa a las cuentas corrientes a la vista y de ahorro.

2. El Banco mostró su conformidad a la exhibición de los documentos, si bien advirtió, «en cuanto a las hojas de movimiento y las correspondientes hojas de liquidación semestral de cuentas corrientes, se velará al exhibirlas los nombres de los cuentacorrentistas, para que la inspección se ejerza únicamente sobre el Banco y no sobre las personas de sus clientes, ya que no debe trascender, o sea, no debe extenderse, pasar ni propagarse de las cuentas a sus titulares investigando o poniendo de manifiesto quiénes sean».

3. La inspección no aceptó la postura del Banco, requiriéndole a la íntegra exhibición de los documentos bajo apercibimiento de sanción.

4. El Banco insistió en cumplir terminantemente su obligación de secreto: sólo mostraría los nombres de las personas titulares de las cuentas previa expresa conformidad de cada una de ellas.

5. El Ministerio de Hacienda impuso al Banco las sanciones de «amonestación, comunicada a toda la Banca, por entorpecimiento a la labor inspectora encomendada al Banco de España, al negar a la inspección la exhibición de los nombres de los titulares de cuentas corrientes a la vista y de ahorro, impidiendo con ello la comprobación de la estructura de las respectivas rúbricas y el grado de cumplimiento de normas de obligada observancia relacionadas con su contenido», y la accesoria de «reducción del 50 por 100 de su capacidad utilizable de expansión en el primer Plan posterior a la fecha en que el fallo sea firme».

6. Interpuesto recurso de reposición fue desestimado por el Ministerio de Hacienda, de conformidad a lo dictaminado por la Dirección General de lo Contencioso.

7. El Banco interpuso recurso contencioso-administrativo, que se estima por la sentencia de la Sala Tercera de 3 de enero de 1975.

II. LA SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1975

En esta sentencia, de que fue ponente César Contreras Dueñas, en sus considerandos cuarto a noveno sienta la siguiente trascendental doctrina:

Considerando que cualquiera que sea el concepto que se adopte—de los muchos que acepta la doctrina—acerca de la naturaleza, alcance y límites del llamado *secreto bancario*, como deber moral, jurídico o profesional, uso mercantil interpretativo, etc., es lo cierto que constituye cimiento esencial de la Banca, y como tal está universalmente reconocido, hasta el punto de su inserción en la Ley Federal de alguna nación europea, y cualquier novedad o alteración que le afecte puede repercutir en la esfera, sensible e incierta, de las finanzas, lo que aconseja se preste la mayor atención al auxilio jurisdiccional que con su invocación se solicita.

Considerando que los preceptos legales invocados en el escrito de demanda en pro del secreto bancario son: a) El artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940: «Quedan exentas de *cualquier especie de investigación administrativa* las cuentas corrientes acreedoras a la vista de los clientes que se lleven por Banco, banqueros o Cajas de Ahorro.» b) El artículo 6 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre reorganización de la Inspección de Tributos. c) El artículo 196, apartado b), de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, que al referirse a las «operaciones de depósito irregular, en cuenta corriente en sus diversas formas, en cuenta de ahorro a la vista y a plazos . . .», dice: «...respetándose en todo caso lo establecido en el artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940». d) La Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de abril de 1941: «Dada la generalidad y precisión del artículo 62 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, este Ministerio se ha servido disponer que dicho precepto sea observado conforme a sus términos literales debiendo, en consecuencia, los establecimientos de crédito cumplirlo frente a cualquier pretensión que no tenga la naturaleza de requerimiento en forma de los Tribunales y Juzgados.» e) Los Estatutos del Banco de España, aprobados por Decreto de 24 de julio de 1947. El artículo 23 dispone: «Se prohíbe al Banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuenta corriente, depósito o en cualquier otro concepto pertenecientes a persona determinada; a no ser al propio interesado, a su representante legal o en virtud de providencia judicial.» f) La Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de febrero de 1951, referente a la Inspección del Timbre. El artículo 2, párrafo segundo, dice: «Cuando existiesen omisiones de reintegro en las actas que al efecto se levanten se hará constar exclusivamente el importe global de tales omisiones, sin especificación alguna que individualmente identifique a los titulares de las cuentas en las que existan descubiertos.»

Considerando que frente a tales disposiciones invoca la Administración en la resolución recurrida las siguientes: a) El artículo 17 del Decreto-Ley sobre nacionalización del Banco de España como órgano de inspección de la Banca privada y atendiendo a las normas que dicte el Ministerio de Hacienda: a') Disponer inspecciones periódicas de la Banca privada a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación a sus balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplique en sus operaciones y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de crédito. b) El apartado cuarto de la Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de octubre de 1964: «La inspección se entenderá dirigida exclusivamente al Banco o Caja pagador de los intereses cuando se trate de cuentas corrientes a la vista, sin ninguna trascendencia respecto del titular de la cuenta. Si se comprobara la existencia del pago de intereses superiores a los permitidos o el incumplimiento de alguna de las condiciones esenciales de la operación, tanto en las cuentas corrientes a la vista como las concertadas a plazo, se comunicarán al Ministerio de Hacienda las infracciones puestas de manifiesto con detalle de cuantas especificaciones sean necesarias para su identificación, a los efectos fiscales y de otro orden que procedan. c) Artículo 47 de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946: «Corresponderá a la Dirección Gene-

ral de Banca y Bolsa: a') Formular a un Banco o banquero indicaciones especiales sobre la política de crédito que practique y que no se refieran, salvo cuando la ley lo autorice, a operaciones concretas... c') Disponer reservadamente inspecciones ocasionales de un Banco o banquero en la forma que en la resolución se especifique, utilizando al efecto personal de la propia Dirección o del Banco de España. d') Cuidar del fiel cumplimiento por los Bancos y banqueros de las normas generales de la política de crédito.» d) Artículo 49 de la misma ley: «Los Bancos y banqueros estarán obligados a facilitar a la Dirección General de Banca y Bolsa los datos y antecedentes que no afectando a operaciones, actos o negocios determinados les reclame aquélla, sin perjuicio de las facultades que a dicho Centro corresponden para acordar la práctica, cuando proceda, de inspecciones ocasionales, con arreglo al apartado c) del artículo 47.»

Considerando que la propia Administración reconoce la vigencia del artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 y demás disposiciones citadas en el escrito de demanda, reiteradas, en cierto modo, en el artículo 111, 2, c), de la Ley General Tributaria, ya que en el considerando octavo de la resolución del Ministerio de Hacienda denegatoria del recurso de reposición alude a informe emitido por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, en expediente número 3/1966 de la Subsecretaría del Tesoro, en los siguientes términos: «...en el mencionado informe se reconocía el principio del secreto bancario, establecido por el artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, que declaró exentas de cualquier especie de investigación administrativa las cuentas corrientes acreedoras a la vista que se llevasen por Banco, banqueros o Cajas de Ahorro, precepto declarado vigente por otras leyes posteriores; ahora bien—se añadió—: el respeto al secreto bancario no significa abdicación alguna en cuanto a las funciones que el Estado ejercita sobre la política de crédito y que ha reglamentado en disposiciones sucesivas con toda claridad; se reguló esta facultad de inspección por la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946, y a partir de 1962 se refuerzan legalmente; el Decreto-Ley de 7 de junio de dicho año, en su artículo 17, señala las atribuciones del Banco de España como órgano de inspección de la Banca privada, y siguiendo en líneas esenciales las que estaban conferidas a la Dirección General de Banca y Bolsa, las especifica con más detalle, omitiendo en este nuevo texto legal las salvedades que figuraban en la Ley de Ordenación Bancaria anterior; en efecto, el artículo 17 del Decreto-Ley dice que al Banco de España corresponde, atendiendo a las normas que dicte el Ministerio de Hacienda: a) Disponer inspecciones periódicas a la Banca privada a fin de comprobar el cumplimiento de las normas vigentes en relación con sus balances, estructura de sus cuentas, intereses y comisiones que aplique en sus operaciones y en lo referente al cumplimiento de las normas generales sobre política de créditos ». c) «Disponer inspecciones extraordinarias a un Banco privado sobre cualquier aspecto de sus actividades cuando así lo juzgue conveniente, puede apreciarse por el texto de la nueva disposición legal que se han reforzado las facultades inspectoras, ya que no figura la salvedad en cuanto a la inspección de operaciones concretas, ni se hace constar expresamente que las inspecciones ocasionales han de ser reservadas; la omisión deliberada y significativa de estos términos limitativos—omisión de distinto alcance en cada uno de ellos—, unida a la amplitud y especificación de las facultades inspectoras consignadas, hace llegar a la conclusión de que el Estado, para comprobar el cumplimiento de la política de crédito que marque en cada caso, no tiene vedado el examen del importante aspecto de esta política que se desarrolla en el funcionamiento de las cuentas corrientes a la vista; existe, por tanto, una convergencia de normas legislativas que no son consideradas incompatibles

por el legislador: de una parte, el Estado ha de dirigir e inspeccionar la política de crédito, y para ello conocer las operaciones que, en cuanto a intereses o descubiertos, puedan realizar los Bancos o banqueros, y de otra, los titulares de las cuentas corrientes bancarias a la vista han de ver respetado el secreto bancario; la inspección del Estado, realizada a través del Banco de España, se ejercita solamente sobre los Bancos o banqueros, y no se establece relación alguna entre el órgano inspector y los clientes de dichos Bancos; precisamente en la norma que ha dictado el Ministerio de Hacienda para instrumentar la inspección, y que es la Orden de 10 de octubre de 1964, se aprecia esta distinción; en su artículo 4 se refiere expresamente la citada Orden a las cuentas corrientes a la vista, disponiendo en cuanto a las mismas que la inspección se entenderá exclusivamente dirigida al Banco, sin ninguna trascendencia respecto al titular de la cuenta; resulta claro que la Administración quiere mantener la compatibilidad de los dos principios, que entrañan, por un lado, la dirección y fiscalización de la política de crédito, y por otro, el debido respeto al secreto bancario en favor de los titulares de las cuentas corrientes a la vista; existe una dualidad de disposiciones legales, pero existe también la posibilidad de aplicarlas todas en lógica concordancia...»; conceptos éstos en su mayor parte coincidentes con la posición mantenida por la entidad recurrente en el escrito de demanda, y cuya línea se quiebra cuando la resolución recurrida, dentro del mismo considerando octavo, dice: «...el Banco de España, en su cometido de inspeccionar a la Banca privada—conferido por el Decreto-Ley de 7 de junio de 1962—tiene legalmente la facultad de extender esa inspección a las cuentas corrientes a la vista; pero dicha inspección—a tenor de la Orden de este Ministerio de 10 de octubre de 1964—se dirigirá exclusivamente a los Bancos en los que estén abiertas las cuentas, sin que en modo alguno pueda afectar a los titulares de las mismas, y se ejercitará con absoluta obligación de mantener secretos los datos examinados u obtenidos en la inspección en cuanto se relacione con los cuentacorrentistas y sin poder utilizarlos respecto a los mismos, obligación que afectará, por lógica extensión, a los funcionarios o personas que, en virtud de sus funciones inspectoras, puedan llegar a tener conocimiento de las cuentas y al propio Banco de España, en cuyo nombre actúen; del contenido y conclusiones de este informe resulta que los Servicios de Inspección del Banco de España están facultados para inspeccionar *la estructura de las cuentas corrientes abiertas en la Banca privada*, y elemento esencial de dicha estructura es la persona de su titular, pues de su condición de nacional o extranjero, de residente en España o fuera de ella, depende la comprobación de normas de obligado cumplimiento, de especial interés para la política monetaria y, en definitiva, para la economía nacional; el recurso interpuesto confunde el hecho de que la Inspección del Banco de España no pueda tener trascendencia respecto al titular de la cuenta, como dispone el artículo 4 de la Orden de 10 de octubre de 1964, con la imposibilidad de que los Servicios de Inspección del Banco de España, autorizados por preceptos de rango legal (art. 17 del Decreto-Ley de 7 de junio de 1962), puedan conocer el nombre de los titulares de las cuentas».

Considerando que de los conceptos transcritos se deduce que la Administración reconoce plenamente el principio del secreto bancario, si bien trata de conciliar este reconocimiento con la función inspectora atribuida hoy al Banco de España, en sustitución de las atribuciones que en la legislación anterior correspondían a la Dirección General de Banca y Bolsa, dependiente del Ministerio de Hacienda, y al interpretar el artículo 17 del Decreto-Ley de 7 de junio de 1962 incurre en el error de confundir el concepto de «estructura de sus cuentas»—se refiere a las de la Banca privada—con el de «estructura de las cuentas corrientes», expresión que en todo caso sería difícil de interpretar, pues la palabra estructura—distribu-

ción y orden de cosas o elementos—es más propia del orden económico que del jurídico—nuestro Derecho positivo no habla de «estructura de los contratos», concepto que en todo caso vendría a excluir sus elementos personales.

Considerando que reconocido con carácter general el principio del secreto bancario y no habiéndose dictado—como, con relación concreta al Impuesto de Sucesiones, hizo el artículo 142 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967—norma de suficiente jerarquía para declararlo incompatible con las facultades inspectoras atribuidas al Banco de España sobre la Banca privada, en términos que permitan investigar no ya la «estructura de las cuentas corrientes», sino la totalidad de los elementos que integran esta clase de operaciones, es obligado declarar correcta la actitud observada por el Banco R. y M., respaldada por el informe emitido en el expediente sancionador por el Consejo Superior Bancario, en los siguientes términos: «Si la existencia de las normas es clara, no lo está menos en el expediente que el Banco R. y M. facilitó en todo momento la exhibición de cuantos libros y documentos fueron solicitados por la inspección y, en particular, las hojas o fichas que registran íntegramente la apertura, llevanza y liquidación de las cuentas, es decir, que prestó a los inspectores todo tipo de colaboración para el desarrollo de su misión. Teniendo en cuenta que la divergencia de criterios y de interpretación de las normas se produce en un campo en el que la propia Dirección General de lo Contencioso, en el dictamen antes citado, se vio obligada a subrayar 'lo delicado de esta materia' y la necesidad de que los problemas que surjan sean 'encauzados y resueltos con la debida prudencia', se explica la resistencia del Banco expedientado a identificar a los titulares de las cuentas.»

III. COMENTARIO

Hemos transcrito literalmente los considerandos fundamentales de esta sentencia, ya que los mismos ofrecen un ejemplo de lo que debe ser esa difícil tarea de hacer jurisprudencia. Consciente la Sala de la importancia del tema—como reconoce su cuarto considerando—, después de resumir las posiciones de una y otra de las partes procesales—considerandos quinto y sexto—, en sus considerandos séptimo, octavo y noveno ofrece una correcta interpretación de la dispersa normativa sobre el secreto bancario.

Las conclusiones a que llega la sentencia son irreprochables, al coordinar el principio de dirección y fiscalización de la política de crédito y el secreto bancario en favor de los titulares de las cuentas corrientes a la vista.

El secreto bancario queda consagrado como pieza maestra del sistema, «cimiento esencial de la Banca», dice la sentencia. Lo que resulta anómalo es que ante una normativa dispersa—«dualidad de disposiciones legales», dice la sentencia en su séptimo considerando—, no se haya planteado hasta ahora ante el Tribunal Supremo la perfecta determinación de los límites de las potestades inspectoras frente al mismo. ¿Es que se ha operado un cambio en la inspección exigiendo unos datos que antes no se requerían? ¿Es que las entidades bancarias se han aquietado ante las sanciones impuestas por este motivo? ¿O es que, olvidando sus más elementales deberes hacia los clientes, han preferido acceder a las pretensiones de la inspección para evitar mayores males?

Lo cierto es que ha sido la firme y decidida postura de un Banco, ante unas pretensiones consideradas incorrectas legalmente, lo que ha permitido a la Sala Tercera del Tribunal Supremo sentar principios fundamentales, que no podrán desconocerse en lo sucesivo. Una sentencia más de las muchas que viene dictando la Sala Tercera en una línea jurisprudencial que, rectificando radicalmente la seguida años atrás, está permitiendo

estructurar las líneas maestras del sistema jurídico financiero. Como he dicho en otra ocasión (1): «En definitiva, el papel que unas instituciones desempeñan o pueden desempeñar en una sociedad dependerá de las personas físicas que las encarnen, de los hombres que en cada momento sean sus titulares. Esto explica que unas mismas instituciones pueden desempeñar un papel nulo en la sociedad o, por el contrario, un papel decisivo y trascendental. Todo dependerá de la preparación, independencia y calidades humanas de sus hombres. Concretamente, dentro de la Administración de justicia, dentro de la propia Jurisdicción contencioso-administrativa, todos hemos podido comprobar la profunda diferencia existente entre la jurisprudencia de una misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, según las épocas, en función única y exclusivamente de sus magistrados. Con un mismo derecho, en un mismo régimen político, en idéntico ambiente social, las sentencias de una época a otra no guardan otra semejanza que la de la procedencia.

No es cierto que los Jueces no sean, como quería MONTESQUIEU, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados (2). Los Jueces son hombres de carne y hueso. Con sus pasiones, sus apetencias y sus temores. Están metidos en la sociedad. Dependen en buena parte, como los demás mortales, de los servicios administrativos. Son tan administrados, fuera del órgano judicial, como los demás ciudadanos. Lo que se traduce, inevitablemente, en una serie de reacciones difíciles de superar.

Precisamente por lo expuesto, el tema del personal de los órganos jurisdiccionales, y concretamente de la jurisdicción contencioso-administrativa, es un tema central no ya del Derecho público, sino del Ordenamiento jurídico en general. Todo lo demás, incluso la organización judicial, la regulación de los requisitos procesales, el procedimiento, tiene un valor secundario. Si tenemos buenos Jueces, buenos Jueces administrativos, lo demás tiene muy poca importancia. Porque el Juez puede hacer milagros. Aun cuando la organización sea inadecuada—y el número de asuntos abrumador—, aun cuando las leyes procesales sean formalistas, aun cuando el procedimiento sea un laberinto complicado, el Juez podrá con su celo, con su esfuerzo, con su buen sentido, superar todos los obstáculos. De aquí la importancia de una adecuada regulación del personal jurisdiccional. Todo cuanto se haga en este sentido será poco.»

J. G. P.

(1) En mi trabajo «El juez administrativo», en *Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles*, Madrid, 1974, págs. 198-199.

(2) *L'esprit des lois*, I, XI, c. VI.

LIBROS

ARIÑO ORTIZ, GASPAR: *La afectación de bienes al servicio público*.
Escuela Nacional de Administración Pública, 1973, 114 págs.

En el Derecho administrativo, construido según las pautas del Derecho privado, el concepto de afectación de un bien ha sido estudiado como un elemento complementario, unido a la titularidad de dicho bien, a efectos de configurar un régimen jurídico determinado. Así, la titularidad de las cosas públicas ha sido tradicionalmente referida al Estado. Sin embargo, hoy, por influencia fundamentalmente de la doctrina alemana, lo que interesa para encuadrar las cosas en el marco de un régimen jurídico público no es tanto la titularidad, que puede ser privada, como las cosas mismas y, sobre todo, *su función* y su aplicación al logro de intereses colectivos.

Tras este planteamiento inicial, el autor del libro entra en el análisis de la afectación en sí misma, la cual requiere un *acto de incorporación jurídica*, que tiene como presupuesto el consentimiento expreso o presunto (derivado de *facta concludentia*) del titular del bien afectado.

Para ARIÑO, la afectación supone la vinculación real y finalista de unos bienes a un servicio público, cualquiera que sea el titular de aquéllos, y entiende que la calificación que más se ajusta a su naturaleza es la de los *derechos reales «in faciendo»*. Considera indispensable, para que la afectación se opere válidamente, que el bien esté legítimamente en el ámbito de la *pertenencia útil* o del *señorío físico* del concesionario, a título de dueño, arrendador, depositario, comodatario o simple cesionario por motivo de confianza.

Al tratar de los *efectos* sienta las conclusiones de que la afectación lleva inherente: 1) La inamovilidad de los bienes respecto del servicio. 2) La pérdida por su propietario del *ius disponendi*. 3) La obligación de conservación y mantenimiento en buen estado. 4) La acción de oficio para que la Administración recupere la posesión perdida sobre aquéllos. 5) La inembargabilidad de los bienes.

En resumen, lo que se pretende lograr es la *intangibilidad* de los bienes afectos como garantía de la continuidad del servicio, lo que indica que la afectación, más que al plano de la titularidad de los derechos, afecta al ejercicio de los mismos en la realidad.

En definitiva, a pesar de que el tema aparece tratado de manera sintética, como correspondiente al texto de dos conferencias dictadas por su autor en la Escuela Nacional de Administración Pública, en el primer curso para Abogados al servicio de la Administración Pública venezolana (25 de abril al 12 de junio de 1971), nos encontramos ante una obra en la que tras su aspecto puramente docente se encierran conclusiones de indudable interés científico.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ: *Cooperación. Teoría y práctica de las Sociedades Cooperativas*. Universidad Politécnica de Valencia. Departamento de Derecho y Sociología. Cursos de cooperación dirigidos por... Un tomo de 842 págs. Valencia, 1974.

El fenómeno cooperativo de un tiempo a esta parte se ha extendido, tanto en amplitud como en profundidad, lo suficiente como para que sea merecedor de una atención preferente. Cometidos inaccesibles o de muy difícil consecución para el hombre aislado, se tornan hacederos por la unión de varios y, en todo caso, se consigue una economía de esfuerzos y una multiplicidad innegable de beneficios que explican el auge creciente de la cooperación, hasta el punto de que tan sólo en España existen unas 15.000 cooperativas, que agrupan a casi tres millones de asociados.

Si se tiene en cuenta que tales agrupaciones atienden al campo, a la industria, al mar, tienen por objeto el consumo y el crédito o tratan de facilitar soluciones a la necesidad de obtener vivienda propia, se comprenderá la importancia de estudiar e interpretar las normas aplicables y cuya problemática creciente debe ser abordada por el Derecho. Las cuestiones de constitución, capacidad operativa, órganos de actuación, patrimonio, beneficios fiscales, requisitos administrativos, aspectos crediticios y otros son tan importantes y se presentan en la práctica jurídica tan continuamente, que ya se empieza a hablar incluso de un moderno «Derecho cooperativo», que podría estar integrado por el conjunto de normas y principios doctrinales que se refieran a esta cada vez más amplia materia.

En la Universidad Politécnica de Valencia se han llevado a cabo tres cursos de cooperación, que fueron dirigidos por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho agrario y Sociología de la misma, y esta obra sistematiza, con carácter didáctico, lo más importante de la materia cooperativa desarrollado en las correspondientes lecciones, seminarios y coloquios. Además de las propias lecciones y trabajos de SANZ JARQUE, se incluyen los temas aportados por los colaboradores que participaron en dichos cursos, teniendo cada capítulo como fuente la conferencia o lección de los mismos, debidamente adaptados y ordenados en busca de la armonía y unidad de estilo, dentro de la exposición general de la materia.

El libro se divide en tres partes dedicadas a la teoría general, las cooperativas agrarias y las de consumo, industriales y de viviendas; hay una cuarta parte sobre las modernas tendencias, y finaliza con la inclusión de los textos legales vigentes y el proyecto de nueva Ley de Cooperativas, entonces en estudio.

Primera parte: Teoría general.—Comienza el estudio con el origen del cooperativismo en Inglaterra, Francia y Alemania, partiendo de los inicios idealistas de OWEN, FOURIER y KING, la «Sociedad de los justos pioneros de Rochdale», que constituyeron en 1844 los tejedores del Callejón del Sapo, dando lugar a la primera cooperativa viable de la historia, y las germánicas cooperativas de crédito Raiffeisen, cuya organización ha pervivido.

Se contempla la evolución del movimiento cooperativo universal y especialmente en cuanto a España, donde existen atisbos en la práctica ya a principios del siglo XIX, siendo de resaltar en el XX la gran influencia que tuvo en este campo el movimiento social católico. En cuanto a la legislación, aunque la vieja Ley de Asociaciones de 1887 prestaba marco para la existencia de las cooperativas, hasta la Ley de Sindicatos Agrícolas de 28 de enero de 1906 no hay una regulación específica, que, además, fue enormemente favorable por los beneficios fiscales que se concedieron y que esencialmente han perdurado hasta hoy; se cita la Ley de Colonización de 1907, que obligaba a los colonos a integrarse en cooperativas, y se

estudia con detalle la primera Ley de Cooperación de 9 de septiembre de 1931, con sus precedentes y evolución posterior hasta la actualidad, incluyendo la actual organización cooperativa en España.

Se sigue haciendo en esta parte del libro una exposición de los fundamentos sociales, económicos y morales de las cooperativas, estudiando los conceptos doctrinales y el legal, así como su clasificación, según muy variados criterios doctrinales, legales y prácticos.

Además de su capacidad jurídica y denominación, al hablar de las reglas generales de constitución de las cooperativas, con la Ley y el Reglamento correspondientes a la vista, se estudia la capacidad para ser socio, los elementos objetivos de aportación de la industria o trabajo y capital y los requisitos de forma. Sabido es que este período constitutivo se reguló en la ley a base de un lento y complicado proceso, que se inicia con una o varias reuniones preparatorias para redactar los estatutos, formación de un expediente que ha de pasar, previo informe sindical, al Ministerio de Trabajo. Este califica la cooperativa por medio de resolución, que aprueba o deniega el proyecto estatutario; previa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, se comunica la resolución a la Obra Sindical de Cooperación y a los interesados para que éstos, caso de haberse aprobado los estatutos, celebren la «sesión de constitución», de la que se levantará acta, que con otros documentos, y mediando variados trámites, desemboca en la inscripción en el Registro especial del Ministerio de Trabajo.

Extraña realmente que en la nueva ley aprobada, donde se califica rotunda y repetidamente a la cooperativa como sociedad, se mantenga este prolijo sistema constitutivo, que más bien parece una carrera de obstáculos y que resulta, además de complejo y dilatadísimo, bastante costoso en la práctica por la necesaria intervención de gestores o profesionales que «sepan» llegar a constituir una cooperativa. ¡Cuantísimo más fácil, sencillo y seguro, jurídicamente hablando, sería constituir la en escritura e inscribirla en el Registro Mercantil! SANZ JARQUE casi lo apunta al decir que el Registro de cooperativas, como sociedades que éstas son, podría situarse junto a otros ya existentes, abogando por un Registro independiente que goce de las garantías de «cualquier otro»; la verdad es que ese Registro independiente y de estricta calificación jurídica está en la mente de todos, y la garantía que prestaría la intervención de Notarios y Registradores sería difícilmente igualable y fuera de toda duda.

En la misma parte se detallan los principios cooperativos o bases fundamentales, que informan la vida de estos entes en su doble aspecto de sociedades-sujetos de derechos y empresas u organizaciones de comunes intereses: adhesión voluntaria, gestión democrática, distribución de excedentes en proporción a las operaciones de cada socio, supresión del lucro, neutralidad política, ventas al contado y fomento de la educación y obras sociales.

En el capítulo de legislación cooperativa, tras una referencia al Derecho extranjero, se repasa la cronología de la legislación española de cooperación, con la génesis, plan, contenido y crítica de la Ley de 1942 y el Reglamento de 1971. El libro expone cuidadosamente cuestión tan importante en la práctica como la del trato fiscal favorable concedido por el Decreto de 9 de mayo de 1969, conocido por el nombre de Estatuto Fiscal de las Cooperativas.

Segunda parte: Cooperativas agrarias.—Los problemas económicos de mayor importancia en el sector campesino, tales como falta de capital, crédito inadecuado y otros específicos, pueden encontrar mejor solución a través de las fórmulas que ofrece el cooperativismo para superar la insuficiencia económica, técnica y social que se da en el campo y se agudiza en la pequeña propiedad. Es lógico, por tanto, que sean las

cooperativas agrícolas las más numerosas, suponiendo actualmente un 50 por 100 del total de las inscritas en España.

Por ello, el libro dedica esta segunda parte al estudio de dichas cooperativas agrarias y su legislación especial, comparada y española, tanto en el concepto clásico como en el de cooperativas de aprovisionamiento y servicios; de comercialización; las de crédito, que han cuajado en la espléndida realidad de las Cajas Rurales, y, por último, las de explotación comunitaria de la tierra, que son una novedad de nuestro tiempo y constituyen una afirmación del concepto funcional de la propiedad al negar el colectivismo agrario de signo marxista.

Lógico es no sólo por la importancia agrícola de la región, sino también porque los cursos tuvieron lugar en la Universidad de Valencia, que se dediquen algunos capítulos a contemplar la realidad cooperativa en la región valenciana, y en especial del sector cítrico.

Y tras incluir interesantes trabajos sobre la influencia sociológica del cooperativismo para el desarrollo del campo, se contempla con gran amplitud cómo viven y funcionan estas sociedades en diversos países, sin olvidar la figura de los famosos *kibbutz* de Israel.

Tercera parte: Cooperativas de consumo, industriales y de viviendas.— Se estudian los respectivos conceptos y clasificaciones de dichas cooperativas, analizando su situación y los problemas y posibilidades de las mismas.

Las cooperativas de viviendas han adquirido una importancia creciente, que está a la vista de todos y no es preciso ponderar. Junto al crecimiento cuantitativo, el cooperativismo de viviendas trata de conseguir un perfeccionamiento cualitativo mediante una mejor calidad en la construcción, ayudas oficiales y una más fácil consecución de urbanizaciones y servicios comunes; se estudia su problemática y posibilidades futuras.

En la *cuarta parte*, sobre las modernas tendencias del movimiento cooperativo, se estudian las sociedades cooperativas europeas y multinacionales y las relaciones de la cooperativa con la Universidad.

Ya hemos dicho que finaliza la obra con un apéndice de gran utilidad práctica, porque en él se contienen la Ley de Cooperación de 2 de enero de 1942, el Reglamento de 13 de agosto de 1971 y el Estatuto Fiscal de las Cooperativas de 9 de mayo de 1969, que constituyen la normativa vigente. También se incluye el texto del proyecto de Ley General de Cooperativas, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* el 23 de enero de 1974. Por último, un índice alfabético de materias facilita grandemente la labor.

En definitiva, este libro a que nos referimos constituye una pieza necesaria para los estudiosos de las cuestiones cooperativas por la indudable altura y calidad de los distintos temas contenidos en el mismo, y es, además, por el enfoque práctico de cada materia, un elemento de trabajo indispensable para los profesionales del Derecho, que cada vez con mayor frecuencia se encontrarán con la figura social y jurídica, y, por tanto, siempre humana, de la cooperativa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad
Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura

LARUMBE BIURRUN, P. M.^a: «*La región*». Aspectos administrativos. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973.

Hace unos años, y por una serie de razones que no son del caso explicar, tuve que leerme y «fichar» un libro editado por el Instituto de Estudios Políticos del que era autor JUAN FERNANDO BADÍA y que se titulaba *Formas de Estado desde la perspectiva del Estado regional*. Desde aquella fecha sentí que mis dos amores a las regiones que me vieron nacer y casarme—Castilla y el País Vasco—dejaban de tener el aspecto poético que la planicie castellana ponía en mi verdad y los montes vascos en mi nostalgia, para convertirse en un problema de orden administrativo.

Desde entonces acá sigo leyendo cosas sobre este punto. Por eso traigo a estas páginas el que ahora recensiono, que pone de nuevo en la mesa del estudioso el problema actual de la estructura administrativa del país. Simultáneamente a su aparición se creó por el Ministerio de Planificación y Desarrollo una división de España en catorce delegaciones territoriales, desde las que los españoles se disponían a pasar las fiestas navideñas. La disposición salía, como el libro, a finales del mes de noviembre.

El autor de este libro es doctor en Derecho y profesor de Derecho administrativo. LARUMBE BIURRUN logra su investidura como doctor precisamente con el trabajo monográfico que ahora se publica, con las rectificaciones que las exigencias publicitarias imponían. Se le otorga la calificación de sobresaliente *cum laude*, y entre los que forman parte del tribunal calificador figura el director de la tesis, que en la publicación hace también de prologuista: GARCÍA DE ENTERRÍA.

Precisamente el prologuista, con el estilo inconfundible que le caracteriza, da la clave esencial para medir la proyección e importancia que el estudio monográfico ostenta: la acción pública sobre el territorio, bien en su aspecto de planeamiento urbanístico y de infraestructura, bien en cuanto a la ordenación social, rural y económica en general, bien respecto a las técnicas de protección de la naturaleza contra su degradación ecológica, sólo regionalmente puede plantearse y realizarse. Ordenación del territorio y regionalismo son hoy dos realidades inescindibles.

Puede que esto sea, como sigue diciendo GARCÍA DE ENTERRÍA, un hecho, y los hechos son cosas tercas que difícilmente admiten discusión. Sería preciso pisar otras esferas para palpar con más conocimiento de causa el problema y saber si a todas las regiones se las puede tratar con la misma igualdad, por sus diferentes niveles, y si de verdad es llegado el momento de madurez que aconseja esa solución. Apretar aceleradores y luego tener que recurrir a métodos selectivos, puede ser una buena lección a tener presente.

Sea o no conveniente, lo cierto es que la obra que tenemos delante afronta con singulares dosis de conocimiento el problema de la región y que en el transcurrir de sus páginas se van tocando los principales temas que la materia suscita. Estructuralmente, la obra se divide en una introducción, donde al lector se le expone la importancia actual del problema, y cinco partes destinadas al estudio de la significación polivalente de la región, la autonomía y la descentralización como presupuestos de la región, el desarrollo y la planificación territorial en la perspectiva regional, la región en Derecho comparado y la actualidad del tema regional en España.

Bajo la idea de que el regionalismo pretende ser un camino hacia la auténtica solidaridad internacional, basada en plataformas libres y autónomas, que obligue a los Estados a abandonar los criterios fuertemente nacionalistas, señala el autor los elementos constitutivos de la región y los

cometidos más importantes que en los tiempos actuales corresponden a ésta: a) Protección y desarrollo de todos los valores culturales propios. b) Servir de vehículo de industrialización de su territorio. c) Ordenación urbana de la zona. d) La región programará los sectores de beneficencia, sanidad, acción cultural, viviendas..., etc. e) La existencia de instituciones autónomas regionales. f) Actuar de instrumento de solidaridad entre pueblos y naciones.

Después de exponer este esquema, que resume las principales ideas que el autor mantiene en la publicación, estudia con detenimiento los diferentes temas que hemos ido apuntando en el comienzo de la recensión. Así, al afrontar el tema del significado polivalente de la región, distingue los conceptos de regionalización y regionalismo, las diferentes dimensiones (histórica, política y natural) de la región y las tres construcciones a que se presta (gubernativa, local y política).

Exigencias institucionales de la región o bases o presupuestos para que se pueda hablar con rigor de la misma son la autonomía y la descentralización. Temas que dan pie al autor para desarrollar los conceptos del federalismo y regionalismo fundamentalmente. Remata este estudio con el que dedica al desarrollo y la planificación territorial, en donde se destaca la importancia del territorio y el juego del factor económico para el debido encauzamiento del planteamiento.

Las dos últimas partes están destinadas, como antes decíamos, al Derecho comparado, donde se estudian las legislaciones francesa, italiana e inglesa, como avanzadillas del problema, para llegar, por último, al tema referido al Derecho español, en el que se parte de la innegable existencia de las regiones y las debidas proyecciones que ello tiene en la política de Planes de Desarrollo y en el proyecto de la nueva Ley de Régimen Local.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

MARTÍN MATEO, R.: *Problemática metropolitana (estudios y dictámenes)*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1974.

La Editorial Montecorvo, en esa línea de publicaciones «eficaces» a que nos tiene acostumbrados, brinda ahora al lector hispano, en su colección monográfica de «Estudios Jurídicos», unos trabajos de carácter urbanístico y administrativo de los que es autor RAMÓN MARTÍN MATEO, catedrático de Derecho administrativo en la Universidad bilbaína. MARTÍN MATEO, puntero de esta rama, que cada vez se va haciendo tronco, del Derecho administrativo, es hombre que vive el problema, reflexiona profundamente sobre el mismo y luego emite su opinión con esa sencillez que va muy de acuerdo con su peculiar forma de ser en la vida y en la cátedra que regenta.

Se agrupan en el presente volumen una serie de consultas sobre las que en su momento emitió su opinión el autor en base de esa idea que él mismo expone en sus líneas justificativas: «Es difícil, si no imposible, que la Universidad pueda sustraerse a los problemas que gravitan sobre su entorno social.» Es muy frecuente en la vida de la publicación que el autor de diferentes dictámenes sienta la tentación de agruparlos y publicarlos. Creo que la idea—y, sobre todo, en estos momentos—está en la línea más actual evolutiva. Si de la famosa «jurisprudencia de conceptos» pasamos a la llamada «jurisprudencia de intereses», y en la actualidad vivimos el momento de la «jurisprudencia de problemas», está más que motivada

esta publicación, que aborda en sus páginas diferentes problemas surgidos en la vida diaria de un municipio tan importante y con tanta legislación propia como el de Bilbao. A ello se añade un informe sobre el anteproyecto de reforma de la vigente Ley del Suelo, que durante el mandato del anterior Gobierno tecnócrata estuvo a punto de convertirse en ley.

A la impecable forma de enfocar el problema y a la fácil habilidad del autor para ir llevando al lector a la solución ofrecida, deben destacarse unas generalizaciones sobre el entramado íntimo de las disposiciones en colisión. El Derecho administrativo, en su afán diferenciador de la rama de la cual se desgaja, sienta unos principios sobre validez, nulidad, eficacia, anulabilidad, etc., de los actos surgidos en su esfera. A estos principios se unen un conjunto masivo, muchas veces contradictorio, de disposiciones, cuyo manejo está a cargo de un grupo de funcionarios que habiendo alcanzado la madurez política que ahora se predica, no muerden con la suficiente garra el aspecto jurídico de las cuestiones que están en sus manos. No sé si el problema reside en que son muchos a decidir y no se ponen de acuerdo o son pocos y no dominan el problema. El caso es que estamos llegando a un peligroso momento, en el que esta clase social va a manejar, en virtud del «estatuto jurídico» del suelo, los destinos de una propiedad, y al sacrificio que lo privado rinde frente a lo social hay que añadir las peligrosas decisiones, unas veces sociales y otras individuales, que habrán de desembocar en esa panacea del «contencioso-administrativo».

Procediendo con un determinado orden vamos a reseñar sucintamente cada uno de los temas tratados por el autor en sus estudios. Son nueve los dictámenes y la publicación se completa, como hemos dicho, con un informe sobre la proyectada reforma de la Ley del Suelo.

Punto primero.—El primer informe o dictamen—más dictamen que informe—se refiere a un problema de construcción de un grupo de viviendas con una licencia municipal de obras, un informe del Arquitecto municipal, una solicitud de nueva licencia, una paralización provisional de obras que se convierte en definitiva, una intervención de la Corporación Administrativa del Gran Bilbao, un recurso de reposición, etc. Resplandece aquí lo ya dicho de las diferentes competencias, las decisiones municipales y las intervenciones más o menos decisivas de los diferentes organismos que estructuran la administración provincial española.

Punto segundo.—La segunda materia tratada también se refiere a licencias municipales y a su posible convalidación en un asunto en el que inicialmente hubo una parcelación no autorizada, una inclusión de la finca en el Registro de Solares por tercera persona, un recurso de reposición y una sentencia de lo contencioso. La solución dada por el autor está basada en el criterio que se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 1962, en la que se da la opción de la demolición de la obra realizada en forma distinta a la autorizada o su legalización si se apartare de la licencia, pero se amolda al plan u ordenanza municipal.

Es curioso, y esto es un comentario marginal del asunto, cómo el criterio conservador del Tribunal Supremo en las construcciones realizadas en terrenos parcialmente ajenos son solucionadas atribuyendo al dueño del edificio construido el total formado (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1949, 16 de mayo de 1959 y 17 de junio de 1961) y la posible solución de demolición, sin tener en cuenta aspectos principales, del edificio que no se configure o adapte a los Planes de Ordenación.

Punto tercero.—El tercer punto abordado en la publicación se refiere a una concesión de abastecimiento de agua a la población de Bilbao. El que desde Vitoria haya seguido la carretera hacia Bilbao habrá visto con asombro el gran embalse del río Zadorra, con exclusiva aplicación al suministro de aguas del Gran Bilbao. Es un espectáculo digno de verse.

Pero al contemplar el panorama es natural que los *vitorianos* aspiren, ya que el embalse está a un tiro de piedra de la capital, que sus aguas puedan ser también aprovechadas por ellos. Esta y otras incidencias de ampliación de la concesión son las tratadas por el autor con la precisión y habilidad que hemos apuntado de las anteriores.

Punto cuarto.—Es curioso cómo la recogida de basuras, que hace años era privilegio de unos pocos, y que posteriormente fueron los primeros en comprarse un «600» cuando el mundo ibérico comenzó a motorizarse en masa, se haya convertido en auténtico problema administrativo a través de la inevitable contratación de este servicio por los municipios con abundancia de basuras. El tema es el de un concurso de contratación, presentación de proposiciones y declaración de concurso desierto por el Ayuntamiento de Bilbao, lo cual, según el informe, no supone una desviación de poder, no impidiendo que el Ayuntamiento proceda a la apertura de un nuevo concurso con un pliego de condiciones distintas a las originariamente establecidas.

Punto quinto.—Entiendo que este punto aportado es de los más delicados. Se trata nada menos que del nuevo emplazamiento o la posibilidad del nuevo emplazamiento del aeropuerto de Bilbao. Estrechamente vinculado con familia bilbaína y viajera de avión, he tenido forzosamente que oír razones en pro y en contra de la decisión final adoptada. Aquí lo que MARTÍN MATEO aborda no es si fue buena o mala la decisión, sino de la posibilidad del cambio y de las consecuencias jurídicas que el mismo podía representar.

Punto sexto.—También se refiere a aeropuertos. Estamos en el aire. Y en el aire quedan, según el informe del autor, los propietarios de terrenos sobre los que se construyó el aeropuerto de Sondica, ya que no fueron adquiridos por expropiación forzosa y a ellos no les podría alcanzar la llamada reversión. Para mi manera de seleccionar éste sería el punto más logrado de todos los que aborda el autor. A mí, la materia de reversión me ha ofrecido un campo de estudio en homenaje de un famosísimo catedrático de Derecho civil, y eso que me he limitado a deslindar la misma sin otra pretensión. Quizá por ello me incline en mis preferencias por el presente dictamen.

¿Por qué, si no había posibilidad de reversión, no se construyó un nuevo campo de aviación más seguro y menos comprometido para el tráfico aéreo? Esta respuesta la tiene, como es natural, el «pilar» que rige el Ayuntamiento de Bilbao.

Punto séptimo.—Breve y conciso es el estudio que el autor dedica al Santo Hospital Civil de Bilbao, sito creo que en Basurto y ahogado por la expansión circulatoria. El dictamen se refiere a la posibilidad o no de la creación de un nuevo complejo hospitalario, que se construiría en las proximidades de la nueva Universidad bilbaína. La solución positiva creo que ha tenido realidad.

Punto octavo.—Este punto está constituido por una conferencia que el autor pronunció en la Universidad de Deusto en el año 1972, y cuyo tema genérico es el del área metropolitana de Bilbao. El autor, después de tratar genéricamente de los «condicionantes» de la administración urbana y los problemas de las áreas metropolitanas, ofrece las posibles soluciones al área metropolitana de Bilbao, de muy difícil arreglo.

Punto noveno.—Tampoco es un dictamen. Se trata de un trabajo expresamente encargado al autor sobre un tema tan de moda como es el de la regionalización. El acuciante problema de la región y su posible autonomía es el caballo de batalla de diferentes políticos en la línea de vigentes realidades. El autor discurre, como ya lo hiciera en otras ocasiones, sobre

esos puntos, que, a mi entender, deben ser tratados en relación con eso que ahora se predica políticamente: la madurez. Que se nos exija pasaporte para salir al extranjero me parece hasta prudente, pero que pudiéramos llegar a esta exigencia dentro de nuestro territorio es algo que intima...

Punto décimo.—Al comienzo apuntábamos cómo esta última parte de la obra está destinada al trabajo que el autor realizó, a requerimiento de la Administración, en torno al proyecto o anteproyecto de reforma de la Ley del Suelo y que, en consecuencia, siguen teniendo valor y vigencia si el equipo que dirige los destinos del Ministerio de la Vivienda mantiene la necesidad de reformar una ley que, a mi entender, más que de reforma, lo que precisa es de una nueva elaboración, pensando que la misma debe regir en un Ordenamiento distinto del que pensaron sus autores.

Las magistrales lecciones de claridad, dominio de la materia y de prudencia al abordar los diferentes puntos reseñados hacen de la obra comentada un imprescindible elemento de consulta, trabajo y aprendizaje para el que quiera circular con éxito por el campo de lo urbanístico, de lo metropolitano y, en suma, de lo administrativo. Ello no es obstáculo para que al leer los supuestos de hecho haya sentido la sensación lastimosa que antes apuntaba sobre la falta de pleno dominio del mecanismo legislativo por los legitimados para su aplicación. Un día, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, propuse la necesidad de que los Planes de Ordenación tuvieran la necesaria difusión que el Registro de la Propiedad les podía proporcionar; pero si teniéndolos a disposición los propios funcionarios, no los saben aplicar, ¿qué pasaría si para enterarse tuvieran que acudir a otra institución?

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

LEFEBVRE, HENRI: *El derecho a la ciudad*. Ediciones Península. Colección Historia, Ciencia y Sociedad. Barcelona.

Cuando aún no se había producido en España el cambio litúrgico que se provoca a partir del último Concilio, solía ser frecuente la utilización del devocionario para seguir con fidelidad y «traducción simultánea» las distintas oraciones y ceremonias de la misa. Entre los «misales» más utilizados por el pueblo español se hizo famoso el *Lefebvre*, que la Editorial DESCLEE, de Bélgica, difundió y distribuyó. Su autor era DOM GASPAR LEFEBVRE, y era ofrecido al castellano por un monje benedictino del Monasterio de Silos, ese rincón del ciprés solitario que con tanta garra cantara GERARDO DIEGO.

Pues bien, entre aquel LEFEBVRE y el autor del libro que ahora traemos a recensión no debe haber más coincidencia que el apellido, pues el primero es católico y obispo de la Abadía de San Andrés, de Brujas, y el segundo es marxista revisionista y gran estilista del urbanismo. En suma, las diferencias que entre uno y otro existen son como las que podrían predicarse, pongo por ejemplo, entre el conocido libro utilizado por católicos especializados y que lleva por título *Camino* y el regocijante y chispeante de PERICH llamado *Autopista*.

La aportación de HENRI LEFEBVRE a la teoría y crítica de la vida urbana comienza a ser apreciada en su justa medida por los estudiosos interesados en el tema. Estas son las primeras palabras del prologuista—MARIO GAVIRIA—y que nos permiten situar la esencia e importancia de este breve manual del urbanismo. Siguiendo al prologuista puede decirse que el libro

contiene un importante trabajo de reflexión crítica, que puede calificarse de aportación sensacional después de la Carta de Atenas.

Para llegar a la total comprensión del análisis crítico que el autor realiza en esta obra es preciso remontarse—como hace el prologuista—a los cursos de Sociología de la Vida Urbana de la Universidad de Estrasburgo, donde LEFEBVRE desmonta el andamiaje teórico de la Carta de Atenas y el planeamiento de las grandes urbanizaciones francesas. La trampa de la Carta está en que parte de una definición funcional de las necesidades humanas que reduce caricaturalmente la vida. Esta es algo más que habitar, trabajar, circular, cultivar el cuerpo y el espíritu. La separación de funciones allí donde se ha llevado a rajatabla ha provocado la destrucción de la vida urbana. Lo más urbano, la calle, el cuarto de estar de la ciudad, es odiado por la Carta. La calle es peligrosa, nociva, multifuncional, tierra de todos y de nadie; debe desaparecer, según el criterio de la Carta. La calle desaparece con la idea del bloque abierto y la idea simplista de zona unifuncional. Esta tesis es seguida por JANE JACOBS (*La vida y muerte de las grandes ciudades*) y por el impresionante artículo que CHRISTOPHER ALEXANDRE publica bajo el título *La ciudad no es un árbol*.

La aportación que el libro ofrece supone no sólo una crítica ensayista, sino ciertas reflexiones de orden teórico arrancadas del país del autor y que prácticamente no tienen el suficiente entronque con el caso español. Así señala el prologuista cómo el concepto de «Ghetto del Ocio», con que LEFEBVRE pone de manifiesto la especificación funcional del territorio a escala mundial, zonas de turismo (las ciudades de alta montaña y mar, así como sus urbanizaciones), está insuficientemente desarrollado para el lector español. Hay un contraste impresionante entre la zona periférica turística y la zona del interior, que puede resumirse en esta triste frase: mientras hay un millón de apartamentos y residencias secundarias inocuados durante diez meses del año, hay varios millones de españoles alojados en infraviviendas.

El autor confiesa que el libro tiene forma ofensiva, que pretende abrir el pensamiento y la acción hacia unas determinadas posibilidades y que se trata únicamente de pasar por el tamiz de la crítica las ideologías y actividades que conciernen al urbanismo. Su objetivo consiste en introducir estos problemas en la conciencia y pasarlos a los programas políticos.

Creo que la mejor manera de dar una versión sintética del contenido de la obra es ir ofreciendo epígrafe o capítulo a capítulo los temas que en ellos se tratan, procurando destacar la esencia de los mismos. Son quince, y quince apeaderos haremos.

Sobre la problemática de la industrialización y urbanización, el autor utiliza los conceptos marxistas de «valor de uso y valor de cambio» para llegar a la tesis de que la ciudad y la realidad urbana son reveladoras de valor de uso. El valor de cambio, la generalización de la mercancía por obra de la industrialización, tienden a destruir, subordinándosela, la ciudad y la realidad urbana, refugios del valor de uso, gérmenes de un predominio virtual y de una revalorización del uso.

En torno a la filosofía y la ciudad, que estudia con proyección histórica, se llega a la conclusión de que la filosofía trata a la ciudad como sujeto unas veces, y otras como sistema abstracto, lo cual a nada conduce. Ello lleva consigo una reconsideración de la historia del pensamiento filosófico.

El problema que plantean las ciencias parcelarias y la realidad urbana es resuelto por el autor a través de la idea que desde hace una serie de años el urbanismo desborda las técnicas y aplicaciones parciales (reglamentación y administración del espacio edificado) para convertirse en práctica social, que concierne e interesa al conjunto de la sociedad. Por lo que se refiere a la filosofía de la ciudad e ideología urbanística es indispensable una crítica radical, tanto de la primera como de la segunda,

sobre el plano teórico y sobre el plano práctico, ofreciéndose como una operación de salubridad pública. Su realización, sin embargo, no puede darse sin largas investigaciones, sin análisis rigurosos, sin un estudio paciente de los textos y los contextos.

Brilla la agudeza crítica del autor cuando enfoca la problemática específica de la ciudad y la obra. La filosofía de la ciudad respondía a cuestiones planteadas por la práctica social en las ciudades precapitalistas (o preindustriales). El urbanismo, como técnica y como ideología, responde a las demandas procedentes de esta basta crisis de la ciudad, que se anuncia desde el alba del capitalismo competitivo y no cesa de agudizarse. La consideración de la ciudad como obra de determinados agentes históricos y sociales nos lleva a una cuidadosa distinción entre acción y resultado, grupo (o grupos) y su producto, lo que no supone su separación. Quizá convendría la distinción entre ciudad, realidad presente, inmediata, dato práctico sensible, arquitectónico, y, por otra parte, lo urbano, realidad social compuesta de relaciones a concebir, a construir o reconstruir por el pensamiento.

Se van sucediendo temas que permiten reflexiones críticas y que vienen a demostrar, según pregonaba el autor, la necesidad de que en el análisis de los fenómenos urbanos se empleen todos los instrumentos metodológicos: forma, función, estructura, niveles, dimensiones, texto, contexto, campo y conjunto, escritura y lectura, sistema, significante y significado, lenguaje y metalenguaje, instituciones, etc. Son expresión de todo ello lo que el autor llama continuidades y discontinuidades temporales y espaciales en la teoría de la ciudad, así como los niveles de análisis.

El tema de la ciudad y el campo (naturaleza y cultura), el doble proceso de industrialización-urbanización, el de la forma urbana y el del análisis espectral van a dar paso al que es objeto del título que lleva la obra: el derecho a la ciudad no puede concebirse como un simple derecho de visita o retorno a las ciudades tradicionales. Sólo puede formularse como derecho a la vida urbana, transformada, renovada.

Tres últimos capítulos cierran la publicación, en los que el autor va estudiando la influencia del tiempo en los tipos de sociedad y de ciudades, hasta llegar a la ciudad capitalista, que crea el centro de consumo, que, a su vez, provoca «consumo de lugar». A modo de conclusión afirma el autor que la realización de la filosofía puede dar un sentido a la historia y a la actualidad, o lo que es lo mismo, da un sentido a las ciencias de la realidad social. Termina con los doce puntos que constituyen su tesis sobre la ciudad, lo urbano y el urbanismo, publicados en 1967 con motivo del centenario de *El capital*.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

ORTEGA GARCÍA, A.: *Inclusión de fincas en el Registro de Solares: sus causas*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1974.

Creo que lo que me está sucediendo con la presente publicación le debe de haber ocurrido a muy poca gente: ser parte y juez. Me explicaré. Por parte entiendo aquella persona que «comparece» en una publicación bajo algún título y con alguna finalidad. Notarialmente ya sé que parte y compareciente son dos conceptos diferentes, pero aquí—*mutatis mutandi*—podemos partir de esa equiparación. En la publicación comparezco como prologuista. Creo que fue QUEVEDO quien definió el prólogo como «un delantal», que debe ser entendido no como lo que protege al libro, sino lo que «va delante» del libro. Pero al mismo tiempo que parte y com-

pareciente, soy juez, buen juez, al hacerme cargo de esta recensión, en la cual debo ofrecer una versión del contenido de la obra y el juicio crítico de la misma, convirtiéndome así en la espalda de la misma, entendiendo por tal lo que va detrás de ella.

La Editorial Montecorvo, estrechamente vinculada con los problemas urbanísticos, tuvo el gran acierto de sacar a la luz esta obra, de un práctico urbanismo, que afronta el problema singular de la inclusión de fincas en el Registro de Solares. Por razones difíciles de explicar me encontré un buen día con la «necesidad» de estrenarme como prologuista de libros, y eso, que supone la gran tentación para el que tiene la «mania» de escribir, provoca arduos problemas si el tema no se domina, si no se ha leído uno el libro intensamente y si no acierta con los adjetivos elogiosos que el autor de todo libro siempre merece. Por fortuna, de esa singladura salí bastante bien parado, como lo demuestra la cariñosa dedicatoria que campea en el ejemplar que me envió el autor.

Vamos con la publicación, que es lo que de verdad interesa al lector de recensiones. El trabajo, producto de unas experiencias que el autor ha tenido en su labor ministerial y urbanística, se estructura en dos grandes partes, que son las que nos van a servir para hacer estas notas. Decía en mi prólogo que la trayectoria sistemática empleada por el autor es muy fácil para el lector, ya que se caracteriza por responder a tres etapas escalonadas, que partiendo de la Ley y el Reglamento de Solares y pasando por la Ley del Suelo, culmina en el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares. Cobran, sin embargo, mucho relieve las llamadas por el autor cuestiones preliminares o conexas con el motivo fundamental, como pueden ser qué debe entenderse por finca edificable, el problema de la unidad predial, la cuestión de la inexistencia del plan parcial y la posibilidad de que funcione o no el Registro, y como efectos, los de la relación entre este Registro y los arrendamientos urbanos. Con anterioridad, y constituyendo la primera parte del libro, se han fijado unas premisas a modo de conocimientos previos, que van desde los municipios sujetos a las disposiciones sobre solares, hasta las excepciones y exclusiones de fincas y un breve examen del proyecto de reforma de la Ley del Suelo.

Conforme a todo ello distingamos esas dos grandes partes para luego añadir pequeños matices que la obra exige:

Primera parte.—Explica el autor en su introducción cómo la regulación de la normativa del Registro de Solares está íntimamente relacionada con el problema de la vivienda y los contratos de arrendamientos urbanos, pero el examen se va a concretar a las causas de la inclusión de las fincas en dicho Registro. En la sistemática utilizada—dice el autor—se parte, en efecto, de una serie de precisiones previas, como es la determinación de los municipios sujetos a las disposiciones sobre solares y la necesidad de existencia del Registro como requisito o base de los efectos del sistema, puntos ambos que puestos en relación nos revelan que es precisa la implantación del Registro de Solares, y que dicha implantación sólo tiene lugar cuando en cumplimiento de los preceptos legales que en determinados casos lo imponen, o voluntariamente se ha producido el hecho en la realidad, sin que la falta de implantación voluntaria, ni siquiera el incumplimiento de la obligación de establecer el Registro en los municipios que el Reglamento o el Consejo de Ministros determinan, tenga ningún efecto en cuanto a la posibilidad de utilizar otro expediente o sistema en forma definitiva o provisional. Igualmente se trata de la situación y características de los terrenos que puedan ser incluidos en el Registro y de los casos de excepción y exclusión, mediante el examen de la legislación anterior y en la vigente, rematando con el estudio de las previsiones contenidas en el Proyecto de Reforma de la Ley del Suelo, sobre valoración de

derechos arrendaticios y suspensión temporal del régimen de edificación forzosa.

Segunda parte.—Creo que para su resumen expositivo más que acudir a mi prólogo, lo que debo hacer, en prueba de fidelidad al lector, es seguir al autor, quien dice que antes de estudiar las causas en el Reglamento de Edificación Forzosa se examinan varias cuestiones previas, que unas veces son verdaderos presupuestos para la inscripción, como ocurre con la exigencia de que las fincas sean edificables y de que constituyan unidad predial, es decir, una realidad independiente desde el punto de vista jurídico-urbanístico, y otras son problemas planteados y muy debatidos, como la necesidad o no de la existencia del plan parcial en el sector para la inscripción de una finca y los efectos que en esta materia produce la suspensión del otorgamiento de licencias de edificación. Finalmente, se examinan los efectos de la inclusión de fincas respecto de los arrendamientos urbanos o cuestiones conexas, como la indemnización y el desahucio administrativo procedentes.

A continuación se examinan las concretas causas de inclusión, a través de tres partes bien diferenciadas: en primer término, en la Ley y en el Reglamento de Solares; después, en la Ley del Suelo, y, finalmente, en el Reglamento de Edificación Forzosa. Este último examen se hace partiendo tanto de sus antecedentes legislativos, como de los anteproyectos que han servido de base al Reglamento vigente.

Las causas en el Reglamento de Edificación Forzosa se han dividido en diez apartados, los dos primeros referidos a los solares propiamente dichos no edificados o edificados en parte, y los siguientes, a los solares por asimilación o edificaciones, a través de los casos de construcciones paralizadas; edificaciones derruidas; viviendas inhabitables; edificaciones ruinosas; edificaciones inadecuadas por insuficiencia de volumen, por razones del uso y por desproporción de altura y desmerecimiento, y, finalmente, edificaciones provisionales. Especial atención se dedica a las edificaciones ruinosas y a las edificaciones inadecuadas por insuficiencia de volumen y altura y desmerecimiento, que son los dos casos que se invocan en la mayoría de las solicitudes de inscripción, y que, además, en sí plantean importantes problemas, de los que basta aquí recordar la discrepancia jurisprudencial en torno a la expresión altura legalmente autorizada y corriente de la zona, punto en que, tras el análisis jurisprudencial, se llega a una conclusión que creemos fundada en firmes argumentos.

* * *

He querido transcribir casi literalmente las palabras del autor al introducir al lector en el contenido de la obra, pues aunque como prologuista hacia mi versión, he querido respetar la del autor, que debe conocer mejor a su «criatura». Pero al lado de estos esquemas quiero destacar las tres o cuatro notas que ya apuntaba en el prólogo.

La primera de ellas era la objetividad con que el autor trataba la materia, y que no es común en esa que yo llamaba «zona verde» con la que he calificado al Derecho urbanístico. Lo normal en estos casos es proclamar excelencias y despreocuparse de relaciones más o menos importantes con otras ramas del Derecho. El Derecho urbanístico, vestido de gala con el manto purpúreo de la *publico*, empieza a sentirse casi tan omnipotente como Napoleón. Dentro de poco asistiremos a su coronación y simultáneamente a unos funerales de instituciones y normas hasta ahora vigentes y que han prestado serios y dignos servicios a la comunidad del país. Esta objetividad del autor se manifiesta al estudiar éste las relaciones de la legislación que comenta con la política de la vivienda y los posibles efectos negativos que ello puede suponer.

La segunda era la forma o manera de utilizar y reproducir las senten-

cias que el autor citaba en su texto. La forma abreviada empleada por el autor contrasta con la que utiliza en la *Revista de Derecho Urbanístico* al comentar las resoluciones del Ministerio de la Vivienda. Eso, para mí, suponía un retroceso, pues al lector de un trabajo monográfico se le debe ofrecer no la síntesis de un examen jurisprudencial, sino el estudio profundo que sobre la misma ha hecho el autor partiendo de los hechos que sirven de base a las mismas. Decía que hubiese sido una labor mucho más densa, pero más constructiva, haber adoptado su modo habitual de proceder.

La tercera era relativa a un problema concreto de lo que debe entenderse por finca a los efectos del Registro de Solares, y la gran discrepancia existente entre lo que a estos efectos debemos reputar y lo que el Registro de la Propiedad entiende. En diferentes publicaciones he destacado la gran dificultad que la legislación plantea para definir, ubicar y designar el concepto de finca, pues repasando desde la legislación urbanística hasta la agraria, pasando por el Código civil, la Ley Hipotecaria y diversas legislaciones especiales, queda siempre la duda de ese concepto tan difícil y tan necesario dentro de una normativa referida a esa figura. Lo que me chocaba—y, por supuesto, me indignaba—era que una legislación administrativa, apoyada por sentencias del Tribunal Supremo, se permitiese el lujo de no admitir conclusiones hipotecarias en orden a una posible configuración del concepto finca; pero el autor respetaba trayectorias del Tribunal Supremo y admitía su defensa.

Por último, creo que la obra en su finalidad cumplía los objetivos proyectados, pero quedaba sensiblemente coja al no examinar la naturaleza jurídica, si es que la tiene, del Registro de Solares. En mi prólogo llegué a demostrar, no sé si con asentimiento de los administrativistas, que ese Registro no pasaba de ser un mero fichero administrativo, y que a sus buenas intenciones de relación con el Registro de la Propiedad surgían esas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, que le quitaban esa posible vida de relación deseada.

Creo que la lucha actual entre el Derecho privado y el público es casi una lucha de «muerte». La multiplicación de funcionarios—al viejo estilo del milagro de los panes y peces—, las ideas de socialización, de intervención y de política social, reclaman competencias en «exclusiva» para dominar y regular situaciones. Pero lo grave del caso no es esa «exclusiva» que se pretende, sino que la falta de penetración de lo jurídico en las normas administrativas deja muy indefenso—por mucho contencioso que queramos montar—al ciudadano, que todavía cree en su propiedad y lo único que le van dejando son sus derechos de personalidad.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

MOSQUERA SÁNCHEZ, L., y CARRETERO PÉREZ, A.: *Comentarios a la reforma de lo contencioso-administrativo (Ley de 17 de marzo de 1973)*. Ediciones Civitas en «Revista de Occidente». Madrid, 1974.

La Editorial CIVITAS, en su etapa inicial de rodaje, lanza, como primera publicación de su colección destinada a «Monografías», este estudio, que va a ser objeto de nuestro breve comentario. A la naciente Editorial nuestro cordial saludo y el deseo de que con sus publicaciones aporte el material necesario para la constante y renovada formación del jurista. A diferencia de la mayor parte de las colecciones—y de ello excluyo a la de RTV,

con su primer título de *La tía Tula*—, que suelen comenzar con platos más o menos asequibles a grandes grupos, para luego ir dosificando las monografías más profundas y densas, según las circunstancias lo ordenen, entiendo que aquí ha sucedido al revés, salvo sorpresas reservadas por el cuadro directivo de la Editorial, y de «golpe y porrazo» han abierto marcha con ese tema de lo contencioso-administrativo, patrimonio de muy pocos y aspiración de muchos.

No he superado todavía—como diría LAÍN ENTRALGO—el noviciado del tú en materia administrativa, y por ello me entran temblores cuando a esa palabra se le antepone la de contencioso. Con auténtica curiosidad y mucho respeto me he adentrado en las apretadas páginas de la publicación, y debo confesar que he transitado por ellas con cierta desenvoltura y hasta —a veces—con cierto dominio de situación. No quiero atribuirme por ello ningún mérito, pues entiendo que todos deben ser para los dos autores, MOSQUERA y CARRETERO, que con su claridad, su sistemática y su dominio de la materia me han sabido enseñar sin complejos. Y es que, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo de la obra, CARRETERO pertenece a la primera promoción de Magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, que dominaba con seguridad y finura, no fácilmente superables, las técnicas del Derecho administrativo y del Derecho fiscal, y MOSQUERA ha sabido demostrar su formación como administrativista en una de las ejemplares Salas de lo Contencioso-Administrativo de nuestras Audiencias Territoriales, siendo hoy día su vocación decidida.

Estoy también con el prologuista en que la jurisdicción contencioso-administrativa es una novedad en nuestra patria y probablemente la más importante de los últimos lustros en el orden del Derecho vivido. Recuerdo con auténtico horror aquella versión, esquemática y fugaz, que tuve que decir ante un tribunal de oposiciones sobre esta poco estudiada materia de lo contencioso-administrativo; pero con todo, esta versión mía se acercaba algo más a la legislación, que la que tuve que oír siendo miembro de tribunal que decidía una plaza, en la que una de las principales ocupaciones era la del recurso contencioso-administrativo.

La Ley de 1956, sigo estando de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, supuso la gran conquista de garantizar la efectiva protección de la ley y de los derechos individuales frente a una burocracia cuyo poder efectivo es en el mundo actual uniformemente acelerado. Pero entre esta idea, que ofrece seguridades al ciudadano en orden al respeto de sus derechos y al cumplimiento de la legalidad vigente, y la de la «extensión ampliatoria» de dicha jurisdicción hay ciertos límites, topes y competencias que es preciso respetar en tanto los conocimientos, las circunstancias y las coyunturas no aconsejen otra cosa.

El tema central del estudio monográfico se ciñe a la reforma llevada a cabo en lo contencioso-administrativo a través de la Ley de 17 de marzo de 1973, cuya principal conquista es la de desmitificar el requisito de que el sometimiento del Estado a proceso presentaba un aire de excepción, que exigía concentrar todos los procesos en un solo y excepcional tribunal, como si se tratase de un fuero personal del Estado, privilegiado y anómalo. La ley rompe esa trayectoria estableciendo con carácter absolutamente común que el Estado puede y debe ser enjuiciado por todos los Tribunales inferiores, lo cual, como precisa GARCÍA DE ENTERRÍA, a la vez que acerca decisivamente la justicia a los justiciables, descargando el convencional y oneroso monopolio madrileño, hace definitivamente normal y ordinario el hecho de ese enjuiciamiento.

Los autores no se conforman con la exégesis de los artículos reformados por la citada Ley de 17 de marzo de 1973 (arts. 10, 11, 14, 15, 16, 94, 102 y 132 y disposiciones transitorias), sino que afrontan una serie de temas de inevitable importancia, exponen las discusiones parlamentarias del pro-

yecto convertido en ley, aportan criterios doctrinales y jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como recogen al final de cada capítulo unas notas bibliográficas de los más recientes trabajos doctrinales.

Antes de entrar en el examen del contenido de la reforma, los autores ofrecen unos estudios previos, que sirven de base al lector para los comentarios ulteriores. En cuatro capítulos sucesivos se van perfilando las diversas fases históricas de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, las motivaciones de la reforma y la situación en el Derecho comparado. Abierta así la publicación, se enfrentan los autores con el problema que plantean los actos políticos y los del Movimiento (ya que al lado de la Administración Pública existe la organización del Movimiento), como actos sujetos o exentos de la fiscalización jurisdiccional. Para llegar a ciertas conclusiones van examinando la naturaleza de unos y otros, ofreciendo al lector la gran polémica en torno a estos conceptos. El capítulo tercero se ocupa de un tema esencialísimo para la función jurisdiccional: la desconcentración. Su estudio se hace en tres apeaderos, que tratan sucesivamente de la desconcentración administrativa, la jurisdiccional y el problema de la delegación de funciones y auxilio judicial. Por último, el capítulo cuarto está destinado al examen de la competencia y sus reflejos en la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en sentido vertical como en el horizontal. Expuestos en esquema los temas tratados por los autores, el lector comprenderá la importancia que los mismos tienen y la necesidad de su dominio para el que quiera adentrarse en ese mundo de lo contencioso-administrativo.

El artículo 10, que determina las materias de competencia de las Audiencias Territoriales, permite a los autores estudiar los actos de la Administración Central, de Corporaciones Locales, de órganos de competencia nacional y el problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de sus agentes. El artículo 11 ofrece la normativa de la distribución de competencia, y los autores siguen prácticamente en su exposición los cuatro apartados que contiene la norma, con sus criterios de fuero exclusivo, electivo, territorial y recursos interpuestos por varios recurrentes ante distintas Salas. En los comentarios al artículo 14 se van examinando la competencia del Tribunal Supremo en única instancia, en apelación, en revisión, en recursos de queja y en la resolución de problemas de competencia. La distribución de asuntos en las Salas de las Audiencias Territoriales y en el Tribunal Supremo son las materias que dan base al comentario del artículo 15. En torno a la composición de las diferentes Salas del Tribunal Supremo, materia tratada por el artículo 16, se estructura el correspondiente capítulo, que termina con el examen del número de Magistrados necesarios para resolver y verificar el despacho ordinario.

Tres materias siguen en esta exposición, apoyándose en la reforma de los artículos 94, 102 y 132. Por su orden son: la apelación de las sentencias de las Audiencias Territoriales, el recurso de revisión y el procedimiento de pobreza. Son estudios básicos y decisivos para comprender el difícil entramado de esta jurisdicción. La apelación está mediatizada—a veces—por la cuantía; otras, por la materia, y procede siempre en las sentencias que supongan desviación de poder o que hayan recaído en recursos indirectos. La revisión, sus motivos y el procedimiento a seguir son las cuestiones que se abordan siguiendo al artículo reformado antes citado. En materia de pobreza se examinan las personas que pueden aspirar al beneficio, la competencia del Juez para concederlo, el momento procesal en que debe solicitarse, los litigantes contrarios, los requisitos de la demanda y la tramitación del proceso, así como el de la habilitación de la misma.

Cierra la publicación un comentario sobre el problema del Derecho transitorio, solucionado por las disposiciones primera y segunda, pero que ofrecen algunos puntos dudosos, que son estudiados por los autores. Como

apéndice figura el nuevo texto de la Ley de 17 de marzo de 1973. Entiendo, por último, que la publicación tiene una dosificación de materia práctica y doctrinal de indudable y necesaria consulta para el que trate de poner en marcha un «contencioso».

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

SALVIA, FILIPPO, y TERESI, FRANCESCO: *Lineamenti di Diritto Urbanistico*. CEDAM (Casa Editrici Dott. Antonio Milani). Padova, 1973, 238 págs.

Consta esta obra, sumamente manejable y especialmente idónea para introducirse en la problemática general del urbanismo en Italia, de cinco partes perfectamente definidas. Corresponden a otras tantas cuestiones básicas, cuyas respuestas adecuadas buscan los países en que el urbanismo ha dejado de ser una ciencia meramente especulativa para convertirse en programa de acción con objetivos tendentes a hacer una realidad la ordenación espacial apropiada de la vida del hombre.

En el primer capítulo ponen de manifiesto los autores la evolución experimentada por el concepto mismo del urbanismo y del Derecho positivo que aborda la regulación de materias tipificadas como urbanísticas de una manera coherente con tal configuración teórica.

En efecto, el Derecho urbanístico, verdadera especialidad hoy día dentro del saber jurídico, no se limita a señalar las directrices de saneamiento de centros urbanos y a resolver problemas paisajísticos. Va mucho más allá. Primero contempla la estructura integral de la ciudad, y luego su entorno y localización como parte de un territorio, hasta llegar a situar la planificación urbanística en el contexto más amplio de una planificación general.

La organización administrativa de los servicios urbanísticos es planteada en el capítulo segundo, señalándose una tendencia descentralizadora en favor de las entidades regionales, singularmente respecto de las que, como Valle de Aosta, Sicilia, Cerdeña, etc., se rigen por un Estatuto especial.

En el capítulo tercero se acomete el estudio detenido de la planificación urbanística siguiendo el clásico esquema, consistente en desgranar el contenido, naturaleza y efectos de los planes, cuya formación está sometida, en todo caso, a una serie de límites inderogables o medidas estándar (densidad de edificación; altura y distancia entre los inmuebles; proporcionalidad entre espacios destinados a fines residenciales, industriales o al uso público), que garanticen un perfecto equilibrio entre el hombre y el medio.

En el tratamiento de la materia se ha seguido el sistema de la Ley de 17 de agosto de 1942, de cuyo examen resultan los siguientes instrumentos urbanísticos:

1) La PLANIFICACION SUPRA-COMUNAL o macro-planificación, que comprende todos aquellos planes que señalan las directrices generales de ordenación del territorio. Tal carácter tienen los *planes territoriales de coordinación*, y en las regiones con Estatuto especial, los planes *regionales y provinciales*, en conexión estrecha con la programación económica nacional y regional, y que fundamentalmente determinan las zonas edificables, tanto en centros rústicos como en urbanos, las bases de ordenación de la actividad industrial, agraria y de servicios y de aquellas áreas que

por sus características naturales han de ser objeto de una valoración turística y ambiental.

2) La PLANIFICACION URBANISTICA GENERAL. Se estructura en *planes generales de ordenación, proyectos de edificación y planes* relativos a las llamadas *circunscripciones urbanísticas*.

Los primeros cumplen la función, a nivel municipal e intermunicipal, de localizar las áreas destinadas a obras y servicios públicos, tales como redes de comunicación terrestre y fluvial, dividir en zonas concretas el territorio indicado precisando el uso y destino de cada una de ellas, establecer las reglas específicas a que deben someterse los lugares de carácter histórico o que ofrecen peculiaridades paisajísticas y, en general, las normas y limitaciones a que ha de sujetarse la ejecución del mismo plan. Para aquellos municipios no obligados a formar planes generales (al no estar incluidos en un catálogo confeccionado por el Ministerio de Obras Públicas) surgen en la citada Ley de 1942 los *proyectos de edificación*, a manera de elementales planes generales de ordenación, que contienen los límites y normas básicas de actuación dentro del perímetro geográfico correspondiente a las referidas entidades.

El último tipo de planes citados se dirige a la ordenación de lo que se denomina *circunscripción urbanística*, resultado de la agrupación de dos o más municipios que presentan especiales rasgos homogéneos y cierta complementariedad socioeconómica.

3) Como instrumentos urbanísticos de EJECUCION de los PLANES GENERALES y de EDIFICACION, la Ley de 1942 recoge los *planes parciales* y los de *parcelación*, pudiendo esta última, cuyos caracteres han sido sustancialmente innovados por la Ley de 6 de agosto de 1967, promoverse por iniciativa de los particulares o municipal. Este esquema se completa con la existencia de un complejo de MEDIDAS de SALVAGUARDIA, cuya finalidad es la de evitar que en el período comprendido entre la formación del plan y su aprobación definitiva se concedan licencias de edificación que pongan en entredicho el contenido de los planes en proyecto.

Los PLANES urbanísticos ESPECIALES son objeto de estudio en el capítulo cuarto, que trata de los *planes de reconstrucción de las poblaciones afectadas por la segunda guerra mundial, planes* relativos a *zonas destinadas a la construcción de viviendas económicas* o a aquellas donde vayan a asentarse *centros de producción o núcleos de desarrollo industrial*, y, finalmente, planes de ordenación de *zonas especiales por su belleza natural o cualidades paisajísticas*.

El último capítulo de la obra se dedica a la normativa dirigida a disciplinar la actividad referida a la edificación, haciéndose especial mención, primero, de las ORDENANZAS de EDIFICACION, en cuanto instrumento cuya finalidad primordial es asegurar la higiene, estética y aspecto armónico de los núcleos urbanos de acuerdo con las determinaciones de los planes urbanísticos.

En segundo lugar es examinada la LICENCIA de EDIFICACION, como medio a través del cual el Ayuntamiento ejerce un poder de intervención y control, referido a las iniciativas concretas y particulares en el ámbito de la actividad constructiva que se lleva a cabo en el territorio municipal. La reglamentación que aquélla supone se complementa con la expedición, en su caso, de la CEDULA de HABITABILIDAD, que mira más bien al cumplimiento por el inmueble de ciertos requisitos de índole higiénico-sanitaria.

El contenido expositivo del libro finaliza con el estudio: del régimen constituido por normas estándar subsidiarias aplicables a los municipios desprovistos de plan general de ordenación o proyectos de edificación; del complejo de disposiciones sancionadoras de carácter administrativo, fiscal

y penal para el caso de construcciones sin o contra licencia, y de los caracteres de la disciplina a que se somete toda edificación en áreas especialmente protegidas por su belleza natural y en las zonas que han sufrido las consecuencias de movimientos sísmicos.

La obra, concebida, como dijimos al principio, como manual para introducirse en la vasta problemática del urbanismo, cuenta asimismo con un útil APENDICE LEGISLATIVO, en el que se recogen cronológicamente la Ley de 17 de agosto de 1942, número 1.150, y las principales disposiciones posteriores complementarias o modificativas de la misma.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

VÁZQUEZ BOTE, E.: *Derecho civil de Puerto Rico*. Tomo I. Volumen 2.º
Fas. Ediciones Jurídicas. Barcelona, 1972.

Hay en la provincia de Almería un pueblo llamado Mojácar donde aún se conserva, como símbolo de antiguas tradiciones, lo que se denomina *indalo*. El *indalo*, especie de fetiche, amuleto, en su representación gráfica se asemeja a un hombre que teniendo los brazos en cruz parece que sostiene un arco iris. Una de las curiosas explicaciones que a esa figura se le da es la del pacto que Dios hizo con el hombre en el diluvio universal, y por eso le envió el arco iris, con lo cual en aquella provincia no llueve. Pues bien, en la misma postura y con los brazos en cruz he estado sosteniendo este y otro volumen en espera de hacer una recensión como merece, pero esta labor de lector apresurado que trata de comprimir lo leído para ofrecérsela a los demás no es fácil, sobre todo en estos tiempos, en los que se carece de la suficiente calma para leer con tranquilidad. En la lista de mis compromisos me están ya poniendo serias faltas.

La parte noble del Derecho, donde se mide la dimensión del autor que se enfrenta con su exposición, es precisamente esta que se estudia en el presente volumen: el objeto de la relación jurídica, el hecho, el acto, el negocio jurídico, etc., son la más genuina representación de los temas cumbres de esta parte. Yo diría, con una expresión iberoamericana cuya paternidad debe ser argentina, que estos temas «abren cancha», entendiéndolo por tal la apertura de posibles discusiones por lo difícil que es llegar a una precisión genérica de los conceptos. En la hora de la valoración genérica del empeño he de apuntar cómo VÁZQUEZ BOTE sale airoso y demuestra su pleno dominio de la materia, que sistematiza y ofrece con gran claridad y precisión.

Siguiendo la sistemática del autor vamos a distinguir las tres grandes materias tratadas en el volumen, aunque la primera sea la más extensa y en la que ya no respetaremos sus diferentes apeaderos, sino que haremos referencias a base de agrupación de materias. Fundamentalmente distinguimos, de una parte, los elementos estructurales de la relación jurídica; de otra, la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, y, por último, la teoría general de los derechos de la personalidad.

A) *Elementos estructurales de la relación jurídica*.—Realmente dentro de los elementos de la relación jurídica toca el estudio en este volumen de las cosas o el objeto de la relación jurídica y el contenido de la relación jurídica o teoría general del negocio jurídico. Su sola enunciación da margen suficiente para pensar en la densidad del tema tratado.

Dentro del objeto de la relación jurídica parte el autor de una previa distinción entre cosas y bienes, admitiendo que estos últimos suponen un concepto genérico dentro de los que cabe incluir las primeras. Desarrolla el autor la idea de cosa y sus diferentes clases muy en la línea del profesor CASTÁN, entre las cuales destaca las fungibles y no fungibles, las consumibles y no consumibles, las principales y accesorias, las presentes y futuras, las *in commercium* y *extra commercium*, las específicas y genéricas, las divisibles e indivisibles, las simples y las compuestas, las corporales e incorpóreas, la distinción entre muebles e inmuebles, los bienes de dominio público y de propiedad privada, las cosas *res communes omnium*, etc. De ahí pasa al estudio, típicamente mercantil, del dinero y de los títulos valores, los frutos, los gastos y mejoras y el problema del patrimonio.

Este esquema, casi sumarial, creo innecesario desarrollarlo, pues el autor sigue los cauces que marca la doctrina tradicional. Únicamente debemos hacer notar la omisión de clasificaciones más o menos actuales basadas en lo que CARNELUTTI denominaba «control de la circulación» o «circulación controlada», que exige una identificación previa de los bienes o de las cosas, admitiéndose una clasificación sometida a esta exigencia. Es la representación de la distinción entre bienes registrables y no registrables, de tanta importancia con vistas al fenómeno de la publicidad.

En la teoría del hecho y del acto jurídico, el panorama se amplía en su doble vertiente dimensional y de profundidad. A la larga lista de temas tratados se une el de los problemas conceptuales que la exposición exige y a los cuales el autor da la suficiente réplica. La estructura inicial se basa en la distinción de los fenómenos del hecho y del acto jurídico, suponiendo para este segundo concepto la exigencia de una conciencia y de una voluntad, tesis eminentemente italiana representada por BETTI. A mi juicio, es importante esta base italiana de la construcción de estos fenómenos, en donde resplandecen nombres tan ilustres como el citado, CARNELUTTI, FERRARA, etc., todavía hoy no superados. Me choca esa clasificación del acto jurídico en lícito e ilícito, cobijada bajo un epígrafe tan polémico como el del «aspecto político» (o de política jurídica). La materia de declaraciones y manifestaciones de voluntad lleva la impronta de la doctrina alemana, y en la materia de culpa y responsabilidad demuestra el autor estar en posesión de las principales fuentes para desarrollar el tema. No obstante, creo que hubiese merecido la pena hacer una alusión más extensa al Derecho español.

La parte destinada al negocio jurídico la considero de vital importancia, y quiero destacar con el autor esa preocupación que demuestra en uno de sus pasajes ante la contraposición de ideas que en Puerto Rico existen entre el sentido práctico y la construcción dogmática. Todavía se resiste —dice VÁZQUEZ BOTE—el jurista puertorriqueño, deformado por su afán de practicismo, nada ejemplar, a no ver utilidad en la formulación general de cualquier institución, resistiéndose a aceptar la relevancia y sensibilidad que se supone en una teoría general. Entiendo que la mucha utilidad de la parte general y la construcción dogmática del negocio jurídico puede ser el gran lazarillo que nos lleve a solucionar esa «jurisprudencia de problemas» por los que en la actualidad vibra la doctrina moderna. Para el autor, el negocio jurídico o el concepto del mismo viene determinado directamente por el tratamiento jurídico y los efectos que el Ordenamiento concede a la autonomía de la voluntad.

A tres preguntas reduce el autor las cuestiones fundamentales del negocio jurídico en orden a sus elementos. ¿Qué es el negocio jurídico?, lo cual supone contestar a toda la temática de su contenido. ¿Por qué es el negocio jurídico?, abre el cauce para abordar la temática de la causa del mismo. ¿Cómo es el negocio jurídico?, que permite plantear el problema de la forma de manifestación del mismo.

Sucesivamente se van estudiando las clases de los diferentes negocios jurídicos, y específicamente se desarrollan las teorías de los elementos subjetivos o voluntad manifestada y declarada, los elementos objetivos (forma y causa), las circunstancias extrínsecas al negocio, divididos en los presupuestos de validez y elementos accidentales, para luego pasar a la representación o teoría general de la misma, la interpretación, la prueba y el problema de la validez o nulidad del negocio.

A nada que se intente profundizar en las materias tratadas, se verá aflorar en la exposición esa gran dosis de «formación jurídica» que porta el autor. He sido siempre consciente de la gran importancia que tiene en la formación jurídica de las personas que éstas se dediquen, por razones de exigencia vivencial, al estudio profundo y disciplinado del Derecho. A VÁZQUEZ BOTE se le nota, y esto me conforta decirlo, que ha dedicado varios años de su vida a estudiar con método, profundidad, seriedad y disciplina programas que dan acceso a puestos que tocan el techo de lo que podríamos denominar ciencia jurídica. Su bagaje es grande y la línea de flotación de su barco va escondida ya por bajo de las aguas, en un alarde marino de singladura que permite un feliz arribo a puerto. Me he permitido este símil marino recordando alguna frase de su primer volumen, en el cual, a veces, se utiliza una terminología marinera.

B) *Influencia del tiempo en las relaciones jurídicas.*—Los cuatro o cinco problemas que el tiempo plantea en orden a las relaciones jurídicas están tratados con sumo cuidado por el autor: el cómputo, la prescripción, la caducidad, el plazo preclusivo, el no uso y la prescripción inmemorial. Bajo la idea de la seguridad jurídica son tratados todos estos problemas.

El tema, con ser tradicional, se ha puesto muy de moda en los últimos años, pues lo que antes era tranquilidad y sosiego se ha convertido en vertiginosa carrera de realizaciones inmediatas. La prisa, la urgencia, la importancia y la necesidad de consecuciones de valoración al tiempo en su enfoque proyectado hacia la relación jurídica. ¿Habrà llegado el momento de reducir o de ampliar plazos?

Destaco la parte que el autor dedica al Derecho específico de Puerto Rico, en el cual se parte de las mismas ideas del Código civil español, en el que los días son de veinticuatro horas y las noches desde que el «sol se pone en el ocaso» hasta que sale, frase ésta más poética que la utilizada por nuestro Código civil. Los meses son de treinta días y los años no se definían. Actualmente, conforme a la Ley de 17 de marzo de 1973 y Texto Refundido de 31 de mayo de 1974, han desaparecido estas referencias y solamente se habla de la fórmula del cómputo que generaliza el mismo, pero no unifica su diversidad legislativa.

Igualmente es interesante la materia que el autor dedica a la posibilidad de la prescripción en perjuicio del Estado, conforme a la legislación puertorriqueña. Para ello distingue entre lo que podríamos denominar bienes de uso o servicio público y bienes particulares o patrimoniales del Estado.

C) *Los denominados derechos de la personalidad.*—Es curioso cómo a medida que el hombre va perdiendo derechos en orden a los bienes materiales que le sirven, bajo principios más o menos sociales y democráticos, va robusteciéndose el Derecho en orden a la personalidad. El ataque que la masa social hace al individuo provoca el retroceso a los fortines o reductos de la personalidad, y así surgen el derecho a la vida, a la integridad física, a la disposición de partes del cuerpo, a la honra y el honor, a la imagen y a la libertad.

Poco va quedando, pero ese poco se agranda, se perfila y se estructura por el Derecho en orden a ideales a conseguir. Por ello esta parte de la obra se me antoja importante y de actualidad. Bajo las tres características

de inalienables, imprescriptibles e inembargables florecen y se estudian estos derechos. Es la última bandera, no plegada, que el Derecho privado ofrece al individuo ante el gran avance, casi arrollador, del Derecho público.

La exposición no es extensa, pero sí lo suficientemente amplia para dar una noción comprensiva de cada una de las manifestaciones estudiadas. Se completan las citadas con el estudio de las libertades psíquicas, las morales, las profesionales y el derecho a la igualdad civil. Todo ello va referido, luego de exponer su teoría general, a la especial legislación puertorriqueña.

Y aquí concluyo en espera de recoger los brazos y poder pasar y subrayar hojas y frases de un nuevo tomo de la obra que espera turno.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

Por FERNANDO MALO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

Enero-marzo de 1974.

La interrupción judicial de la prescripción extintiva civil en el Derecho navarro, por AMADEO DE FUENMAYOR.

Antes de estudiar el tema del epígrafe, el autor hace unas atinadas observaciones sobre el Derecho Foral, partiendo de la fórmula de ALONSO MARTÍNEZ, expresada en el artículo 12 del Código civil, de que «las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral lo conservarán por ahora en toda su integridad..», pues el verbo «conservar...» equivale sencillamente a embalsamar o a disecar. Recuerda a este propósito un trabajo de DE LA RICA en el que afirma que «conservar un derecho especial, pero privar a las regiones de órganos vivos legisladores, con posibilidad de modificarle, es una burla sangrienta... A las regiones aforadas se las condenaba a un suplicio dantesco: a servirse de un régimen jurídico arcaico, que llegaría a serles odioso y a no poder reformarlo. En evitación de tamaña impiedad se acudió al arbitrio de los Apéndices Forales».

En cuanto al tema del título, comienza haciendo unas observaciones generales para centrarse a continuación en un análisis del 1973, especialmente en la primera modalidad de las que establece:

«La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales..», estudiando las tres posturas básicas que doctrinalmente cuestionan sobre qué debe entenderse por «ejercicio», a saber: la presentación de la demanda, la providencia que declara admisible la misma y ordena el emplazamiento o la citación, o, finalmente, la notificación de la demanda al demandado.

Se refiere, por último, a las particularidades de la institución en el Derecho Romano, de donde deduce, a través de la evolución histórica, la distinción que la Ley 40 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra hace entre las prescripciones largas, medianas y cortas, régimen que le parece aceptable «para lograr—con las finalidades de orden social que justifican la prescripción extintiva de las acciones—el respeto que merecen tanto el titular del derecho amenazado de prescripción como el sujeto que de ésta puede beneficiarse».

Prelación de fuentes en Derecho navarro, por JOSÉ ANTONIO DORAL.

El autor se propone estudiar el espíritu a que corresponde la prelación establecida en la Ley 2 de la Compilación, haciendo en los comienzos la importante afirmación general de que «a la hora de la publicación del Código civil la formalización de los derechos forales por vía

de Apéndices se proponía como *término* del movimiento codificador, mientras que en estos momentos las compilaciones constituyen, en rigor, *el principio* de un proceso». ¿Cuál es el sentido de esta nueva dirección?

Reconociendo la temporalidad de las Compilaciones, la de Navarra recoge todo su derecho privativo, otorgando primacía a la costumbre como manifestación externa de su armonía interior, radicada en la Libertad civil.

De ahí que el camino a recorrer sea el contrario del que conduce a la concentración normativa, como expresión ideal de la política codificadora, que fundía la unidad política con la unidad jurídica. La desconcentración que se pretende supone la apertura de un proceso constituyente del Derecho navarro, contrario a la fosilización, y cuyo principal instrumento es la costumbre contra ley.

Se refiere a continuación a la relación prelatoria anterior a la Compilación, para destacar, en el proceso de consolidación del fuero nuevo, la importancia decisiva de la tradición jurídica, que no sólo tiene un valor interpretativo, sino integrador de sus leyes.

El problema tal vez más arduo que plantea el Derecho navarro es el de su armonización con el civil general, cuestión en la que DORAL se manifiesta en el sentido de considerar vigente el espíritu de la Ley paccionada de 1841 y, consecuentemente, la intangibilidad del Derecho foral de Navarra cuando se introduzcan reformas unilaterales legislativas que le puedan afectar: para la introducción de estas reformas viene impuesto el régimen de pacto, es decir, una modificación sinalagmática de sus instituciones.

Sinalagma tácitamente recogido en los conflictos interregionales, pues el principio de reciprocidad, tomado del Derecho Internacional Público, es elevado a categoría fundamental, lo que debería llevar consigo el que las soluciones no fueran apriorísticas, sino basadas en análisis rigurosos de todas sus consecuencias. De este modo acaba el autor propugnando el método comparativo como medio de investigación de las diversas soluciones prácticas.

El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA.

El problema de la posibilidad de crear nuevos tipos de derechos reales es doctrinalmente muy debatido. SANCHO REBULLIDA hace un claro resumen de las posturas que defienden el sistema de *numerus clausus* y del *numeros apertus*, concluyendo que «el Código civil sigue el sistema de tipicidad con disponibilidad del contenido normal de los tipos legales. Sistema de *numerus clausus* en cuanto a la imposibilidad de crear nuevos tipos, figuras estructuralmente distintas de las reguladas en la Ley; sistema de *numeros apertus* en cuanto a la posibilidad de modificar negocialmente el contenido normal u ordinario de cada una de las figuras legales».

De este modo podemos estimar que, en cualquiera de los sistemas, «lo que sigue teniendo una función técnica... práctica es la tipicidad: la existencia de unos tipos estructurales amplios que... en exclusiva—*numerus clausus*—o dejando algún margen a la autonomía privada—*numeros apertus*—ayudan a determinar la naturaleza, el contenido y los límites de situaciones reales dudosas. y, con ello, la regulación básica y el régimen supletorio de las mismas».

Respecto a Navarra hace una detallada enumeración de las figuras recogidas en el Libro III, *De los Bienes*, en que interviene la autonomía de la voluntad en su configuración, y destaca ciertas observaciones deducidas de su examen, que son las siguientes:

- a) En consonancia con el principio de libertad civil, aproximación del Derecho navarro al *numeros apertus*.
- b) Imposibilidad, como en cualquier otro ordenamiento, de configurar negocialmente un derecho real innominado que no esté positiva o negativamente compendiado en el dominio.
- c) Por la época de su publicación, la Compilación ha podido tipificar legalmente un mayor número de derechos reales que el Código ci-

vil, aunque aquéllos no sean privativos de Navarra.

- d) Rigurosa delimitación conceptual de los derechos reales.
- e) Diferenciación entre los derechos reales y los pactos con trascendencia real, que suponen una limitación o carga para el dominio, sin que por ello lleguen a atribuir al favorecido un derecho subjetivo de carácter verdaderamente real, y finalmente,
- f) La función práctica que con el sistema de *numerus apertus* sigue teniendo la tipicidad, cual es la de permitir la cognoscibilidad de los derechos reales en sus grandes líneas estructurales y la aplicación supletoria del régimen jurídico del tipo correspondiente.

Como manifestación de esta funcionalidad práctica de la tipicidad, estudia a continuación «las Corralizas» y las «Vecindades foranas» con una precisión y una claridad que todo lector agradecerá.

Fuero General de Navarra, 4, 2, 3.

El cónyuge viudo que tiene «fealdad», ¿puede enajenar en caso de necesidad?, por JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ.

El trabajo, escrito antes de la publicación de la Compilación, es la justificación y desarrollo de una enmienda hecha por el autor al Anteproyecto oficial de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en la que «impugnaba la doctrina tradicional interpretativa del F. G. N. 4, 2, 3, y, en consecuencia,

proponía la supresión del párrafo 2.º de la Ley 258 del Anteproyecto». La enmienda fue admitida y se llevaron a cabo las modificaciones concordantes en el texto definitivo.

La tesis combatida es ésta: «que en caso de necesidad, y siempre que no haya hijos u otros descendientes legítimos del cónyuge premuerto, el viudo que tiene usufructo de fidelidad puede por sí enajenar o gravar los bienes inmuebles objeto de usufructo; mas, por el contrario, si existieran descendientes legítimos comunes del cónyuge difunto y del sobreviviente, éste carece de la expresada facultad de disposición».

La doctrina generalizada, en la que incluye a CASTÁN, ROCA SASTRE, FERNÁNDEZ ASIAIN, ABADÍA ESCOLÁ, DE COSSÍO, LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, ARREGUI GIL, SALINAS QUIJADA y CARLOS CLAVERÍA, sigue la misma tesis.

La posición del autor, recogida, como hemos dicho, en el texto definitivo de la Compilación, es la de que el Fuero General de Navarra afirma que «el cónyuge viudo usufructuario, haya o no haya hijos del cónyuge premuerto, y aun en caso de necesidad, en modo alguno tiene facultades de disposición respecto a los inmuebles objeto de usufructo».

En la *addenda* al trabajo, GARCÍA-GRANERO explica cómo ha quedado definitivamente plasmada esta solución en la Ley 253 y siguientes de la Compilación, opinando que la única explicación de tan largo extravío radica en «un error doctrinal derivado de una mala lectura del F. G. N. 4, 2, 3, a su vez motivada por una incorrecta transcripción en las ediciones *ad usum*, realizadas sobre un solo manuscrito del Fuero General de Navarra.

F. M.

II. NOTICIAS DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Septiembre-octubre 1974

Sociedad de inversión mobiliaria. Análisis crítico de un proyecto de ley, por José Antonio de Aguirre Rodríguez, págs. 1149 a 1165.

La reorganización de la Inspección Tributaria, por Julio Banacloche Pérez, págs. 1167 a 1181.

Reorganización de la Administración Tributaria, por Julio Banacloche Pérez, págs. 1183 a 1196.

Reforma bancaria del verano de 1974, por Enrique José Abellá Póblet, págs. 1197 a 1221.

Noviembre-diciembre 1974

Discrecionalidad de la potestad de imposición, por Miguel López Martínez, págs. 1483 a 1544.

Los esquemas fundamentales del Derecho tributario, por Eusebio González García, págs. 1545 a 1565.

Reorganización de la Administración Tributaria, por Julio Banacloche Pérez, págs. 1567 a 1622.

Gestión de tributos y relación jurídica tributaria en el Derecho español, por Fernando Alemany y Sánchez de León, págs. 1623 a 1657.

El procedimiento tributario de liquidación, por G. A. Micheli, páginas 1659 a 1675.

Función tributaria y procedimiento de gestión, por José Luis Pérez de Ayala, págs. 1677 a 1710.

La teoría del procedimiento de imposición y la denominada anticipación del tributo, por Andrea Fedele, págs. 1709 a 1746.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero 1975

A propósito de la especulación del suelo, por François Saint-Pierre, páginas 13 a 19.

La reserva estatal de competencias y la nacionalización de objetos urbanísticos, por Pedro Escribano Collado, págs. 21 a 46.

Algunos problemas procedimentales en la coyuntura Ley del Suelo-Ley de Régimen Local, por Federico Larios Hernández, págs. 47 a 105.

REVISTA DE ESTUDIOS AGROSOCIALES

Octubre-diciembre 1974

Los gravámenes de los montes catalogados. Defensa posesoria y dominical de los montes, por Salvador Grau Fernández, págs. 7 a 49.

El problema laboral del sector ovino. Propuesta de soluciones, por Alfonso Vera y Vega, Rafael Car-

REVISTAS

Donnell de Massy y Alfonso López Caballero, págs. 51 a 68.

Problemática de la mujer en el medio rural de la comarca sevillana «sierra norte», por Pedro Martín Ruiz, págs. 69 a 86.

Modelos de teorías de colas para algunos procesos de producción agraria, por Carlos Romero, páginas 87 a 100.

La empresa agraria del sector reformado y la nueva organización jurídica de la agricultura, por José María Franco García, páginas 101 a 121.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Diciembre 1974

El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil, por Víctor Fairén Guillén, págs. 655 a 678.

Un pretendido derecho real: la llamada hipoteca de bienes muebles en Derecho puertorriqueño, por Eduardo Vázquez Bote, páginas 679 a 693.

Consideración sobre la reforma del artículo 516 bis del Código penal, por Luis Rodríguez Arias, páginas 695 a 702.

Enero 1975

La individualización de la persona humana en el Derecho civil, por Francisco Rico Pérez, págs. 9 a 30.

Los derechos del autor sobre el material publicado en la prensa, por José María Desantes Guanter, páginas 31 a 61.

Febrero 1975

La ley físico-natural y los actuales iusnaturalistas de la escuela española, por Jesús Valdés y Menéndez Valdés, págs. 149 a 193.

Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al daño emergente y al lucro cesante, por Luis Moset de España, págs. 195 a 204.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Diciembre 1974

Desarrollo jurídico y desarrollo político, por José María Martínez Val, págs. 1130 a 1137.

Enero-febrero 1975

La proposición para el paso de sus débitos por el suspenso, por Luis Alberto Navarro Martínez, páginas 3 a 6.

Marzo 1975

Naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal, por Francisco Soto Nieto, págs. 218 a 229.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Octubre-diciembre 1974

La revisión de precios de los contratos de obras de las Administraciones Locales, por José María Boquera Oliver, págs. 609 a 631.

La Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona, por Gumersindo Guerra-Librero y Arroyo, páginas 633 a 694.

La concesión en el régimen de utilización de los bienes de dominio público de las Corporaciones Locales, por José Luis Sánchez Díaz, páginas 695 a 708.

REVISTA DE
DERECHO PROCESAL

Número 3 (año 1974)

El proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia, por Víctor Fairén Guillén, págs. 531 a 637.*El proceso, la demanda, el derecho material*, por Valentín Cortés Domínguez, págs. 639 a 650.*La competencia objetiva en la jurisdicción contencioso-administrativa después de la reforma de 1973*, por José Gabaldón López, páginas 651 a 682.*Las acciones judiciales derivadas de la retroacción de la quiebra*, por Francisco Ramos Méndez, páginas 683 a 722.*La justicia en la jurisprudencia romana*, por Ramón Vilar Badía, páginas 723 a 740.REVISTA ESPAÑOLA DE
DERECHO CANONICO

Mayo-agosto 1974

La Obra Pía de los Santos Lugares en España, por Patrocinio García Barriuso, O.F.M., págs. 233 a 263.*Comienzo de un siglo de relaciones Iglesia-Estado en España*, por Vicente Cárcel Ortí, págs. 265 a 311.

Septiembre-diciembre 1974

Ejecución provisional de la sentencia, por Feliciano Gil de las Heras, págs. 489 a 502.REVISTA DE
INFORMACION JURIDICA

Julio-septiembre 1974

El tiempo y el Registro de la Propiedad, por José María Chico Ortiz, págs. 741 a 766.*Causas de extinción del apoderamiento*, por Francisco Soto Nieto, páginas 767 a 803.*La tutela del deficiente mental*, por Carlos Rogel Vide, págs. 805 a 826.*Consideraciones sobre la condena condicional. Su regulación en la legislación alemana*, por Francisco Candil Jiménez, págs. 827 a 853.*El derecho de información y el proceso penal*, por José Luis Albacar López, págs. 855 a 902.

