

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLV * Noviembre-Diciembre 1969 * Núm. 475

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

Número suelto : 50 pesetas.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS:	
“El Derecho y sus aficionados”, por RAFAEL FLORES MICHEO.	1473
“Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima”, por ENRIQUE FOSSAR	1503
“En torno a las deudas de la herencia”, por FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN	1573
NOTAS:	
“Notas de afección por Impuestos en las viviendas de protección oficial”, por ISIDORO DELGADO ROLLÁN	1605
JURISPRUDENCIA:	
I.—Jurisprudencia comentada, por JOSÉ-LUIS LACRUZ BERDEJO	1623
II.—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 CABALEARO	1655
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	1683
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	1713
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1723

LIBROS:

"Anales de la Academia Matritense del Notariado", por EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO	1733
"Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán To- beñas", por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1741
"La contratación en España por personales naturales y ju- rídicas extranjeras", de FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, por VICENTE ESPERT	1749
"Introducción al Derecho Mercantil", de JESÚS RUBIO GARCÍA- MINA, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1753

REVISTAS:	1761
------------------------	------

ESTUDIOS

El Derecho y sus aficionados^(*)

I

PRESENTACION DEL TEMA

1. Cuando sucumbí al halago que para mí supone esta invitación de hablaros y la acepté, como reacción a la vez que como remedio de mi audacia, me acordé del salmo 131 que aconseja «no pretender por encima de las propias fuerzas» y me decidí por un tema menor que me fuera asequible.

He elegido un tema existencial, en vez de conceptual; de derecho vivido en el que mi experiencia suplirá lo que me falta de ciencia; he dicho un tema menor, pero no mínimo, como veréis, porque es de gran interés humano y a poco que se le examine encierra en sí bastante más sustancia de lo que aparenta.

2. Hay una realidad diaria y notoria:

Cuando un médico interpreta una radiografía, analiza la sangre, propone un tratamiento; cuando un arquitecto calcula una estructura o diseña una forma; cuando un ingeniero proyecta o ejecuta; cuando el profesor mercantil establece o dictamina sobre una contabilidad, *ninguna persona ajena a tales ciencias y técnicas se atreve a interferirse en ellas*, a opinar, a interpretar o decidir.

Pero el médico, el arquitecto, el ingeniero, el profesor mercantil, el periodista y *cualquiera otra persona se atreven*, sin la preparación indispensable, a opinar, interpretar, decidir, *interferirse* en la

(*) Conferencia pronunciada en el Ilustrísimo Colegio de Registradores el 14 de marzo de 1969, en Madrid.

radiografía que es una certificación del Registro, en el análisis de una norma, en el tratamiento de un conflicto de intereses, en la operación de un contrato vivo, en la estructura de una sociedad o las consecuencias de derecho de un sistema contable.

Cómo se explica, a qué obedece, cómo se presenta, cómo debemos enfrentarlo, qué consecuencias tiene, qué valoración daremos al hecho antes enunciado, va a ser el tema de mi charla con vosotros.

II

LOS AFICIONADOS AL DERECHO

1. Nos encontramos, pues, los juristas con que en nuestros días, cuando estamos trabajando en nuestro campo, en la parcela del derecho como ciencia de primeros principios, técnica de aplicación, experiencia vivida, arte de realizar la justicia en lo que permite la complejidad del hombre y el misterio de la libertad; de todas las parcelas colindantes y no colindantes, de todos los puntos del horizonte se introducen multitud de personas que califican, interpretan, proponen y deciden, sin la necesaria formación de la ciencia, sin la indispensable facilidad de la experiencia, sin la imprescindible información de la técnica, sin la necesaria intuición del arte; unas veces por superficialidad, otras por interés legítimo, otras por gusto, otras por obligación.

2. Esto sucede en otras disciplinas científicas; pero de rara en rara vez, con carácter insólito y esporádico, por lo que en ellas no pasa de la trivialidad de una anécdota.

Se convierte, por el contrario, en categoría cuando por su constancia en el tiempo, su uniformidad en el espacio y la incansable intromisión de muchos se transforma en fenómeno masivo y notorio del campo del Derecho, lo que no es lícito ni ignorar ni desdénar.

Estamos ante el dato humano, problemático como todo lo del hombre, de los aficionados al Derecho. El Derecho es tan de todos que todos se consideran dentro de él en su casa y como en casa

propia se comportan mientras que los juristas no se atreven, por lo general, a opinar y decidir en casas ajenas.

Nuestra disciplina tiene la grandeza de que interesa a toda persona humana desde antes de nacer hasta después de morir y soporta la miseria de que todos crean de que basta el interés para manejarla en su formación, en su calificación, en su interpretación y en sus aplicaciones.

Este pecado individual es también colectivo porque organizamos un tipo de sociedad en la que hay que aplicar a diario, por no iniciados, millones de normas, sin que podamos disponer de tantos especialistas y asesores como aplicadores.

3. No podemos tratar el fenómeno de los aficionados al derecho superficialmente, como si fuera sólo un dato pintoresco. Ni empuqueñecerlo como si se agotara en la reacción legítima, no siempre altruista, frente a los intrusos de fuera; o en un problema de distribución de cargas fiscales, o en la defensa de la seguridad jurídica o en la tentación de rendirnos al hermetismo. No podemos agriarlo con la puerilidad, con la acritud o con el desdén.

Si recordamos lo de la reiteración de casos, la constancia en el tiempo, la uniformidad en el espacio y añadimos que la intromisión se produce con absoluta naturalidad en todas las clases, niveles y circunstancias, advertiremos que se trata de una realidad profundamente humana y digna, primero de respeto, luego de análisis y comprensión, merecedora de sana crítica y sobre todo de esa simpatía, que todo lo comprende, que todo lo disculpa, que todo lo perdona, y que por la connaturalidad del conocimiento robustece, a la vez que agudiza, la penetración intelectual.

Tengo firme propósito de no herir ni molestar a nadie. Rechazo de antemano cualquier interpretación de mis frases que sea contraria a esto y retiro de antemano cualquiera de ellas que simplemente molesten, por muy inocentes que sean en la intención y en su contenido objetivo.

Y, pues, Santo Tomás asegura que toda la capacidad de contemplación de las criaturas no pueden agotar la cantidad de esencia que hay en una simple mosca, esta criatura atrevida que soy yo, reconocidas y guardadas todas las distancias, intenta ante vosotros contemplar la inimaginable cantidad de esencia que hay en el fenómeno del aficionado jurídico.

III

SUS CLASES

1. Comenzaré por la salvedad de que no se confunda al intruso de fuera, totalmente movido por el lucro, con nuestro aficionado que actúa por motivos distintos del provecho material.

Tampoco es el aficionado en el sentido deportivo, que conoce su insuficiencia, quiere superarse y se siente lejos de los profesionales. Ni lo es para dignificar su ocio como tantos que emplean parte del mismo en la arqueología, la matemática o la pintura.

El aficionado al derecho se mueve como veremos luego por una tendencia absolutamente natural, casi sin advertirlo muchas veces, sin entrenarse y con absoluta y buena fe y rectitud subjetiva salvo casos aislados.

2. Hay que sucumbir al intento de una clasificación para que nos torture la evidencia de que caben clasificaciones desde 2.500 puntos de vista y de que ninguna de ellas ni todas juntas encasillan la realidad, que, como siempre, desborda y se burla en cierto modo de las cuadrículas.

Cumplamos, pues, el rito, no sin la salvedad de que una misma persona puede encarnar muy diversos tipos de aficionados o presentar caracteres de uno y otro tipo. Si nos acordamos de la inefable época de oposiciones hablaríamos de los «aficionados complejos, combinados y mixtos».

3. Ya aludimos a que las gentes se aficionan al derecho por superficialidad, por interés legítimo, por gusto y por obligación; sabiéndose no preparados o creyendo que no lo necesitan, porque algunos en sus carreras tuvieron uno o dos cursos de derecho, como si nosotros por haber estudiado en el Bachillerato Fisiología o Agricultura nos introdujéramos en un plan médico o en la integral térmica del trigo.

4. Hay aficionados que simplemente preguntan; otros más graves que a la vez opinan y otros más dañosos que sin preguntar, «porque se lo saben todo», opinan y deciden. Los que simplemente

preguntan y cuando más tímidamente opinan son los populares: de instrucción elemental o media. Los de carreras superiores y en especial los que sobresalen en ellas, son los aficionados técnicos que con aplomo opinan, y los aficionados funcionarios que, además de opinar, deciden.

No falta una clase especial que hace algo mejor que preguntar, opinar o decidir, promueve didácticamente la afición; de los que veremos ejemplos.

Por último, se distinguen dos grandes grupos: la inmensa mayoría que es de buena fe y sano carácter y la reducida, pero peligrosa minoría de lo que llamaríamos aficionados aberrantes, cuyas lamentables cualidades de superficialidad, vanidad, engreimiento, etcétera, nacen de ellos mismos y no de la afición que practican.

IV

CAUSAS DE LA AFICION AL DERECHO

1. Hay una profunda y general; otra de gran importancia, pero ya de nuestra propia coyuntura histórica y algunas más que coadyuvan como estímulo y a la vez trampa.

2. El aficionado jurídico es producto de la condición humana y de la naturaleza del derecho. Un producto natural y humano. En efecto, el hombre es, en cuanto persona social, derecho; no realiza su bien particular, sino en el bien común; tiene una idea de la justicia, quiere que se concrete en la convivencia mediante un conjunto de normas y de criterios de aplicación, y con acusar la falta de justicia, según su criterio y echar de menos el derecho lo afirma de continuo de una manera tan inadvertida como existencial.

3. Nos pasamos la vida y casi todos los días de la vida diciendo con tanto ardor como sinceridad: ¡No hay derecho! ¡No hay derecho! ¡No hay derecho! Jamás se oye decir: ¡No hay mecánica aplicada! ¡No hay arqueología! ¡No hay endecasílabos! ¡No hay resistencia de materiales!

¡Qué frecuente es oír: «Buscaré mis derechos». Nunca dicen: «Buscaré mis fósiles o mis ecuaciones»!

Se publica, compra, conserva y consulta, se tiene ahí, «El Abogado en casa». Jamás «El matemático en casa», «El meteorólogo en casa».

Porque el Derecho afecta al hombre en la totalidad de la persona y en todos los aspectos de ella, mientras que las demás disciplinas le afectan, pero no en toda la persona ni en todos los aspectos de ella.

Por eso podemos, aunque no debemos, desentendernos de la geometría analítica, de la fisiología, de la física. Nos empequeñecemos, pues, sin el nivel que la técnica ha alcanzado no tendríamos el actual dominio de la naturaleza, las posibilidades del ocio y la dedicación a los saberes superiores; pero seguimos siendo hombres en el más hondo sentido de la palabra.

Sin el Derecho, por el contrario, no podemos siquiera ser hombres porque para llenar nuestro inicial vacío y en el curso de la vida hacernos mediante el comercio con Dios, con los demás y con las cosas, necesitamos una normativa que ordene la convivencia y busque la posible justicia, con sus dos hijitos que son el orden y la paz.

4. El aficionado al derecho, por tanto, más que profesar lúcidamente, existencialmente vive; más que hablar, actúa conforme a la siguiente argumentación:

Si, pues, la geometría o la electrónica, por ejemplo, me afectan mucho, pero parcialmente y de una manera muy mediata a través de una larga cadena de acontecimientos y consecuencias y el derecho, en cambio, me afecta de modo inmediatísimo a toda mi persona y a todos los aspectos de ella; no es que me afecte, es que lo tengo pegado a mí; no es que esté pegado a mí, es que se entremete en mis huesos, en mis nervios, en mi sangre, en mis músculos y en mi piel, su trama es la única trama en la que yo puedo bordar y realizar el proyecto de mi existencia

bueno está que por la beneficiosísima división del trabajo haya gentes que profesionalmente se dediquen a la ciencia y técnica de lo justo y de lo injusto

pero ¿cómo se atreven a hacer dominio exclusivo de su profesión?, ¿cómo pretenden excluirme de una parcela del saber y del hacer humano en la que yo estoy tan radical y totalmente interesado como ellos, aunque no tan técnicamente interesado?

Estamos, pues, ante una aspiración, una tendencia, un movimiento, tan conforme a la naturaleza de las cosas que merece el más profundo de los respetos, mientras se mantiene en sus propios naturales límites y no se desborda como dije a los casos que hemos llamado aberrantes.

El problema está en que el aficionado, confunde esa comunidad vital de interés que le autoriza para una intervención puramente vital con aquella otra comunidad de capacitación científica, en la que él no participa y que es la que le autorizaría para una intervención técnica, y saltando la frontera entre los dos modos de intervenir, pues se dedica también al segundo.

5. Podríamos argüirle con voz campanuda y doctoral. ¡Nadie debe hablar de lo que no sabe!

Equivocación completa.

Porque es cierto que nadie, por prudencia y discreción debe hablar de lo que no sabe; pero no son menos ciertas dos cosas.

1.^a Si todos, estrictamente nos limitáramos a hablar de lo que sabemos el mundo sería una inmensa cartuja de silencio.

2.^a Nadie debe hablar de lo que no sabe y apenas le concierne; pero tenemos todas las atenuantes cuando hablamos de lo que no sabemos pero nos interesa muchísimo: los tres grandes temas existenciales: la revelación y teología, que nos atenúan hasta donde es posible y conveniente al reconcomio sobre el misterio del principio y del fin; la medicina, que versa sobre el supremo bien material que es la vida; y el derecho y la justicia, pues sin la incansable persecución de la segunda por el primero la vida no merecería ser vivida.

Se justifica, pues, o cuando menos se disculpa, que el Derecho reciba el homenaje de todos los muchísimos que lo manejan sin la necesaria preparación, porque lo que les falta de preparados les sobra de interesados.

6. A la anterior causa, profunda y permanente, porque como dije descansa en la condición humana y en la naturaleza del Derecho, se añade en nuestra época otra que surge del Estado, del incesante crecer de su entrometimiento y en definitiva de la trágica, ridícula y diaria intentona que hace de remedar a Dios vivo: imponiéndonos su idea particular de la felicidad, pretendiendo saber en un acto eterno y purísimo quién tiene coche, veranea, cuanto gana y compra y vende, y saber al día, por ejemplo, todos y cada uno de los movimientos patrimoniales o de la contabilidad de todas las empresas agrarias de más de 100.000 pesetas de líquido imponible; ofreciéndonos como sustituto de la Providencia su providencia administrativa y como sustituto de la oración, la súplica de los recursos.

Para todo esto el Estado promulga millones de normas, mal redactadas por aficionados, al menos, la mayor parte de ellas, y ordena a sus 100.000 funcionarios (este es un número simbólico), que, por obligación las interpreten, las califiquen y las apliquen, sean o no peritos en Derecho, que la inmensa mayoría no pueden serlo; haya o no asesores, que nunca hay bastantes.

Por esta causa de coyuntura histórica que añadiéndose a la permanente y profunda de la condición humana, aumenta su virtualidad, los funcionarios públicos se ven obligados a realizar a diario, sin preparación y con prisa, esa aparentemente fácil y trivial, sustancialmente delicadísima y grave operación de decidir cual es el contenido de una norma, qué situación encaja y cuales consecuencias se producen.

7. Al interés vital del hombre por el derecho, que le mueve, casi naturalmente, a actuar en él, aunque carezca de la preparación precisa; y a la necesidad del funcionario de manejar el derecho sin estar preparado la mayoría de las veces; se añaden, por parte ya del derecho encarnado, es decir, de aquel conjunto normativo que en un punto de tiempo y del espacio intenta ordenar la convivencia según criterios de justicia y servir al hombre, se añaden, repito, unos alicientes, unas facilidades que estimulan el interés del aficionado jurídico y a la vez le engañan. Estas causas coadyuvantes las llamaré las «trampas» de la inteligibilidad, de la manejabilidad y de la impunidad a corto plazo.

8. En la primera me refiero al diverso grado de inteligibilidad para los profanos que ofrecen los saberes humanos, pues, según lo tengan, serán más o menos accesibles a los curiosos o más o menos los engañarán por esta circunstancia.

Paso a ejemplos vitales que impresionan más agresivamente que los conceptos.

Un hombre con la densidad suficiente para sentir curiosidad vital o intelectual encuentra un libro de astronomía y lee:

«El criterio de Hartmann para un objetivo es la aberración media transversal de todos los medios sobre la fórmula

$$T = \frac{200.000 \sum v h}{\sum h}$$

en donde v es la tendencia del error para la zona de radio h , $\sum$ significa la integral de todas las zonas y el número 200.000 es un factor aproximado de conversión entre radianes y segundos.»

El texto le resulta intratable, y desiste de su merodeo y de su intromisión.

Más tarde le entrego una obra de matemática que me ha proporcionado mi hijo, y en ella lee:

«Rango de una matriz es el orden del mayor menor no nulo de mayor orden.»

No se atreve a mover un dedo, porque si lo anterior producía un temeroso respeto lo de ahora le suena a tomadura de pelo.

Cuando se encuentra aterrado al ver que no comprende nada de lo que en definitiva le interesa, humanamente poco, porque de afectarle le afecta mediatísimamente y a largo plazo, caen en sus manos dos libros que le interesan de inmediato, porque son la Ley de Inquilinato y el Código civil y en ellos lee:

a) Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el objeto principal del arrendamiento es la explotación del predio cuando la contribución territorial de la finca sea superior la rústica a la urbana (núm. 4 del art. 2).

b) Son nulos los actos ejecutados contra la Ley (art. 4.º del Código civil).

c) El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto (art. 739).

He aquí, el vivísimo aliciente que el aficionado a jurista encuentra en ésta como primera película de inteligibilidad de la norma.

El aliciente y el engaño, porque el aficionado que no tiene obligación ni cree tener necesidad de llegar a la sustancia profunda, se contenta con la superficie que le es asequible, se queda en ella, y desde allí, pretende calificar, interpretar y decidir sobre las más hondas consecuencias.

¿Y cómo le sacaremos de su engaño? ¿Cómo le informamos de que «hay más cosas en el cielo y en la tierra, Horacio, de la que sueña tu filosofía»? ¿Cómo le advertimos que la norma suele ser la pequenísima parte de un iceberg y tiene sumergido su 90 por 100 de tradición, de historia, de conexión con los principios, con el ordenamiento, con las demás de la institución, de la figura, con la realidad, con los criterios jurisprudenciales, pues las leyes no son según se dictan, sino según se aplican?

¿Quién le sacará de su alegría para enseñarle los monstruos temibles de presunciones y lo principal, lo accesorio, el «proteito» de la contribución urbana, la niebla de las ineficacias, el misterio del testamento?

¿Quién le dirá que todos los actos contra Ley no son nulos, como se harta de repetir el Supremo, porque no se va al infierno de la nulidad por cualquier clase de pecado y el derecho no quiere la muerte del pecador (acto irregular), sino que se convierta y viva? ¿Quién le hablará de las conversiones y del principio de conservación al que sirven?

¿Quién le dice que no todos los testamentos derogan al anterior y que si después de uno deliberado y solemne notarial, doña Rosa, y yo lo viví, deja una autógrafa cuartilla disponiendo «que la vajilla verde que está en el aparador sea para Remedios», por este «telegrama» no cae el testamento anterior y se abre la sucesión intestada para el resto de la cuantiosa herencia? Yo vi a los here-

deros legales enarbolar la octavilla como un estandarte y gritar que les había hecho un milagro la Virgen local.

9. Tras el incentivo de la inteligibilidad viene el de lo manejable.

Ante un avión de reacción, una locomotora, un telescopio, un aparato de rayos X, un profano advierte con evidencia inmediata que «no sabe por donde cogerlos», que no puede manejarlos.

Pero el derecho, por el contrario, ofrece al no iniciado que se acerca a él una primera apariencia de manejabilidad en el construir, en el interpretar y en el aplicar la norma.

Y de nuevo se sucumbe a la trampa de creer que porque es posible manejar las primeras y superficiales apariencias se está en condiciones de manejar las profundas sustancias.

Añadiré dos notas.

1.^a Cuando yo tomo el planímetro o la regla de cálculo o la brújula taquimétrica, a la par que mi osadía, se advierte mi desaliño, mi falta de maña, de experiencia y de familiaridad; que es lo mismo que los profesionales del Derecho notamos en los aficionados técnicos cuando manejan esos delicados aparatos que son los conceptos, las figuras, las instituciones jurídicas.

Basta ver cómo se acerca alguien a un teodolito, a una ecuación, o a un artículo del Código civil, cómo los toca, cómo los tiene entre sus manos para saber con seguridad si se trata de un profesional o de un aficionado.

2.^a Mientras los aficionados técnicos manejan el mecanismo o la herramienta jurídica que sea, analizan una norma o una institución, o la jurisprudencia, los hombres del Derecho no se atreven a manejar una resistencia de materiales, una dinámica de fluidos, simplemente un microscopio, ni hacer análisis o de tierras o de aguas, o de aquéllos que interesan a la salud humana. Tan difícil como hacer un análisis cuantitativo de minerales, es hacer el análisis del arrendamiento urbano, de una línea jurisprudencial o de una norma concreta, aunque aquí haya una aparente y primera manejabilidad que engaña, y diré, más difícil todavía, porque en el mundo de la moral está siempre el imprevisible misterio de la libertad del hombre.

10. Mas no basta, señores, con que la norma ofrezca una vestidura superficial inteligible y manejable. A estos atractivos se añade el atractivo-trampa de la impunidad a corto plazo.

El fundador del método experimental reconoció de una vez para siempre que a la naturaleza no se la manda sino obedeciéndola, es decir, sometién dose a sus Leyes.

La naturaleza sensible, objeto de las ciencias experimentales, si se la desconoce toma venganza material e inmediata; la estructura que no encaja o no soporta la carga; el barco mal calculado que no flota; la mina mal trazada o mal entibada que se hunde; la presa que revienta, y, entre ejemplos menores relativos al uso, el que se estrella en el camión, el que se coge los dedos con la frezadora..

Pero en las ciencias morales, como el derecho, la naturaleza inteligible es más paciente y comprensiva con los errores; se venga de ellos no siempre, más siempre a largo plazo.

Y aquí está otro incentivo para el aficionado, que ve que puede permitirse el lujo, por ignorancia, por halago a la galería o por soberbia, de regular una institución de modo erróneo y escapar antes de que lleguen las consecuencias, que las lega a las que vienen detrás y «arrean».

Buen ejemplo es la legislación de inquilinato que parece redactada por aficionados, vapuleados en el fondo y forma por todos y en especial por don Nicolás Pérez Serrano en su famoso artículo sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos y la gramática. Desde 1919 se viene olvidando la naturaleza humana, que el contrato es un drama en donde hay que retribuir a los dos antagonistas y que por definición el inquilino supone la existencia del casero. Como no se ha dejado a éste ningún interés en subir a escena hace muchísimos años que nadie quiere representar el papel de casero modesto que es el que se necesita.

La venganza que la condición humana ha tomado de la injusticia y del error con que ha sido tratada se ha producido a largo plazo, pero ahí está, pública y notoria.

Ya no hay sino que albergar en una reserva o coto, para que no se extinga especie tan rara, a los pocos caseros modestos que no han conseguido escapar todavía, por la venta o por el derrumbamiento, dei cepo del inquilinato antiguo; y esperar a que la Provi-

dencia del cielo, atenta a las necesidades de cada época, suscite órdenes religiosas de penitencia en la que sus miembros hagan voto de dedicarse de por vida a construir casas de modesto alquiler.

V

EXAMEN PARTICULAR DE ALGUNOS TIPOS DE AFICIONADOS JURIDICOS

Con ocasión de hacerlo quedará mejor explicada la figura.

1. *El aficionado que simplemente pregunta* demuestra que tiene confianza; pero desea que se le explique su caso, su diagnóstico y el tratamiento. Los aberrantes quieren que se le explique toda la carrera en quince días.

Para el profesional que no ha caído en el hermetismo, no es carga sino satisfacción atenderle dentro de los límites.

Pongo tres ejemplos, de los que el primero es el más frecuente y de mayor interés humano entre los aficionados populares o de modesta cultura.

Primero.—Hombre, don Rafael, heredé la finca de mi padre, que la llevó siempre, como mi abuelo, como la llevo yo, que me paso meses sin poder venir al pueblo; pero no tengo ni un mal papel. Nadie me molesta, pero me da miedo de pensar que pueda no ser dueño.

— Mire, si usted se queda totalmente desnudo ¿deja de ser usted enterito y mismo? Pues aquí ocurre igual, su dominio desnudo de documentación sigue siendo un dominio cabal y completo.

— Los Jueces le protejan a usted como persona y al dominio como dominio, aunque estén desnudos; más, sin vestirse, se expone usted a muchas pulmonías y el dominio a muchas pulmonías jurídicas.

— Además; ni usted ni su dominio desnudos pueden presentarse en ninguna parte.

— Si, al menos, viste usted el dominio con el «pijama del documento privado» ya no atentaría a la moral; pero seguiría expuesto al catarro, sin poder presentarse en la mayoría de los sitios.

Cosa distinta y mejor es que le pongan un buen «traje de sastre notarial» y mejor aún si se embute en el espléndido «abrigo del Registro». Estará muy bien abrigado de todo contratiempo y podrá presentarse en cualquier parte. Sin vestido el dominio sigue vivo y coleando, como vivo y entero quedaría usted aunque se desnudase, lo que no le recomiendo.

Segundo.—Hay que enterar a las gentes de que por lo general al Notario se le encarga que modele según su ciencia y su arte en el barro del derecho la figura del testamento de la aparcería o de la compra-venta que mejor pueda satisfacer los deseos de los interesados, y que luego entre aquél barro modelado en el horno de la autenticación, para que se vitrifique y cristalice de modo definitivo y nadie pueda ya por las buenas variar sus perfiles.

Pero no faltan ocasiones en que se lleva al Notario la figurita ya modelada y éste se limita a cocerla ya en el horno de su autoridad, por lo que no responde ni de la belleza ni de la utilidad de la obra de arte que le trajeron. He aquí las escrituras redactadas conforme a minuta.

Tercero.—Ya para aficionados de más altura resulta grato explicarles las bodas de doña Sustitución con don Fideicomiso, los hijitos que tuvieron y la suerte que cada uno corrió según los tiempos y lugares, con los altibajos de sus singulares fortunas; así como hablar también del abuso que a veces se hace de ellos.

2. *De los aficionados que opinan*, ya de mayor peligrosidad que los anteriores me limitaré a recordar, sin necesidad, pues todos vosotros lo habéis sufrido, el que apenas se sienta, saca del bolsillo la Ley de Arrendamientos Urbanos o la Ley de Propiedad Horizontal y delatando en su mirada la beatitud del que las ha estudiado mucho, abre por un registro que puso, enseña las subrayas y notas marginales y con la mayor inocencia dice: ¿A usted no le parece que según el artículo tal podríamos hacer cual cosa?

Entre los regalos que me ha hecho la Providencia estuvo el de un cliente de un pueblo que durante muchos meses porfió para que le hiciese una escritura absolutamente innecesaria. Existe el fetichismo de la escritura y los que juegan a ellas y menos mal que el juego es muy caro.

Un día me dijo que su barbero le había opinado en mi contra

y, como no había daño posible, yo llevé al Protocolo la opinión del barbero, pues no es justo que se inmortalicen sólo las de los Notarios.

3. Más peligrosidad tiene todavía *el aficionado técnico*, que opina, propugna y a veces decide.

Es, por lo general, de gran valor humano, descuella en su carrera, se siente en plenitud y atraído a opinar en las parcelas ajenas. De la parcela específica en que mucho entiende, se traslimita las colindantes que le interesan

Ortega, con la desdenosa superioridad que se le escapaba tantas veces, ha descrito así el caso general; del que el aficionado al derecho no es más que una de sus aplicaciones particulares:

«Antes, los hombres se clasificaban en sabios, medianos e ignorantes. El experto no cabe en esta clasificación. No es un sabio porque ignora cuanto no entra en su especialidad, pero tampoco es un ignorante, porque conoce muy bien a su parte de universo. Es un sabio ignorante, cosa grave, porque se comportará en todas las cuestiones que ignora, no como un ignorante, sino con la petulancia de quien en su cuestión especial es un sabio... y su sensación de dominio y valía le llevará a querer predominar fuera de su especialidad... cualquiera puede observar como piensan, juzgan y actúan en política, en arte, en religión y en los problemas generales de la vida, es decir, en el derecho, estos hombres de ciencia...»

El esquema de Ortega no abarca toda la realidad del caso y yo la complemento no con mis pocas facultades, sino con la mucha simpatía que me inspira al fenómeno que nos ocupa.

El aficionado técnico sucumbe al interés general que la persona experimenta por el Derecho; al interés también legítimo de opinar sobre la ordenación jurídica que hoy rige una realidad socio-económica (agricultura, regadíos, sanidad, vivienda) en la que a veces tiene indiscutible autoridad, y sobre los futuros remedios de derecho, que según él conducirían a una ordenación mejor de esa realidad que constituye el objeto de su profesión y, a veces, casi el objeto de su vida. Se sucumbe en esa engañosa y superficial facilidad con que el Derecho encandila a los no iniciados.

Voy ahora a leer títulos o trozos de unos folletos, todos publicados y difundidos, para que ustedes trabajen en el acertijo de adivinar quién los escribió.

Aquí leo:

«La organización y constitución de las Comunidades de Regantes constituye un acto complejo en el que, en realidad, la Administración regula la forma de constituirlo, pero sin dictar una sola disposición sobre el fondo.»

El Índice de uno de los capítulos del segundo reza:

«Personalidad y naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes.

1. Naturaleza jurídica.
2. Notas características.
 - A) Gozan de personalidad jurídica.
 - B) Son entes administrativos de carácter público.
 - C) Carácter real.
 - D) Son titulares de uno o varios aprovechamientos de aguas.
3. Tipos de Comunidades de Regantes.»

No olvidará un tercero que sobre la adscripción del Estado a los actuales beneficiarios del riego habla en el siguiente tono y estilo.

«Se argumenta que si bien el artículo 12 de la Ley de 1911/33, no indica nada, el hecho...»

«Como puede observarse el razonamiento es meramente analógico y además inexacto en sus premisas, puesto que la Ley...»

«Por todo ello y a nuestro parecer el anterior razonamiento en favor de esta tesis no es válido por inexacto en su planteamiento y carece también de fundamento legal...»

Y, por último, dos perlas preciosas:

Un trabajo sobre «facultades de la administración (nada más y nada menos) para modificar de oficio (tema como ustedes saben que no tiene ninguna profundidad ni complejidad) los Estatutos de una Comunidad de Regantes.»

Y otro sobre «inconvenientes del acta de notoriedad para acreditar la inscripción de obras públicas.»

Todos fueron escritos y publicados por Ingenieros de Caminos, salvo el de la modificación de oficio y el del acta de notoriedad, que los firman Ayudantes de Obras Públicas, es decir, técnicos de grado medio.

Invito en justa correspondencia a que Catedráticos de Derecho Administrativo, Registradores, Notarios y Letrados en ejercicio escriban y publiquen sobre presas de bóveda, dinámica de fluidos, nuevos métodos de construcción de carreteras y relación lineal de los canales; a fin de que se restablezca el equilibrio de intromisiones.

Señores, si me limito a lo dicho, caigo en el defecto que antes encontraba en Ortega de no abarcar toda la realidad.

Y no es que quiera dar una de cal y otra de arena. Es que vivi las históricas y concretas circunstancias en que se produjeron los trabajos que cito. Es de justicia apuntar en atenuante de sus autores: que se trataba de un Congreso Nacional; que los profesionales del derecho y los interesados en el riego, salvo tres grandes trabajos meritísimos no acudieron y produjeron un vacío; que el Director General ordenó a sus Ingenieros que llenaran este vacío de trabajo jurídico y que éstos obedecieron.

Opinaban e intervenían sobre el agua y el riego y las obras hidráulicas, a lo que han dedicado su profesión y su vida y, por lo general, eran gente muy capaz y muy preparada en lo suyo, que se dejaban llevar por el engaño de imaginarse con iguales notas en lo ajeno. Y, por último, en sus incursiones en la tierra fronteriza no dejaron de aportar, con todos los errores y limitaciones propias del no preparado, cosas positivas y aprovechables.

4. En la escala de la agresividad llegamos a la cumbre: *el aficionado funcionario*, porque es *el aficionado que decide*. También el aficionado por necesidad que muchas veces le toma el gusto a la tarea y acaba por serlo con satisfacción.

Es esta, sin duda, la mayor fuente que hoy se da de intromisiones en el saber propiamente jurídico.

Ya dije que el Estado promulga millones de normas y exige a sus 100.000 funcionarios que las interpreten y apliquen sin prepa-

ración las más de las veces, sin demérito por no tenerla, y sin que haya bastantes asesores ni sea posible que cada uno de los movimientos administrativos vaya acompañado de la asistencia del especialista jurídico.

El Jefe de Sanidad o de Industria o de Agricultura tiene cada minuto que moverse entre un cúmulo de normas y aplicarlas. No tiene la culpa de que le obliquen a hacer aquello que no sabe.

Pero sí hay daño para la colectividad.

Este daño se acrecienta cuando por las circunstancias o por el temperamento el funcionario vive más que profesa, que los administrados están a su servicio, que la función le da el carisma del acierto y que en último término ahí están los recursos. Se transforma en el aficionado aberrante.

Por reducido que sea el porcentaje de estos casos no deja de tener importancia.

En cuanto a los recursos el administrado replica:

No es lícito evadirse por el cómodo ofrecimiento de los recursos como no sería lícito a nadie inocularme la pulmonía descansando en la tranquilidad de los antibióticos. ¿Quién me libra de la tos, del dolor, de las malas noches, del peligro y de los gastos?

No es lícito tampoco descansar en la pereza intelectual de no trabajar y en el egoísmo moral de no comprometerse, decidiendo, por lo pronto, «que no», o lo más favorable a la administración y luego que rectifiquen los Superiores o los Tribunales. Aquí hay sobrado tema para una conferencia.

El hombre moderno ama la paz, quiere vivir y soporta tantas y tantas arbitrariedades porque no está dispuesto a ponerse en la tarjeta de «profesión recurrente», a pasarse los días de su vida reclamando a las 11 contra Hacienda, a las 12 contra Agricultura, a las 13 contra Obras Hidráulicas y a las 14 contra el Ayuntamiento y, olvidándose de su familia, de su profesión y de sus legítimos ocios.

Ni Dante ni Kafka imaginaron el tormento de recurrir unas tarifas anuales de cientos de millones de pesetas, de modo que el segundo recurso se plantea apenas cuando el primero ha iniciado la vía gubernativa, el tercero se interpone cuando los otros dos aún no han llegado al contencioso y así sucesivamente, hasta que

una colectividad de administrados se encuentra con siete u ocho recursos, se aburre y acepta una práctica indefensión.

No me cansaré de repetir aquí que este tipo de aficionado como todos los aberrantes, es decir, el superficial, majadero o el engreído es una reducida minoría: frente a la generalidad que procede con la mejor buena fe, el mejor deseo y el mejor trato.

5. Mención especial y separada hago de estos dos curiosos casos de *Academias para la formación de aficionados al derecho*.

a) En un periódico de una pequeña capital española, de la decena de los años cuarenta aparece el siguiente anuncio:

En letra grande y gruesa, como título: «Gane más dinero, mejore su vida.» Y como texto, lo que no tiene desperdicio alguno.

«Aprenda a hacer particiones de herencia y testamentarias en su misma casa aprovechando sus horas libres.»

Como quien dice, cultive champiñones o chinchillas en sus horas libres, ahora se recomienda la crianza de cuadernos particionales.

El anuncio tranquiliza: «Trabajo cómodo y remunerador compatible con cualquier actividad.»

Pero la mayor tranquilidad viene ahora:

«No es necesario título ni conocimientos especiales.» (¡Qué alegría, que mina hemos descubierto!).

Porque se trata de «estudio sencillo para profesores de primera enseñanza, Oficiales o Auxiliares de Ayuntamientos, Diputaciones, Sindicatos, I. N. P., Bancos, Correos, Telégrafos, Catastro, Hacienda, Peritos Agrícolas, contables, tenedores de libro y, en general, para todo personal de cultura.» Esto como ven es inefable.

Continúa en mayúsculas.

«Lo que otros hacen puede usted hacerlo también fácilmente.

Honorarios 30 pesetas mensuales. Pida detalles sin compromiso para usted a 'Partiherencia' apartado 12.154. Madrid. La enseñanza comenzará inmediatamente.»

Termina con esta afirmación maravillosa:

«Desde el primer momento podrán nuestros clientes hacer particiones.»

b) Allá por el año 1954 apareció un «Instituto de Estrategia Jurídica» que presentaba una Revista «Estrategia Jurídica», la

primera y única Revista dedicada» a combatir la guerra fría y a superar sus estragos económicos en industrias y comercios.»

Entre otras secciones tenía la de «Examen estratégico de las principales disposiciones del trimestre»; «Examen estratégico de las disposiciones anteriores» y «Miscelánea de tácticas sutiles», en donde se lee «Comentarios a las más frecuentes estafas, apropiaciones, el saneamiento de bienes, usuras, etc., cometidas en la vida mercantil y muchas veces no calificables jurídicamente como tales. Si usted quiere prevenir a sus suscriptores de la repetición de casos vividos comuníquenoslo y éstos serán publicados en la medida que estimemos más oportuna para general conocimiento.»

El prospecto termina asegurando que

«La revista en su cometido sólo desea colaborar en la lucha que cada lector sostiene para triunfar en la vida, sin problemas y cuando el expediente, la reclamación o el litigio les sea inevitable, *despertarles el sentido jurídico práctico para que ellos mismos puedan hallar las bases que han de ofrecer a su Letrado asesor al objeto de que éste les pueda obtener la sentencia o resolución favorable que corresponda a sus justas pretensiones.*»

El subrayado es mío.

VI

PANORAMICA DE LA ACTUACION DE LOS AFICIONADOS

Forzosamente, por razón del tiempo y por temor fundado de que ustedes reaccionen violentamente, he de reducir los ejemplos y casi ponerlos en esquema telegráfico.

1. *En Derechos reales*, para humildad mía y enseñanza mía, recibí esta lección de dos aficionados rurales.

Habían sido nombrados por su causante, el uno usufructuario universal y el otro universal heredero. Todo iba bien hasta que el usufructuario preguntó:

— ¿Y el nicho? porque, ¿yo también tendré el usufructo del nicho?

Me quedé aterrado. Estaba absolutamente limpio del «usufructo de sepultura.»

El nudo-propietario, pausada y sentenciosamente, mientras yo dejaba correr los acontecimientos y me callaba como un cuco, replicó:

— Pero, vamos a ver; si te dan todo por tus días, ¿cómo vas a tener el nicho que es para cuando se te acaben los días?

El «enamorado del nicho» se limitó a contestar que porque sí, que es lo que se contesta cuando a uno no se le ocurre nada. Añadió su contradictor.

— Si todo se te da «de por vida» ¿cómo se te va a dar el nicho que es «de por muerte»? (Silencio en la parte contraria). Lo más que podía ser es que emplees el nicho en los niños que se te mueran mientras tú vivas.

Tuve que contener al favorecido con la hipótesis.

Arreglé el asunto no con Justiniano, ni con Triboniano, ni con Winscheid. Con cuarenta duros, en homenaje a la «jurisprudencia de intereses», por los que el usufructuario cedió sus derechos de goce.

Y apenas se marcharon me lancé, como un lobo, sobre la Biblioteca para ver qué había del «usufructo de sepultura». Algo hay aislado y un libro de un obispo de Orense, que se titula «Derecho Funeral» y es completo y útil.

2. ¿Qué diré de los aficionados en tema de contrato?

Como sería imposible la vida si para cada movimiento biológico, hubiéramos de dirigirlo por el Médico, porque las cosas naturales se hacen naturalmente; del mismo modo el inmenso y caudaloso río de contratación, por la que el hombre se realiza en el comercio con los demás y con las cosas, se estancaría y pudriría con daño para la especie humana, si hasta en su más pequeño hilo de agua hubiera de ser encauzado por los profesionales del Derecho.

Nadie toma aspirinas bajo receta y vigilancia del Médico.

Me referiré tan solo a la obsesión de seguridad por la que el aficionado al redactar su contrato no acaba de añadir cláusulas y casi deja en paro forzoso a la Divina Providencia.

Con igual criterio las hipotecas se redactan no con la diligencia de un buen padre de familia, sino con la de veinte buenos padres de familia y el deudor paga, al menos en teoría, si mira al Norte, si mira al Sur, si mira a cualquier otro de los puntos cardinales, si se retrasa y si se adelanta, si favorece al prestamista con las mejoras de la finca y, cuando la desmejora, soporta, al menos en teoría, la acción de devastación.

He dicho dos veces en teoría porque es de justicia reconocer que de ordinario los acreedores se comportan con muchísima más humanidad y más flexibilidad que la que pudiera temerse de los textos en donde aparecen multitud de frenos y cautelas que casi nunca se utilizan, porque también el deudor suele actuar de buena fe.

3. En el apasionante, divertido y además trágico *tema del inquilinato* pululan los aficionados de tal modo, que no me resisto a ofrecerlos un ramillete de ejemplos:

a) *Aficionado a legislar*. El 16 de noviembre de 1938 el Gobierno Civil de Sevilla, publicaba en la prensa de allí: «Normas reguladoras de la contratación de Arrendamientos de Locales dedicados a vivir en esta ciudad» y seguía un particular Código de inquilinato.

b) *Aficionados periodistas*.

«Informaciones» del 10 de abril de 1942 encabezaba así con grandes y gruesas letras una noticia:

«La famosa cláusula primera de los contratos de inquilinato no autoriza a plantear desahucios.»

Sólo ustedes pueden paladear un rótulo tan divertido.

«Pueblo» el 26 de febrero de este año también con gran derroche tipográfico al comentar la sesión de las Cortes españolas nos da la siguiente novedad. «Las playas serán de dominio público.»

«Serán». Como si no lo hubieran sido siempre.

c) *Aficionado humorista*.

Un periódico, de la tarde, de Roma, el 30 de noviembre de 1946, insertaba, en su sección de anuncios por palabras, el que sigue:

«Tumba de familia, lujosa, completamente nueva, cedo a cambio de un piso con dos o tres habitaciones».

d) *Aficionados con contrariedades amorosas.*

Hace muy pocos días el «ABC», de Madrid, insertaba a doble columna este anuncio:

1.ª línea: Vendo piso.

2.ª línea: *Porque ya no me caso.*

La 3ª línea era la dirección del interesado.

No es arriesgado aventurar dado el noble arte captatorio de las doncellas españolas que el anunciante, cuya psicología queda clara en el anuncio, se ha casado y no ha vendido el piso.

e) *Aficionados arbitristas.*

«Pueblo», en noviembre de 1952 recogió de uno de ellos la opinión de que el problema de la vivienda se podía resolver a través de un empréstito que tendría por garantía «el propio destino que se daba al capital» y se recaudaría «mediante un sello provivienda del necesitado», una lotería al estilo de la Cruz Roja, o algún gravamen especial para los impuestos de lujo.

Son frases literales.

Preguntado quién pagaría los intereses, se limitó a decir: «eso es harina de otro costal».

Al año siguiente consiguió esta otra receta:

«Que se resuelve suprimiendo todos los impuestos y expropiando todas las riquezas urbanas.»

f) *Aficionados aberrantes.*

Un viejo santón del urbanismo español que, con tanta superficialidad como desdén, publicó hace tiempo:

«Para resolver el problema de la vivienda se precisa que haya menos Abogados.»

4. *El testamento*, aparte de los legítimos intereses a que sirve y de las no menos necesidades legítimas de la vida a que atiende, llena como ningún otro el hambre de mandar y de sobrevivir.

Lo que se les ocurre a algunos testadores es algo que desborda toda fantasía.

Sin llegar a tanto recordaré que en un mismo «Boletín Oficial del Estado» aparecen dos resoluciones de las que ahora tan sólo nos interesan los «hechos».

En la primera: que la Excma. Sra. doña... otorgó el año 1916 un testamento en cuya cláusula 57...

En la segunda: que don Fulanito falleció bajo siete testamentos abiertos. Pues tuvo la rarísima habilidad de dejarlos a todos vigentes.

Además de la afición al derecho que los dos casos declaran, ¡me entra una nostalgia por la época! ¡Qué tiempo!, ¡qué ritmo! y ¡qué tranquilidad!, cuando una señora se sentaba ante su escritorio y tenía bríos para en la cláusula 57 montar, como montó un fideicomiso de bigote ¡que todavía daba guerra en el año 1958!

5. *A las letras de cambio* se les ha perdido hoy el respeto y se protestan por kilos. Son buena presa de los aficionados, que las retocan cuando nacen, mientras caminan, al llegar al fin último del pago, si fracasan en el infierno de la ejecución y si como el ave fénix resurgen de sus cenizas mediante la letra renovada.

El aficionado temeroso desborda al sobrio texto legal con sus cautelas, hijas en un mucho de la experiencia y en algo de la ignorancia.

El acepto sacramental se ve sustituido por cosas así:

«Acepto cantidad, vencimiento, domicilio para el pago y protesto y que se me ha hecho provisión de fondos como causa suficiente.»

«ACEPTO vencimiento, domicilio y la cantidad de 35.511 pesetas por reconocimiento de deuda de cantidad recibida, en diversos materiales, que en los anteriores, no pagué, y a favor de... Madrid a 27 de noviembre de 1968.»

Dentro de poco en la representación se copiará el poder integro, en el aval todo el capítulo de la fianza mercantil y en la expresión de causa, todo el contrato subyacente.

Son innumerables *los aficionados retocantes* que, a veces sin malicia ni propósito ni consecución de daño, visten y maquillan a la letra según los vientos que encuentra en su camino. Aparecen las tachaduras de la cláusula «sin gastos» o de algún domicilio, los interlineados, los suplementos e, incluso, otras menciones extra-cambiarías que son como advertencias que se hacen mientras la gran «vedette» que es la letra va desgranando su canción.

-- *El aficionado devorador.* El 3 de mayo de 1968, un carpintero de Milán dijo, que prefería comerse las dos letras de cambio que le presentaban antes de pagarlas, y pasando a los hechos arrebató los documentos de manos del presentador y se los tragó en pocos segundos. ¿Influencias de las antiguas novelas de espionaje? ¿Hambre de crédito en el material sentido de la palabra? ¿Ley biológica del devorar para no ser devorado?

El aficionado irresponsable. «Telexpres», de 27 de noviembre de 1968, se «metía» con los Notarios, lo que está bien, porque carga y gloria de las tres grandes profesiones existenciales es soportar una antiquísima tradición de latigazos.

Las gentes se «meten» con los curas, los médicos y los abogados, nunca con los geólogos o con los matemáticos.

Pues bien, aseguraba el «Diario» que ganábamos mucho dinero con los protestos que, según él, físicamente no podríamos hacer.

El periodista en 27 de noviembre de 1968 ignoraba pura y simplemente que veintidós años antes, o sea, en 31 de diciembre de 1945 se había derogado el requisito de la puesta del sol; de igual modo no se había enterado de la importante modificación de 22 de julio de 1967.

6. *Sobre expropiaciones* lo que dije de que ningún profesional del derecho se atrevería a conducir una costosísima locomotora, a manejar una perforadora de minas, o un conjunto de maquinaria pesada de nivelación y desfonde de terrenos, porque no podría; el error se advertiría en el acto y los daños a las personas y a las cosas serían tan graves como inmediatos.

En cambio, el ingeniero de minas, de caminos o el agrónomo y muchas veces un simple administrativo se atreven, o, justo es decirlo, se ven obligados a manejar las complicadas y peligrosas máquinas de la expropiación, porque los errores no se notan en el acto ni en el acto se advierten el deterioro grave de la confianza en el derecho y en la justicia que producen, sin advertencia, sin propósito y sin demérito.

De un próximo artículo sobre el surrealismo en la expropiación doy tan sólo dos adelantos.

La multitud de actas *previas* a la ocupación, he dicho *previas*, y por tercera vez repetiré *previas a la ocupación*, en la que el re-

presentante administrativo por su iniciativa hace constar para el pago de intereses lo que sigue:

«Que esta parcela de la que estamos levantando el acta previa a la ocupación, está ocupada ya por nosotros desde hace tal o cual tiempo». A veces años.

La expropiación de urgencia de lo que no hay urgencia ninguna en ocupar ni utilizar.

Conservo docenas de actas de ocupación por urgencia en la que el representante administrativo elogiosamente dice: «que por ahora no necesitará para nada la parcela» y se autoriza al expropiado para que «siga en su disfrute hasta que la entidad expropiante la precise».

Nuestro compañero González Pérez, en la Revista, ha explicado que el procedimiento de urgencia, se emplea para poder hacer expropiaciones sin dinero y demorar el pago durante años.

VII

¿QUE LECCION NOS OFRECE EL AFICIONADO?

La que voy a sacar ahora mismo:

1. Ya hemos visto que el fenómeno del aficionado juridico está inserto en la condición del hombre, nace de que el derecho se ajusta al hombre, le encaja al hombre, le viene bien y cualquier persona tiene una aspiración natural e irremediable a intervenir en él, en mayor o menor medida, sus condiciones y según las circunstancias. Se trata de una tendencia natural, de un hecho natural que si se le encauza aprovecha y es dañoso cuando se desborda, porque no se le han puesto límites. La última raíz de toda aristocracia está en el sentido del límite.

Y yo superando la razón de mal que tiene el aficionado sin olvidarla, quiero sacar su razón de bien.

2. Razón de mal es la carga que supone para los profesionales. Yo he discutido con Ingenieros descollantes, llenos de vitalidad y de interés, plenamente capaces, un artículo mal redactado de la Ley de Zonas Regables cuya primera película inteligible les enga-

ñaba sobre los profundos problemas de posesión, dominio, acto complejo administrativo, orientación de la norma hacia el equilibrio y la justicia que apenas advertían. Yo he discutido así muchas veces y sé la carga que ello significa.

Descarto el caso insólito del aficionado soberbio y engreído que hace cuestión de amor propio su tesis jurídica y abusa de sus privilegios de funcionario. Podéis creerlo o no, pero en mi larga experiencia sólo lo he visto en contadas ocasiones.

Razón de mal objetiva es que una técnica manejada por imprevistos produce irremediablemente entorpecimientos y daños. De estos últimos los mayores son los morales: erosión de la justicia, de la seguridad jurídica, de la confianza en el derecho y en la administración y como resumen el resentimiento.

3. Pero por fortuna, mejor dicho, por disposición de la Providencia, la razón de bien compensa a la razón de mal y en ocasiones la sobrepasa.

El aficionado jurídico:

Nos estimula, obligándonos a la divulgación, contra la soberbia del hermetismo, y con el beneficio de madurar, perfilar y definir nuestros saberes, porque en nada se aprende más que enseñando a otros.

Nos aporta ideas nuevas, aires nuevos, perspectivas nuevas; nos saca del cómodo sillón de nuestras suficiencias y de nuestros hábitos y nos tira más allá de nuestras lindes para que veamos nuestra parcela desde fuera.

Refrena nuestra vanidad al demostrarnos que, aunque el 90 por 100 restante es lo que distingue al profesional del aficionado, basta de ordinario un 10 por 100 de técnica para ejercer decorosamente una carrera.

Nos concede el gran regalo de la contradicción, con motivo, porque, a veces, está en lo cierto; o sin motivo, lo que es más provechoso todavía.

Si Santo Tomás, que fue una cumbre de la voluntad por santo y una cumbre de la inteligencia por sabio, hubiera sido condenado de por vida a recibir un asentimiento y aplauso continuo, se hubiera inevitablemente corrompido en el orden de la inteligencia y en el orden de la voluntad.

Por eso no me explico cómo los poderosos, de autoridad o de dinero, no se gastan lo que sea en pagar a una persona discreta e inteligente que le sirva de «contradictor de cámara» como los «médicos de cámara» o «músicos de cámara» que tenían sus colegas de otro tiempo.

Suple a los profesionales. Yo he vivido dos casos.

En un alto pueblo de Soria, que me parecía un Sinaí hipotecario, el Juez estaba de Comisión en la Vice-presidencia del Gobierno, la Notaría llevaba años sin proveerse, no había Secretario Judicial y el Registro pasó largo tiempo vacante hasta que yo llegué.

Dos hermanos, uno, como Oficial del Registro, y otro, como Oficial de la Notaría a la vez que del Juzgado, llevaban con normalidad toda la vida jurídica, que no se detiene en espera de que lleguen los funcionarios. Y la llevaban bien para nuestra enseñanza.

Años más tarde en un pueblo lindero con la provincia de Huelva, un Juez, no de carrera, demostró la teoría de Eugenio D'Ors, de que las épocas históricas no se suceden, sino que van superponiéndose las unas a las otras y, a veces, cuándo y dónde se rompe y debilita la actual, por el descosido o roto, aflora la que estaba debajo, la sub-historia.

Así aquel Juez, sin saberlo, como Monsieur Jourdain, hizo aflorar la época de la antiquísima contratación judicial romana. Tenía impresos una serie de procedimientos simulados, por los que discurría toda la contratación menuda de la comarca.

VIII

CONCLUSION

1. Si el aficionado nos pregunta, nos estimula, nos contradice y nos suple, está reconociendo, con su conducta y no con sus palabras, que de muchos saberes y realidades puede prescindir, empequeñeciéndose, más sin dejar de ser hombre; pero que del derecho no puede desinteresarse ni prescindir, porque se pierde la dignidad de la persona y la vida no merece ser vivida.

2. Al derecho mismo rinden homenaje los aficionados jurídicos. Habrá que apartar los casos patológicos, encauzar, poner límites a los otros.

Pero no nos disguste que tan gran número de visitantes vengan de continuo a nuestra casa jurídica, pues si no tuvieran un interés vital, existencial, no vendrían.

3. Es cierto que las visitas desordenan, ensucian, causan ciertos desperfectos; que hay que expulsar a los mal educados. Es cierto.

Pero no es menos cierto que en conjunto demuestran el interés por el derecho y, sobre todo, una servidumbre que a este le nace de su propia grandeza:

El derecho es un misterio de tal anchura, de tanta longitud, de tanta profundidad que no nos podemos permitir los profesionales la equivocación y la injusticia de reservarlo en exclusivo para nosotros, sin dejar algo a los divertidos y queridos aficionados.

He dicho.

RAFAEL FLORES MICHEO

Notario de Madrid y Registrador de la Propiedad.

Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NECESIDAD DE LA PREVIA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURAS PÚBLICAS DE ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE BUQUES: RÉGIMEN ANTERIOR AL TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE ABANDERAMIENTO, MATRICULACIÓN DE BUQUES Y REGISTRO MARÍTIMO DE 20 DE JUNIO DE 1968. III. LOS CRÉDITOS PERSONALES QUE AFECTAN AL BUQUE, INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL ¿GOZAN DE PREFERENCIA RESPECTO AL CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA NAVAL? IV. LOS CRÉDITOS DOTALES O PARAFORENALES DE ADMINISTRACIÓN ENTREGADA AL MARIDO, DE LA MUJER DEL ARMADOR Y LA LEY DE HIPOTECA NAVAL. V. LA INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS EMBARCACIONES DE RECREO. VI. PROBLEMAS DE TÉCNICA NOTARIAL QUE PLANTEA LA ADQUISICIÓN DEL BUQUE POR SU CONSTRUCCIÓN: A) *Inscripción del buque en construcción: documentos precisos al efecto:* a) Construcción por economía. b) Construcción por empresa. B) *Inscripción del buque ya construido:* a) Construcción por economía. b) Construcción por empresa. C) *Capacidad y representación del constructor naval para otorgar la escritura de entrega del buque.* D) *Consideraciones fiscales de la construcción de buques amparados por la Ley de Protección y Renovación de la Flota Pesquera.* VII. INTERVENCIONES NOTARIALES PREVISTAS POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE ABANDERAMIENTO, MATRICULACIÓN DE BUQUES Y REGISTRO MARÍTIMO DE 20 DE JUNIO DE 1968: 1. *Acta notarial que recoja la manifestación del armador de que se propone iniciar el expediente preciso para lograr la matriculación definitiva del buque.* 2. *Copia autorizada de la escritura de entrega del buque.* 3. *Transferencia de la titularidad y de la propiedad de los buques:* a) Del buque en construcción. b) Del buque ya construido: a') Autorización previa a la transferencia. b') Autorización posterior a la transferencia. c') Autorización a la imposición, modificación o extinción de gravámenes sobre el buque. VIII. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL PREVISTA EN LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA DESGRAVACIÓN FISCAL A LA ENTREGA DE BUQUES: a) Escritura de entrega del buque. b) Copia legalizada del documento acreditativo de la conformidad del armador a que el importe de la desgravación fiscal se satisfaga al constructor por haberse concertado entre ambos los oportunos acuerdos en orden al reintegro al armador de las cantidades que en su caso se hubieran repercutido sobre él por razón de los impuestos desgravados. IX. ¿ES BIEN DE EQUIPO EL BUQUE A LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE VENTAS DE BIENES MUEBLES A PLAZOS? X. EL CRÉDITO SOCIAL PESQUERO Y LA PRÁCTICA NOTARIAL.

I

INTRODUCCION

Quizá haya sido el Derecho Marítimo la rama de la ciencia jurídica que más rápida evolución haya experimentado en los tiempos modernos, como consecuencia de muy diversos factores.

En nuestra patria, el desenvolvimiento de la industria de la construcción naval, las necesidades crecientes de modernización de las flotas mercante y pesquera, y la intervención administrativa fomentando la construcción naval, hacen que las normas de publicidad del buque contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, no menos que la vetusta e inadecuada Ley de Hipoteca Naval de 4 de febrero de 1893 y, por supuesto, el Código de comercio, planteen serias dudas al Notario encargado de autorizar instrumentos relacionados con el buque y al Registrador competente para inscribirlos.

Diversas normas especiales relacionadas con las cosas del mar—desgravación fiscal, abanderamiento, matriculación de buques y Registro Marítimo y Crédito pesquero—prevén intervenciones del Notario. Este debe interpretar tales normas e integrarlas en el cuerpo general de nuestra legislación y doctrina. Ello le obliga a estar en perpetuo estudio de las novedades legislativas y jurisprudenciales en materia marítima, sobre todo, si ejerce su profesión en un puerto de alguna importancia.

II

NECESIDAD DE LA PREVIA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURAS PUBLICAS DE ENAJENACION O GRAVAMEN DE BUQUES.—REGIMEN ANTERIOR AL TEXTO REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE ABANDERAMIENTO, MATRICULACION DE BUQUES Y REGISTRO MARITIMO DE 20 DE JUNIO DE 1968.

El Código de comercio refleja la concepción liberal librecambista típica de su época en lo que se refiere a la enajenación del

buque. Según la misma, el buque es un bien como otro cualquiera, que se adquiere y trasmite por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho. La autoridad no interviene en la libre transferencia de esta propiedad, y tan sólo toma nota de su existencia declarando obligatoria la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, y en el Registro de la Comandancia de Marina. Sólo excepcionalmente en tiempo de guerra cabrá intervenir las facultades del propietario, pero tal intervención terminará cuando termine el estado de excepción.

Tal régimen funcionó durante los primeros años del siglo actual, pues sólo con motivo de la Guerra Europea, los Reales Decretos de 7 de enero de 1916 y de 26 de enero, 15 de marzo y 28 de octubre de 1917 y 22 de octubre de 1920 prohibieron la venta de los buques a los súbditos extranjeros y la condicionaron entre los españoles. Se establecía que los Registradores Mercantiles denegarian la inscripción de las transferencias de buques en tanto no se justificara con el oportuno acuse de recibo haberse dado cuenta de la misma al Ministerio de Fomento.

El Decreto de la Segunda República, de 22 de agosto de 1931, prohibió la venta de buques a extranjeros o la constitución de hipoteca a favor de los mismos. Se sanciona a la infracción de la prohibición con la nulidad del acto. La Ley de 27 de febrero de 1939 previó se autorizara por el Consejo de Ministros la hipoteca sobre buques nacionales a favor de personas naturales o jurídicas extranjeras.

La anormalidad provocada por nuestra guerra civil dio origen a la Ley de 2 de marzo de 1938, por virtud de la que todos los buques dedicados a la navegación y pesca marítimas, quedarían intervenidos y a disposición del Gobierno, que podría ordenar su utilización para la defensa nacional o las necesidades del tráfico marítimo. Se concedían al Gobierno facultades posesorias y de administración, respecto de los buques intervenidos sin perjuicio de los derechos de propiedad y de la justa y legal compensación a favor de los legítimos propietarios y armadores, quienes recobrarían la totalidad de los atributos de la propiedad y la plenitud del ejercicio de los derechos que les pertenecían, tan pronto como desapareciesen las circunstancias extraordinarias que originaron su limitación. Se consideraron nulos y se declararon prohibidos

todos los actos de enajenación, gravamen o libre disposición, que sin autorización expresa del poder público pudieran haberse efectuado a partir de 18 de julio de 1936, o se efectuaren en lo sucesivo por propietarios o armadores, subsistiendo la mencionada prohibición hasta el momento en que por quedar restablecida la normalidad de la vida del Estado, se levantara la intervención que tal ley establecía.

Era claro que el sistema de la Ley de referencia duraría lo que las necesidades del Gobierno, precisaren. Así para su liquidación se dictó el Decreto de la Presidencia de 25 de mayo de 1939 ordenando la devolución de los buques mercantes intervenidos. Parecía, pues, lógica la vuelta al sistema del Real Decreto de 7 de mayo de 1921: bastaría la simple notificación de la transmisión del buque a la autoridad competente, so pena de denegación de la inscripción en el Registro Mercantil, pero quedando suprimido cualquier sistema de previa autorización de la misma. Pero, no obstante, el tenor literal de la Ley de Intervención, un Decreto de 20 de agosto de 1942, ordenó que la compraventa, permuta, cesión, dación en pago, o cualquier otra transmisión onerosa de cualquier clase de embarcaciones de más de doscientas toneladas, precisara la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante.

Y llegamos, finalmente, al régimen recientemente derogado, establecido por el Decreto de 23 de mayo de 1947. Su artículo 1.º concedía un plazo de seis meses a partir de la publicación de tal disposición en el «B. O. del Estado», para que todo propietario o Entidad propietaria de un buque que hubiera adquirido por escritura notarial no inscrita en la Comandancia de marina, solicitara de la Subsecretaría de Marina Mercante la inscripción a su nombre, acompañando los documentos exigidos en el Real Decreto de 8 de agosto de 1924. Las adquisiciones que no se hubieran realizado por medio de escritura pública ante Notario, deberían llenar tal formalidad. El artículo 2.º de tal disposición disponía que los propietarios de toda clase de embarcaciones o buques, no podrían transmitirlos a título oneroso o lucrativo, ni realizar acto alguno de gravamen sobre los mismos, sin antes proveerse de la autorización previa de la Subsecretaría de la Marina Mercante, *según dispone la Ley de 2 de marzo de 1938*. La autorización previa podría ser delegada por la Subsecretaría de Marina Mercante en el

Comandante Militar de Marina de la provincia de la matrícula del barco, si éstos tuvieran un tonelaje inferior a doscientas toneladas. El artículo 3.º, que por los Notarios no se autorizaría ninguna escritura por la que se transfiriera o gravare la propiedad de los buques, si antes no se le había justificado por el propietario-vendedor la previa autorización. El artículo 4.º, que igualmente los Registradores Mercantiles denegarían la inscripción de los títulos de transmisión o gravamen de la propiedad de los buques, en los casos en que los propietarios no hubieran cumplido lo ordenado por el Decreto. Finalmente, el artículo 5.º regulaba las consecuencias de la infracción: multa de hasta cincuenta mil pesetas según las circunstancias del caso; ordenar la detención o amarre del buque *hasta que por llenarse los requisitos que en dichos artículos se preceptúan*, pueda obtenerse la inscripción en los Registros de las Comandancias Militares de Marina, *sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil en cuanto a la eficacia de dichos actos o contratos* (1).

Este sistema nos sugiere las siguientes reflexiones: es manifiestamente ilegal, pues apoya su eficacia en la Ley de Intervención de la marina mercante, derogada por su propia naturaleza y por su tenor literal, como antes vimos. Querer resucitar una disposición derogada para que apoye los propósitos intervencionistas de la Administración es grave y provoca la perplejidad del intérprete.

Y no se diga que el Decreto que comentamos constituye una interpretación auténtica de la Ley de 2 de marzo de 1938, pues, es evidente que tal tipo de interpretación debe producirla una disposición del mismo rango que la interpretada.

Supuesto que en la práctica haya prevalecido la aplicación de tal disposición, lo cierto es que no sanciona con la nulidad la falta de la previa autorización de las enajenaciones o gravámenes de buques. Así resulta de la interpretación del último inciso del artículo 5.º que tras establecer las sanciones de falta de la previa autorización, estatuye *«sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil en cuanto a la eficacia de dichos actos o contratos»*. El mismo precepto permite la detención o amarre del buque *«hasta que por lle-*

(1) Una crítica del sistema del Decreto en Buenaventura CAMY SÁNCHEZ CAÑETE: *La nueva regulación del Registro Mercantil*, pág. 323

narse los requisitos que en dichos artículos se preceptúan, pueda efectuarse su inscripción en los Registros Marítimos de las Comandancias Militares de Marina». No cabe duda, a la luz de tales preceptos, de la posibilidad de que la Administración transforme la previa autorización de la enajenación o gravamen del buque en subsiguiente aprobación del acto, válido y eficaz, aunque irregular desde el punto de vista administrativo, y por tanto, sancionable.

Desde el punto de vista práctico, la delegación de la facultad de autorizar la enajenación o gravamen en la Comandancia Militar de Marina del puerto de la matrícula del buque, para embarcaciones inferiores a doscientas toneladas, introducía la necesaria flexibilidad en el sistema.

Sin embargo, la taxativa prohibición a los Notarios de autorizar escrituras de enajenación o gravamen de buques y a los Registradores Mercantiles de inscribirlas en tanto no se hubieran cumplido las prescripciones del Decreto, hacía casi inoperante el régimen de validez y eficacia del acto de enajenación. Validez, que por otra parte, era contraria a la misma Ley de Intervención, cuyo artículo 3.º sancionaba con la nulidad los actos de enajenación, gravamen o libre disposición realizados sin autorización administrativa, hasta que se levantara la intervención que por la Ley se establecía. Y entonces: o se había levantado la intervención, en cuyo caso cesaba, con la intervención, el régimen de la previa autorización administrativa, o no se había levantado, en cuyo supuesto era ilegal que un Decreto declarara válido lo que una Ley había declarado fuera nulo.

Pues bien, los Notarios, ateniéndose a los preceptos citados y al artículo 145, párrafo 2.º de su Reglamento de 2 de junio de 1944, que les prohíbe autorizar actos contrarios a las leyes o en los que se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos, y los Registradores, al principio de legalidad insito en el sistema registral, venían a negar la autorización o la inscripción a los actos de enajenación o gravamen de buques sin la previa autorización administrativa. Ello planteaba graves problemas en casos de urgencia suma, tan corrientes en el tráfico moderno, y era una tortura para los Notarios celosos en su cometido de «aconsejar a quienes reclamen su ministerio los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos

que aquellos se proponen alcanzar», principio fundamental de su actuación, según el artículo 1.º, párrafo 2.º de su Reglamento.

Por eso apareció una práctica, consistente en autorizar las escrituras de enajenación o gravamen de buque que exigiera la urgencia del caso, aún sin previa autorización administrativa, dejando subordinada la eficacia de la transmisión a la obtención de la pertinente aprobación del acto, que funcionaría como «conditio iuris» de la plenitud de los efectos civiles de la transmisión o gravamen. Estos actos quedaban perfectos pero no consumados; obtenida la aprobación administrativa, y sólo entonces, se producía la pérdida de la propiedad en el trasferente y la adquisición en el adquirente, de la propiedad o del gravamen. Las partes no podían retractar sus declaraciones de voluntad, pues a ello les obligaba la Ley del contrato.

Este sistema arbitrado por la práctica creaba una situación jurídica, durante la pendencia de la aprobación, similar a la enajenación realizada sin previo poder o representación legal a que alude el artículo 1.259 del Código civil, pero sin posibilidad de retractación por parte de ninguno de los contratantes, o a la enajenación sujeta a la condición suspensiva (art. 1.120 del Código civil), pues en definitiva la «conditio iuris», contemplada expresamente por las partes como condicionante del contrato, se convertía en «conditio facti».

Tal fórmula notarial provocaba un acto cuya liquidación del Impuesto de Derechos Reales en rigor debía quedar en suspenso, por estar en suspenso la adquisición o el gravamen.

La inscribibilidad de tal transmisión no ofrecía dudas a nuestro juicio, pese a la dicción literal del artículo 4.º del Decreto que comentamos, que no prohibía la inscripción de una enajenación o gravamen de buque subordinada a la obtención de la aprobación administrativa. Tal acto condicionado era inscribible, por el principio que concede acceso al Registro a las suspensivas (art. 23 de la Ley Hipotecaria).

La fórmula de referencia, que no infringía el Decreto que comentamos, era preferible a la simple promesa de venta del buque, con todos los problemas interpretativos que el precontrato lleva consigo, y a la interpretación judicial, según la que su incumplimiento se trocaba en simple acción para reclamar los daños y per-

juicios. Ello sin contar el problema planteado cuando el trasferente moría o se incapacitaba. Con la fórmula que arriba hemos comentado, el vendedor o deudor hipotecario "tenía que prestar un único consentimiento al tiempo de otorgar la escritura de enajenación o gravamen, no podía retractar tal consentimiento, prestado además en escritura pública, inscribible con el acompañamiento de la aprobación administrativa, y su ulterior muerte la incapacitación no impedía la inscripción, pues la aprobación no afectaba a la esencia del contrato, sino era un mero trámite administrativo.

Se planteaba la duda de si el vendedor podía dar por recibido el precio de la venta de manos del comprador. Ello parecía burlar el texto del Decreto, pues el precio se recibía en el acto de la escritura de venta o se confesaba su recibo anterior, el comprador entraba en posesión material del buque, amparado en su caso por un poder notarial que le otorgaba el vendedor, y en la práctica realizaba actos materiales de dominio sobre el buque.

Pero creemos no afectaba a la legalidad de la fórmula el hecho de recibir o confesar, recibido el precio de la venta, el vendedor. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil) permite derogar el régimen normal de las condiciones suspensivas en las obligaciones de dar (art. 1.120 del mismo cuerpo legal, preceptos que no son de Derecho necesario, sino voluntario. Ciertamente que el precepto últimamente citado piensa en una obligación condicional en que se suspenden la entrega de la cosa y del precio, y dicta reglas congruentes con este planteamiento. Pero nada impide y si las necesidades del tráfico aconsejan que el comprador anticipe el cumplimiento de su obligación, convencido del carácter formulario de la autorización administrativa, máxime cuando muchas veces va a recibir simultáneamente con el otorgamiento de la escritura, la posesión material del buque, que le permite su explotación «ut dominus». En tal caso, las partes no tendrán que liquidarse cantidad alguna por productos del buque ni intereses del precio, a tenor del mismo artículo 1.120.

Las consideraciones hechas en torno de la fórmula que hemos estudiado, cobraron respaldo reglamentario al entrar en vigor el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 y

la reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959. A tenor de la disposición adicional 4.ª del primero de los cuerpos citados, en las materias no previstas en el mismo, en cuanto no se opongan a él serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento Hipotecario (2).

Pues bien, la reforma introducida en el segundo de los cuerpos legales por Decreto de 17 de marzo de 1959, en su artículo 98, párrafo 3.º, creemos tiene una trascendencia directa en el problema que nos ocupa. Dispone tal párrafo añadido por la reforma que cuando leyes u otras disposiciones impongan como requisito para otorgar o inscribir determinado título la autorización, licencia, aprobación o cualesquiera otra intervención de una autoridad administrativa, o la comunicación previa o posterior a los mismos, el Registrador si no se acredita su cumplimiento, podrá practicar la inscripción con la reserva en la inscripción de no haberse justificado y la advertencia de que transcurridos dos años desde la fecha del asiento será cancelado de oficio o a instancia de parte si no se hace constar tal requisito. Pero deberá denegarse la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.

La posible responsabilidad del Registrador mercantil por inscribir la enajenación condicionada a la obtención de la aprobación subsiguiente, se desvanece con la aplicación al Registro de buques del precepto contenido en el artículo y párrafo que hemos transcrito. No cabe duda que examinado el Decreto de 23 de mayo de 1947 no sanciona con la nulidad del acto de enajenación sin la previa autorización administrativa, antes, al contrario, declara expresamente la validez de tal acto, y permite la subsanación posterior de la autorización. Por tanto, se aplica a la enajenación condicional el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo 3.º y no en su párrafo 4.º, por imperio del mismo artículo 5.º del Decreto de 23 de mayo de 1947.

Por tanto, el Registrador Mercantil, bajo el imperio del Decreto tan repetido, debía inscribir en los términos y con las limitaciones del artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario, la escritura pública de transmisión de un buque en la que no se le accredi-

(2) Para una crítica de dicho precepto véase el mismo autor, obra citada, página 311.

tare al Notario la previa autorización administrativa, y el mismo hubiere subordinado a la condición suspensiva de la aprobación, la eficacia de la transmisión. Subsanado el defecto, debería hacerse constar la autorización en el Registro Mercantil mediante nota al margen de la inscripción provisional que dicho precepto prevé.

III

LOS CREDITOS PERSONALES QUE AFECTAN AL BUQUE, INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL ¿GOZAN DE PREFERENCIA RESPECTO AL CREDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA NAVAL?

La Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893 se dictó con un propósito concreto: fomentar el crédito naval, eliminando la prohibición que para hipotecar el buque establecía la interpretación conjunta del artículo 1.874 del Código civil y 585 del Código de comercio. Por tanto, su propósito es fragmentario y la técnica jurídico registral que emplea, sumamente anticuada, pues obedece a la doctrina jurisprudencial hipotecaria de su época. Ha sido preciso que el Reglamento del Registro Mercantil actualice algunos de sus preceptos.

Uno de los mayores fallos y dificultades de tal cuerpo legal lo constituye la interpretación de sus artículos 18, 19 y 36.

A tenor de los dos primeros nombrados, para que el precio de la venta de los créditos refaccionarios del buque puedan perjudicar a la hipoteca naval es necesario que consten en el Registro Mercantil. El artículo 19 señala los requisitos para que el precio aplazado conste en el Registro Mercantil. Y el artículo 36 establece que ningún crédito, con excepción de los enumerados en el artículo 31 de la Ley tendrá preferencia sobre la hipoteca naval si no está inscrito en el Registro Mercantil correspondiente.

El sistema que parece desprenderse de tales preceptos es que los créditos personales afectan a la hipoteca naval si se inscriben en el Registro Mercantil, aunque no tengan repercusión jurídico real alguna sobre la nave por su propia naturaleza. Dicho acceso al Registro pueden tener lugar mediante la inscripción del precio

aplazado en la compraventa del buque, en los términos que regula el artículo 19 de la Ley, o la anotación del crédito refaccionario en los que establecen los artículos 20 a 23 de la misma, o finalmente, por cualquier otro procedimiento por el que tenga acceso al Registro un crédito meramente personal contra el propietario de la nave, en los términos del artículo 36, con lo que el sistema de preferencia a favor del crédito hipotecario naval que es uno de los pilares fundamentales de la Ley de 21 de agosto de 1893, queda gravemente afectado.

Dándose cuenta del problema que tales preceptos plantean e intentando paliar sus perjudiciales efectos, el artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil estatuye que en casos de venta de un buque con precio aplazado se expresarán en la inscripción, además de las circunstancias enumeradas en la Ley de Hipoteca Naval, que la parte de precio aplazado queda garantizada con pacto resolutorio expreso de la venta o con hipoteca especial.

El problema creado por la Ley de Hipoteca Naval fue originado por una interpretación jurisprudencial de la Ley Hipotecaria en virtud de la que se estimaba que consignado en el Registro de la Propiedad el aplazamiento del precio de la venta de una finca, la acción resolutoria dimanante del contrato, por falta de pago del precio, a tenor del artículo 1.124 del Código civil, surtía efectos contra terceros, aun sin necesidad de garantía especial, por tratarse de una acción resolutoria ejercitada en virtud de una causa de resolución que constaba explícitamente en el Registro (3).

Esta opinión jurisprudencial fue recogida por la Ley de Hipoteca Naval que claramente dispuso que la expresión del mero aplazamiento de precio en la compraventa de buques surtiera efectos contra el crédito hipotecario naval.

Sin embargo, la reforma hipotecaria de 1944-1946 rechazó tal opinión jurisprudencial para el aplazamiento de precio en las compraventas de fincas, por considerarla contraria a los principios de publicidad y especialidad y, consiguientemente, a los intereses del tráfico. De ahí la redacción del artículo 11, párrafo 1.º de la vigente Ley Hipotecaria, que establece que la expresión del aplazamiento del pago en las compraventas de inmuebles, no surtirá efectos en perjuicio de terceros, a menos que se garantice aquél

(3) SANZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, pág. 422.

con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutorio explícita.

Pero tal reforma no se ha extendido a la reforma de los artículos antes citados de la Ley de Hipoteca Naval, sino ha quedado tímidamente apuntada en el artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil, de evidente rango legislativo inferior a la Ley, que intenta paliar el problema desconociendo plenamente un precepto de superior rango normativo. No en balde CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (4) habla de la «maquiavélica forma en que deroga, sin manifestarlo, un precepto de la Ley, revistiendo para ello el ropaje de norma aclaradora y adjetivadora de aquella».

Creemos que el precepto del Reglamento citado, merece las siguientes consideraciones: a) No puede, en modo alguno, privar de su plena eficacia a la expresión de precios aplazados en la compra-venta de buques que conste en el Registro Mercantil con anterioridad a la vigencia del Reglamento. b) Podría incluso sostenerse el mismo criterio respecto de las ventas otorgadas antes de la entrada en vigor del Reglamento y que accedan al Registro Mercantil después de su entrada en vigor, porque lo cierto es que el vendedor tenía un derecho sustantivo, consagrado en la Ley de Hipoteca Naval de garantizar su crédito, y el hecho del retraso en la inscripción del mismo no puede perjudicarlo, por carecer el reglamento de disposiciones transitorias que exijan un plazo especial de presentación de los documentos otorgados antes de la entrada en vigor del mismo. c) Tal norma impone una norma adjetiva, de calificación, al Registrador Mercantil, pero no priva de validez al asiento que redacte el funcionario sin tener en cuenta dicho precepto, o sea, sin establecer expresamente una hipoteca o condición resolutoria en garantía del precio plazado, y limitándose a consignar el aplazamiento del precio, puesto que continúan en plena vigencia los artículos 18 y 19 de la Ley de Hipoteca Naval. d) No es incorrecta la escritura notarial de venta de un buque en la que queda aplazado en todo o en parte el precio de la enajenación, sin constitución de garantía real: el artículo 156 del Reglamento es norma que afecta al Registrador Mercantil, no al Notario; la denegación de la inscripción de la escritura concebida en tales términos, o la suspensión de la inscripción, por tal pretendido

(4) Obra citada, pág. 327.

defecto, es inadmisibile y el recurso gubernativo contra tales calificaciones registrales prosperaria siempre. e) Está mal planteado el problema en los términos en que lo hace CAMY SÁNCHEZ-Cañete (5): denegar o suspender en tal caso la inscripción del precio aplazado, pero en modo alguno de toda la venta cuya perfección no queda disminuida porque se haya pactado o no pactado alguna garantía para la seguridad del precio aplazado, y sin perjuicio de que para practicar el asiento se obtenga la conformidad del presentante, de conformidad con el párrafo 3.º del artículo 434 del Reglamento Hipotecario.

En efecto, la falta de consignación en la escritura de las garantías reales que exige el precepto que comentamos para la consignación del precio aplazado en el Registro Mercantil no puede constituir un defecto subsanable ni insubsanable, que afecte en todo o en parte al título inscribible. Se confunden en tan docta opinión doctrinal el problema de la trascendencia real o intrascendencia real de un pacto, y el de su validez o nulidad, confusión que provoca la dicción del precepto del Reglamento Hipotecario aducido.

El Registrador Mercantil, atenazado entre el tenor de la Ley de Hipoteca Naval y de su propio Reglamento del Registro Mercantil, debe abstenerse de calificar la falta de garantía real del precio aplazado como defecto subsanable o insubsanable. Debe inscribir el aplazamiento del precio, pero haciendo constar que tal aplazamiento no tiene garantía especial que previene el artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil. Lo cual, es decir, la verdad a medias, puesto que el precepto de la Ley de Hipoteca Naval sí que garantiza frente a terceros el precio aplazado aun sin mención de garantía expresa. Pero la colisión de preceptos legal y reglamentario no debe resolverla un funcionario calificador, sino remitir la cuestión a los Tribunales que juzguen acerca del problema planteado.

Otra cosa seria privar al comprador del derecho de hacer constar en el Registro Mercantil las cantidades satisfechas a cuenta del precio aplazado, y dejar un vacío en el Registro acerca de un punto que la Ley Hipotecaria común exige en la mención del precio o valor de los bienes: la forma en que se hubiera conve-

(5) Obra citada, pág. 328.

nido el pago (art. 10 de la Ley Hipotecaria y 58 de su Reglamento).

La interpretación del artículo 36 de la Ley de Hipoteca Naval no deja de suscitar dudas al intérprete. Creemos que tal precepto no ha sido objeto de comentario profundo, por lo que su importancia ha quedado oscurecida, dentro del sistema de créditos preferentes al crédito hipotecario naval.

GARRIGUES (6) dice textualmente a este respecto: «hay otros créditos que tienen carácter preferente sobre la hipoteca sólo en determinadas condiciones establecidas en los artículos 32 a 35 de la Ley... Todos estos créditos tienen que haberse producido durante el último viaje. Fuera de ellos ningún otro crédito tiene preferencia sobre la hipoteca naval si no está inscrito en el Registro Mercantil correspondiente».

Por el contrario, URÍA (7) parece adverso a la tesis que sustentamos al relacionar el artículo 36 con los supuestos de los artículos 33 a 35: «Por otra parte, también tienen preferencia sobre la hipoteca naval algunos créditos siempre que se hayan inscrito en el Registro y se den las condiciones especiales que señala la propia ley (art. 36 de la Ley y 159 del Rg. del Reg. Merc.): se trata de las cantidades tomadas en préstamo a la gruesa (art. 33), del importe de la avería gruesa (art. 34) y de los créditos refraccionarios (art. 35)» (8).

Hay que observar en pro de una y otra posición, que la tesis de GARRIGUES no tiene en cuenta la modificación del Reglamento del Registro Mercantil, dada la fecha de la reimpresión de la obra que la contiene. URÍA, por el contrario, teniendo a la vista el nuevo Reglamento del Registro Mercantil priva de sustantividad al artículo 36, al relacionarlo con los supuestos de los artículos 33 y 35, entendiendo que sin inscripción en el Registro Mercantil, tales créditos no gozan de preferencia sobre la hipoteca naval.

Entendemos que la tesis de URÍA priva de eficacia al artículo que comentamos, al hacerle decir lo mismo que ya dicen los artículos 33 a 35: que los créditos especiales que tales preceptos regulan deben estar inscritos en el Registro Mercantil. Tal recurso hermenéutico sólo en casos extremos puede ser empleado por el

(6) *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, pág. 587.

(7) *Derecho Mercantil*, pág. 721.

(8) No se plantea el problema SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, pág. 211.

intérprete y, desde luego, nunca cuando otra interpretación permite dar sentido y sustantividad al precepto.

La interpretación que estimamos correcta es la que otorga preferencia al crédito personal inscrito en el Registro Mercantil, cuando el mismo afecta al buque, aun cuando no con los caracteres de un genuino derecho real. Se trata, en definitiva, de la actualización de la tesis de GARRIGUES.

Según dicha interpretación gozan de preferencia respecto del crédito garantizado con hipoteca naval los siguientes: a) Créditos que no necesitan la inscripción en el Registro Mercantil: los previstos en el artículo 31. b) Créditos que gozan de preferencia, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, previa la fase de publicidad provisional en el «folio volante» de la certificación del Registro Mercantil que previene el artículo 612 del Código de Comercio: los regulados en los artículos 32 a 35. c) Créditos personales relativos al buque, pero sin los caracteres de derecho real, previa la inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad a la inscripción de la hipoteca naval (art. 36). d) Créditos refaccionarios del buque, sobre el aumento de valor experimentado por la refacción, siempre que se proceda en la forma que establece la Ley (arg. artículo 23 en relación con los arts. 18, 20, 21 y 22).

Y no se diga que no puede darse un crédito personal relativo al buque, que, en virtud de la inscripción en el Registro Mercantil, cobra preferencia sobre la hipoteca naval, porque dicho Registro sólo puede acoger, por analogía con el de la Propiedad, derechos reales o, al menos, situaciones jurídico-reales relativas al buque. Tal interpretación privaría de nuevo de contenido al artículo 36, obligando a referirlo a los supuestos de créditos refaccionarios relativos al buque, ya regulados en los artículos dichos de la Ley de Hipoteca Naval. En efecto: si no se refiere a los supuestos de los artículos 32 a 35, ¿a qué otro supuesto podría referirse, fuera del crédito refaccionario?

La pretendida analogía entre el buque y la finca, a los efectos del juego de los principios registrales en el Registro de Buques y el de la Propiedad debe tomarse con la debida precaución. Recordemos la crítica de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE a tal analogía, en nota (2). Los principios de inscripción obligatoria y publicidad material funcionan de modo diverso respecto del buque que respecto de la finca.

La entrada del buque en la vida jurídica registral tiene lugar en virtud de copia certificada de la matrícula o asiento del buque, expedido por el Comandante de Marina de la matrícula del buque (artículo 149 del Reglamento del Registro Mercantil). La intervención administrativa, respecto a los actos de transferencia o gravamen del buque, crea un sistema sin parangón con el tráfico jurídico inmobiliario. Todo ello nos lleva a no aplicar automáticamente los preceptos y doctrinas del Derecho Registral Inmobiliario al Derecho Marítimo.

Por ello no tiene nada de extraño y aberrante el que el Registro, abierto a cada buque, publique situaciones jurídicas de crédito que adquieren preferencia sobre la hipoteca naval en virtud de la mera inscripción. El sistema de publicidad de los gravámenes relativos al buque, menos evolucionado y menos atento a la seguridad del tráfico naval que a la seguridad del derecho del acreedor del buque, permite que un mero crédito personal goce de tal preferencia por el mero hecho de estar inscrito en el Registro Mercantil. El acreedor hipotecario naval debe consultar el Registro del buque y comprobar que ningún crédito está inscrito con anterioridad al suyo propio: de otro modo debe sufrir la preferencia.

Ello no significa que el Registro convierta en derechos reales los meros créditos personales, pues de ninguna manera existe aquí el derecho de persecución del buque inherente a todo derecho real, sino un mero derecho de preferencia frente al acreedor hipotecario naval, que evidentemente perturba su posición privilegiada, y que puede ser hecho valer en vía de ejecución hipotecaria, como tercera de mejor derecho, subsistencia del crédito anterior inscrito, pese a la adjudicación del buque hipotecario a tercero, etc. Ni siquiera puede gozar tal crédito de preferencia especial frente a otros créditos no hipotecarios, pues la Ley de Hipoteca Naval no pretende sino regular los créditos preferentes a la hipoteca naval, pero no resolver enteramente el espinoso problema de los créditos privilegiados sobre el buque.

La interpretación que propugnamos tiene su apoyo en otros preceptos de la Ley de 21 de agosto de 1893, en preceptos de la legislación de protección y renovación de la flota mercante y en normas del Código de comercio y del Código civil.

Así, el artículo 32 de la Ley dispone que tendrán preferencia

sobre la hipoteca naval los *derechos o créditos* litigiosos que antes de la inscripción hipotecaria hubieren sido anotados preventivamente en el Registro Mercantil en virtud de mandamiento judicial, cuando queden reconocidos en sentencia ejecutoria o en transacción otorgada o aprobada por todos los interesados. La propia ley, creemos, distingue aquí entre derechos litigiosos—entre los que cabrá cualquier situación jurídico real que afecte al buque, verbigracia, un crédito refaccionario, no hecho constar en el Registro, en la forma prevista en la Ley que es controvertido judicialmente—y créditos litigiosos sin eficacia real, pero que el Juez ordena anotar, previo un estudio acerca de su trascendencia y documentación, y en su día reconoce en sentencia ejecutoria, o son hechos firmes por transacción.

Tal interpretación no choca con el sistema del Código de comercio que en su artículo 22, párrafo 3.º ordena la inscripción de la imposición, modificación y cancelación de gravámenes *de cualquier género* que pesen sobre los buques.

El Reglamento del Registro Mercantil, por su parte en el artículo 145, párrafo 4.º transcribe casi literalmente las palabras del precepto del artículo 22, párrafo 3.º del Código de comercio. Y en el artículo 172 regula la cancelación de la hipoteca naval como la de *cualquier otro derecho* sobre un buque.

Es evidente que el Reglamento del Registro Mercantil, promulgado en nuestros días, en época de mayores conocimientos registrales que en la promulgación del Código de comercio y de la Ley de Hipoteca Naval, pudo haber hablado de gravámenes de naturaleza o trascendencia real, que modificarán alguna de las facultades del dominio de los buques, haciendo suya la fórmula del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario. Pero no lo ha hecho, dándose cuenta de su papel meramente adjetivo, y no continuando la tendencia expresada en su propio artículo 156 que anteriormente comentamos.

Pero es que la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante dispone en su artículo 14 que los créditos hipotecarios concedidos por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Naval, e inscritos en el Registro Mercantil tendrán preferencia sobre todo *otro crédito o gravamen*—obsérvese la amplitud de la redacción—, que pueda afectar al buque hipotecado *y que no figure inscrito en*

dicho Registro con anterioridad a la hipoteca constituida a favor del Instituto. Ello parece seguir fielmente la interpretación del artículo 36 de la Ley que comentamos.

En efecto: el crédito hipotecario naval concedido por el Instituto no tiene preferencia sobre los créditos o gravámenes inscritos en el Registro Mercantil con anterioridad a la de dicho crédito hipotecario. La dualidad «créditos» o «gravámenes» responde al sistema del Código de comercio: «gravámenes de *cualquier género*».

Consiguientemente a dicho precepto, y habida cuenta de que el artículo 11 de la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante exige que el crédito naval vaya reforzado con *primera hipoteca*, todo buque en cuyo Registro exista un crédito personal inscrito, será inapto para el crédito naval, a menos que se cancele o posponga tal crédito.

Otra cuestión es que en aras de la seguridad del crédito naval, deba desaparecer, de «*iure condendo*», el artículo 36 de la Ley, que es verdaderamente perturbador y no se puede decir que atienda a ninguna necesidad práctica. Pero ello lleva a la necesidad de reformar totalmente la Ley de la Hipoteca Naval y el propio Código de comercio, labor que en nuestros tiempos no parece muy tentadora. Por otra parte, y mientras el crédito naval esté monopolizado por organismos autónomos de la Administración, dotados de propios medios de investigación y adecuada asesoría jurídica, es evidente que el peligro de que las hipotecas navales sean pospuestas a créditos personales inscritos es mínimo, a tenor de los preceptos citados de la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante. El tráfico hipotecario naval, fuera de tales organismos autónomos—Crédito Social Pesquero y Banco de Crédito a la Construcción—es insignificante.

Por supuesto, que una reforma de la Ley de Hipoteca Naval en tal sentido estaría en la línea del Derecho Marítimo Comparado, hoy muy favorable a la restricción del número de los créditos privilegiados sobre la hipoteca naval. España ratificó el Convenio de Bruselas de 1926, que disponía dicha restricción, sin que hasta la fecha haya adecuado su legislación interna a tal Convenio.

Dando, pues, por demostrada nuestra tesis a la luz de los copiosos argumentos que hemos aducido, ¿cuáles son los casos en que un crédito meramente personal tiene acceso al Registro de

buques, pese a la norma coartadora del artículo 156 del Reglamento del Registro Mercantil?

A tenor del artículo 32, párrafo 4.º de la Ley, cualquier crédito contra el propietario del buque, puede ser anotado en el Registro de buques si se convierte en litigioso y el Juez lo ordena mediante mandamiento. Un simple préstamo, una liquidación de cuentas derivadas del comercio marítimo o cualquier otro crédito personal, puede acceder al Registro de buques y gozar de preferencia sobre la hipoteca naval. Al Juez le corresponderá la delicada labor de decretar la anotación en virtud de título bastante, rechazando las solicitudes de anotación temerarias, caprichosas, impertinentes o indocumentadas.

Nótese que la doctrina de la Ley de Hipoteca Naval y de la Ley Hipotecaria son distintas: en la primera, tienen acceso a la anotación cualesquiera créditos contra el propietario del buque, a juicio del Juez que despacha el mandamiento de anotación; en la segunda, sólo las demandas que afectan a la propiedad de los bienes o que tienen su base en un crédito ejecutivo (art. 42, párrafos 1 a 4 de la Ley Hipotecaria).

Otro supuesto, no previsto por el artículo 156 del Reglamento, es el del contrato de construcción de buque en el que el constructor no se da por satisfecho en la escritura de entrega del precio de la obra ejecutada por cuenta del propietario del buque, sino queda aplazado parte de ese precio. Tal supuesto está previsto por el artículo 149 del mismo Reglamento, que luego estudiaremos a otros efectos, que habla de «la escritura pública de entrega del mismo que deberá otorgar el constructor a favor del dueño y en la que se hará constar el precio convenido y la forma y condiciones en que se haya realizado o *deba realizarse su pago*». Es obvio que dicho precepto, en clara desarmonía con el artículo 156 del Reglamento, sigue la buena doctrina del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en que se exige conste en el Registro de la Propiedad la forma en que se hubiere hecho o *convenido* el pago del precio. Por tanto, la mención del precio aplazado en el Registro de buques, del contrato de construcción, que permite e impone el artículo 149 del Reglamento, conserva a favor del constructor y a cargo del propietario del buque un crédito personal, que figura inscrito por definición en el Registro Mercantil, y, por tanto, goza del privilegio

del artículo 36 en relación con el crédito hipotecario naval que se inscriba con posterioridad.

La constancia de tal precio aplazado impedirá el acceso del buque al crédito hipotecario naval, por obra conjunta de los artículos 11 y 14 de la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante. Será preciso, pues, que el constructor posponga su preferencia al crédito hipotecario a fin de que el propietario pueda hipotecar el buque.

Otro crédito personal con constancia en el Registro Mercantil, puede haberse originado por la cancelación de la hipoteca de un crédito hipotecario naval, dejando subsistente el crédito personal que la hipoteca amparaba. Hemos observado el supuesto de hecho en nuestra práctica profesional. Nos imaginamos las dificultades calificadoras del Registrador Mercantil a la hora de certificar acerca de la libertad de cargas del buque. Porque con la interpretación que propugnamos, el crédito desprovisto de la hipoteca que en su día lo garantizaba, goza de la preferencia que establece el artículo 36 de la Ley.

Concluyendo: la reforma que el artículo 156 del Reglamento ha querido introducir en la Ley de Hipoteca Naval, sobre ser subrepticia y de dudosa legalidad, deja sin regular varios supuestos de créditos que aun desprovistos de los caracteres de un genuino derecho real, gozan de preferencia sobre la hipoteca naval. por el mero hecho de constar inscritos en el Registro de buques.

Este sistema de la Ley de Hipoteca Naval engarza perfectamente con el del Código civil (art. 1.924, 3.º: los créditos que *sin privilegio especial* consten en escritura pública o sentencia firme, por el orden de antigüedad de las escrituras y sentencias) y del 913, 3.º del de comercio (acreedores escriturarios conjuntamente con los que lo fueren por títulos o contratos mercantiles intervenidos por agente o corredor).

IV

LOS CREDITOS DOTALES O PARAFORENALES DE ADMINISTRACION ENTREGADA AL MARIDO, DE LA MUJER DEL ARMADOR Y LA LEY DE HIPOTECA NAVAL

Relacionado con el problema que hemos estudiado en el epigrafe anterior, está el que plantea el artículo 36, párrafo 2.º, de la misma Ley de Hipoteca Naval. Dispone el mismo que la mujer casada, aunque consten inscritos sus aportaciones o derechos en el libro de comerciantes del Registro Mercantil, no tendrá prelación respecto a los créditos o derechos de terceros, inscritos o anotados sobre la nave cuando no aparezca a su favor hipoteca expresa sobre la misma nave o la obtenga conforme a Derecho Común, la cual hipoteca surtirá sus efectos desde que fuere inscrita en el Registro de buques en la forma prevenida por la Ley. El artículo 164 del Reglamento del Registro Mercantil desarrolla este precepto.

El sistema de la Ley creemos es consecuencia de la doctrina del artículo 1.344 del Código civil, a cuyo tenor la dote confesada por el marido, cuya entrega no constare o constare, sólo por documento privado no producirá más efecto que el de las obligaciones personales.

En efecto, la Ley Hipotecaria de 1861 consagró en sustancia el sistema que apunta el artículo que hemos transcrito. Pero el Código de comercio, al regular la inscripción en el libro de comerciantes individuales de los créditos dotales o paraforenales de la mujer (art. 21,9), podía hacer creer a terceros que quedaban privilegiados tales créditos por el mero hecho de estar inscritos en tal Registro, en los términos del artículo 36, párrafo 1.º, de la Ley. Por eso dicha Ley en su párrafo 2.º del citado precepto, excepciona el sistema del párrafo 1.º. La aparente desarmonía entre el Código de comercio y el Código civil quedó zanjada por una ley especial a todos esos cuerpos legales.

Según dicho precepto se impone a la mujer del armador del buque que haya entregado dote o paraforenales solemnemente a su marido la carga de recabar la constitución, a su favor, de la hipoteca naval en garantía de los créditos eventuales que resulten de

la administración del marido o de la devolución de las cantidades entregadas en tales conceptos.

No se diga que el problema carece de actualidad, pues aunque es cierto que la entrega de dote o de parafernales es desusada en las provincias de Derecho común, las provincias catalanas, de tanta solera marinera todavía presentan con relativa frecuencia casos de constitución de dote o parafernales entregados. Y aunque la inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil es voluntaria, lo cierto es que la del naviero es obligatoria (art. 69, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil).

En consecuencia, con tal opinión, creemos que cuando la entrega de la dote o de los parafernales no constare, o constare sólo en documento privado, la mujer no tendrá derecho a exigir hipoteca legal y, consiguientemente, el crédito por dote o parafernales quedará sin preferencia alguna respecto a los créditos o derechos de tercero inscritos o anotados sobre la nave.

Sin embargo, en los términos del artículo 1.345 del Código civil y 170, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, podrá la mujer exigir la constitución de hipoteca legal en garantía de dote confesada.

La posibilidad de hipoteca voluntaria en garantía de dote confesada es dudosa, a la luz de reiteradas, aunque antiguas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La aplicabilidad de tal doctrina, que puede decirse es común entre nuestros hipotecaristas, es evidente a la luz del artículo 164 del Reglamento del Registro Mercantil, que constituye una remisión expresa a los preceptos del Reglamento Hipotecario.

El precepto de la Ley que comentamos contempla el problema de la preferencia de los créditos dotalos o parafernales de administración entregada de la mujer del propietario del buque, no sólo desde el punto de vista del crédito hipotecario naval que con tales créditos uxorios concurre, sino, caso insólito en el sistema de preferencias de la Ley, desde el punto de vista de cualesquiera terceros que anoten o inscriban sus créditos o derechos sobre la nave.

Sin embargo, el sistema del Código civil, en que los terceros, cualesquiera que sea su género, se ven protegidos frente a la confesión del marido de dote, se ve modificado, ya que la Ley de Hipoteca Naval exige que los derechos o créditos de tales terceros

estén inscritos o anotados en el Registro de buques. Se entiende que con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, pues si la inscripción fuera posterior, no habría colisión posible. Pero si los créditos o derechos de tercero no estuvieran anotados o inscritos o lo estuvieren con posterioridad a la hipoteca legal a favor de la mujer, prevalece tal hipoteca legal, por virtud del principio de publicidad registral.

V

LA INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LAS EMBARCACIONES DE RECREO

La definición del antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1919, «se reputarán buques, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino... cualquier aparato flotante destinado a los servicios de la industria o comercio marítimo», dejaba pocas posibilidades a la inscripción en el Registro de las embarcaciones de recreo. Esta concepción reglamentaria, fruto de una concepción histórica del Derecho Marítimo como Derecho del comercio marítimo, era insuficiente para la moderna vida del tráfico (9).

Tal concepción está arrumbada por la nueva redacción del artículo 146 del nuevo Reglamento, a cuyo tenor se reputa buque «cualquier otro aparato flotante destinado o *que pueda destinarse* a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial».

A tenor de tal definición, cualquier embarcación de recreo tiene acceso al Registro Mercantil, pues puede destinarse a dicho servicio, sin que el Registrador Mercantil pueda exigir que se le acredite el posible destino comercial, verbigracia, mediante una certificación expedida por el organismo competente. El posible destino se presume siempre y no debe ser probado (10).

(9) GARRIGUES (Ob cit., pág. 549), señala que queda sometida al Código de Comercio toda la contratación privada que se desarrolle en torno a un viaje marítimo de recreo o el seguro de ese viaje, o el posible abordaje que sufra el buque en tal ocasión.

(10) SÁNCHEZ CALERO (ob. cit., pág. 202) entiende que la noción de buque queda restringida al exigir que el buque se dedique a «servicios de la industria

La inscripción en el Registro Mercantil tiene la importantísima consecuencia de hacer apta la embarcación para el crédito hipotecario naval.

El criterio reglamentario concuerda con el sostenido por el texto refundido de las disposiciones sobre abanderamiento, matriculación de buques y Registro Marítimo, en cuyo artículo 3.º, 3, 5, se dispone que en la Lista Quinta del Registro de Matricula se registrarán las embarcaciones de construcción nacional o debidamente importadas de cualquier tonelaje o tipo, cuyo fin exclusivo sea practicar el deporte sin fin lucrativo. Y el artículo 7.º, 7, 6, señala que corresponde al Jefe del Registro comunicar a través del Comandante de Marina a los Registros Mercantiles las alteraciones que se produzcan en el asiento de matricula de los buques, tanto de carácter físico como jurídico, tales como... constitución, modificación y extinción de gravámenes. Es evidente, que el más caracterizado de los gravámenes que pesan sobre el buque es la hipoteca naval, lo cual presupone a la vez la previa inscripción en el Registro Mercantil de la propiedad del buque. Por tanto, las embarcaciones de recreo no sólo son inscribibles en el Registro Mercantil, sino pueden ser gravadas con la hipoteca naval. Ello sin perjuicio de lo que luego estudiaremos a propósito de la posible configuración de la embarcación como bien de equipo.

VI

PROBLEMAS DE TECNICA NOTARIAL QUE PLANTEA LA ADQUISICION DEL BUQUE POR SU CONSTRUCCION

A) Inscripción del buque en construcción: documentos precisos al efecto.

El Código de comercio sólo alude a la construcción del buque y al contrato de su construcción, en escasos preceptos (art. 574 del Código de comercio). Ello es lógico, pues el contrato es una modalidad del arrendamiento de obra, con o sin suministro de mate-

o el comercio» con lo que parece están excluidas las embarcaciones que tengan otro destino (vgr. las de recreo; en sentido opuesto, art: 3.º, 5º del texto refundido del Registro Marítimo).

rial (arts. 1.588 y sigs. del Código civil), sin particularidades de regulación.

Conviene distinguir en esta materia dos modalidades de construcción naval: la construcción por economía, en que el constructor naval construye para sí y se reserva la propiedad de la embarcación construida, o bien luego la enajena, y la construcción por empresa, en la que el futuro armador del buque contrata con unos astilleros la construcción de la embarcación, «a forfait» o por precio estipulado por unidades de obra realizada, suministrándole o no los materiales.

Sólo la construcción por empresa corresponde al contrato de construcción: la construcción por economía es una «specificatio» que realiza el propietario de los materiales y no se puede calificar de tal contrato.

En la actualidad la construcción por economía está en franco retroceso ante el moderno desarrollo de la técnica naval, que obliga a construir embarcaciones sólo por medio de empresas especializadas y provistas de fuertes capitales e ingentes ayudas de los poderes públicos. Sin embargo, la pequeña pesca de bajura en el litoral de nuestra península, que todavía da trabajo a decenas de millares de familias, todavía conoce tal modalidad de construcción para embarcaciones de modestísimo tonelaje.

La construcción por empresa normalmente adopta la modalidad de arrendamiento de obra con suministro de la totalidad de los materiales por la empresa constructora.

Prescindimos de estudiar el problema de la naturaleza jurídica de tal contrato, que ha agitado las plumas de los juristas desde Gayo en adelante: adoptamos la conclusión de que al menos en la construcción naval la organización del trabajo humano y las actividades técnicas que desarrolla la empresa constructora priman sobre el valor de los inertes materiales que componen el buque y, por tanto, permiten seguir calificando de contrato de arrendamiento de obra a aquel en que la empresa constructora suministra además el material.

La legislación referente al contrato de construcción del buque está pensando en la hipótesis clásica de constructor naval que ejecuta en su integridad la obra y entrega el buque totalmente terminado y apto para hacerse a la mar. Sin embargo, en la actua-

lidad, la construcción de buques pesqueros obliga a una modalidad de contrato que se aleja de tal esquema. En efecto: el futuro armador contrata con un astillero la construcción del casco desnudo, lo matricula provisionalmente en el Registro Marítimo, y lo remolca a un taller montador donde le acoplan el equipo propulsor, que ha comprado a una empresa especializada en la construcción de motores marinos. Los talleres montadores de buques aparte de acoplar el motor al casco, propiedades ambas ya del armador, suministran materiales eléctricos, equipo frigorífico y habilitan al buque así formado para las faenas de pesca.

Tal modo de construir plantea delicados problemas a la técnica notarial, pues carece de encaje legal en nuestra legislación, lo que tiene repercusiones importantes, sobre todo de naturaleza fiscal.

El artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval, plausiblemente, con el fin de facilitar al máximo la construcción naval, regula la hipoteca del buque en construcción. Como trámite previo de la inscripción de tal hipoteca y acatando la doctrina del artículo 15 del mismo cuerpo legal—«la primera inscripción de cada buque será la de propiedad del mismo»—prevé la inscripción del buque en construcción en el Registro Mercantil, con carácter provisional. Y hallándose ante un absoluto vacío legislativo, regula los documentos precisos para obtener tal inscripción, con olvido absoluto de los documentos notariales.

Examinaremos los dos supuestos de la inscripción del buque en construcción: la construcción por economía y la construcción por empresa.

a) Construcción por economía: El mismo precepto de la Ley establece que para la inscripción «el dueño o armador presentará en el Registro Mercantil una solicitud acompañada por una certificación expedida por un constructor naval en que conste el estado de construcción del buque...» No nos interesa el contenido de los requisitos que exige el precepto, y que se reducen a un proyecto del buque, sino la forma anómala y extraña de inscribir el buque en construcción en virtud de una mera solicitud privada.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (11) sostiene que ni en la Ley de Hipoteca Naval ni en el Reglamento se dice nada sobre las formalida-

(11) Obra citada, pág. 316.

des externas de esta solicitud, lo cual no quiere decir el que puedan quedar al arbitrio del solicitante, sino que tenemos que acudir a otros preceptos para determinarlas. Indica en tal sentido que el modelo oficial de inscripción número 21 exige la legitimación notarial de la firma del solicitante y la certificación acreditativa del estado en que se encuentre la construcción del buque, expedida por el Ingeniero Naval.

¿Es posible que el Notario legitime tal solicitud?

La manifestación del solicitante de que tiene en construcción un buque es una declaración de ciencia: del estado en que se encuentra el buque en construcción de su propiedad. Declaración de ciencia que tiene que ser corroborada por la certificación de un constructor naval y del Ingeniero Naval competente en el lugar de la construcción.

Vemos, pues, desde el primer momento, la trascendencia de tal solicitud: la intervención oficial que la misma exige, hace que sea imposible—a diferencia del Registro de la Propiedad—la inscripción en el Registro de buques de uno inexistente.

Pero es que tal solicitud además de una declaración de ciencia, contiene una declaración de voluntad: la solicitud de que se inscriba en el Registro de buques un buque en construcción cuyas características se expresan. Tal solicitud es trámite puente para poder inscribir en el mismo Registro una hipoteca naval, que tiene por objeto un bien mueble registrable, pero que se califica de inmueble a efectos de la misma (art. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval).

La inscripción en el Registro de buques de la hipoteca altera además el régimen de los créditos existentes contra el propietario del buque en construcción, que de gozar de la preferencia, según las reglas ordinarias, vienen a sufrir la preferencia del crédito hipotecario naval, y consiguientemente, retroceden en su rango, salvo los supuestos privilegiados de los artículos 31 y siguientes de la Ley, o sea, en la práctica, todos retroceden, puesto que tales créditos preferentes al crédito hipotecario naval presuponen un buque ya construido, e incluso que realiza un viaje... que por definición un buque en construcción no puede realizar.

Todo ello nos lleva a afirmar que el Notario no debe legitimar la firma de tales solicitudes. Es sabido que el Reglamento Notarial

en su artículo 144, párrafo 2.º dispone que «contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento... los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas y actas, tendrán como delimitación, en orden a su contenido, la que el Reglamento les asigna». Y el artículo 257 del mismo Reglamento dispone que «están autorizados los Notarios para dar testimonio de legitimidad de firmas de toda clase de personas... cuando les conste de modo indudable la legitimidad, y con tal de que estos documentos estén extendidos en papel del timbre del Estado que corresponda según la legislación vigente *y que no sean de los comprendidos en el artículo 1.280 del Código civil*».

Vemos, pues, que el Notario está *autorizado* para legitimar según su Reglamento, no *obligado* a ello. Y, por supuesto, no puede un modelo oficial de inscripción del Registro Mercantil, imponer una obligación a un funcionario ajeno a tal Registro. El propio Reglamento Notarial que impone al Notario una obligación de autorizar cuantos actos lícitos se sometan a su jurisdicción, salvo que exista causa legal o imposibilidad física que lo impida (artículo 3, 3.º), pudiendo ser revocada su negativa a intervenir o autorizar por la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 145, 4.º), no prevé una revocación semejante de la negativa a legitimar la firma en un documento privado. Creemos, pues, acertada la tesis de GONZÁLEZ PALOMINO (12) al dejar al exclusivo arbitrio del Notario la legitimación de firmas de documentos privados.

Pero aun cuando fuere obligatoria la legitimación de la firma, la íntima relación que la solicitud tiene con la inscripción de la hipoteca naval, evidentemente un contrato que afecta a un inmueble, y, por tanto, comprendido en el número 1.280, 1.º del Código civil, obliga al Notario a denegar tal actuación, por entender que pone en riesgo grandes intereses relacionados con el buque sin la adecuada garantía de una escritura pública, y sin el pleno conocimiento de causa que el estudio previo de una escritura pública puede procurarle.

¿Cuál debe ser el medio de que acceda al Registro de buques

(12) *Negocio jurídico y documento*, pág. 31.

un buque en construcción construido por economía? Evidentemente, la escritura pública de declaración de propiedad del buque en construcción, diga lo que diga la Ley de Hipoteca Naval. Puede este cuerpo legal habilitar un medio para que un mero documento privado acceda al Registro de buques, si quiere, aun contra el tenor del artículo 23 del Código de comercio. Pero lo que no puede el legislador es dejar sin el adecuado complemento reglamentario tal título, pues de lo contrario el Registrador Mercantil correrá el riesgo de la falsificación de firmas del defecto de capacidad de los firmantes, etc., al no contar con la colaboración notarial.

Tal escritura de declaración de propiedad del buque en construcción es perfectamente legal e inscribible, a tenor del artículo 1.º de la Ley Orgánica del Notariado, que regula la competencia universal del Notario para dar fe de los actos extrajudiciales, y la única que garantiza a terceros afectados por el acto del propietario del buque en construcción.

b) Construcción por empresa: La Ley de Hipoteca Naval prevé para este supuesto que cuando la construcción se verifique por contrato deberá inscribirse éste, presentando una copia del mismo, firmada por el dueño o naviero. Parece que tal precepto está previendo que el contrato de construcción figure en documento privado, pues las copias de escrituras notariales no van firmadas por los otorgantes.

Las consideraciones anteriormente expresadas en punto a la legitimación de las firmas de los contratantes, son, en general, aplicables aquí. El Notario puede abstenerse de legitimar tales firmas y exigir en su lugar se le requiera para autorizar una escritura de contrato de construcción del buque. Aquí ni siquiera se trata de una declaración de ciencia y de voluntad del propietario constructor como en el supuesto anteriormente examinado, sino de un negocio jurídico bilateral: de un contrato, que debe revestir, notarialmente, la forma de escritura pública, y en el que el Notario debe controlar su licitud y eficacia conforme a las leyes, y abstenerse en su caso de autorizar un contrato nulo (artículo 145 del Reglamento Notarial).

Prescindiendo de este problema, la dicción de la Ley es incorrecta al exigir que el contrato vaya sólo firmado por el dueño o naviero. Si es el contrato privado original ¿cómo va a ir firmado

sólo por una de las partes contratantes? Debe interpretarse el precepto en el sentido de exigir la firma de ambas partes contratantes, si es que se quiere prescindir de la intervención notarial, con todos los riesgos que ello comporte.

B) Inscripción del buque ya construido:

a) Construcción por economía: El artículo 149, 3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que si el constructor fuera el dueño, se considerará título de adquisición la declaración de propiedad del interesado, en la que se haga constar esta circunstancia y las demás necesarias para la inscripción. La firma del declarante deberá estar legitimada por Notario.

Nuevamente tropezamos con el problema creado por el artículo 16 de la Ley de Hipoteca Naval, obvio precedente de este precepto.

¿Es obligatoria para el Notario la legitimación de la firma del solicitante?

Creemos que el precepto habilita un título para inscribir en el Registro Mercantil la propiedad del buque del que la construye por economía, y exige que sea legitimada la firma por el Notario. Sin tal legitimación, es evidente que nunca podrá tener acceso al Registro la declaración indocumentada e inauténtica de su propietario. Pero tal precepto impone la obligación de procurar la legitimación al propietario si quiere inscribir, no obliga al Notario a legitimar. Un Reglamento como el Mercantil que regula el quehacer funcionarista del Registrador Mercantil, no puede imponer la obligación de legitimar al Notario sin una declaración expresa en tal sentido, que derogue el criterio discrecional, de arbitrio del Notario, que establece el Reglamento Notarial. Y tal declaración expresa no existe.

Queda, pues, planteado el problema en los mismos términos que examinamos anteriormente. El Notario debe atenerse a los preceptos de su propio Reglamento que le imponen la máxima cautela en la legitimación de firmas de documentos privados.

El precepto que comentamos no anima mucho al Notario a prescindir de su cautela ante tal legitimación. En efecto, la misma no debe ir documentada con certificación del ingeniero naval ni de un constructor, como en el caso del buque en construcción.

Ello hace que el Notario, aunque, por supuesto, no responda del contenido de la declaración del pretendido propietario del buque, caso de falsedad, vea menoscabado el prestigio de su función al ser cómplice inocente del acto de un falsario.

Por supuesto, que tal falsedad puede darse también en el caso de otorgarse una escritura de declaración de propiedad de buque. Pero, al menos, la pérdida de prestigio profesional será siempre un riesgo de los que debe asumir todo funcionario en el ejercicio de su función.

Lo correcto es, pues, una escritura de declaración de propiedad del buque en que consten las menciones reglamentarias, como medio de inscribir el buque construido por su propietario.

b) Construcción por empresa: No distingue el Reglamento, según URÍA (13) entre las dos variedades de contrato de construcción de buque: con suministro de materiales por el constructor y con suministro de materiales por el comitente armador.

Cuando el constructor naval suministra el material, es evidente que su función especificadora convierte los materiales propios en un buque. No deja de ser propietario en ningún momento de dicho buque mientras dura la construcción (14). La consumación del

(13) Obra citada, pág. 724

(14) Según GARRIGUES (ob. cit., pág. 686), la solución no parece dudosa en el Derecho español, sólo mediante la tradición del buque pasará la propiedad a quien encomendó su construcción, sin perjuicio de la *traditio per chartam* que prevé el artículo 1.462 del Código civil. Para evitar los perjuicios de la quiebra del empresario, suele pactarse que habrá transmisión sucesiva de propiedad de las partes del navío a medida que se vayan construyendo. Semejante pacto es de dudosa validez en nuestro Derecho. Por ello es preferible el procedimiento de que el constructor constituya una hipoteca sobre el buque en construcción a favor del comitente. Sin embargo, tal solución—añadimos nosotros—priva de los beneficios del crédito naval al comitente, a menos que la hipoteca nazca pospuesta, o se nosponga posteriormente, a la que se constituya a favor del Organismo crediticio correspondiente.

SÁNCHEZ CALERO (Ob. cit., pág. 207) estima que para que la cláusula produzca los efectos de la transmisión de la propiedad de las secciones del buque es necesario que se otorgue la correspondiente escritura que se equipara a la entrega (art. 1.462, 2.º C. c.): en cuanto a su inscripción, en el Registro Mercantil, ver el artículo 149 del Reglamento del Registro. Por supuesto, que para inscribir en el Registro Mercantil el buque, es preciso que el mismo conste terminado, no estando prevista la inscripción de las secciones del buque en construcción, salvo el caso de hipoteca naval. La tradición instrumental de las secciones del buque en construcción no tiene acceso al Registro, pero tiene fecha fehaciente frente al tercer acreedor del comitente, y frente a su masa de la quiebra, y creemos produce el efecto de excluir al buque en construcción de la misma (arg. arts. 908 y 909 del Código de comercio).

contrato tiene lugar cuando el constructor entrega un buque en las condiciones pactadas, al armador comitente, apto para hacerse a la mar.

Tal entrega no es un mero desapoderamiento y apoderamiento de la posesión semejante al que existe entre el arrendador y el arrendatario respecto a la cosa arrendada, en cumplimiento de sus respectivas obligaciones de entregarla al iniciar el contrato—y devolverla al terminar—, sino alcanza un valor muy diverso. El comitente se hace dueño del buque en virtud de la entrega y esta es la «traditio» (art. 609 del Código civil), o modo, que unido al título traslativo—contrato de arrendamiento de obra con suministro de material—trasfiere la propiedad al armador.

Es correctísima la doctrina aplicable al supuesto de arrendamiento de obra con suministro de material por parte de constructor, por el Reglamento del Registro Mercantil, al decir en su artículo 149, párrafo 2.º, que «cuando la adquisición del buque tenga lugar en astillero por contrato de construcción se considera como título de propiedad del buque la escritura pública de entrega del mismo que deberá otorgar el constructor a favor del dueño, en la que se hará constar el precio convenido y la forma y condiciones en que se haya realizado o deba realizarse su pago». Además constarán en dicha escritura las circunstancias necesarias para la inscripción del buque.

Tal escritura de entrega refleja la fase de consumación del contrato de arrendamiento de obra. Normalmente el contrato en su fase de perfección no se articula en escritura pública, sino en documento privado en el que además de establecerse la forma de realizar la prestación el constructor naval, plazos y demás condiciones, calificación del buque a alcanzar, etc., se pactan minuciosamente la forma y modalidades de pago. Modalidades del mismo son: la subrogación del astillero en el derecho de gestionar y cobrar el crédito naval, fraccionamiento del pago mediante cambiales, prohibiciones de enajenar en garantía de los precios aplazados y a partir del 5 de octubre de 1966, convenios sobre la desgravación fiscal de impuestos que recaen sobre el astillero.

Nada impide que la escritura de entrega del buque, en lugar de ser el remate dispositivo de este complejo contractual, y expresión aséptica de la entrega del buque, con determinadas menciones

reglamentarias a fin de procurar su inscripción en el Registro Mercantil, vaya acompañada de una escritura pública de arrendamiento de obra con suministro de material por parte del constructor, en la que se establezcan las estipulaciones y obligaciones de ambas partes. La escritura de entrega actúa de «modus traditionis», de «traditio» instrumental del buque, que unido al «titulus traditionis», reflejado en la escritura de arrendamiento de obra con suministro de material, provoca la transferencia de la propiedad del constructor al armador.

Cuando el contrato de arrendamiento de obra se pacta con suministro de materiales por parte del propio comitente-propietario del buque, el Reglamento no tiene norma especial. En tal caso, el comitente adquiere originariamente la propiedad del buque, así construido, porque se trata de una transformación de materia que es propia del comitente y que nunca ha dejado de serlo. Parece que en tal caso mal puede entregar el constructor naval un buque que por definición no es suya. Sin embargo, el Reglamento no distingue tal supuesto del anterior, y plantea serias dudas al intérprete.

Una posible solución nos la ofrece el artículo 1.600 del Código civil, aplicable a tal supuesto. Según el mismo, el que ha ejecutado una obra en una cosa mueble puede retenerla en prenda hasta que se le pague.

Tal supuesto no entraña un genuino derecho de prenda en los términos del artículo 1.863 y siguientes del Código civil, pues falta el derecho de persecución que prevé el artículo 1.869 del mismo cuerpo legal, como dispone el artículo 1.922, párrafo 1.º.

Se trata de un mero derecho de retención en cuya virtud, el constructor naval que tenía la mera posesión natural del buque en construcción, adquiere el derecho a empezar a poseer en concepto distinto de dueño (art. 432 del Código civil), para conservar el buque en garantía de su crédito, mientras no se le pague.

Por tanto, si tiene un derecho de retención que entraña la posesión del buque a título distinto del de dueño, puede privarse de ese derecho de retención, entregando la posesión al comitente propietario del buque, quien se verá libre de la afección que tal derecho comporta, y adquirirá la posesión del mismo.

Como el Reglamento no distingue, la escritura de entrega de

posesión del buque por parte del constructor, al amparo de dicho artículo 1.600 será correcta e inscribible en el Registro de buques, siempre que contenga los requisitos de precio de la obra y circunstancias necesarias para la inscripción.

En cierto modo, la falta de distinción del Reglamento permite al constructor naval que no ha cobrado el precio, gozar de una garantía registral: la de que no se inscribirá la propiedad del buque a nombre del propietario comitente, sin su intervención, lo que obligará a dicho comitente a llegar a un convenio para liquidar el precio pendiente de pago de la obra ejecutada. En efecto: en el momento que aparezca acreditado documentalmente al Registrador Mercantil que el propietario de un buque que pretende su inscripción por la mera solicitud privada legitimada ha contratado su construcción con un astillero, debe denegar por defecto insubsanable—defecto formal—, la inscripción del buque, y obligar al propietario a presentar la escritura de entrega del constructor a su favor.

Podría parecer ociosa tal divagación a la vista del artículo 308, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, aplicable, por obra de la disposición adicional 4.ª del Reglamento, al supuesto que contemplamos. En efecto, se nos dirá: ¿por qué atormentar los principios jurídicos y aparentemente la naturaleza de las cosas, y querer inscribir en el Registro Mercantil como entrega del buque, la de la posesión de una cosa que nunca ha dejado de ser de su propietario? Bastaría, a tenor de precepto del Reglamento Hipotecario, una escritura de declaración de propiedad del propietario comitente del buque, descriptiva del mismo con todas las menciones reglamentarias, en la que el constructor naval manifieste que ha sido reintegrado del importe de la obra.

Pero la construcción estudiada no es infundada, ni deja de tener importantes repercusiones fiscales, que pasamos a estudiar en un epígrafe posterior de este trabajo.

C) Capacidad y representación del constructor naval para otorgar la escritura de entrega del buque:

Un tema que creemos no ha sido tratado por la doctrina jurídica, civil ni mercantil, es la capacidad exigible al constructor naval para otorgar la escritura de entrega del buque, y el proble-

ma de su representación y poderes del representante para otorgar tal instrumento.

Un examen somero de la actividad económica en cuestión, permite distinguir la gran empresa, normalmente organizada bajo la forma de la Sociedad Anónima o Limitada, y la pequeña empresa, que reviste la de la comunidad familiar o está vinculada a la persona de su fundador, persona física.

Pues bien, el problema de la capacidad para realizar la entrega del buque, sólo se plantea respecto del empresario individual, pues toda Sociedad Mercantil tiene capacidad bastante para realizar tal acto. Por ello, sólo estudiaremos el problema de la representación en la sociedad constructora naval.

El empresario constructor naval, ordinariamente ejerce su actividad en forma artesana, o tiende rápidamente a constituir una Sociedad Limitada—las sociedades colectivas de construcción naval creemos son reliquias de otro tiempo—. La actividad artesana supone la gran importancia del trabajo personal del artesano titular de la empresa, el escaso empleo de capital fijo y circulante, de crédito y de mano de obra ajena al estrecho círculo familiar del titular. Tal actividad está al margen del Código de comercio y no puede calificar de comerciante al artesano (arg. art. 326, 3 del Código de comercio).

Por tanto, la capacidad exigible al artesano para realizar la entrega del buque y, consiguientemente, otorgar tal escritura será regida por el Código civil.

Ahora bien, si traspasa las barreras existentes entre la actividad artesana y la industria mercantil—pequeña empresa mercantil por definición—, tampoco precisa una capacidad especial, regida por el Código de comercio, pues la capacidad para realizar actos mercantiles aislados se rige, en defecto de lo previsto en el Código de comercio o en leyes mercantiles especiales, por el Código civil (artículo 50 del Código de comercio).

Haremos especial hincapié en la consideración artesana del constructor naval individual, sin perjuicio de hacer algunas alusiones al pequeño empresario regido por el Código de comercio.

a') La Sociedad de construcción naval y el problema de su representación: a'') Representación orgánica: La representación orgánica de una Sociedad de construcción naval anónima o limitada

(Consejo de Administración, Comisión Ejecutiva, Consejeros Delegados o Administradores) por definición tiene facultades para hacer entrega del buque al comitente. En efecto: si partimos de la hipótesis de una Sociedad como de construcción naval, es obvio que su giro o tráfico específicos lo constituye el realizar todos los actos de comercio precisos para desenvolver su objeto social. Debe, pues, en cumplimiento de contrato de arrendamiento de obra celebrado con el comitente, hacer entrega del buque perfectamente terminado y apto para hacerse a la mar. Pero no basta una entrega indocumentada y material: hace falta una entrega documentada que habilite un «título de propiedad» al comitente, necesario para que el mismo matricule definitivamente su propiedad en el Registro de Matrícula de Buques y en el Registro Mercantil. Es obvio que tal título de propiedad no es otro que la escritura de entrega del buque, medio reglamentario indispensable para obtener tales efectos jurídicos.

Por lo tanto, cualquiera de los representantes orgánicos anteriormente enumerados, sea individual o colectiva su actuación, tiene facultades para concurrir al otorgamiento de la escritura pública de entrega del buque.

Cabe la duda de si tales facultades pueden ser limitadas o restringidas por la escritura fundacional de la Sociedad o por pactos o acuerdos sociales posteriores.

Según la doctrina mercantilista común, tal limitación es imposible, al menos con efectos externos, que provoquen la nulidad del acto frente a terceros. La seguridad del tráfico exige que los terceros que contratan con la Sociedad por medio de sus órganos, lo hagan en firme y no se vean afectados por limitaciones de orden interno que desconozcan. Tal limitación producirá efectos frente al administrador, consejo, etc., que la infrinja y provocará acciones de responsabilidad en su caso, pero no anulará el acto de la entrega del buque.

Tal doctrina se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en relación con los precedentes extranjeros de dichos preceptos y del resto del sistema del Código de comercio.

b') Representación voluntaria: Sin embargo, tal imposibilidad de las limitaciones a las facultades representativas del representante frente al comitente, no es unánimemente admitida respecto de los representantes voluntarios de la empresa mercantil. Uría (15) sostiene que el principal de un factor mercantil puede reservarse la realización de determinadas operaciones—el otorgamiento de la escritura de entrega del buque, añadimos nosotros—que por su importancia o por otras razones no considere conveniente delegar en nadie, con tal que la reserva no desnaturalice la figura del factor. Por otra parte, como el poder del factor habrá de ser inscrito en el Registro Mercantil, a virtud de la presunción legal de que el acto inscrito es conocido por todos (art. 2 del R. R. Mercantil), parece que se debe admitir que las eventuales limitaciones que el poder contenga podrán ser opuestos a terceros desde la fecha de su inscripción (art. 26 del Código de comercio).

Ello, no obstante, sigue diciendo el ilustre autor, cuando un factor esté notoriamente al frente de la empresa (art. 286 del Código de comercio) la Ley tiene que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del establecimiento, en defensa de terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado: en tal caso los actos del factor son válidos aunque existan abusos o trasgresiones de facultades—la prohibición de otorgar escrituras de entrega de buques, añadimos nosotros—, impuesta por la Sociedad al factor.

b) Capacidad del constructor naval individual: Anteriormente examinamos la difícil distinción entre artesano constructor naval y pequeño comerciante constructor naval. Distinción existente en nuestra legislación, pero que las modernas concepciones mercantilistas tienden a arrinconar de día en día (16).

(15) Obra citada, pág. 421.

(16) BROSETA PONT (La empresa, La unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil, pág. 259) niega tal distinción cuando estima que tanto los artesanos, los pequeños comerciantes, como los agricultores o ganaderos no son verdaderos empresarios, supuesto que no disponen de una verdadera empresa para el ejercicio de su actividad. Por ello les será inaplicable el estatuto especialmente previsto para los empresarios mercantiles. *De lege ferenda*, añade el autor, debía desterrarse la distinción tradicional entre actividades civiles y mercantiles, y sustituirla por la de actividades que se realizan mediante una empresa y aquellas otras que se realizan sin ella.

No hemos de olvidar dos puntos importantes, intimamente relacionados con el tema que nos ocupa: la naturaleza del buque, que como bien mueble (art. 585 del Código de comercio) y la consideración de la escritura de entrega del buque como *modus traditionis* o «título de propiedad»—art. 149 del R. R. Mercantil—de un precedente *titulus traditionis* o contrato obligacional de construcción del buque (arts. 609, 1.095 y 1.462, 2 del Código civil).

La mujer casada que ejerce con carácter artesano la profesión de constructor naval, con el producto de su trabajo crea un bien ganancial: el buque (art. 1.401, 2 del Código civil). Es evidente, que la administración de la sociedad legal de gananciales corresponde al marido, por lo que será éste, parece, el que deberá hacer la entrega del buque mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de entrega al comitente.

Sin embargo, tal doctrina peca de excesivamente conceptualista, menosprecia el trabajo de la mujer y no responde a las modernas concepciones de la Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, de 22 de julio de 1961. En efecto, calificar al buque construido con el trabajo de la mujer, pero por encargo de tercero, como propiedad de la sociedad legal de gananciales, parece excesivamente dogmático y mecánico, y totalmente absurdo cuando el buque se construye con materiales suministrados por el comitente. Por otra parte, si la mujer es titular del modesto astillero artesano y solicita, como tal titular la preceptiva autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante para iniciar la construcción del buque, la obtendrá a su nombre, y el resto de la documentación necesaria para matricular en el Registro de Matrícula al buque a nombre del comitente, deberá ir asimismo a su nombre, sin que le valga de nada el Código civil al marido, frente a la rigidez de los organismos administrativos.

Es más lógico, que la mujer artesana tenga plena libertad para ejercer tal profesión, de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley de 22 de julio de 1961, e incluso para actos indispensables para tal ejercicio, como es el realizar la entrega instrumental del buque que ha construido, sin perjuicio de que el producto de su trabajo pertenezca a la sociedad legal de gananciales. Según esta interpretación progresiva, la mujer puede comparecer ante Notario,

único funcionario competente para calificar su capacidad (art. 169 del Registro Notarial), sin necesidad de licencia marital.

Cuando la mujer casada mayor de veintiún años es titular de una pequeña empresa individual de construcción naval, tiene la condición de comerciante, y su capacidad para ejercer el comercio se rige por los artículos 6 a 12 del Código de comercio. Por consiguiente, precisa licencia para ejercer el comercio, pero no para realizar actos mercantiles aislados, como es el de hacer entrega de un buque al comitente, pues tal licencia se entiende implícita en el hecho de autorizar, expresa o tácitamente a la mujer, para ejercer la industria de construcción naval. Por supuesto, que tal licencia para ejercer la industria podrá ser revocada por el marido, pero tal revocación, conforme el artículo 8, 2 del Código, no podrá perjudicar a los comitentes que confiados en la licencia, hayan contratado con la mujer.

El marido que ha contraído el matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, y que es titular de una empresa—artesana o mercantil—de construcción naval ¿puede realizar por sí sólo la entrega del buque o precisa a tenor del artículo 1.413 del Código civil, consentimiento uxorio?

No podemos, por menos, recordar las conclusiones que en materia análoga expone DE LA CÁMARA ALVAREZ (16), al tratar de la enajenación del buque ganancial por el marido titular de la sociedad legal de gananciales. Según tan interesante autor, si el marido o la mujer son navieros, el buque transmitido puede considerarse establecimiento mercantil. Parece claro que un buque destinado al tráfico mercantil constituye en sí un establecimiento o, al menos, uno de los elementos básicos de la empresa o establecimiento naval, luego precisará su enajenación el consentimiento uxorio. Si la explotación mercantil de los barcos enajenados corresponde a otras personas o se trata de embarcaciones de recreo, no hay posibilidad de asimilar el buque al establecimiento mercantil y, por tanto, el marido, por sí solo, podrá disponer del buque.

No obstante, la situación del constructor naval y del naviero que dispone de su buque, no es idéntica. El constructor naval pe-

(16) El artículo 1.413 del Código civil, *Anuario de Derecho Civil*, t. XIII, fascículo II, pág. 403.

queño empresario mercantil no es naviero, ni tiene establecido el comercio en el buque que construye, sino en sus propias instalaciones de ribera. Construye por definición el buque, no para ejercer el comercio en él, sino para entregarlo, en cumplimiento de lo pactado, al comitente, a quien va destinado desde el momento de su proyecto. Luego es inaplicable la sutil distinción—que ha sido recogido unánimemente por la práctica—de DE LA CÁMARA, a este supuesto.

Por tanto, el constructor naval, sea artesano o pequeño empresario, puede por sí solo hacer entrega del buque que ha construido por encargo del comitente, sin que sea óbice a tal entrega el hecho de que el acto de la entrega sea dispositivo, y trasfiera la propiedad del buque al comitente, por un precio. Porque el marido puede realizar todos los actos de gestión en la sociedad legal de gananciales que no afecten a los bienes inmuebles o a los establecimientos mercantiles de la misma, y es obvio que el buque entregado no es uno ni otro.

Sin embargo, con BROSETA PONT (17) creemos que cabe que el Juez aplique al marido constructor naval las cautelas que previene el párrafo 2.º del artículo 1.413, a solicitud de la mujer, en la administración de su caudal ganancial, y, consiguientemente, exija la autorización previa para celebrar el contrato de construcción o la escritura de entrega del buque ya construido. Ello, aunque suponga como dice el autor, un extraordinario entorpecimiento para el ejercicio del comercio, el cual exige un fácil y pronto aprovechamiento de la coyuntura económica.

El menor de edad emancipado por concesión del padre o de la madre, por matrimonio o habilitado de edad, puede por sí solo realizar la entrega del buque sin necesidad de consentimiento del padre, madre o tutor, porque su capacidad se extiende a regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 317 del Código civil) y ninguna de las limitaciones se refiere a disponer de bienes muebles como es el buque (art. 585 del Código de comercio). Ello es completamente independiente de que no pueda ser comerciante o pequeño empresario mercantil por carecer de la necesaria capacidad (arts. 4 del Código de comercio y 70, 1 del Reg. Reg. Mercantil), porque aunque así sea, lo cierto es que ocasionalmente, sin carácter

(17) *Lecciones de Derecho Mercantil*, t. I, pág. 24.

de habitualidad podrá construir un buque y entregarlo, para lo que tiene capacidad: la civil (art. 50 del Código de comercio).

El menor de edad, que viva en compañía de sus padres, carece de capacidad para comparecer ante notario y otorgar escritura de entrega del buque que ha construido, pues, el padre o en su defecto, la madre es el administrador de los bienes del hijo menor (art. 159 del Código civil).

Por consiguiente, es el padre o la madre los que deben comparecer ante Notario y en nombre del hijo constructor, otorgar tal escritura de entrega. Creemos que tal acto no precisará autorización judicial (art. 164 del Código civil), pues la misma sólo se aplica para la enajenación de bienes inmuebles del menor. La entrega corresponde a la fase de consumación de un contrato que se celebra con habitualidad en nombre del hijo—artesano o pequeño empresario—y supondría grandes dispendios la autorización para cada acto de entrega de buque.

Sin embargo, si el hijo vive separadamente del padre, con consentimiento de éste, y ejerce la artesanía de la construcción naval, se le reputa como emancipado para tal profesión (art. 160 del Código civil), y, por tanto, podrá realizar por sí la entrega, sin necesidad de la intervención de padre, madre o tutor, pues, tal acto no excede de las facultades del menor emancipado expresamente (art. 317 del Código civil). Problema de técnica notarial será justificar fehacientemente tal consentimiento y vida independiente, pero probados tales extremos el menor interviene por sí sin necesidad de consentimiento alguno. Por supuesto, que el padre puede revocar el consentimiento y abocar los bienes del menor a su administración, a tenor de los principios generales de la patria potestad, que no se ha extinguido. Pero tal revocación no puede perjudicar a los comitentes que de buena fe hayan contratado con los menores durante su vida independiente (arg. artículos 1.734 y 1.738 del Código civil).

Por el incapacitado artesano constructor naval o pequeño empresario, ¿quién comparecerá?

En el caso de prodigalidad, la sentencia determinará las mayores o menores facultades del pródigo en orden al ejercicio de su industria o actividad artesana (art. 221 del C. c.), pudiendo

la sentencia que sea el tutor, con o sin Consejo de Familia, el que otorgue la escritura de entrega del buque.

En el caso del interdicto, loco o sordomudo analfabeto, o el menor de edad, las facultades del pupilo quedan reducidas al mínimo y es lógico que no puedan comparecer ante Notario para otorgar la escritura de entrega. En su nombre comparecerá el tutor.

¿Precisa autorización del Consejo de Familia? Es evidente que lo precisa la continuación, por el incapacitado o menor, de la industria artesana o pequeña industria mercantil (art. 269, 4.º, del C. c.), pero para realizar actos singulares de tal industria creemos no es aplicable tal principio, a menos que otros preceptos del Código lo exijan.

¿Es de aplicación el párrafo 5.º de dicho precepto? ¿Es acaso «capital de los menores o incapacitados» el buque construido por encargo del comitente, incluso con materiales propios de éste? No es capital, al menos capital estático, sino mero capital de maniobra, destinado a integrarse en el patrimonio del comitente.

Ello, no obstante, no podrá cobrar sin intervención del protutor el precio de la construcción naval, cuando exceda de 5.000 pesetas (art. 275, 2, del C. c.). Y no puede equipararse tal precio al cobro de intereses, rentas o frutos, y, consiguientemente, ser una excepción a tal intervención, como prevé el mismo precepto, pues una cosa son los intereses, rentas o frutos, normalmente tasados y líquidos, y otra, el precio de la construcción naval, complejo *forfait*, que engloba partidas, como gastos de jornales, materiales, trabajo del incapacitado y de sus familiares, amortizaciones, etc., y beneficio industrial. Tal complejidad y propio tenor del precepto aconsejan la intervención del protutor.

En el caso de la representación del ausente, el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue la del cónyuge, hijo o ascendiente del ausente, y la ejercida por otras personas. En el primer caso tendrá el representante amplias facultades de administración y sólo requerirá autorización judicial para actos de transmisión o gravamen.

Creemos que, aun cuando jurídicamente, no cabe duda de que la entrega del buque, cuando los materiales los ha suministra-

do el constructor, supone un acto de disposición o transmisión, desde el punto de vista económico equivale a un acto de administración. Acto de disposición, según la afortunada noción de DE LA CÁMARA ALVAREZ (18); o sea, acto de riguroso dominio es aquel que comprende la existencia, la individualidad o el valor de un elemento estable del patrimonio, que afecta al capital. Por el contrario, acto de administración es el que tiene por fin obtener el normal rendimiento de una masa patrimonial, conforme a su destino económico y sin comprometer, por tato, su sustancia.

Pues bien: el acto de entrega del buque, y, consiguientemente, su formalización documental, no comprometen la sustancia de la pequeña industria artesana o mercantil, sino, por el contrario, constituyen el normal corolario del ejercicio de tal industria.

Por otra parte, el representante del ausente tiene a favor de su representado el derecho de retención que le concede el artículo 1.600 del Código civil, en garantía del precio no satisfecho de la obra ejecutada.

Los usos del tráfico decidirán si es correcta la gestión del representante del ausente que hace entrega del buque, renunciando a tal derecho de retención, cuando quedan cantidades pendientes de cobro. En ocasiones, el acto afectará a la sustancia del patrimonio del representado y, consiguientemente, no podrá ser realizado sin autorización judicial.

Cuando el representante del ausente no es uno de los parientes privilegiados, el Juez, prudencialmente, fijará la cuantía de los actos de administración que sea lícito ejecutar sin licencia judicial (art. 2.046 de la L. E. C.), para lo que actuará discrecionalmente, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad constructora naval, que le obliga a dar un amplio margen de confianza al representante, al que puede controlar con facilidad mediante la rendición de cuentas semestral, la fianza, la remoción del cargo y la exacción de las responsabilidades en que haya podido incurrir. Por ello creemos que un acto de esta naturaleza debe ser de competencia del representante de ausente, máxime si el Juez se ha reservado aprobar o autorizar los contratos de construcción naval suscritos en representación del caudal del ausente.

(18) Obra citada, pág. 391.

D) Consideraciones fiscales de la construcción de buques, amparadas por la Ley de Protección y Renovación de la Flota Pesquera: La Ley de Renovación y Protección de la Flota Pesquera, de 23 de diciembre de 1961, en su artículo 18, establece que la construcción de buques pesqueros españoles, por encargo de empresas empañolas, gozará durante el plazo de diez años de los siguientes beneficios fiscales: exención de los Impuestos de Derechos Reales y Timbre del Estado sobre los contratos de construcción, ejecución de obras e instalaciones concertados para la construcción de buques de pesca, igualmente sobre los de préstamos y los de modificación de los contratos que fueran accesorios de la construcción a que se refieren. Si se formalizasen en escritura pública, se emplearía papel timbrado de última clase.

Al amparo de tan amplio y generoso precepto, quedaba claramente declarada la exención de los Impuestos citados, tanto de la escritura de entrega del buque como la de contrato de ejecución de obras del mismo.

Sin embargo, en uno de los frecuentes vaivenes en que es tan pródiga nuestra legislación fiscal, la Ley 41/64, de Reforma del Sistema Tributario Aéreo, el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales *Inter Vivos* y Actos Jurídicos Documentados, y derogó los de Derechos Reales y Timbre del Estado. La exención del Impuesto de Transmisiones *Inter Vivos* fue recogida en su artículo 146, párrafo 76, para supuestos fundamentalmente análogos a los del artículo 18 de la Ley. Pero quedó sin regular expresamente la exención del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

La práctica notarial, en los casos de construcción del casco en un astillero, y de montaje del equipo propulsor en un taller montador, se orientaba en el sentido de configurar la entrega del casco como entrega del buque y la instalación del motor, y habilitación general para las faenas de la pesca, como escritura de declaración de propiedad unilateralmente otorgada por el propietario del casco.

Tal escritura de declaración de propiedad e instalación del motor en el casco, en muchas Delegaciones de Hacienda venía siendo sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, por el vacío legislativo creado por la Ley de Reforma del Sistema Tributario.

Frente a tal pretensión cabían varias soluciones: someterse al criterio del liquidador del Impuesto; recurrirlo o bien cambiar el formulario notarial buscando salvar la literalidad de las palabras de la Ley fiscal, para evitar la injusticia de la derogación de una exención claramente reconocida en su origen en una Ley.

La nueva redacción dada a la escritura consistía en hacer comparecer en la misma a la representación del taller encargado de la instalación del equipo propulsor y del montaje y preparación del mismo en el casco, y del propietario del casco. Ambas partes declaraban haber concertado un contrato de ejecución de obra, consistente en la instalación del motor en el casco, y en la fase de consumación del contrato el representante del taller instalador hacía entrega del buque ya transformado al propietario. La base jurídica de dicha entrega no podía ser otra que la ofrecida por el artículo 1.600 del Código civil y el 149 del Reglamento del Registro Mercantil, pues tanto el casco del buque como el motor eran propiedad del comitente y no dejaban de serlo en ningún momento. El documento así formalizado era calificado de contrato de construcción por la Oficina liquidadora del Impuesto, quien lo declaraba exento del de Transmisiones Patrimoniales *Inter Vivos*, al amparo del artículo 146 apartado 76, de la Ley 41/64, y no sujeto al de Actos Jurídicos Documentados, al amparo del artículo 164, párrafo 2.º, del mismo cuerpo legal.

Consciente del problema práctico creado por la Ley 41/64, el legislador, en la primera ocasión en que pudo acometer el problema, lo hizo. Así, el artículo 22, 2, del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, agregó al artículo 164 de la Ley de Reforma Tributaria, un párrafo que declaraba prácticamente exentas—tributaban al tipo de 5 pesetas pliego de copia de escritura—las escrituras y actas de entrega de los buques a que se refieren la Ley de Protección y Renovación de la Flota Pesquera.

El texto refundido de la Ley del Impuesto, aprobado por Decreto 1.018/67 de 6 de abril, recoge nuevamente tal práctica exención en su artículo 101, párrafo 7.º.

Pero la nueva redacción no resuelve enteramente los problemas creados por la construcción sucesiva del buque en diversos talleres. La declaración de propiedad y rectificación de características que otorgue unilateralmente el propietario del buque en el

que se ha instalado el motor y se ha habilitado para las faenas pesqueras, tributa como antes, pues la nueva redacción sólo cubre la entrega del buque.

De nuevo la redacción notarial ha de cambiar. No se puede reflejar con todo detalle el contrato de instalación del motor en el casco, pues tal concepto está hoy sujeto a liquidación por Actos Jurídicos Documentados, por el importe de su precio. Hoy hay que hacer hincapié en la entrega del buque, hacer uso de nuevo del artículo 1.600 del Código civil, y consignar las características del buque y la forma de pago del precio de la instalación. Ello permite cubrir bajo la forma de escritura de entrega de buque la entrega de posesión de un buque poseído por el constructor-instalador con las características precisas para ser inscrito en el Registro Mercantil.

Se podrá objetar a tal construcción que siempre habrá que aludir al contrato de instalación que no está exento del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Pero aunque tributara el contrato de instalación, lo haría por su precio compuesto por la diferencia entre el valor final del buque y el valor de su casco y motor, que ya pertenecen al propietario que recibe la posesión del conjunto. Solución más satisfactoria que tributar por el valor final del buque, como en el caso de la declaración unilateral de propiedad del mismo, una vez terminado e instalado su motor.

De «lege ferenda» sería de desear una reforma de la ley fiscal que declarara exenta no sólo la escritura o acta de entrega del buque, sino la declaración unilateral de propiedad del armador o, al menos, la declaración unilateral de propiedad y la del constructor naval que se declarara satisfecho del importe del precio de la obra, fórmula esta última que recoge el artículo 309,2, del Reglamento Hipotecario, aplicable al buque, por imperativo de la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

VII

INTERVENCIONES NOTARIALES PREVISTAS POR EL TEXTO
REFUNDIDO DE LAS DISPOSICIONES SOBRE ABANDERAMIEN-
TO, MATRICULACION DE BUQUES Y REGISTRO MARITIMO
DE 20 DE JUNIO DE 1968.

El nuevo texto refundido, aprobado por Decreto 1.494/68, aparte del propósito que enuncia su título, crea un Registro de Empresas Maritimas dependiente de la Subsecretaria de la Marina Mercante.

La tramitación de expedientes relacionados con la matriculación y documentación del buque y de sus transmisiones requiere en ocasiones la documentación notarial, lo que obedece al deseo de la Administración de la intervención de la jurisdicción cautelar del notario en la fase de la normal constitución de situaciones jurídicas relativas al buque, y como garantía para la propia Administración.

1. Acta notarial que recoja la manifestación del armador de que se propone iniciar el expediente preciso para la matriculación definitiva del buque: La sección 4.ª del texto refundido prevé la entrega del «rol» provisional del buque, que se realiza cuando se han verificado las pruebas oficiales. Dicho documento tendrá validez por tres meses, por campaña pesquera o por viaje redondo, según los casos (art. 52,1 del texto). Es el documento que habilita al buque para navegar en tanto se tramita el «rol» definitivo.

Pues bien, el armador podrá solicitar la entrega del «rol» provisional, acompañando a la instancia el acta notarial se entiende su copia—que recoja la manifestación del armador—de que se propone iniciar el expediente preciso para lograr la matriculación definitiva del buque.

Dicha acta merece las siguientes consideraciones: a) Es un acta, pues no recoge una manifestación de voluntad ni un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, al decir del artículo 144 del Reglamento Notarial, sino una mera declaración de voluntad en que los efectos jurídico administrativos se producen «ope legis» y no «ope voluntatis»; b) es una especie de la denominada por la práctica notarial «acta de manifestaciones» destinada a reflejar

el dicho del que comparece ante Notario con esta finalidad, sin provocar una actuación ulterior de este funcionario, como ocurre en las actas de notificación y requerimiento; c) por la misma actitud pasiva del Notario, que se limita a transcribir lo que dice el armador y por el tenor restrictivo del artículo 1.218,1 del Código civil, la fe pública sólo cubre la materialidad de las palabras proferidas ante el notario, pero no la veracidad del propósito del armador de iniciar el expediente para la matriculación definitiva del buque; d) sin embargo, no está desprovista de eficacia, pues la forma notarial de solemnidad al propósito del armador de iniciar tal expediente, presumiendo «iuris tantum» la Administración, la seriedad de tal propósito por el hecho de estar documentado notarialmente; e) el notario, para la redacción de tal acta, no debe exigir comprobante alguno de la seriedad del propósito y, por tanto, no debe denegar la autorización del acta fundada en la falta de seriedad del mismo, que no es quién para juzgar; f) podrá, por el contrario, comprobar los presupuestos de todo instrumento público-personalidad jurídica de la Sociedad, capacidad jurídica y de obrar, legitimación del armador, representación orgánica, legal y voluntaria del representante del mismo; g) el contenido del acta será el estrictamente prevenido en el texto refundido: manifestación del propósito del armador de iniciar el expediente preciso para lograr la matriculación definitiva del buque.

El texto refundido, en su artículo 51,1, párrafo 2.º establece que si el buque es para el propio constructor, bastará la declaración de propiedad del interesado en que se hará constar esta circunstancia; su firma estará legitimada por Notario.

Tal documento es equivalente al acta de manifestaciones del armador y sirve a idénticos fines.

Tal precepto recoge la doctrina del párrafo 3.º, del artículo 149, del Reglamento del Registro Mercantil. El mismo documento, visado por la Oficina Liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales «Inter Vivos», sirve para procurar la matriculación definitiva del buque, previa la fase del «rol» provisional, y para la inscripción en el Registro Mercantil.

Las consideraciones que anteriormente hicimos en orden a la voluntariedad de la legitimación de firmas de documentos privados por el Notario, son aplicables, con las debidas modificacio-

nes, a tal legitimación que preceptúa—sin imponerla al Notario, como es lógico—el texto refundido.

3. **Trasferencia de la titularidad y de la propiedad de los buques:** a) **Del buque en construcción:** El artículo 59 del texto refundido establece que para que surta plenos efectos administrativos la transferencia de la titularidad de buques en construcción, deberá ser aprobada por la Dirección General de la Navegación o por la de Pesca, si se trata de barcos pesqueros. El titular del astillero acreditará la conformidad del trasferente y de los organismos que hayan concedido crédito para la construcción en su caso.

Para obtener la aprobación de la Dirección General competente, el titular del astillero acreditará la conformidad del trasferente y del Organismo que hubiera concedido crédito para la construcción.

La conformidad del trasferente—comitente de la obra de la construcción naval del buque— debe figurar en escritura pública. En efecto: si el buque en construcción ha tenido acceso al Registro Mercantil por haberse inscrito la hipoteca naval que garantiza el crédito, es un buque a todos los efectos legales, especialmente, a los efectos de ser hipotecable y bien inmueble. Según el artículo 573 del Código de comercio, la adquisición de un buque debe figurar en documento escrito, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil para que afecte a terceros. El artículo 23 del mismo cuerpo legal preceptúa que por regla general la inscripción en el Registro Mercantil se verificará por medio de copias notariales de los documentos que presente el interesado. Y el artículo 147, que la inscripción de los buques en el Registro Mercantil, es obligatoria.

El principio de legalidad, por el que debe regular su actuación el Registrador Mercantil, impone el documento auténtico para la debida constancia de la transferencia de tal buque en construcción en el Registro a su cargo.

Sin embargo, si el buque en construcción, por el motivo que sea—insuficiente inversión en la construcción, falta de crédito naval, etc.—no se ha inscrito en el Registro Mercantil, mucho nos tememos que tal conformidad sólo figurará en la documentación administrativa, necesaria para el expediente de aprobación de la transferencia. Creemos que la práctica administrativa, falta de un precepto taxativo que exija la documentación fehaciente de tal conformidad, se orientará en este sentido, y que el Registrador

Mercantil, cuando por primera vez inscriba el buque en construcción o ya construido, a nombre del adquirente actual, no rechazará por el mismo motivo la inscripción, alegando que el principio de la inscripción obligatoria de los actos que afecten al buque, sólo actúa a partir de su primera inscripción y no con anterioridad a la misma.

Ello no deja de ser un fallo fundamental, pues el principio de legalidad y autenticidad debía presidir todas las vicisitudes jurídicas del buque sin excepción de clase alguna, como garantía a los complejos intereses que se debaten en torno a la construcción naval. ¿Se ve lógico que la liquidación de una situación de intereses entre el constructor naval y el armador comitente, sea resuelta en virtud de una simple conformidad prestada ante la Administración, sin garantía de clase alguna? Una cosa es la transferencia del expediente de construcción de un buque y otra, la liquidación de un contrato de ejecución de obra: la conformidad a lo primero no implica finiquito de lo segundo.

Por supuesto, que la conformidad de los organismos que hayan concedido crédito naval, al cambio de titularidad, debe figurar en escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Lo impone la lógica inexorable del artículo 1.280, 1, del Código civil, pues no cabe duda de que si el buque es un inmueble a los efectos de la hipoteca, el acto en virtud de que el organismo acreedor hipotecario consiente el cambio del sujeto pasivo de la hipoteca, modifica un derecho real inmobiliario y, consiguientemente, cae bajo el ámbito imperativo del artículo 1.280, 1, del Código civil.

Aun cuando sea un particular y no un organismo de crédito el que haya otorgado préstamo con garantía hipotecaria sobre el buque en construcción, creemos que el criterio del precepto que comentamos es ejemplificativo y no taxativo: piensa en que el crédito se otorga por organismos especiales y no por otras Entidades o particulares, pero no excluye la conformidad de los mismos.

b) Del buque ya construido: a') Autorización previa a la transferencia: El artículo 60 del texto refundido establece que para que surta efectos administrativos la transferencia «inter vivos», a título oneroso o lucrativo de la propiedad del buque, o embarcaciones sin limitación de tonelaje, será necesaria la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante. Si la autorización es previa

a la transferencia tendrá un plazo de validez de seis meses a partir de la fecha de la concesión. Para embarcaciones de menos de 500 T. R. B. la autorización la concederá la Comandancia Militar de Marina de la matrícula del buque.

Con mejor técnica legislativa que la empleada por el Decreto de 23 de mayo de 1947, el texto que comentamos limita el alcance de su fuerza imperativa: «para que surta efectos administrativos». No se sanciona en modo alguno con la nulidad la falta de previa autorización. La enajenación es plenamente válida y eficaz en la esfera civil, sin perplejidad alguna para el intérprete.

¿Cuáles son, pues, las consecuencias de la falta de la previa autorización administrativa a la enajenación del buque?

El adquirente deberá obtener la aprobación de la enajenación, así efectuada o sufrir las consiguientes sanciones administrativas:

En primer término, y en todo caso, carecer de personalidad jurídica ante la Administración Marítima, lo que es muy grave para el dueño de una propiedad especial, tan penetrada de intervencionismo administrativo como la del buque.

Por otra parte, el arbitrio de la Administración, la posibilidad de la imposición de una multa de hasta cincuenta mil pesetas y lo que es más grave, que la misma ordene la detención o amarre del buque, con la consiguiente paralización del tráfico ejercido con el buque.

Por supuesto, que no habrá que pedir autorización previa en los casos en que no haya habido verdadera enajenación. Una promesa de venta, que no es venta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.451 del Código civil, un contrato de opción de compra, sobre todo, si no es inscribible en el Registro Mercantil, y, por supuesto, el arrendamiento o el fletamento del buque, no deben ser objeto de la previa autorización, ni de la aprobación «a posteriori», que luego examinaremos.

La compraventa en documento privado tampoco precisa ser autorizada si no ha mediado entrega del buque, pues la mera obligación de transferir la propiedad, insita en tal contrato, a tenor del sistema tradicional de adquisición de propiedad de nuestro Derecho (arg. arts. 609, 1.095 y 1.462,2 del Código civil) no provoca su transferencia, al no ir acompañada de la tradición. Y la tradi-

ción instrumental está reservada exclusivamente al instrumento público, no al documento privado.

Aunque muchas veces la compraventa mediante documento privado va unida a la entrega de la posesión material del buque al adquirente, normalmente tal forma documental obedece a no haberse satisfecho por el comprador parte del precio adeudado al vendedor. En tales casos, es usual que el vendedor otorgue un poder de gestor naval al comprador para que lleve el tráfico del buque en nombre del primero, y también lo es que se establezca la reserva de dominio a favor del vendedor hasta que el comprador no satisfaga enteramente su deuda.

La transferencia del buque en los casos en que haya mediado previa autorización deberá hacerse constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Creemos que no es necesario insistir sobre este punto.

La previa autorización, según el artículo 61, deberá solicitarla el trasferente inscrito, lo que es perfectamente correcto, pues, es el único legitimado ante la Administración para iniciar expedientes relativos al buque.

b') Autorización posterior a la transferencia: El texto refundido permite al notario autorizar la escritura de transferencia de propiedad del buque, aun sin que se le acredite haber obtenido la preceptiva autorización.

El artículo 62 establece que las escrituras públicas de transferencia de propiedad de buques contendrán una cláusula en la que se subordinará su eficacia a la obtención de la autorización administrativa si dicho documento no se presenta al notario. En todo caso el notario autorizante enviará una copia simple de la escritura a la Subsecretaría de la Marina Mercante dentro del término de tres días a partir de su autorización. El plazo para la obtención de la autorización administrativa será de seis meses a contar desde el otorgamiento de la escritura.

El artículo 63 señala que el adquirente condicional de un buque, según permite el artículo anterior deberá presentar copia autorizada de la escritura en el plazo máximo de seis meses a partir de la fecha en que se firmó, y acompañar los siguientes documentos si no estuvieren testimoniados en la misma: si se trata de persona física el acreditativo de su nacionalidad española; si se trata de

persona jurídica y todavía no figura en el Registro de empresas certificación del Registro Mercantil acreditativa de la inscripción de la Sociedad.

No resulta correcta la exigencia reglamentaria de que debe imponerse en las escrituras de transferencia de propiedad de buques en que no se presente la autorización administrativa, una cláusula en la que se subordine su eficacia a la obtención de la misma. La eficacia de la escritura no puede quedar subordinada a requisitos extrínsecos a los meramente instrumentales. La escritura no tiene defecto alguno de los que taxativamente establece el artículo 27 de la Ley Orgánica del Notariado para ser ineficaz. Por consiguiente, lo que el Notario hará constar es que la eficacia de la transferencia quedará subordinada a la obtención de la preceptiva autorización.

¿Pero qué eficacia? La meramente administrativa, que legitima al adquirente ante los organismos de la Administración marítima. Ello se desprende claramente del último inciso del artículo 64 del mismo texto, que tras establecer las sanciones por el incumplimiento de las normas preceptivas en materia de autorización, dispone «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil en cuanto a la eficacia de dichos actos o contratos». Luego si cuando ha pasado el plazo de seis meses a partir del otorgamiento de la escritura de transferencia condicionada, sin que por el adquirente se haya subsanado el defecto de la autorización, la transferencia produce efectos civiles, «a fortiori», cuando todavía no ha pasado el plazo, la transferencia debe producirlos. El acto es válido, la propiedad se trasfiere con eficacia «erga omnes»—excepto la Administración, que no la reconoce o por mejor decir, todavía no la ha reconocido, en la persona del adquirente—, el adquirente puede ejercer todas las acciones dominicales y ninguna persona que no sea la administración puede oponer la falta de previa autorización para negarse a cumplir contratos relacionados con el buque.

Entender en suspenso la eficacia de la transferencia cuando enajenante y adquirente, sin previa autorización administrativa, formalizan la transferencia ante notario, es penalizarlos y posponerlos a los que privadamente, en documento privado, transfieren y adquieren, sin cumplir tampoco la formalidad de la previa autorización, pero realizando un acto válido y eficaz si está unido a la

tradición del buque. Es imposible que tal solución haya sido adoptada por el legislador, luego la única lógica es la que propugnamos.

Por supuesto, que si admitimos la eficacia civil y la oponibilidad «erga omnes»—excepto la Administración—de la trasferencia condicionada formalizada en escritura pública, deberemos admitir su inscribibilidad en el Registro Mercantil. Otra cosa sería un grave retroceso en la interpretación del artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario, que antes examinamos.

Ahora bien: tal precepto ¿es aplicable íntegramente, en su literalidad? ¿Es aplicable sólo en su espíritu? ¿O es inaplicable en absoluto?

Si seguimos nuestra teoría de que la trasferencia, en su doble plano instrumental y negocial es válida y eficaz, pero inoponible de momento a la Administración, el Registrador no debería aplicar en ningún aspecto la solución que le brinda el artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario, y, por tanto, para salvar su responsabilidad, debería limitarse al inscribir la trasferencia, a hacer constar la falta de la previa autorización, pero sin limitar la eficacia del asiento al plazo de dos años que señala el precepto en cuestión. En efecto: si la trasferencia no es inválida ni ineficaz en la esfera civil ¿por qué ha de caducar el asiento registral que la ampara? Las causas de caducidad de los asientos registrales, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, deben venir taxativamente reguladas por la Ley. Y es obvio que el artículo 64 del texto refundido al regular las consecuencias de la infracción de los artículos anteriores, no sanciona con la caducidad del asiento la falta de la autorización, ni impone al adquirente condicional del buque la obligación de presentarla en el Registro Mercantil tan luego la obtenga.

Otra posible solución sería aplicar en su espíritu la que establece en el ámbito del Derecho Inmobiliario dicho precepto y, consiguientemente, entender reducido el plazo de dos años que previene tal precepto al de seis meses que para subsanar la falta de previa autorización concede el texto refundido. Podría entenderse que el Registrador Mercantil inscribirá la trasferencia condicionada, haciendo constar en el asiento que si en el plazo de seis meses no se presenta la autorización, caducará el asiento y será cancelado de oficio o a instancia de parte.

Pero a poco que reflexionemos, observaremos que ningún precepto de la Ley o Reglamento Hipotecarios o del Reglamento del Registro Mercantil, o del texto refundido, imponen tal plazo fatal a la vigencia del asiento.

El texto refundido, en su artículo 62 impone un plazo de seis meses. Tal plazo es de gracia, concedido al adquirente para que evite las sanciones del artículo 64. En efecto, debe presentar ante la autoridad marítima competente, en dicho plazo, copia autorizada de la escritura pública de transferencia, el documento acreditativo de la nacionalidad española, y la autorización para la enajenación, obtenida de la Subsecretaría de la Marina Mercante o de la propia Comandancia Militar de Marina, según el tonelaje del buque.

Ahora bien, si por retraso en el diligenciado de la escritura, especialmente provocado por el retraso en la Oficina Liquidadora del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales *Inter Vivos* en liquidar el Impuesto, o por retraso en la obtención de la autorización de la superioridad transcurre dicho plazo de seis meses, la lógica y los principios generales de nuestro ordenamiento administrativo obligan a no sancionarlo y a prorrogar el plazo de presentación de los documentos exigidos. Ello máxime cuando el artículo 64, que regula las sanciones, tiene un carácter discrecional, y permite a la autoridad sancionadora graduar las sanciones en relación con la falta, e incluso no aplicarlas en absoluto, si no hubiera habido falta alguna y el adquirente justificara la debida diligencia.

Por tanto, ningún precepto obliga a declarar caducado la inscripción de la adquisición condicional o de eficacia limitada en la esfera administrativa. La declaración de caducidad por parte del Registrador Mercantil, falta de base legal, podría ser objeto de un recurso gubernativo, en el que el funcionario calificador llevaría la peor parte.

Cabe una tercera solución al problema: la aplicación literal, sin variar en lo más mínimo la práctica registral anterior, del artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario.

En efecto; aun cuando quepa decir que al Registrador Mercantil sólo le afecta la exigencia de la previa autorización administrativa de un acto inscribible, cuando tal exigencia viene sancionada con algún género de ineficacia en la esfera civil, y que por

tanto, la transferencia bajo la cláusula que comentamos debía inscribirse sin reserva alguna, ni limitación alguna en el plazo de duración del asiento, el principio de legalidad exige que al Registro Mercantil sólo accedan los actos plenamente válidos y eficaces en todas las esferas jurídicas, y que los que adolezcan de algún tipo de defecto, produzcan asientos limitados en su tiempo de duración o en sus efectos. La ineficacia administrativa del acto de transferencia sin la previa autorización administrativa, arroja una sombra de ilegalidad sobre el acto, que no puede menos de afectar al Registrador Mercantil que practica el asiento. La dicción literal del artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario no distingue entre la ineficacia civil e ineficacia administrativa del acto, y declara caducado el asiento trascurrido el plazo de dos años a partir de su fecha, si no se ha acreditado al Registrador la obtención de la autorización. La obligatoriedad de obtener la previa autorización es ineludible si no se quiere emplear la fórmula que examinamos.

Estimamos, pues, más conforme a Derecho la solución de continuar aplicando literalmente el artículo 98, párrafo 3.º del Reglamento Hipotecario.

Por cierto, que el texto refundido que comentamos se contradice al permitir que sea el adquirente bajo la fórmula o cláusula de ineficacia que hemos comentado, el que presente la copia autorizada de la escritura en la oficina competente. Ello implica conceder una personalidad o legitimación a quién por definición, no ha sido aprobado aún por la Administración marítima, para instar actos administrativos relacionados con el barco. Los buenos principios administrativos debían imponer que tal gestión la realizara al enajenante inscrito, como para la previa autorización previene el artículo 61 del propio texto refundido.

Tal vez no exista tal contradicción a los buenos principios, sino deseo por parte de la Administración marítima de amoldarse a la realidad del tráfico y del Derecho civil, que confiere la cualidad de dueño a todos los efectos al adquirente si ha cumplido los requisitos de título y modo que le impone el sistema de modos de adquirir la propiedad de nuestro Derecho. Ello confiere a la autorización administrativa un carácter formulario y casi automático: se concede con sólo pedirlo y no es graciable, sino obligada para la Admi-

nistración. Casi quedaría reducida a la categoría de mera notificación de un acto que se perfecciona en la esfera civil, ajena al Derecho Administrativo.

El texto refundido impone al notario autorizante de una escritura de transferencia de buque, la remisión de una copia simple de la misma, a la Subsecretaría de la Marina Mercante dentro del término de tres días a partir de su autorización. En tal término deben descontarse—entendemos—los días inhábiles; se empieza el cómputo a partir del siguiente al del otorgamiento de la escritura; y el plazo de tres días que establece el precepto no perjudica el del artículo 249 del Reglamento Notarial, y, por tanto, el notario puede, en el plazo de treinta días hábiles a contar del otorgamiento librar dicha copia simple, sin incurrir en responsabilidad alguna, si no puede cumplir el que establece el texto refundido que comentamos.

c') Autorización a la imposición, modificación o extinción de gravámenes sobre el buque: El artículo 66 del texto refundido dispone que para que surta plenos efectos administrativos cualquier acto que suponga creación, modificación o extinción de un gravamen que pese sobre el buque, deberá ser aprobado por la Subsecretaría de la Marina Mercante o Comandancia de Marina, según proceda, o autorizado por mandamiento judicial, siendo de aplicación para los mismos lo dispuesto en la sección anterior en su caso.

El precepto habla de aprobación de los actos de creación modificación o extinción de gravámenes que pesen sobre buques, con lo que admite la correcta distinción entre la autorización administrativa previa—que como es lógico, puede solicitarse—y la aprobación posterior.

La técnica jurídica, en este punto, es buena. Lo que no resulta correcto es extender la necesidad de la aprobación o autorización a los actos de extinción de un gravamen que pese sobre el buque. El Decreto de 23 de mayo de 1947 no exigía la autorización para tal supuesto, y el texto refundido que pretende ordenar y refundir las disposiciones sobre las materias que regula, no debía contener tal obligación.

La postura del notario a quien se requiera para que autorice una escritura de cancelación de hipoteca naval, cuando no se haya obtenido la previa autorización administrativa es difícil. ¿Va a exi-

gir la previa autorización y abstenerse de autorizar sin la misma, cuando el texto refundido permite sustituir dicha autorización por la aprobación posterior? Pero en este último supuesto, deberá condicionar, conforme el propio texto refundido, la cancelación a la obtención de la aprobación y autorizar la escritura de cancelación con tal condicionamiento. Pero esto último tropieza con la doctrina hipotecaria y con la propia naturaleza del acto cancelatorio, que no puede quedar subordinado a condición alguna, ya que nadie muere condicionalmente.

Creemos que la solución estriba en que debe entenderse que la aprobación de la cancelación por la autoridad marítima competente es un mero trámite, equivalente a una mera toma de conocimiento por la Administración del acto de extinción del gravamen a los efectos estadísticos o cualesquiera otros, que nunca puede ser denegada. Porque la administración podrá rechazar al adquirente como titular del buque, pero no puede hacer revivir un crédito que se extinguió por su pago y un gravamen que se extinguió en virtud del consentimiento formal de su titular, aun en el supuesto de que rechace admitir la extinción del gravamen. Podrá a lo sumo, no hacer constar la extinción del gravamen en la matrícula definitiva del buque, si entendemos que la aprobación no es automática y de mero trámite, con el consiguiente perjuicio... psicológico del propietario del buque.

La aprobación por la Administración del acto de imposición, modificación y cancelación del gravamen, se realizará en los mismos términos y plazos que anteriormente examinamos para la aprobación de la transmisión.

El notario cuando de acto de extinción del gravamen se trate, autorizará la escritura, advirtiéndole de la necesidad, de obtener la aprobación administrativa de tal acto, a los efectos previstos en el artículo 66 del texto refundido que comentamos, pero sin condicionar, por imposibilidad lógica tal extinción a la obtención de la aprobación.

VIII

LA INTERVENCION NOTARIAL PREVISTA EN LAS DISPOSICIONES QUE REGULAN LA DESGRAVACION FISCAL A LA ENTREGA DE BUQUES

El artículo 22 del Decreto Ley 8/1966 de 3 de octubre, establece que la construcción y en su caso la primera transmisión o entrega de buques realizados por los astilleros españoles en favor de los armadores nacionales, tendrá la misma consideración fiscal que la construcción venta, transmisión o entrega a favor de los armadores extranjeros a los efectos de obtener los beneficios de la desgravación fiscal a la exportación.

La medida establecida con el fin de fomentar la industria de la construcción naval que «contribuirá a sanear los saldos de nuestra balanza de pagos por fletes» (Preámbulo del citado Decreto Ley), tiene una considerable repercusión económica ya que se establece que el importe de la desgravación y consiguiente devolución es el 12 por 100 del valor en venta del buque (art. 5.º de la Orden de 15 de octubre de 1966).

El derecho a la desgravación se adquiere por la construcción del buque y se aplica en el momento de realizar su entrega al armador nacional o en el de la declaración, en el caso de la inscripción registral de la obra nueva. Serán beneficiarios de la misma los constructores de buques matriculados como tales en el correspondiente epígrafe del Impuesto de Licencia Fiscal (art. 2.º de la misma Orden Ministerial).

Sólo interesa al notario, hechas estas someras indicaciones, la documentación precisa para obtener tal desgravación, que en parte tiene carácter notarial.

a) Copia autorizada y legalizada de la escritura de entrega del buque: El artículo 3.º de la Orden de 15 de octubre de 1966 establece que deberá unirse a la solicitud de desgravación copia legalizada del acta de entrega del buque o de la inscripción registrada de la declaración de obra nueva, en su caso.

En los casos en que el buque haya sido construido por empresa, en astillero, el documento a unir será, mejorando la dicción de la

Orden, la copia autorizada y legalizada de la escritura de entrega del buque.

¿Deberá estar inscrita la entrega en el Registro Mercantil? La Orden no lo exige en el caso que comentamos, a diferencia del supuesto de declaración unilateral del armador constructor. Es dudoso que sea exigible, pues si el plazo para solicitar los beneficios de que tratamos es de quince días, a partir de la entrega—y ésta se consuma normalmente mediante la tradición instrumental insita en la escritura de entrega del constructor a favor del armador—, es evidente que en tan corto espacio de tiempo no puede lograrse la inscripción. Porque son sobradamente conocidos los plazos que la legislación notarial concede al notario para librar la copia, la hipotecaria al Registrador Mercantil para inscribir la entrega y la fiscal al liquidador del impuesto de transmisiones patrimoniales «inter vivos» para liquidar el impuesto. A lo sumo se podrá exigir asiento de presentación de la copia en el Registro Mercantil, y en este sentido se orienta la práctica.

Cuando el buque ha sido construido por economía no hay problema, pues el plazo empieza a correr desde el momento de la inscripción de la declaración de obra nueva. Por cierto que la Orden que comentamos no prejuzga de la forma documental de tal declaración de obra nueva, por lo que la escrituraria será la correcta, debiendo rechazarse la solicitud descriptiva del buque con firma legitimada notarialmente por las razones sobradamente expuestas con anterioridad.

b) Copia legalizada del documento que acredite la conformidad del armador a que el importe de la desgravación fiscal se satisfaga al constructor, por haberse concertado, entre ambos, los oportunos acuerdos en orden al reintegro al armador de las cantidades que en su caso se hubieran repercutido sobre él por razón de los impuestos desgravados: El artículo único de la Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de octubre de 1966 exige tal documento para los casos de los buques cuya construcción haya sido contratada con anterioridad al 5 de octubre del mismo año.

El Preámbulo de la Orden consigna la finalidad del precepto al decir que «es conveniente adoptar las medidas precisas para garantizar, asimismo, su más justa aplicación a los casos de los buques contratados y cuya entrega sea posterior al día 5 de octubre

de 1966, dando a los armadores de los mismos la oportunidad de beneficiarse de los efectos de la desgravación concedida en los casos en que se les hayan repercutido los impuestos que se desgravan».

Para los casos de entrega de buques contratados con posterioridad al 5 de octubre de 1966 no se exige el referido documento, porque los armadores ya tienen conocimiento de la desgravación fiscal y de su posible importe y pueden exigir a los astilleros el descuento de los impuestos del precio de la construcción naval, que serán devueltos a los mismos. En estos casos, la desgravación fiscal sólo afecta y beneficia al astillero constructor, no al armador. Por el contrario, cuando la construcción se ha contratado con anterioridad a dicha fecha, el constructor normalmente habrá repercutido el importe del impuesto sobre el armador comitente y es lógico se pida su conformidad cuando de la devolución del mismo se trate, para evitar un enriquecimiento injusto del constructor.

¿Cuál es la forma instrumental adecuada para el reflejo de la conformidad del armador? La Orden, al exigir que la copia sea legalizada presupone la intervención notarial.

En buena técnica notarial, el documento a redactar es la escritura pública en que conste tal conformidad. Otra cosa sería reducirse a un acta de manifestaciones, de escasa eficacia, en la que el notario no tiene que dar fe de la capacidad ni del conocimiento del compareciente (art. 197 del Reglamento Notarial) y en la que no deben contenerse «declaraciones de voluntad, actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento ni contratos» (art. 144 del mismo Reglamento). Es evidente que el convenio acerca de la desgravación fiscal, es un verdadero contrato, por lo que el documento notarial que haga referencia al mismo y exprese la conformidad del armador a que se realice un pago al constructor, debe figurar asimismo en escritura pública.

Mueve a tal solución la analogía de situación con la de un poder otorgado para realizar un acto que deba perjudicar a tercero (artículo 1.280, 5.º), que debe constar en documento público, evidentemente, escritura pública. El perjuicio a tercero es en este caso el de la Hacienda Pública, que se ve obligada a devolver el importe de la desgravación fiscal al constructor, pero que podría verse

perjudicada por una disconformidad del mismo con el armador. Para evitar tal perjuicio es lógico que tal conformidad conste en escritura pública.

Estudiamos con un poco de detenimiento el convenio acerca de la desgravación fiscal, concertado entre constructor y armador. Se trata de un negocio jurídico bilateral, establecido en virtud de una facultad de autorregulación de la incidencia de los impuestos que gravan la construcción naval que establece la Orden Ministerial que comentamos. Por supuesto, no cambia el sujeto pasivo del Impuesto, el constructor naval, sino la incidencia final del mismo.

Cualquier solución que las partes den a este problema el legislador la estima aceptable y no exige le sea acreditada: le basta la conformidad del armador para que la desgravación fiscal sea abonada al constructor. El convenio interno tiene evidente trascendencia en la relación entre las partes, pero no es preciso sea acreditado al notario que redacta la escritura de conformidad o consentimiento del armador ni a la Administración de Aduanas: en ambos casos, el armador presta un abstracto consentimiento, que podríamos, análogamente al consentimiento cancelatorio, calificar de «consentimiento formal». La abstracción del mismo abona su analogía con el poder y justifica su articulación en escritura pública.

El factor mercantil del constructor naval y del armador ¿tienen facultades para concertar el convenio que comentamos?, ¿puede el factor del armador otorgar la escritura de conformidad que hemos examinado?

El problema debe estudiarse a la luz de la noción, ya clásica en Derecho Mercantil, del «giro o tráfico de la empresa» (artículo 286 del Código de comercio) (19).

Creemos que una cuestión como la que estudiamos, desconocida e imprevisible por el legislador de 1885 sólo puede resolverse aplicando los principios generales del Derecho y la analogía.

La noción de «giro o tráfico de la empresa» no es un concepto

(19) GARRIGUES: Ob. cit., t. I, pág. 548, dice a este respecto: «la representación que ejerce el factor es una representación amplísima y que no puede dejar de ser amplísima... En el Derecho Mercantil, la Ley dota al poder del factor de una extensión fija (contenido típico), de modo que todo tercero pueda saber sin necesidad de particular indagación en qué medida queda obligado el comerciante por su factor».

arcaico e inservible cuando el legislador la empleó de nuevo en la Ley de Sociedades Anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 78 de la Ley de Sociedades Anónimas y 11 de la de Sociedades de Responsabilidad Limitada), al configurar el ámbito de poder de los órganos administrativos de uno y otro tipo de Sociedades.

Son las necesidades del comercio las que van amoldando y ampliando en cada caso las facultades del factor mercantil a lo que en cada caso se precisa para la buena marcha de la empresa. A veces la jurisprudencia limita estas facultades, negando que el factor pueda realizar el traspaso del local de negocio sede de la empresa. Ello es lógico, porque tal acto pone en peligro la vida de la misma.

Pero los poderes del factor deben extenderse a un caso como el presente en que el constructor naval ha satisfecho unos impuestos, los ha repercutido sobre el comitente armador, y se trata de obtener su devolución, en virtud de un pacto en que ambas partes obtengan beneficios. El acto, en cuestión, sólo beneficios y no perjuicios puede reportar a la empresa de construcción naval que regenta un factor.

Las consideraciones hechas son de íntegra aplicación al factor del armador comitente, pero además hay una razón de mayor peso. En efecto: en virtud de la repercusión impositiva permitida por la legislación fiscal, el armador ha sufrido los impuestos de la construcción naval, con el consiguiente perjuicio económico. Pero la Orden Ministerial que comentamos le concede un beneficio, al exigir que preste su conformidad al constructor para percibir la desgravación fiscal, conformidad que refleja un convenio acerca del alcance de la desgravación, en el que en todo, o en parte, le será devuelto el impuesto repercutido, compensado en las cuentas que todavía tenga con el astillero, etc. Pero para tal beneficio el plazo es perentorio: quince días a partir de la escritura de entrega del buque. Si no se celebra tal convenio y no se presta la conformidad escrituraria que hemos examinado por parte del factor del armador, su empresa, definitivamente, sufre la incidencia del impuesto, sin que queda liberarse de ella.

El factor del armador que alegando la insuficiencia de sus poderes se niega a celebrar tal convenio y a prestar tal confor-

midad, se halla en una situación análoga al que por su actuación personal hace incurrir en multa a la empresa que regenta por contravención a las leyes fiscales (arg. artículo 289 del Código de comercio): deberá responder de las consecuencias dañosas que pudo y debió evitar. Pero si responde de su omisión, será porque su acción era pactar acerca de la desgravación fiscal, y otorgar la escritura de conformidad al abono de la desgravación fiscal al constructor naval.

Por supuesto que el principal podrá, tanto se trate del constructor naval, como si se trata del armador, reclamar a su factor por abuso de confianza, trasgresión de facultades, apropiación de efectos, negligencia (arts. 286 y 297 del Código de comercio) en la negociación acerca de la desgravación fiscal, pero el acto de dichos factores será válido frente a la Administración.

IX

¿ES BIEN DE EQUIPO EL BUQUE A LOS EFECTOS DE LA APLICACION DE LA LEGISLACION DE VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS?

Se ha pretendido que el buque sea considerado como un bien mueble de equipo capital, y, por tanto, que los contratos de financiación y de venta a plazos del mismo, tengan acceso al Registro especial de reservas de dominio y prohibiciones de disponer creado por la Ley de ventas a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965. Ello permitiría a las Entidades de financiación de ventas a plazos reguladas por el Decreto Ley de 27 de diciembre de 1962, financiar las operaciones crediticias y de adquisición de los buques, y asegurarlas con la inscripción de los correspondientes contratos en dicho Registro, con la seguridad de obtener la línea especial de redescuento o de crédito en el Banco de España, que previene el artículo 2.º de repetido Decreto Ley.

El Decreto 1193/66 de 12 de mayo desarrolla la Ley de 17 de julio de 1965 y en su artículo 1.º dispone que quedarán sometidos a la Ley de 17 de julio de 1965 los contratos de ventas a plazos y los préstamos de financiación destinados a facilitar la adquisi-

ción de los siguientes bienes muebles corporales no consumibles, entre otros: bienes de equipo capital productivo en general, y específicamente los tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales, camiones, autobuses y maquinaria. Y según el artículo 2.º de dicho Decreto, se consideran bienes identificables a los efectos del Registro todos aquellos en que conste la marca y el número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus piezas fundamentales.

Pues bien, frente a la pretensión de considerar bien de equipo al buque cabe aducir que en ningún caso los contratos de financiación o de venta a plazos del mismo deben tener acceso al Registro especial que hemos señalado, por lo que si se estima como bien de equipo, lo será a efectos exclusivamente financieros, pero la única garantía real que pueda ofrecer será la hipoteca naval.

En efecto, la noción de bien de equipo surge primero en la legislación aduanera de inversión de capital extranjero en España. El artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959, dispone que las inversiones de capital extranjero podrán revestir la modalidad de aportación directa a la empresa española de equipo capital de origen extranjero (20).

Es sólo en la legislación de venta de muebles a plazos cuando el término legal se nacionaliza, por decirlo así. Pero, por supuesto, sigue sin definir, lo que es perfectamente correcto ya que no es misión del legislador suministrar definiciones.

El artículo 1.º del Decreto que comentamos, de 12 de mayo de 1966 da una enumeración de bienes de equipo, ejemplificativa y no exhaustiva. Ello unido a la posibilidad de considerar al buque como bien mueble (art. 585 del Código de comercio) y ser el mismo perfectamente identificable, permite sostener la opinión de ser el buque un bien de equipo capital identificable, apto para ser inscrito en el Registro especial que crea la legislación que examinamos.

Pero un examen más minucioso de la cuestión nos inclina a

(20) GARCÉS BRUSÉS (Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España, pág. 79) expresa la perplejidad que le crea el término «equipo capital»: «al carecer el intérprete de cualquier punto de referencia, puesto que es la primera vez que el término, "equipo capital" salta a la arena legislativa, es inevitable que todas las consideraciones que sobre este tema se formulen no tengan otro valor que el de las simples sugerencias».

la posición negativa. Mientras el buque es una «universitas facti», cuyo régimen jurídico se extiende a sus accesorios y, en general, a cuanto esté adscrito al mismo (artículo 576, y 545 del Código de comercio y 7 de la Ley de Hipoteca Naval), los bienes de equipo son meras cosas compuestas, sin la calificación jurídica de «universitas» ni anejos que sigan su régimen jurídico. Por otra parte, difícilmente puede decirse que el buque sea identificable «por la marca y el número de serie o fabricación que conste de forma indeleble» (art. 2.º del repetido Decreto), cuando por el contrario, se identifica por el nombre y el Registro de sus características esenciales: en el plano administrativo, en el Registro Marítimo y en el jurídico privado, en el de Buques del Registro Mercantil. Tampoco se fabrica en serie.

Sin embargo, la legislación financiera y crediticia puede dar vida a ficciones jurídicas y asimilar el buque a efectos de la financiación del mismo a un bien de equipo. Tal posibilidad existe y será correcto su ejercicio en tanto no contravenga principios cardinales de Derecho Privado. Mucho más violenta fue la asimilación del buque a los bienes inmuebles a los efectos de su hipoteca (art. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval).

La posibilidad de asimilar al buque a un bien de equipo la ofrecen el artículo 5.º del Decreto Ley de 27 de diciembre de 1962, al disponer que corresponde al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, definir en caso de duda los bienes concretos cuya venta pueda ser realizada dentro de las normas que por tal disposición se establecen.

El artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1965 faculta al Gobierno para fijar los bienes que pueden ser objeto de los contratos sometidos a tal Ley y determinar los identificables a los efectos del Registro.

Ahora bien: la admisión de los buques en los Registros de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, aunque fuera dispuesta por el Gobierno, en uso de tal autorización legal, chocaría con multitud de preceptos, que pasamos a enumerar:

El artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval configura el buque como un bien inmueble a los efectos de la hipoteca. Sería paradójico que fuera inmueble a los efectos de la hipoteca naval y mueble para garantizar otro tipo de contratos con él relacionados. Ni

siquiera la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión incurrió en tamaño error y entendió que donde cabía la hipoteca naavl, sobraba la mobiliaria.

El artículo 166 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que los asientos del Registro de buques harán prueba del dominio de los buques así como de las cargas impuestas sobre los mismos. Tal principio de plenitud de la fe pública que ampara el folio del buque quedaría desvirtuado, pues el adquirente de un derecho sobre el buque, debería examinar, además, el Registro especial de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, por si en él se ha inscrito algún gravamen relativo al buque.

El artículo 1.º de la Ordenanza del Registro, aprobada por Orden de 8 de julio de 1966, a cuyo tenor no podrán registrarse las ventas a plazos ni los préstamos de financiación de bienes muebles hipotecados, pignoralos o embargados, obligaría a examinar antes de concertar los contratos con acceso en el Registro especial, el Registro de buques, por si existe alguna hipoteca o algún gravamen sobre el buque.

Pero aun cuando el financiador de la adquisición del buque hubiera consultado el Registro de buques y «consultado», digo comprobado que no existía ningún previo gravamen, no podría estar tranquilo, pues la Ley de Hipoteca Naval sólo declara preferentes a la de Hipoteca Naval determinados créditos inscritos en el Registro Mercantil, ninguno de los cuales, por supuesto, guarda la menor analogía con los previstos en la Ley de venta de bienes a plazos. La hipoteca naval, inscrita en el Registro de buques con posterioridad a los contratos de financiación o de venta a plazos, tiene preferencia sobre los mismos, aunque se inscriban en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer.

Es muy dudoso que la inscripción en el Registro especial de la reserva de dominio o de la prohibición de disponer relativa al buque, en su pretendida calidad de bien de equipo, haga oponible tal reserva o prohibición al propietario del buque y al tercero—acreedor hipotecario naval—que con él ha contratado, pese al párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de 17 de julio de 1965. Porque ello supondría la nulidad o, al menos, el cierre del Registro de buques a una hipoteca cuando en el Registro no se ha expresado ninguna carga, limitación ni prohibición de disponer, que por otra

parte, chocaría contra la doctrina del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y el 57 de su Reglamento, aplicable en virtud de la disposición adicional 4.ª del Reglamento del Registro Mercantil

Todavía complica más la cuestión el hecho de que el artículo 17 de la Ley de 17 de julio de 1965, en su párrafo 1.º, reconoce a favor de los créditos del financiador o del vendedor de bienes de equipo la preferencia que el Código civil en sus artículos 1.922 y 1.926 otorga a los créditos pignoratícios. La colisión con la naturaleza hipotecaria del crédito garantizado con hipoteca naval es absoluta.

La misma Ordenanza del Registro especial excluye la posibilidad de la inscripción de la mayor parte de los buques en el mismo, al permitir en su disposición adicional 5.ª la venta a plazos de las embarcaciones de recreo, y establece para tal supuesto que en el Registro de la Comandancia de Marina deberá figurar la reserva de dominio y la prohibición de disponer.

Dada la trascendencia de la cuestión, la inclusión en el Registro especial de las embarcaciones de recreo—o mejor dicho, de las ventas a plazos que en el ámbito de la Ley que comentamos se realicen de los mismos—debe suponer necesariamente la exclusión de los actos previstos por la Ley referentes a los buques de cualquiera de las restantes listas. No cabe un criterio ejemplificativo, sino taxativo en esta cuestión. Aparentemente hay una disparidad manifiesta entre las embarcaciones de recreo, susceptibles de ser inscritas en el Registro Mercantil y a la vez, los actos que les afectan, en el Registro especial de la Ley de 17 de julio de 1965 y el resto de los buques, que sólo pueden serlo en el primero de los nombrados Registros. Pero tales embarcaciones de recreo pueden ser construidas en serie (art. 3.º, «in fine», del texto refundido aprobado por el Decreto de 20 de junio de 1968), lo que las aproxima a los bienes muebles corporales identificables por la marca y el número de la serie de que habla el artículo 2.º del Decreto de 12 de mayo de 1966.

Incluso tal precepto de la ordenanza, puede interpretarse en sentido contrario a la posibilidad de que las embarcaciones de recreo tengan acceso al Registro Mercantil, por carecer del requisito específico del destino comercial.

En conclusión: opinamos que si bien puede el Gobierno incluir

en la categoría de bienes comprendidos en la Ley de 17 de julio de 1965 los buques, ello chocaría con grandes obstáculos legales y contrariaría los principios generales del sistema. Ello sin perjuicio que en aras de una más elástica y generosa financiación de la construcción naval, que a veces tropieza con el problema del cierre del cupo del crédito naval, se admita que las Entidades financiadoras de bienes muebles vendidos a plazos puedan conceder créditos a la adquisición de los buques, con garantía hipotecaria naval, que a su vez gocen de los beneficios especiales—redescuento, línea especial de crédito en el Banco de España—que la legislación desconcede.

X

EL CREDITO SOCIAL PESQUERO Y LA PRACTICA NOTARIAL

Los créditos que el Organismo Autónomo Crédito Social Pesquero concede, en ejecución de la Ley de 23 de diciembre de 1961, de Renovación y Protección de la Flota Pesquera, se otorgan con la garantía de primera hipoteca naval, sobre el buque ya terminado e inscrito en el Registro Mercantil.

En la práctica administrativa tales créditos se conceden mediante un juego de pólizas de crédito con garantía hipotecaria, que se extienden por triplicado en impresos especiales y se firman por los deudores hipotecarios y por el Director General del Organismo, sin unidad de acto. Las firmas de unos y otro, son legitimadas notarialmente.

Tal legitimación tropieza con dificultades insolubles y debiera ser eliminada por las siguientes razones.

La capital es que ningún precepto impone tal obligación al notario. En efecto, según el artículo 3.º de la Ley de Hipoteca Naval, se dispone que el contrato en que se constituya tal hipoteca sólo podrá otorgarse por escritura pública, póliza de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio o Corredor Intérprete de buques o por documento privado que presenten ambas partes o, al menos, la que consienta la hipoteca, al funcionario encargado de verificar la inscripción, identificando ante él su personalidad.

En ningún momento la Ley de Hipoteca Naval regula tal legitimación notarial, antes al contrario, permite el documento privado desprovisto de toda autenticación, salvo la mínima que supone la identificación de la personalidad del deudor hipotecario por el Registrador Mercantil. Por tanto, el notario puede lícitamente abstenerse de legitimar tales firmas, pues estimamos desvirtuar mediante tal legitimación el sistema documental creado por la Ley de Hipoteca Naval.

Pero es que además la hipoteca naval es un contrato recayente sobre bienes inmuebles, a tenor del artículo 1.º tan repetido, de la Ley. Por tanto, entra dentro del número de los que no pueden ser legitimados sus firmas por el notario, a tenor del artículo 1.280, párrafo 1.º, del Código civil.

ENRIQUE FOSSAR

Notario de Huelva

En torno a las deudas de la herencia

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA DE LAS DEUDAS DE LA HERENCIA.—II. LA PERSPECTIVA HISTÓRICA.—III. DERECHO ROMANO.—IV. DERECHO INTERMEDIO: a) Respecto de las deudas del causante. b) Respecto de la responsabilidad *ultra vires* del heredero. c) Respecto del patrimonio hereditario.—V. EPOCA DE LA CODIFICACIÓN.—VI. EL SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE.—VII. LA SUCESIÓN EN LAS DEUDAS DEL CAUSANTE.—VIII. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: A) *La doctrina general*. B) *La tesis de PEÑA*: a) La responsabilidad *ultra vires*, no es consecuencia de la sucesión: 1. Casos de aceptación simple, con responsabilidad *intra vires*. 2. Casos de aceptación a beneficio de inventario, con responsabilidad *ultra vires*. b) La responsabilidad no depende de la clase de aceptación.—IX. LA PERSISTENCIA DEL PATRIMONIO HEREDITARIO: A) *La doctrina general*. B) *La tesis de PEÑA*.—X. SENTIDO DEL PRINCIPIO «ANTES ES PAGAR QUE HEREDAR»: A) *La doctrina general*. B) *La tesis de PEÑA*.—XI POSICIÓN DEL HEREDERO A BENEFICIO DE INVENTARIO: A) *La posición del heredero*. B) *Formalidades del beneficio de inventario*: a) La declaración de querer utilizar el beneficio de inventario. b) La formación del inventario c) La citación a acreedores y legatarios. C) *La pérdida del beneficio de inventario*.

I

PLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA DE LAS DEUDAS DE LA HERENCIA

Al tratar de la problemática de las deudas de la herencia, se entra de lleno en las directrices cardinales de nuestro sistema sucesorio, por la íntima relación que tiene el fenómeno sucesorio respecto de las deudas del causante.

Toda esta problemática había sido tratada por la doctrina con ideas del derecho romano clásico y del derecho francés, de manera

que las soluciones dadas a estos problemas estaban condicionadas a la última luz que los romanistas arrojaban sobre la *successio*, como si el sistema de nuestro Código civil fuera una supervivencia arqueológica del mundo romano clásico, sin tener en cuenta los siglos de nuestro Derecho Intermedio. Con esta concepción, la doctrina que podemos llamar dominante hasta ahora, ha llegado a admitir lo siguiente: a) La sucesión implica una sustitución, en cada deuda, de la persona del deudor; b) que la responsabilidad «ultra vires» del heredero es la consecuencia natural de la sucesión, que es la regla general, pero que se evita, excepcionalmente, mediante la aceptación a beneficio de inventario; c) que ello implica, como regla general, la confusión del patrimonio hereditario y el patrimonio personal del causante, pero que excepcionalmente, persiste el patrimonio hereditario del causante, en el caso del beneficio de inventario, de la proindivisión y el beneficio de separación.

Pero recientemente ha aparecido un libro de MANUEL DE LA PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «La herencia y las deudas del causante», perteneciente al Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil (Madrid, 1967), en el que, como dice el propio autor «se subvierten muchas de las ideas tenidas como cardinales de nuestro sistema sucesorio». Este libro, por representar un estudio concienzudo y a fondo de esta problemática, marca un hito en la evolución del pensamiento jurídico español. El objetivo del presente trabajo, consiste en la exposición de estas ideas cardinales sostenidas por PEÑA, con notas críticas del estado de la doctrina existente con anterioridad, para la mejor comprensión de su pensamiento. Pero este libro, no sólo representa un pasado y presente en nuestra doctrina, sino que el autor, abre al mismo tiempo un porvenir, dando una nueva perspectiva para resolver otras cuestiones, que es diferente de la perspectiva con que tradicionalmente estaban planteadas y resueltas.

Como dice PEÑA: «El meollo de la cuestión está en el modo de entender la sucesión de las deudas. Si se entiende que a consecuencia de la sucesión pasan las deudas al patrimonio del heredero, de manera que el patrimonio del causante deja de ser centro de responsabilidad, resultan lógicas la responsabilidad «ultra vires» y la confusión de patrimonios. Por el contrario, de estimar que a consecuencia de la sucesión, las deudas no cambian de patrimonio,

sino que simplemente es el patrimonio el que cambia de titular —como defiende que ocurre en el sistema español, es natural, la responsabilidad *intra vires* y la persistencia de la autonomía patrimonial—, con éste—añade—, «se llega a resultados más justos, sobre todo, para los acreedores del causante». Para resolver estas cuestiones, se basa en el Derecho tradicional español, tal como fue elaborado en el Derecho Intermedio, y que es el recogido por nuestra Ley Hipotecaria de 1861, y las Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881. Esto es el Derecho tradicional español y es el que debía seguir nuestro Código civil por imperativo de la Ley de Bases (Bases 1 y 18).

Con esta panorámica, vamos a estudiar la posición del heredero respecto de las deudas de la herencia, en su evolución histórica, y cómo se recoge en el Derecho vigente.

II

LA PERSPECTIVA HISTORICA

En las exposiciones de esta materia, se suele contraponer al llamado sistema romano, el germánico. El sistema germánico es el de la *adquisitio per universitatem*, por el cual el heredero adquiere el patrimonio hereditario con la carga de las deudas. Mientras que el llamado sistema romano, es el de la *successio in ius defuncti*, por el cual el heredero se subrogaba en la posición jurídica del causante con sus mismos derechos y obligaciones. Se suele decir por la doctrina que este último sistema, de corte romano-clásico, es el que recoge el Código civil español, y a través de esta perspectiva, se perfilan los efectos del fenómeno sucesorio respecto de estas tres cuestiones: las deudas del causante, la responsabilidad del heredero, y la confusión de patrimonios. Sin embargo, PEÑA entiende que hay en el Código civil claros ecos romanos, cuyo entendimiento no puede saltar los largos siglos de Derecho Intermedio, por lo que pone en tela de juicio, los efectos del fenómeno sucesorio respecto de las tres cuestiones antes apuntadas. La perspectiva histórica es muy importante para comprender la doctrina de nuestro Código civil.

III

DERECHO ROMANO

En el Derecho romano *clásico*, el heredero es deudor personal de las deudas del causante. Según la tesis más difundida por BONFANTE, existía la llamada *successio in ius defuncti*, por la cual, el heredero sustituía al causante en su soberanía doméstica. Como consecuencia, el heredero es deudor personal de las deudas del causante, que se dividían entre los varios herederos *ipso iure*, de manera que el pago de la obligación podía hacerse por partes. El heredero, respondía de ellas *ultra vires*. Se confundían el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero, salvo en estos casos: en el de la *hereditas iacens*, y en el de la *separatio bonorum*, que la concedía el Pretor, a petición de los acreedores y los legatarios; en ambos casos, se producía la separación de los patrimonios del causante y los herederos.

En el Derecho *Justiniano*, se adopta el sistema de la *successio in universum ius*, por el cual el heredero sucedía en la universalidad del patrimonio hereditario, configurado como un todo unitario y orgánico de derechos y obligaciones. El heredero sucedía en las deudas, a consecuencia de suceder en el patrimonio hereditario, y no implicaba siempre la confusión de patrimonios. Además de la persistencia de las figuras clásicas (*hereditas iacens* y la *separatio bonorum*), se introdujo el «beneficio de inventario», a petición del heredero, por el cual éste respondía *intra vires*, y se mantenía la separación de los patrimonios. Es discutido el significado de esta figura: se le ha considerado como una figura excepcional dentro del sistema general de la confusión de patrimonios y responsabilidad «*ultra vires*» del heredero (como FADDA), mientras que otros autores (como BONFANTE), entienden que lo normal es la responsabilidad limitada, mientras que la responsabilidad ilimitada ya no se presenta como una consecuencia necesaria de la aceptación, sino más bien como una consecuencia de haberse omitido el inventario que debía ofrecer a los acreedores la seguridad de su satisfacción sobre los bienes hereditarios (1).

(1) BONFANTE: *Corso de Diritto Romano*, vol VI, Roma, 1930. En la página 396 dice: «El emperador tuvo verdaderamente el propósito de abolir la

II

DERECHO INTERMEDIO

En el Derecho intermedio se elaboró un sistema peculiar, por la concurrencia de tres factores: el romano-justiniano recogido en Las Partidas, el Derecho germánico y canónico, que al parecer era contrario a la responsabilidad *ultra vires* del heredero. Además, como dice el profesor DE CASTRO: «En el Derecho español, la autoridad de los autores, en especial de la glosa y de los posglosadores, fue grandísima en el foro y en la teoría» (2). En este período, se afianzan tres ideas, que, al menos potencialmente, estaban ya en el Derecho justiniano:

a) *Respecto de las deudas del causante.* Se recoge la doctrina justiniana de la *successio in universum ius*, en perfecta congruencia con la tesis de la continuación de la personalidad del difunto en el sentido, como lo entendían ANTONIO GÓMEZ Y ROLANDINO (3): el heredero *representa* a la persona del difunto y ocupa su lugar en todos sus derechos y obligaciones. De manera que el heredero es deudor en cuanto que pasa a ser titular del patrimonio a que las deudas afectan. Esta doctrina patrimonialista de la sucesión, la continúa la escuela holandesa de GROCIO y sus seguidores hasta la misma época de la Codificación.

Otra característica de esta época consiste en apuntar el comienzo del principio de la inmutabilidad de las deudas del causante que siguen pesando por entero sobre el patrimonio hereditario. Era frecuente entender que las deudas se consideraban divididas entre los herederos en proporción a sus cuotas hereditarias, salvo que se tratara de obligaciones indivisibles en cuyo caso todos los here-

responsabilidad *ultra vires*: en su pensamiento ésta no debía ser otra cosa que una penalidad».

(2) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, t. I, 3ª edición, Madrid, 1955, página 575.

(3) ROLANDINO: define la institución de heredero: «est aliquem post mortem suam loco sui omnibus bonis suis dominium instituere» (cita de LACRUZ: *Derecho de Sucesiones* pág. 37, nota 2); ANTONIO GÓMEZ: en sus *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni, 1701 (Commentarium in leg. 20, núm. 1, pág. 115).

deros estarían obligados *in sólido* (4); pero Las Partidas (P. 1, 13 y 12), entendían para los gastos funerarios han de pagarse «antes que partan cosa alguna de su haber los herederos», y esta es la solución que para todo crédito se impuso legislativamente desde la L. E. C. de 1855 (5). Otro camino en contra de la división de las deudas, era el adoptado en la práctica, que consistía en establecer una hipoteca general sobre todos los bienes habidos y por haber del deudor, en cuyo caso, el acreedor hipotecario, en virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, podía exigir el entero de cada uno de los herederos que tuviera uno o parte de los bienes hipotecados.

b) *Respecto de la responsabilidad ultra vires del heredero.* Por influjo del Derecho germánico y canónico, la responsabilidad *ultra vires* del heredero, deja de ser una consecuencia natural de la sucesión y pasa a ser una incidencia de la liquidación, e incluso una pena para cuando se infringe el régimen de liquidación. Esta es la importante conclusión de PEÑA, frente a la doctrina dominante, que entiende la responsabilidad *ultra vires* del heredero, como una consecuencia normal de la sucesión, y que sólo, excepcionalmente, podía limitar su responsabilidad cuando se acogía al beneficio de inventario, en el sentido del Derecho justinianeo.

Para llegar a aquella conclusión, se basa principalmente en Las Partidas, que se refieren con frecuencia al deber que tienen los herederos de hacer el inventario oportuno, y si no lo hacían en tiempo oportuno «dende adelante fincan obligados también los sus bienes que oviere de otra parte, como los que ovo del testador, para pagar cumplidamente las debdas, e las mandas del fazedor del testamento: e... ante las deue pagar enteramente. pues que non fizo el inventario a la sazón que deuia». (Partida 6, 6, Ley 10). El trámite del inventario, no era la condición del beneficio de separación de patrimonios, sino como un trámite normal y ordinario

(4) HEVIA BOLAÑOS: *Curia Filipica*, II, P. 10, pág. 83. YÁÑEZ PARLADORII: *Rerum Quotidianum*, lib. II, c. fin. P. 4, pág. 149.

(5) Según el artículo 499, 6 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, no se procedería «en ningún caso a hacer entrega de todos o parte de los bienes a ninguno de los interesados en el caudal sin estar reintegrados o garantizados a su satisfacción los créditos de los acreedores que hayan promovido el juicio». GÓMEZ DE LA SERNA, en sus *Motivos*, decía que la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, en esta materia, se limitó a recoger preceptos que «en su mayor parte se observaban constantemente en la práctica» (pág. 112).

de la liquidación, cuyo incumplimiento determinaba la responsabilidad *ultra vires*. Esta obligación de hacer inventario, estaba sancionada por la doctrina de nuestros clásicos castellanos, quienes entendían que existía una presunción de fraude a los acreedores, en el heredero que no hacía inventario, y que por ello, se establecía la pérdida de la cuarta «falcidia y trebeliánica», y «como una pena más», la responsabilidad *ultra vires*, frente a los acreedores y legatarios (6). Incluso se llega a suavizar los requisitos del inventario, que puede ser puramente notarial, sin citación de acreedores y legatarios (7); y por otra parte, la omisión del inventario no determinaba la responsabilidad *ultra vires* por no funcionar la presunción de substracción, ya por razón del sujeto que es heredero (como el Fisco, la Iglesia), o por la necesidad de evitar repercusiones en los no culpables (menores e incapaces). ya por quedar rebatida la presunción, ya en la esfera en que ésta no funciona (en el fuero de la conciencia), ya en cuanto a ciertas obligaciones (obligaciones *ex delicto*).

(6) SALGADO SOMOZA: *Labyrinthus creditorum*, Lugduni, 1672, P. II, cap. I número 6. ANTONIO GÓMEZ: *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*, tomo I, cap. V, núm. 12; JUAN GUTIÉRREZ: *Opera omnia*, tomo IV, Canonic, Quest lib. II cap. XVIII núm. 66, pág. 410.

(7) FEBRERO. II, núm. 2.040, dice: «Hoy día no se practica regularmente en estos Reinos de Castilla la citación a acreedores y legatarios». Estos tienen, según FEBRERO, la posibilidad de redarguir el inventario diminuto, y, además antes de hacerse la partición han de pagarse los créditos porque no es herencia, sino residuo. En el número 2.042 dice «La asistencia del Juez ningún valor da al inventario, y antes bien, causa desfallo a los interesados, por más que la hidrópica codicia de algunos quiera aparentar que es conveniente para evitar el extravío de los bienes. Por esto, dice FEBRERO, el Arancel de los Tenientes de Corregidor, se refería a la presencia judicial únicamente para «recontar o inventariar bienes o alhajas preciosas»; en otro caso «no es necesaria la asistencia del Juez, pues basta la de los interesados, y siéndolo menores o ausentes, la de sus tutores, curadores y defensores por ellos». También era necesaria la presencia del Juez cuando lo exigía algún acreedor (núm. 2.044): añade, que en Valencia, la práctica notarial, en 1862. era hacer el inventario en la misma escritura de aceptación, con la presencia de tres testigos, sin citación a los acreedores y legatarios, CÁNCER: *Resolutiones*, cap. II, núm. 66, página 34. da testimonio, que en Cataluña, era práctica común no citar a acreedores, legatarios y fideicomisarios, bastando que se hiciera el inventario ante el Notario y testigos, sin citación alguna.

En esta época, los autores, en general, se refieren al inventario, no sólo como condición para evitar la responsabilidad *ultra vires*, sino también como trámite de la liquidación de la herencia, en la cual los acreedores tienen intervención porque «no hay herencia, sino en el residuo», y «antes es pagar que heredar».

c) *Respecto del patrimonio hereditario*. Este patrimonio hereditario persiste individualizado, como unidad independiente, no obstante, las vicisitudes de su titularidad. Antes de la aceptación (la *hereditas iacens*). Después de la aceptación, cuando rige el beneficio de inventario; y cuando no hay beneficio de inventario, hay hipoteca general en beneficio de los legatarios, que son preferidos en los bienes hereditarios a los acreedores particulares del heredero, y a los legatarios son preferidos los créditos contra el causante. Después de la partición, continuaba el mismo régimen de prelación de los créditos respecto del patrimonio hereditario.

Pero la individualización del patrimonio hereditario se manifiesta de modo decidido en el principio tradicional de nuestro Derecho: «Antes es pagar que heredar». En efecto, este principio tenía su base en el concepto residual de la herencia de nuestras Leyes de Partidas: «Herencia es la heredad, e los bienes e los derechos de algún finado; sacande ende las deudas que deuía, e las cosas que y fallaren ajenas». (P. 7, 33, 8). En este concepto van implícitas dos ideas fundamentales: que la herencia soporta en sí misma, las deudas hereditarias; y que los bienes hereditarios no integran propiamente el patrimonio personal del heredero hasta la liquidación de deudas. Este principio, persiste hasta la época de la Codificación (8), y es el que vive en la práctica notarial con la institución de heredero «en el remanente», y que la misma jurisprudencia la considera principio general (9).

(8) Así lo testimonió, FEBRERO: II, núm. 2 299: «Que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que estén satisfechas (las deudas)». GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN: *Procedimientos Judiciales*, 1848, II, pág. 111.

(9) La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1920, dice que «es principio general de Derecho, sancionado por nuestra legislación, a contar desde las leyes de Partida, y constantemente aplicado por nuestro Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas sus deudas y obligaciones». En la jurisprudencia anterior al Código civil, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1861, que reconoce la invisceración de las deudas en la herencia indivisa; la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1869, respecto de un supuesto planteado en Cataluña, y la Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1873, en que reconocen el carácter residual de la herencia.

V

EPOCA DE LA CODIFICACION

El Proyecto de 1851. En este Proyecto de GARCÍA GOYENA, se recoge fundamentalmente el Derecho francés, en el que impera la concepción personalista (no patrimonialista) de la sucesión en las deudas, con sus dos consecuencias: una, la responsabilidad del heredero *ultra vires* (salvo que el heredero solicite el beneficio de inventario, en cuyo caso se limita su responsabilidad *intra vires*), y otra, la confusión de patrimonios (salvo que los acreedores y legatarios soliciten el beneficio de separación de patrimonios).

Pero a pesar de la influencia francesa, dice PEÑA: «Todavía en algún artículo transcendía la idea tradicional de la persistencia del patrimonio hereditario. El antiguo principio «antes es pagar que heredar», que en la práctica se tradujo en especiales facultades procesales de los acreedores, tuvo ya su reflejo en el Proyecto del Código civil de AYUSO-TAPIA-VIZMANOS, de 1836, en el cual, se reconocía a los acreedores el derecho de intervenir en la liquidación de la testamentaria a no ser que les afiance, y a pedir que se suspenda la partición, mientras no se les pague. En el Proyecto de 1851 estas facultades de los acreedores se esquematizan en los términos que habían de pasar al artículo 1.082 del Código civil; y así el artículo 932 del Proyecto de 1.851 ya dispone: «Los acreedores hereditarios reconocidos como tales, pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance» (10).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Las facultades de los acreedores en relación al patrimonio hereditario cobran claros perfiles, haya o no beneficio de inventario, al facultarles para promover la intervención del patrimonio hereditario e impedir que se haga *entrega* de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios, sin estar aquellos completamente pagados o garantizados (arts. 376,

(10) PEÑA. *La herencia y las deudas del causante*, pág. 99 y nota 99.

407, 498 y 499). VICENTE Y CARAVANTES, y MANRESA-MIQUEL-REUS (11), entendían que estos preceptos eran la traducción procesal del principio tradicional español «antes es pagar que heredar», que se fundaba en el concepto residual de la herencia establecida en Las Partidas. *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885*, vigente, perfila la independencia del beneficio de inventario y el juicio de testamentaria (art. 1.052), y recoge el principio tradicional en su artículo 1.093.

La Ley Hipotecaria de 1861, no sigue el criterio del Proyecto de 1851, sino el tradicional de la persistencia del patrimonio hereditario. Por esto, no acoge las precauciones registrales para la efectividad del beneficio de separación previstas en dicho Proyecto, sino que viene en auxilio del que carezca del derecho de impetrar la intervención de la autoridad judicial provocando el juicio de testamentaria, y por esto, en su artículo 45, concede la anotación preventiva sólo al legatario «que no tenga derecho, según las Leyes, a promover el juicio de testamentaria».

La doctrina y la jurisprudencia (12) del tiempo de la Codificación se mantienen fieles, en principio, al sistema normativo tradicional. Sin embargo, el sistema francés, bien directamente por la autoridad que conquistó, bien a través de la que mereció el Proyecto de 1851, influyó en aquéllas de algún modo.

El sistema que debía seguir nuestro Código civil, está indicado en la Ley de Bases, que dice al respecto: «...la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición y el pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible, las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia» (Base 18).

Por tanto, el legislador español debía optar únicamente por el sistema tradicional español, y si podía acudir a la jurisprudencia era en cuanto lo explicaba y completaba, pero no si lo contradecía.

(11) VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico y filosófico de los Procedimientos judiciales según la nueva Ley de enjuiciamiento*, Madrid, 1856-1858, tomo III, pág. 104, MANRESA. *Ley de Enjuiciamiento civil*, tomo III, páginas 138, 139, 151, 262

(12) PEÑA, ob. cit. en la página 104 a 109, recoge la situación de la doctrina y la jurisprudencia, generalmente favorables al sistema tradicional español.

VI

EL SISTEMA ESPAÑOL VIGENTE

La doctrina española viene a configurar el sistema del Código civil con caracteres del sistema romano clásico y del Derecho francés, y, por tanto: 1) El heredero sucede personalmente al causante en cada deuda. 2) La responsabilidad *ultra vires* del heredero por las deudas del causante es la consecuencia normal del fenómeno sucesorio, y como una excepción al sistema, se admite el beneficio de inventario, el cual determina un modo especial de suceder, consecuencia de un modo especial de aceptar. 3) La consecuencia normal del fenómeno sucesorio es la confusión de patrimonios del causante y los herederos.

Frente a todas estas conclusiones, entiende PEÑA, todo lo contrario. El sistema español, tiene unos caracteres genuinos, tal como fue elaborado por nuestro derecho tradicional, que antes hemos expuesto en sus líneas generales.

Por la importancia de los razonamientos y conclusiones a que llega PEÑA, en estos puntos, vamos a exponer su doctrina a continuación. Y para una mejor comprensión de esta materia, vamos a recoger en notas, las opiniones más importantes de la doctrina actual. Todas ellas, siguiendo el siguiente plan: primero, trataremos del problema de las deudas; después, el de la responsabilidad, y, finalmente, el de la separación de los patrimonios.

VII

LA SUCESION EN LAS DEUDAS DEL CAUSANTE

La doctrina general, por distintos caminos, concluye, que suceder es sustituir *personalmente* al causante en *cada uno* de sus derechos y obligaciones, los cuales desde el patrimonio del causante pasan al patrimonio del heredero (13).

(13) Vamos a exponer las principales teorías personalistas de la sucesión:

1. *Teoría de la sucesión universal, con disolución del patrimonio*. Esta doctrina recoge la idea tradicional, por la cual, el heredero sustituye al cau-

La posición patrimonialista de PEÑA, lleva a la conclusión de que las deudas siguen *enteras y conectadas* con su patrimonio hereditario, en el que están invisceradas, a través de todas las vicisitudes de la titularidad: yacencia, aceptación (pura o a beneficio de inventario, sea uno o varios los herederos), y partición. En efecto:

Por el fenómeno sucesorio, el heredero adquiere la cualidad de tal con una doble vertiente de consecuencias: unas de carácter extrapatrimonial (como las acciones de filiación, las relativas al Registro civil, defensa de apellidos, derecho moral de autor ..., etcétera, que no son objeto de nuestro tema), y otras de carácter patrimonial, que son las que estudiamos. En la época de la Codificación, vimos como la idea de sucesión se enlazaba con la del patrimonio hereditario, recogiendo la doctrina tradicional española. Así el Anteproyecto de Código civil, decía en su artículo 659: «Llábase heredero al que sucede en la totalidad de la herencia o una parte de ella sin determinación de valor o de objeto», cuya fórmula queda sustituida y resumida en la del artículo 660 del Código civil que dice: «Llácese heredero al que sucede a título universal». El artículo 660 del Código civil al decir «título universal», quiere decir en

sante en el patrimonio o universalidad de derechos y obligaciones (idea patrimonialista de la sucesión), pero para refundirse automáticamente en la unidad del patrimonio del heredero, salvo aceptación a beneficio de inventario (como en el Derecho romano). En este sentido: MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN; DE DIEGO, OSORIO MORALES, IGLESIAS SANTOS, CASTÁN ALBALADEJO, GITRAMA, PÉREZ y ALGUER. Y la Jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1901, 11 de octubre de 1948, Resoluciones de la Dirección General de 14 de septiembre de 1934, 11 de octubre de 1948. Resoluciones de la Dirección General de 14 de septiembre de 1934, 1 de junio de 1935, entre otras.

2. *Teoría de la continuación de la personalidad del difunto.* Esta doctrina recoge la idea tradicional del Derecho francés, de POTHIER, por la cual, el heredero continúa la personalidad del difunto, la cual se refunde en la personalidad del heredero. La vemos recogida en SÁNCHEZ ROMÁN, y en ciertas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 4 de julio de 1896 y 9 de diciembre de 1932.

3. *Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante.* Esta es la teoría de BONFANTE, para el Derecho romano clásico de la *successio in ius defuncti*, por la cual el heredero asume la cualidad de heredero, y en virtud de la cual se subroga en cada uno de los derechos y obligaciones del causante. En este sentido: NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, VALLET y ROCA SASTRE.

Frente a todas estas teorías, PEÑA, sigue la concepción patrimonialista de la sucesión, en el sentido que veremos en el texto. La que más se adapta a su pensamiento es la teoría de la continuidad de la personalidad jurídica del causante, si se interpreta en el sentido de que el heredero ocupa en el patrimonio hereditario el puesto del causante.

el entero patrimonio (art. 661), o sea, en la herencia, la cual «comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte» (art. 659 del Código civil). De todo esto, se desprenden estas consecuencias:

Las deudas de la herencia, no se dividen *ipso iure* entre los diversos herederos, sino que siguen «enteras» afectando a todo el patrimonio hereditario, aunque no haya beneficio de inventario (14). La duda la puede plantear el artículo 1.084 del Código civil, al establecer que después de la partición, las deudas son exigibles por entero, lo que podría pensarse que antes de la partición las deudas son mancomunadas simples, puesto que siendo las obligaciones divisibles, la solidaridad no se presume (art. 1.138 del Código civil). Pero frente a esta objeción cabe oponer, que la división *ipso iure* de las deudas entre los herederos establecida en el Derecho romano y recogida en el Derecho francés, ni siquiera fue recogido en el Proyecto de 1851, tan de inspiración francesa, diciendo GARCÍA GOYENA, que se introducía una notable innovación en el Proyecto contraría a la división de las deudas (15). Por otra parte, la mancomunidad simple va contra la interpretación conjunta de los artículos 1.084 del C. c. y 1.093 de la L. E. C., que luego desarrollaremos, en el sentido de que los acreedores no pueden oponerse al acto de la partición, sino a que ésta se lleve a efecto; de manera, que el heredero que paga su parte no se le pueden entregar los bienes hereditarios, mientras no estén completamente pagadas todas las deudas.

(14) Cuando hay beneficio de inventario, la doctrina general, entiende que la deuda sigue entera, afectando a todo el patrimonio hereditario, incluso después de la partición de la herencia. Si no hay beneficio de inventario, se entiende que los herederos responden solidariamente de las deudas del causante, después de la partición, por el artículo 1.084 del Código civil: pero antes de la partición, LACRUZ, (Sucesiones, pág. 406), entiende que persiste el sistema romano de la mancomunidad simple y división *ipso iure* de las deudas, puesto que siendo las obligaciones divisibles, la solidaridad no se presume por el artículo 1.138, 1.139 del Código civil, y el acreedor para cobrar la deuda entera había de dirigirse contra todos los herederos. GARCÍA VALDECASAS (Guilhermos), *La comunidad hereditaria*, A. A. M. N., 1953, pág. 267, se inclina por la mancomunidad *a sensu contrario*, del art. 1.084. PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho civil español*, 1966, IV, 2, pág. 1.023, se inclina igualmente por la mancomunidad de la deuda. Sin embargo, más modernamente, ALBALADEJO: *La responsabilidad de los herederos por deudas del causante*, A. D. C., 1967, páginas. 481 y sigs., defiende la solidaridad de las deudas del causante antes de la partición.

(15) GARCÍA GOYENA: *Concordancias*; comentarios a los artículos 913, 932, 1.074, 1.075 y 1.989.

Notese que decimos obligaciones exigibles por entero, y no obligaciones solidarias, puesto que el heredero demandado puede citar y emplazar a los demás coherederos, cosa que no ocurre en las obligaciones solidarias.

Las deudas del causante siguen *conectadas* con el patrimonio hereditario. La tesis dominante, que es la disolución del patrimonio hereditario para refundirse en el patrimonio personal del heredero, es inadmisibile, por estar en contradicción con las normas imperativas que regulan el patrimonio (arts. 1.911, 1.921 y 1.925 del Código civil y 911 y sigs. del Código de comercio), y supondría admitir un efecto novatorio o modificativo por la simple voluntad del nuevo obligado, que es el heredero, y para lo cual no hay base legal (artículos 1.205 y 405 y 1.257 del Código civil).

En conclusión: el heredero sucede en la titularidad del patrimonio hereditario y deviene deudor, en cuanto es el nuevo titular del patrimonio a que las deudas afectan. Por esto, no cabe adoptar la explicación de BONFANTE, de la *sucessio in ius*, que da para el Derecho romano clásico. La tesis de la continuidad de la personalidad jurídica del causante sólo podría acogerse si con ella quisiera expresarse simplemente que el heredero ocupa en el patrimonio hereditario el puesto del causante.

VIII

LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

A) La doctrina general, considera que la responsabilidad *ultra vires* del heredero, es la consecuencia normal de la sucesión, o lo que es igual, del modo ordinario de aceptar (aceptación pura y simple); y la responsabilidad *intra vires*, es la consecuencia de un modo anómalo de suceder, o lo que es igual, de un modo cualificado de aceptar (la aceptación a beneficio de inventario).

B) Sin embargo, PEÑA, entiende todo lo contrario. La responsabilidad *ultra vires*, no es consecuencia del modo normal de suceder, ni tampoco de una clase de aceptación, sino que se impone al heredero por el incumplimiento de la carga que tiene de ajus-

tarse en la gestión del patrimonio hereditario a un determinado régimen impuesto en garantía de los acreedores y legatarios. La consecuencia normal de la sucesión hereditaria es la responsabilidad *intra vires* del heredero. En efecto:

a) *La responsabilidad ultra vires, no es consecuencia de la sucesión.*

En el Derecho tradicional español, que hemos expuesto con anterioridad, la responsabilidad *ultra vires* era consecuencia del incumplimiento de las reglas de la liquidación, por imperar la presunción de ocultación de bienes en fraude de los acreedores y legatarios. Este sistema, dice PEÑA, es el que ha pasado al Código civil por la Base 18, y sería anacrónico abandonar nuestra tradición española, para explicar el Código civil, según la concepción romano-clásica de la sucesión, o las costumbres de París.

Si la responsabilidad *ultra vires* fuera consecuencia natural del fenómeno sucesorio, ésta se produciría siempre por la simple aceptación o la consiguiente sucesión, cosa que no ocurre así. En efecto:

1. Existen casos de *aceptación simple*, que no determina la responsabilidad *ultra vires*:

El caso del artículo 1.015 del Código civil, según el cual, cuando el heredero ya ha aceptado la herencia (expresa, tácita o presuntamente), todavía tiene un plazo para cumplir las formalidades liquidatorias exigidas, y sólo si pasa este plazo sin cumplirlas, es cuando incurre en responsabilidad *ultra vires*.

La sucesión del Estado: para el supuesto de abintestato (artículo 957 del Código civil), y de herencias testamentarias (Reglamento del Patrimonio del Estado de 5 de noviembre de 1964, artículo 55).

La sucesión de los pobres, cuya aceptación se haga por las personas a quienes corresponda hacerla (art. 992 del Código civil).

La sucesión a favor de los sordomudos que no sepan leer y escribir (art. 996 del Código civil), y de los menores e incapaces, por el tutor sin autorización del Consejo de Familia (art. 992 del Código civil).

En el caso de reclamación judicial de una herencia, de que otro

se halle en posesión por más de un año, si venciére en juicio, responderá *intra vires*, sin necesidad de hacer la declaración especial de que se acepta a beneficio de inventario (art. 1.021 del Código civil).

2. Existen casos de *aceptación a beneficio de inventario*, con responsabilidad *ultra vires*. Si el ser heredero a beneficio de inventario, dependiera exclusivamente del modo de aceptar, bastaría hacer la declaración solemne de que acepta con dicho beneficio para limitar su responsabilidad. Pero no basta con dicha declaración, sino que se precisa además: hacer el inventario en tiempo y forma (arts. 1.013 y 1.018 del Código civil), que no se omitan bienes «a sabiendas» (art. 1024-1 del Código civil), que no se sustraigan u oculten bienes, ni antes de la aceptación, ni en ningún momento (artículo 1002 del Código civil). Se requiere además, que la enajenación de los bienes o la aplicación del precio se haga de modo determinado (art. 1.024-2 del Código civil). Justamente en todos estos casos, es donde con más claridad se conserva el tradicional sentido de sanción que se asignaba a la responsabilidad *ultra vires*; el matiz penal se hace patente en la necesidad de que haya dolo o culpa del heredero, de manera que, la simple omisión de la garantía liquidatoria en sí misma no determina la responsabilidad *ultra vires*, sino sólo la omisión «culpable» (si la omisión se debe a «culpa o negligencia del heredero» (art. 1.018 del Código civil), o se hace «a sabiendas» (art. 1.024 del Código civil).

b) *La responsabilidad no depende de la clase de aceptación, sea pura o a beneficio de inventario.* No existe mas que una sola clase de aceptación, y ésta es siempre pura. La aceptación implica el asentimiento total e incondicionado a la sucesión universal por la persona llamada a la misma. Así se entendía desde Las Partidas, hasta el artículo 990 del Código civil.

La llamada «aceptación a beneficio de inventario», era desconocida en nuestro Derecho tradicional y no pasó a Las Partidas, puesto que para gozar del beneficio de inventario bastaba con realizar el inventario oportuno y en forma. En nuestro Código civil no es propiamente una aceptación especial de la herencia, sino una declaración solemne de querer utilizar el beneficio de inventario, y su significado jurídico es el mismo que el de cualquiera de

los trámites o condiciones exigidas para la liquidación del patrimonio hereditario, y cuyo incumplimiento determina la responsabilidad *ultra vires*.

De esta manera, PEÑA coincide con la teoría de Vocino (16), en la necesidad de separar el acto de la aceptación hereditaria, del acto que afecta a la responsabilidad. Pero con resultados completamente distintos. Para Vocino, el acto complejo es la aceptación a beneficio de inventario. Para PEÑA, el acto complejo es el de aceptación pura: donde sobre el acto de aceptación—que afecta a la sucesión universal—se da otro distinto—de acción u omisión—, que agrega a los efectos sucesorios otros nuevos—la responsabilidad *ultra vires*.

En conclusión: la responsabilidad *ultra vires*, es una consecuencia de la sanción por incumplir las formalidades del inventario; esto determina que la figura del heredero a beneficio de inventario sea la institucionalmente normal. De esta idea, extrae PEÑA estas consecuencias prácticas: 1) Los supuestos y efectos de la pérdida del beneficio de inventario deben interpretarse restrictivamente. 2) El heredero a beneficio de inventario tendrá los mismos poderes sobre el patrimonio hereditario que el heredero puro y simple. 3) La confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero puro y simple se produce en daño del heredero, pero no en daño de los terceros.

IX

LA PERSISTENCIA DEL PATRIMONIO HEREDITARIO

A) La doctrina general, admite la confusión del patrimonio del causante con el particular del heredero, y en todos ellos, concurren los acreedores del causante, los legatarios y los acreedores particulares del heredero. La regla general de la confusión de patrimonios, la basan en el artículo 1.003 del Código civil.

No obstante, esta doctrina no desconoce la persistencia del pa-

(16) Vocino: *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942.

rimonio hereditario del causante, tras de su muerte, en los siguientes supuestos:

— En la *herencia yacente*. Existen autores, que defienden la sucesión *ipso iure* por la muerte del causante, lo que les lleva a negar la misma existencia de la herencia yacente. Pero por lo general, la admiten, la doctrina (17) y la jurisprudencia (18), su autonomía patrimonial.

— En la *herencia adquirida (aceptada y no partida)* Si es a beneficio de inventario, persiste la autonomía patrimonial, por el artículo 1.023 del Código civil. Si la aceptación es pura y simple y hay pluralidad de herederos, se entiende que hay una comunidad hereditaria, que atribuye a cada heredero un derecho hereditario en abstracto, y que el patrimonio persiste separado mientras permanece indiviso, y aducen el artículo 1.082 del Código civil, el cual establece el derecho de los acreedores a oponerse a la partición, a fin de que continúen la separación de los patrimonios (19).

— En el caso de la *herencia aceptada pura y simple, con heredero único*, o bien en el caso de pluralidad de herederos, cuya *partición se haya ya efectuado*. En estos supuestos, entienden que existe confusión de patrimonios, pero con el fin de proteger a los acreedores del causante, acuden a diversas soluciones: Destacan la *preferencia* de los acreedores del causante sobre los acreedores particulares del heredero, aunque se muestran vacilantes sobre el alcance y significado de esta preferencia, que algunos la limitan dentro del juicio de testamentaria (20). Para otros, se esfuerzan en ver admitido en nuestro derecho el *beneficio de separación*, a través de las normas del juicio de testamentaria y hasta de otras de la Ley Hipo-

(17) DE CASTRO *Derecho civil de España*, I, págs 649-650; CASTÁN: *La dogmática de la herencia*, págs. 315 y 316, LACRUZ: *Sucesiones*, págs 143 y sigs

(18) El Tribunal Supremo entiende que la herencia yacente continúa la personalidad del difunto. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 febrero de 1895. La Dirección General, en sentido análogo en Resoluciones de 21 de abril de 1890. 13 de febrero de 1936 y 10 de marzo de 1916.

(19) En este sentido: CASTÁN: *Sucesiones*, I, pág. 133, LÓPEZ JACOISTE: *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio*, R. G. L. J., abril de 1958 (separata, pág. 47).

(20) VALLET: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, A. D. C 1952. nota 550, página 908, CÁMARA: *Estudio sobre el pago de metálico de las legítimas*, «Estudios Jurídicos Varios del Centenario de la Ley Notarial», nota 142.

tecara, especialmente en la anotación preventiva de legado (21). Otros, entienden que los acreedores pueden ejercitar la *acción pauliana* (art. 1.111 del Código civil) para rescindir la aceptación del heredero que les perjudica (22).

B) PEÑA, hace una crítica de los obstáculos que se oponen para admitir la persistencia del patrimonio hereditario, en todas las vicisitudes de la titularidad: herencia yacente, herencia aceptada, antes y después de la partición. Para ello alega las razones siguientes:

— El Derecho histórico tradicional español, con el principio de «antes es pagar que heredar», y el concepto residual de la herencia, como fue entendida en el Derecho intermedio, y recogida como legislación vigente en la Base 18, según expusimos antes.

— El artículo 1.003 del Código civil no establece la confusión de patrimonios, sino que está marcando dos ámbitos de responsabilidades. Añade: «El heredero es *ante todo* responsable de las cargas de la herencia con los bienes de ésta. Lo que ocurre, simplemente, es que, en el supuesto contemplado en el artículo—aceptación pura y simple—, *además*, se superpone la responsabilidad *ultra vires* que, como hemos visto, se produce con independencia del fenómeno sucesorio en sí» (23).

(21) GARCIA BAÑÓN: *El beneficio de separación*, págs. 20-23, Madrid, 1962; LACRUZ: *Sucesiones*, parte general, págs. 374.

(22) En este sentido: MANRESA y LÓPEZ JACOITE: *ob cit*

(23) Al interpretar este artículo 1.003 del Código civil, la doctrina general, entiende que el efecto fundamenta de la aceptación pura y simple es la de la responsabilidad ilimitada con su secuela de la confusión de patrimonios; entre ellos podemos citar a LACRUZ (*Sucesiones*, pág. 366 y sigs.), y recoge como precedente de este artículo la Partida 6,6, 10, de la que copia lo siguiente. «finan obligados tan bien los bienes que oviere de otra parte como lo que ovo del testador, para pagar completamente las debdas e mandas...». Pero a nuestro entender desvirtúa el sentido de esta Ley al omitir el párrafo que le antecede, que dice así: «Si el heredero, de que oviere entrado en la heredad del testador, non fiziere el inventario fasta aquel tiempo que de suo diximos, dende adelante fincan obligados también los sus bienes que oviere de otra parte...». Por tanto, no es exacta la afirmación de LACRUZ, de que: En el derecho castellano, las Partidas introdujeron el sistema romano de responsabilidad, en principio ilimitada, del heredero, por las deudas y cargas de la herencia», sino que esa responsabilidad ilimitada se derivaba de la omisión de hacer el inventario, en el sentido que correctamente afirma PEÑA.

A nuestro entender, en el artículo hay una aparente redundancia: decir heredero puro y simple, y añadir «o sin beneficio de inventario», si esta segunda frase se interpreta en el sentido general de la doctrina, como un

— En ninguna parte se establece que el patrimonio colectivo pueda disolverse por la partición. Dice: «Cualquiera que sea el tipo de partición, mientras no haya intervención de los acreedores, será siempre respecto de los acreedores una *res inter alios acta* o un acto unilateral ajeno a ellos y, por tanto, no les perjudicará. No les perjudicará la partición unilateralmente hecha por el testador o comisario, como no les perjudican, en general, las determinaciones que haga en cuanto a la liquidación de su patrimonio. No les perjudica la que se haga por contrato, porque «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos» (art. 1.257 del Código civil). No les perjudica la que se haga judicialmente por la relatividad de efectos de la cosa juzgada (cf. art. 1.252 del Código civil). Nuestro Código civil—añade PEÑA—se manifiesta con claridad en el sentido expuesto en el artículo 405: la división de una cosa común no perjudicará a tercero, ni en concreto, a los terceros titulares de «derechos personales». Los derechos personales persisten contra los bienes de la comunidad como persisten la hipoteca, la servidumbre o los derechos reales: «conservarán igualmente su *fuera*, no obstante, la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad». Conservarán su *fuera*, es decir, todas las posibilidades de acción sobre el patrimonio: las que tenían en vida del deudor (prelación, acciones revocatorias, etc.) y las concedidas por la Ley después de su muerte (primero es pagar que heredar; el juicio de testamentaria) (24).

tipo de aceptación que se contrapone a la aceptación pura; si el heredero es puro, ya se entiende que no es a beneficio de inventario, y por tanto, esto último sobraba. Pero, no existe esta redundancia, si se interpreta este artículo en relación con su antecedente histórico de la Partida 6,6,10, que decía, que si el heredero no hiciere el inventario quedan obligados también sus bienes; y esta Ley ha pasado al artículo 1.003 del Código civil en la frase o *sin beneficio de inventario*, que en el sentido tradicional era el haber omitido el inventario, lo que lleva consigo no tener el beneficio de separación de patrimonios. Con esta interpretación, es correcta la equiparación del heredero puro, al que omite el inventario, y el efecto es el que dice el Código, la responsabilidad *ultra vires*.

(24) PEÑA: ob. cit., págs. 204 y 205

X

SENTIDO DEL PRINCIPIO ANTES ES PAGAR QUE HEREDAR

A) La doctrina general ha preterido el concepto residual de la herencia, establecido en Las Partidas (no hay herencia, sino en el residuo después de pagadas las deudas), y su corolario, «antes es pagar que heredar», tan arraigado en nuestro sistema tradicional español y que pervive en la Jurisprudencia posterior al Código civil y hasta alcanza la consideración de Principio General del Derecho, como en la S. T. S. de 5 de noviembre de 1920, que dice: «Es principio general de derecho, sancionado por nuestra legislación, a contar desde las leyes de Partidas, y constantemente aplicado por nuestro Tribunal, que la herencia de una persona la constituye el *remanente* de sus bienes, después de satisfechas sus deudas y obligaciones». Sin embargo, la doctrina no ha sabido ver que dicho concepto se refiere a la subsistencia del patrimonio hereditario. Se han olvidado de su raigambre histórica, por el mismo CASTÁN Y BONET RAMÓN (25), quienes creen «de procedencia más bien germánica». Se le ha motejado de concepto más económico que jurídico (26). Y se estigmatizan de incorrectas las fórmulas notariales de instituir heredero «en el remanente de los bienes», por la Dirección General de los Registros, en Resoluciones de 25 de agosto de 1923 y 29 de noviembre de 1956.

B) Según PEÑA, de acuerdo con nuestra tradición histórica, nuestro Código civil establece un sistema genuinamente español, sin necesidad de acudir a los esfuerzos de implantar el llamado beneficio de separación. No se sigue el criterio del Derecho romano, de la *separatio bonorum* de la época clásica, por la que se evitaba la confusión de los patrimonios, a petición de los acreedores del causante. Tampoco se sigue el criterio de las preferencias del Derecho francés, consistente en conceder a los acreedores un derecho de preferencia en el pago frente a legatarios y acreedores

(25) CASTÁN: *La dogmática de la herencia*, 1959, pág. 272; BONET RAMÓN: *Derecho de Sucesiones*, 1965, pág. 25.

(26) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, tomo IV, pág. 34.

particulares del heredero, sobre el patrimonio confundido. El sistema español del Código civil—según PEÑA—consiste en atribuir a los acreedores *poderes especiales* de intervención en la liquidación de la herencia que se manifiesta en dos vertientes: en la vertiente *sustantiva* consiste en impedir la entrega de los bienes hereditarios a los herederos, mientras no se paguen las deudas (artículos 1.082 del Código civil y 1.093 de L. E. C.), y en la vertiente *procesal* al facultar a los acreedores, promover el juicio de testamentaria (27). Para ello, hace una interpretación conjunta de los artículos 1.082 del Código civil y 1.093 de la L. E. C. En efecto:

— El artículo 1.082 del Código civil dice que los acreedores pueden oponerse a que *se lleve a efecto* la partición, hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Y el artículo 1.093 de la L. E. C. es la versión procesal de la posición de los acreedores en el juicio de testamentaria, al decir, que pueden promover la intervención del patrimonio hereditario o impedir que *se haga entrega* de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios, sin estar aquellos *completamente* pagados o suficientemente garantizados. Ambos preceptos aluden a la misma idea: las facultades de los acreedores a oponerse, no a la partición como acto puramente divisorio, sino a que la partición se lleve a efecto, y en con-

(27) Con esta concepción de PEÑA, el sistema español es intermedio entre el sistema romano y el anglosajón, con ventajas respecto de los dos.

En el *sistema romano*, entran inmediatamente en los bienes hereditarios y se evita el proceso liquidatorio de la herencia, con la confusión de patrimonios; sistema ideal para las herencias solventes. Pero si el heredero está cargado de deudas, puede perjudicar a los acreedores del causante al tener que soportar la concurrencia de los acreedores particulares del heredero respecto del patrimonio hereditario confundido, salvo que los acreedores pidan la *separatio bonorum*.

En el *sistema anglosajón*, los herederos han de comparecer ante el Juzgado para que verifique la liquidación del patrimonio, y una vez hecha la liquidación, los herederos adquieren el residuo de los bienes, o sea, que no adquieren directamente los bienes y las demás deudas. Este es sistema ideal para las herencias insolventes, porque los herederos obtienen la protección máxima.

El *sistema español*, propugnado por PEÑA, ofrece las ventajas del derecho romano, en cuanto los herederos entran inmediatamente en los bienes hereditarios, evitando el proceso liquidatorio con sus dilaciones y gastos consiguientes, cosa que de hecho se prescinde si la herencia es claramente solvente. Por otra parte, tiene las ventajas del sistema anglosajón, puesto que los acreedores no sufren perjuicio alguno en sus créditos: al persistir individualizado el patrimonio hereditario después de la muerte del causante, al concederles poderes especiales para intervenir en el patrimonio hereditario hasta el pago o afianzamiento de sus créditos, y al imponer al heredero que omita el inventario en tiempo y forma la responsabilidad *ultra vires*.

creto a que se haga entrega de los bienes hereditarios a ninguno de los herederos y legatarios, sin estar completamente pagados o garantizados. Se debe interpretar un precepto por el otro y ambos conjuntamente, de acuerdo con nuestro Derecho tradicional y del principio «antes es pagar que heredar», que pasó a la L. E. C. de 1855; éste era el derecho vigente al publicarse el Código civil que se debía recoger por mandato de la Base 18.

Los acreedores pueden promover el juicio de testamentaria con el solo objeto de obtener el pago o afianzamiento de sus créditos, independientemente que los herederos lo promuevan o no. Así lo entiende MUCIUS SCAEVOLA (28,) por ser una exigencia lógica, puesto que los acreedores no pueden obligar a los coherederos o comuneros a salir de la indivisión a la fuerza.

XI

POSICION DEL HEREDERO A BENEFICIO DE INVENTARIO

A) De acuerdo, con la tesis de PEÑA, en el heredero a beneficio de inventario, se dan en toda su pureza los efectos de la sucesión universal normal, con su secuela de la separación de patrimonios y la responsabilidad *intra vires*. Así el artículo 1.023 del Código civil dice:

1. «El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma». De manera que como todo heredero «está obligado», es deudor, y legitimado pasivamente frente a las reclamaciones de los acreedores, y si la partición está hecha (art. 1.084 del Código civil), queda sujeto a las reclamaciones por entero de los acreedores, pero puede citar y emplazar a los demás herederos. Su responsabilidad está limitada, no como dice VOCINO, por consecuencia de una aceptación compleja, sino como dice PEÑA, como una aceptación simple, puesto que, lo que provoca la responsabilidad *ultra vires*, no es la aceptación en sí, sino el incumplimiento culpable de las reglas liquidatorias del patrimonio hereditario.

(28) *Código civil*, T. 18, art. 1.055, pág. 247.

2. «Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto». De manera que, el crédito del heredero a beneficio de inventario contra la herencia, no se extingue por confusión. Pero si el crédito queda pendiente de pago, después de la partición, por el artículo 1.084 del Código civil, como acreedor, puede reclamarlo por entero, de los demás coherederos, pero éstos, pueden oponerle que limite la reclamación a la parte proporcional, por el principio de «antes es pagar que heredar».

3. «No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia». Por tanto, cuando se pierda el beneficio de inventario culpablemente por el heredero, no en daño de los acreedores, quienes conservarán sus facultades sobre el patrimonio hereditario.

El beneficio de inventario conduce a la administración y liquidación de la herencia en la que no pueden inmiscuirse los acreedores del heredero (art. 1.034 del Código civil), siendo pagados preferentemente: 1.º) Los acreedores del causante (art. 1.027 del Código civil). 2.º) Los legatarios (art. 1.027 del Código civil), aunque éstos puedan verse afectados por las reclamaciones que pueden entablar los acreedores del causante, conforme al artículo 1.029 del Código civil. El remanente de los bienes pasa al heredero, y, sobre ello, puede hacerse efectivo el derecho de los acreedores (art. 1.034 del Código civil).

B) Formalidades del beneficio de inventario.

La doctrina general entiende que para acogerse al beneficio de inventario se precisan estas formalidades: 1.ª) La declaración de querer utilizar el beneficio de inventario, puede hacerse notarial o judicialmente; pero si se hace notarialmente es necesario reiterarla judicialmente. 2.ª) Formación de inventario y citación a los acreedores debe realizarse judicialmente (29). Todas ellas dentro del plazo legal.

(29) Existe un sector de la doctrina, que admite exclusivamente las formas judiciales. Entre ellos, MANRESA: *Comentarios*., VII, art. 1.013, págs. 484 y 485, quien concluye «que puede decirse que está casi de sobra una de las formas de aceptación beneficiaria, por imponerse indirectamente la otra forma, la judicial en todos los casos».

Entre los que admiten la forma notarial, podemos citar a SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios*., VI, 3, págs. 1.823 y sigs.), pero entiende que la petición de for-

Esta doctrina de la forma judicial necesaria para el beneficio de inventario, tropieza con la doctrina de PEÑA, que defiende que el heredero a beneficio de inventario, ostenta la manera normal de suceder, de acuerdo con la tradición española. Si se exigen unas formalidades rígidas, y, sobre todo, judiciales, para acogerse a este beneficio, parece que la conclusión debe ser todo lo contrario, que lo complejo y anormal es la aceptación a beneficio de inventario y que lo simple y sencillo es la aceptación pura, como lo entiende VOCINO. Por esto, PEÑA, recogiendo la doctrina tradicional de suavizar estas formalidades, defiende la posibilidad de que puedan cumplirse notarialmente, sin necesidad de que sean reiteradas ante el Juez. En efecto:

a) *La declaración de querer utilizar el beneficio de inventario.* Esta declaración *no es necesaria* en el caso del Estado (art. 957 del Código civil), los pobres (art. 992 del Código civil), los sujetos al tutor que acepta la herencia por si solo (art. 992 del Código civil), y el que reclama judicialmente la herencia de que otro se halle en posesión (art. 1.021 del Código civil).

Si esta declaración que se hace ante notario, se debiera reiterar ante el Juez, haría totalmente inútil la referencia notarial del artículo 1.011 del Código civil.

En el supuesto del artículo 1.014 del Código civil (el heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia), dice SÁNCHEZ ROMÁN, que dados los términos del artículo no es bastante la forma notarial; pero PEÑA entiende que siendo competente el Juez del último domicilio del finado, el heredero puede residir a mucha distancia y no se puede pensar que el legislador imponga en tan corto plazo de 10 días que haga la declaración ante Juez tan distante.

En el supuesto del artículo 1.015 del Código civil (el heredero que no tiene en su poder bienes de la herencia y la acepta), conforme al artículo 1.011 del Código civil puede hacer la declaración ante notario.

maación de inventario con citación de acreedores y legatarios debe hacerse judicialmente. LACRUZ (*Sucesiones*, núm 256), admite la forma notarial, salvo en el supuesto del artículo 1.014 del Código civil, y el de la *interpellatio* a que se refiere el artículo 1.015 del Código civil.

b) *La formación de inventario.* En el Proyecto de 1851, decía que había de ser autorizado por escribano público (art. 848). Sin embargo, en el Anteproyecto de 1882-1888, decía que «se formará judicialmente» (art. 1.031), y en la redacción del Código civil ha desaparecido la referencia judicial.

Basta el inventario realizado para otro fin, como reservas (artículo 977 del Código civil), institución condicional (art. 804 del Código civil), etc.

c) *La citación a acreedores y legatarios.* El Anteproyecto de 1882-1888, exigía que se hiciera «en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 1.030 del Anteproyecto), y este precepto ha desaparecido en la redacción del Código civil (30).

(30) Entendemos que la exigencia de las formalidades judiciales, es un serio obstáculo a la doctrina de PEÑA, y él mismo reconoce «las graves dificultades interpretativas», para admitir la forma notarial, sin necesidad de que sean reiteradas ante el Juez.

— En relación a la declaración de querer utilizar el beneficio de inventario, es un argumento de peso el artículo 1.011 del Código civil, que autoriza pueda hacerse ante Notario, y el admitir exclusivamente la forma judicial, haría inútil tal precepto. Pero el artículo 1.014 del Código civil exige claramente la forma judicial, cuando el heredero esté en posesión de los bienes de la herencia, la cual parece una cautela excesiva, para hacer una simple manifestación de querer utilizar el beneficio de inventario, y parece correcto interpretar este artículo, en relación con el artículo 1.011 del Código civil, que autoriza hacer la declaración ante el Notario o el Cónsul, que son funcionarios igualmente competentes para recibir tal declaración.

— En relación con la formalización del inventario, el argumento histórico de la supresión de la frase del Anteproyecto de 1882-1888 (art. 1.031), «el inventario se formará judicialmente», no haya pasado a nuestro vigente Código civil, es un argumento interpretativo favorable a la forma notarial. La finalidad de la formación de inventario, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1884, «no fue otro que el de evitar fraudes y abusos en perjuicio de acreedores y legatarios». La pérdida del beneficio de inventario tiene lugar, no cuando el inventario se formaliza notarialmente, sino cuando hay ocultación de bienes, y si el inventario es íntegro, porque se formalice ante Notario, no es causa de la pérdida del beneficio de inventario.

En el Derecho histórico, el inventario promovido por uno sólo de los coherederos aprovecha a los demás, en cuanto a la formalidad del inventario. Lo que ocurre en el Código civil es que los demás coherederos, para gozar del beneficio de inventario, deben hacer, además, la protesta de querer someterse al beneficio de inventario, pero no que todos deban promover la formación de inventario.

En el Derecho histórico bastaba la formalización del inventario, con otro fin distinto del beneficio de inventario, para que éste fuera eficaz; así AYORA, JUAN GUTIÉRREZ, CARPIO (citados por PEÑA), entendían que bastaba el inventario que se hacía por razón de la tutela o por razón de la ausencia. Lo mismo puede ser aplicable a los inventarios que se realizan con motivo de las reservas (artículo 977 del Código civil), de la institución condicional (arts. 801, 804, 185 del Código civil), el fideicomiso o usufructo universal; liquidación de gananciales

C) La pérdida del beneficio de inventario.

Como la pérdida del beneficio de inventario, según PEÑA, da lugar a la responsabilidad *ultra vires* del heredero, como una sanción, debe interpretarse restrictivamente los supuestos que ocasionen tal pérdida.

El artículo 1.024 del Código civil establece que la pérdida del beneficio de inventario tendrá lugar:

(artículo 1.428 del Código civil). Y si la finalidad de la formación del inventario es evitar el fraude de los acreedores, con posibles ocultaciones de bienes, si éste se formaliza ante Notario, en una escritura de partición de herencia con aprobación de todos los herederos, creemos que aprovecha a los herederos que, además, hagan la protesta de someterse a tal beneficio.

— En relación con la citación de acreedores y legatarios, puede ser un criterio de interpretación, el artículo 1.057, 2.º del Código civil, que establece que el comisario deberá «inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos acreedores y legatarios», cuando «entre los coherederos haya algún menor de edad o sujeto a tutela». En el Proyecto de 1851, la herencia había de ser a beneficio de inventario cuando los herederos estén sujetos a la patria potestad, tutela o curaduría (art 244, 824) GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, artículo 901, pág. 264). dice que la obligación del comisario de inventariar con citación de interesados «guarda conformidad» con la exigencia de que las herencias en aquellos casos se admitan a beneficio de inventario.

En nuestro Código civil también se recoge este criterio en los artículos 992 (la herencia dejada a los menores e incapacitados, que la aceptara el tutor por sí solo, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario), y 996 (para los sordomudos que no sepan leer y escribir, el tutor la aceptará a beneficio de inventario); y creemos que existe igual conformidad con el artículo 1.057, 2 del Código civil, al imponer al comisario la obligación de inventariar los bienes de la herencia con citación de acreedores y legatarios, cuando haya algún menor de edad, o sujeto a la tutela.

En el artículo 1.057, 2, del Código civil, la citación se debería hacer mediante acta notarial, y esa necesaria circunstancia debería constar en forma que merezca fe. Sin embargo, la doctrina de la Dirección General de los Registros, entiende que la escritura de partición, en este caso, debe inscribirse cuando se afirme haberse hecho esa citación, aunque no resulte probada en debida forma, pues sólo a los interesados, y no al Registrador corresponde, en su caso, impugnar la partición por ese defecto. Así, la Resolución de 13 de abril de 1892, dice que: «el deber del comisario de inventariar los bienes de la herencia con citación de herederos, acreedores y legatarios, es medida de precaución, tomada por el legislador en el exclusivo interés de estas personas; por lo cual, si ellas afirman que el inventario se ha practicado en esa forma, ha de otorgarse a su dicho entera fe y estimar cumplido en cuanto a dicho extremo el artículo 1.057».

En conclusión, podría sostenerse que para acogerse al beneficio de inventario, bastaría cubrir las formalidades dichas ante Notario, tanto la protesta de querer utilizar tal beneficio, como la formación del inventario. Y respecto a la citación a acreedores y legatarios, podría aplicarse el mismo criterio de la Dirección General para el supuesto de la partición practicada por el comisario, que guarda gran conformidad con los artículos 992 y 996 del Código civil, y entonces bastaría la simple manifestación en la escritura de haberse hecho tales citaciones, para que fueren eficaces, sin perjuicio de que los acreedores y legatarios pudieran impugnar la partición por hacerse omitido realmente este requisito.

1. «Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia», y el artículo 1.002 del Código civil añade, «o por ocultación de efectos de la herencia, sin perjuicio de las *penas* en que haya podido incurrir»; en este último caso, se impone la responsabilidad *ultra vires*, incluso antes de la aceptación de la herencia, imponiéndose, como dice PEÑA, una aceptación *ex lege* con el carácter de heredero puro».

2. «Si antes de completar el pago de las deudas y legados, enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización» (art. 1.024 del Código civil).

Los efectos de la pérdida del beneficio de inventario, consisten en imponer al heredero la responsabilidad *ultra vires* (art. 1.003 del Código civil), pero con una *relativa* confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio personal del heredero, en el sentido de continuar la autonomía del patrimonio hereditario en favor de los herederos del causante, puesto que la confusión de patrimonios se establece «en daño de los herederos», pero nunca «en daño de los acreedores», que continúan con sus mismas posibilidades en relación con el patrimonio hereditario; lo que ocurre es que los acreedores del causante, además de poder perseguir los bienes hereditarios, pueden ahora perseguir los mismos bienes de los herederos, quienes por la pérdida del beneficio de inventario, pasan a responder *ultra vires* (31).

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN

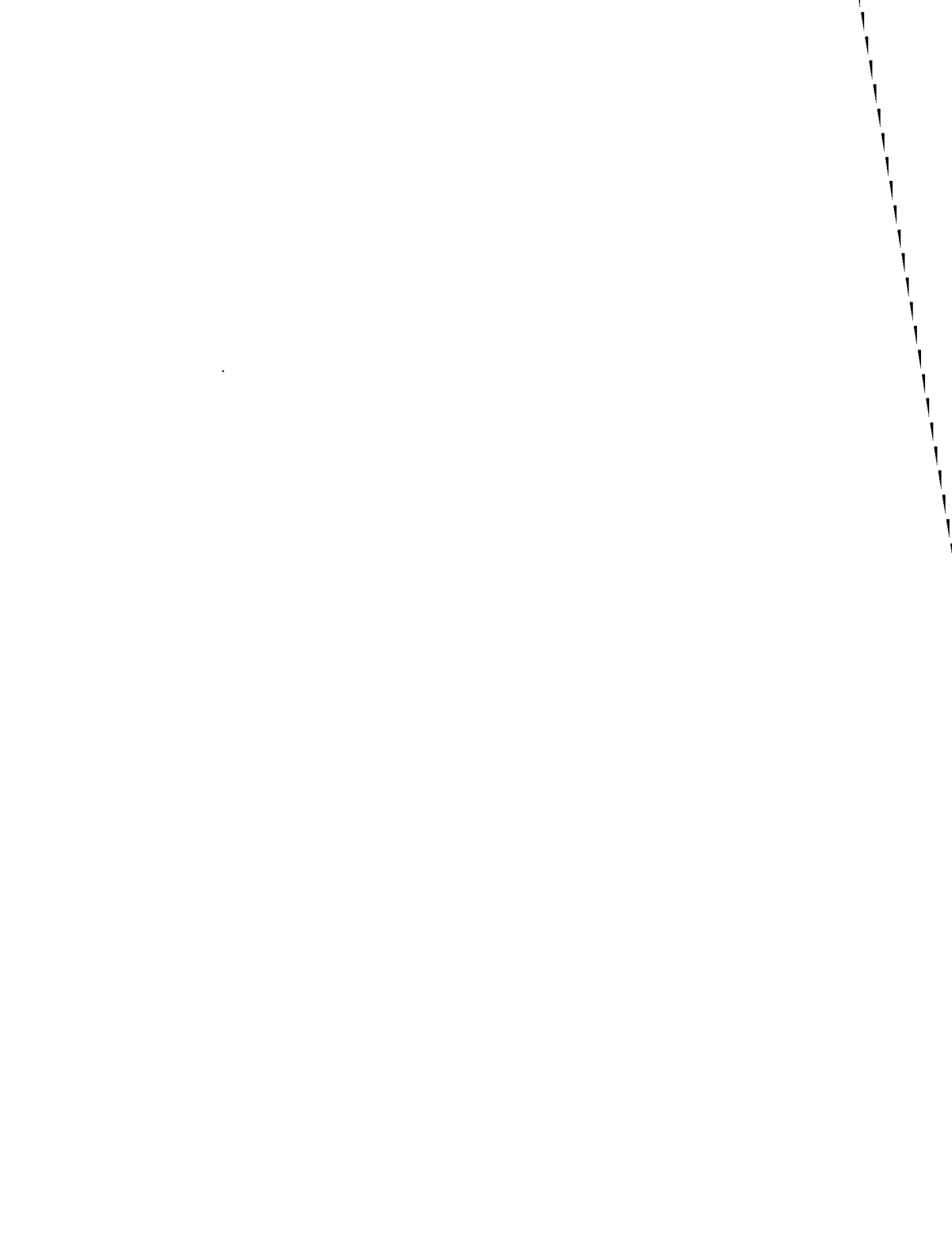
Notario

(31) La posición de PEÑA es la de mantener la autonomía del patrimonio hereditario, aunque el heredero pierda el beneficio de inventario, en cuyo caso responderá primero con el patrimonio hereditario y después con el suyo particular. Esta explicación tropieza con el artículo 1.192 del Código civil, que establece el efecto extintivo de la confusión cuando se reúnen en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, y este efecto extintivo se produce indiferenciadamente, es decir, que se extinguen por confusión todas las relaciones de crédito entre el patrimonio del causante y el patrimonio del heredero. Así lo entiende MANRESA (art. 1.192 del Código civil, pág. 700): Suponiendo la herencia la continuación en el heredero de la personalidad jurídica del que muere y la confusión de patrimonios, se verifica lógicamente respecto de aquél, no de los simples legatarios, una confusión de los caracteres de acreedor y deudor. El medio de evitarlo es el beneficio de inventario, a cuyas reglas de

formación y efectos se remite el Código en este lugar...». Por tanto, según esta opinión, si el heredero acepta a beneficio de inventario, no hay tal confusión, y, por el contrario, si el heredero pierde el beneficio de inventario, se produce la confusión de patrimonios indiferenciadamente. Ahora bien, quizá se pueda interpretar el artículo 1.192 del Código civil, en relación con el artículo 1.023, en el sentido de que la confusión se produce «en daño del heredero», y por consiguiente, nunca en daño de los acreedores del causante. Esta interpretación de PEÑA, es desde luego más justa, en el caso del heredero cargado de deudas, que pierde el beneficio de inventario, y la más consecuente con toda la argumentación que hemos expuesto, e intentado reforzar a lo largo de este tema.

Concluimos este tema con el mayor elogio al esfuerzo profundo del trabajo de PEÑA. Ha sabido extraer del Derecho histórico Intermedio, los perfiles genuinamente peculiares de nuestro Derecho, constatado principalmente en el axioma castizo de «antes es pagar que heredar», cuyo sentido recoge nuestro Código civil. Deseamos que su tesis prospere, frente a otras recogidas del Derecho francés, que tanto influjo tuvo en España, a través de los más prestigiosos juristas.

NOTAS



Notas de afección por impuestos en las “Viviendas de protección oficial”

NOTAS MARGINALES DE AFECCION POR IMPUESTOS, ARBITRIOS Y CONTRIBUCIONES DEL ESTADO, PROVINCIA Y MUNICIPIO, EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL

Desde que se inició el sistema de protección oficial a la construcción de viviendas, y para fomentarla, se concedieron a los promotores un conjunto de beneficios fiscales consistentes en bonificaciones y exenciones de impuestos, arbitrios y contribuciones.

Esos beneficios están condicionados a que se cumplan las normas dictadas por el Gobierno en relación a la construcción de las viviendas y al uso o destino de las mismas.

Cuando la construcción se ajusta a esas normas se concede la calificación definitiva de «Vivienda de protección oficial», actual denominación que antes fuera la de «viviendas protegidas» y la de «viviendas de Renta Limitada». Otorgada la calificación definitiva, la situación que tal concesión origina dura un plazo determinado, transcurrido el cual las viviendas entran en el régimen fiscal normal.

Si las disposiciones sobre esta clase de viviendas se vulneran de manera que la infracción sea de las que la Ley considera muy grave, puede decretarse la pérdida de esa condición de protegida, puede «descalificarse» y en tal caso hay que abonar los impuestos, arbitrios y contribuciones que fueron declarados exentos o bonificados y sus intereses.

Para este supuesto, el Estado, la Provincia o el Municipio, que dejaron de percibir esos impuestos, necesitan una garantía de que

van a poder hacerlos efectivos. Y la mejor es afectar la propia finca al pago.

Con este enunciado general queda centrado el problema que nos ocupa: cómo lograr esa afección de la finca.

Es interesante hacer notar que con una legislación tan amplia, tan prolija y ya incluso con antigüedad de un tercio de siglo, como la de viviendas protegidas, se ofrezcan dudas sobre una materia de indudable importancia económica; ésta de la afección de las fincas en caso de descalificación por sanción.

Creemos que no está muy clara la forma de lograr esa afección. Creemos que con la actual legislación, con el último reglamento sobre viviendas de protección oficial, que ha empezado a regir el 1 de enero de este año de 1969, siguen las dudas sobre la forma de afectar las fincas calificadas a las responsabilidades enunciadas someramente antes.

Para centrar totalmente el tema conviene hacer constar que nos referimos a la afección que debe plasmarse en los libros del Registro de la Propiedad, una vez concedida la calificación *definitiva* y para el caso de que sea descalificada por sanción.

La aclaración anterior no es ociosa, pues hay notas de afección que si están perfectamente reguladas en la legislación de viviendas protegidas. Se trata de las siguientes: Cuando el adquirente de un terreno declara en la escritura que es para construir viviendas de protección oficial, el liquidador concederá la exención «provisional», consignando el «importe» de la liquidación. El Registrador pondrá al margen de la inscripción de la finca una nota de afección para el caso de que no se construyan las viviendas protegidas. Una vez construidas, o sea una vez obtenida la calificación definitiva, la exención «provisional» se eleva a «definitiva», y puesto que la nota de afección se registró para el caso de que no se cumpliese el requisito que originó la provisionalidad, una vez cumplido el mismo la nota se debe cancelar.

Esta situación de exención «provisional» ya la previó el Reglamento de 8 de septiembre de 1939 al establecer en su artículo 24, número 7, que «para gozar de la exención en los casos de legados, donaciones y subvenciones a favor de entidades públicas y benéficas con destino a la construcción de Viviendas de Renta Limitada habrán de garantizar el empleo de los bienes para ese destino,

como sigue: El Instituto de la Vivienda fijará el plazo para hacer el proyecto. Aprobado éste se declarará el documento exento, haciéndose constar por medio de nota en el documento que quedan afectos los terrenos al pago del impuesto no liquidado para el caso de que no se haga la construcción. De esta afección *se tomará* razón en el Registro de la Propiedad. La afección cesará y la nota se cancelará cuando a la recepción de las obras se obtenga la calificación definitiva».

Un texto idéntico se encuentra en el artículo 32 del Decreto de 1 de julio de 1955, Reglamento de Viviendas de Renta Limitada que desarrolló la Ley de 15 de julio de 1954. Y además en este Reglamento, en su artículo 31 se arbitró la misma solución para los casos en que el adquirente declaraba que iba a construir Viviendas de Renta Limitada: «el liquidador concede exención provisional y en el plazo de un mes, tras la calificación definitiva, se presenta de nuevo el documento para que se eleve a definitiva la exención».

De igual forma, el artículo 65, número 28, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Transmisiones patrimoniales de 6 de abril de 1967, establece este tipo de exenciones provisionales al disponer:

«Los contratos de promesa de venta, adquisición a título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de los terrenos, así como los de derecho de superficie y de elevación de edificios que se otorguen con la finalidad de construir viviendas de protección oficial. La existencia de construcciones que hayan de derribarse para edificar no será obstáculo para gozar de la exención.

Para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad expresada y quedarán sin efecto si transcurriesen tres años, a partir de dicho reconocimiento, sin que se obtenga la calificación provisional.

La exención se entenderá concedida con carácter *provisional* y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.»

El artículo 15 del mismo texto legal completa esta normativa.

Obsérvese que estos supuestos originan una nota de afección para una situación «provisional» pendiente de un evento que la «perfecciona». Esta provisionalidad está expresamente reconocida en el artículo 43, último párrafo del apartado A) del Reglamento vigente de Viviendas refiriéndose, entre otros, al caso de adquisición de bienes y derechos realizados con la finalidad de construir viviendas de protección oficial.

Luego veremos que las notas de afección que motivan este estudio, son para unos supuestos completamente distintos; son supuestos de exenciones concedidas «definitivamente» que se «revocan». Hay la misma diferencia que puede existir entre una condición suspensiva y una resolutoria.

Centrado así el problema vamos a estudiar los preceptos legales que tratan del mismo, siguiendo un orden cronológico, pues, aunque algunos estén derogados, la comparación de unos con otros será ilustrativa de la ambigüedad y falta de rigor con que la Ley se produce.

El Decreto de 8 de septiembre de 1939, Reglamento que desarrolla la Ley de «Viviendas Protegidas» de 19 de abril de 1939 y creadora del Instituto Nacional de la Vivienda, decía en su artículo 65:

«De las calificaciones definitivas se tomará razón en el Registro de la Propiedad para que quede asegurada al Estado, Provincia o Municipio, la devolución del importe de las exenciones tributarias y de arbitrios y el pago del interés legal de aquellas y de éstos, en el caso de que se decrete la descalificación de las respectivas casas.»

El Decreto de 1 de julio de 1955, en su artículo 93, párrafo 3.º, repetía las mismas palabras que acabamos de transcribir, cambiando sólo la última palabra «casas» por «viviendas». Este Decreto es el que promulgó el Reglamento sobre «Viviendas de Renta Limitada» y desarrolló la Ley de 15 de julio de 1954 reguladora de tales viviendas.

El Decreto de 24 de julio de 1963, texto refundido de la Legislación de «Viviendas de Protección oficial» adaptado a la Ley de Reforma Tributaria por virtud del Decreto de 3 de diciembre de

1964 en lo referente a las exenciones y bonificaciones tributarias, dispone en su artículo 37 lo siguiente:

«El procedimiento para imposición de sanciones, se regulará conforme a la Ley de Procedimiento administrativo. La ejecución de lo acordado en la resolución se llevará a cabo por vía de apremio según las normas del Estatuto de Recaudación y en consecuencia...»

Y el Reglamento de «Viviendas de Protección oficial» dado por Decreto de 24 de julio de 1968, que junto con el texto refundido de 24 de julio de 1963, ha empezado a regir el 1 de enero de este año de 1969, dispone en su artículo 99 lo siguiente:

«La cédula de calificación definitiva, junto con la escritura declarativa de que la construcción está comenzada, a que se refiere el apartado b) del artículo 97 de este Reglamento, constituirá título suficiente para la toma de razón, por nota marginal en el Registro de la Propiedad, de la declaración de obra nueva. En la misma forma se hará constar la afección de la finca para que quede garantizado al Estado, Provincia o Municipio el pago del importe de las contribuciones, impuestos, arbitrios, derechos, tasas y sus recargos, cuya exención o reducción se hubiere concedido, así como el pago del interés legal de dichas cantidades, en el caso de que se decreta la descalificación de las respectivas viviendas».

A la vista de estas disposiciones, sobre todo, del artículo 99 del Reglamento vigente, últimamente transcrito, puede pensarse que el Registrador de la Propiedad, al presentársele en el Registro la cédula de calificación definitiva, debe poner una nota al margen de la inscripción de la finca que diga algo así:

«Esta finca queda afecta al pago de las contribuciones, impuestos, arbitrios, derechos, tasas y sus recargos, cuya exención o reducción concedió el Estado, la Provincia o el Municipio, así como al pago del interés legal de las cantidades que resulten exigibles por esos conceptos, en el caso de que se decreta la descalificación de las respectivas viviendas, durando la afección que

refleja esta nota, cincuenta años, a partir de la fecha de la calificación definitiva registrada en el asiento X. Fecha y firma.»

Si las normas jurídicas pudieran aplicarse, o mejor dicho, interpretarse, aisladamente, olvidando todas las demás, quizá pudiera extenderse en los libros del Registro esa nota de afección sin problemas. Como las leyes no pueden aplicarse así, con abstracción de todas las demás que regulan la misma materia, creemos que esa nota no puede ni debe reflejarse en esa forma.

Tal nota marginal dejaría afecta la finca a unas contribuciones, impuestos, arbitrios, tasas, recargos, derechos e intereses no determinados en su concepto preciso ni en su cuantía, en favor de tres entidades públicas y nada menos que por un plazo que antes del Reglamento vigente era de 20 años y hoy, a partir del 1 de enero de 1969, será de cincuenta.

Creemos que con ello se vulnerarían principios hipotecarios básicos en nuestro sistema legal, se atacarían las mínimas garantías precisas para un seguro tráfico jurídico y se incumplirían preceptos vigentes que impiden tal gravamen indeterminado.

Para hacer esta afirmación nos basamos en los siguientes argumentos:

1.º Ninguno de los preceptos examinados «ordena» que al registrarse la calificación definitiva se extienda por el Registrador una nota de afección global e indeterminada. Ni lo ordena el Reglamento de Viviendas de Protección oficial vigente, ni lo ordenaron los anteriores.

Los Decretos de 8 de septiembre de 1939, artículo 65, y de 1 de junio de 1955, artículo 93, antes citados, decían simplemente que «de las calificaciones definitivas se 'tomará razón' en el Registro de la Propiedad para que quede asegurado al Estado, etc...» (véase el texto transcrito antes). O sea, estos Decretos lo único que ordenaban era registrar la calificación sin más. Quizá se daba, por supuesto, que con registrar la calificación bastaba para garantizar frente a todos la devolución de los conceptos tributarios declarados exentos o bonificados, idea de la que no participamos.

Una Circular de la Dirección General del Instituto Nacional de la Vivienda, de fecha 5 de julio de 1943, citada en la publicación de ese Instituto, «Viviendas Protegidas», 1947, ordenaba que «se diese traslado al Registro de la Propiedad de la resolución calificando

definitivamente las viviendas *a los efectos prevenidos* en el artículo 65 del Reglamento de 8 de septiembre de 1939».

Abunda en la idea expuesta de que lo único que había que hacer era registrar la calificación.

El Decreto de 24 de julio de 1968, Reglamento vigente, en su artículo 99, transcrito anteriormente y a cuyo texto nos remitimos, tampoco ordena extender esa nota de afección general. Es un precepto que regula sólo dos problemas puramente formales. Dice en primer término cual es el *título formal bastante* para registrar la obra nueva y la *clase de asiento* que se practicará; la escritura de «obra comenzada» (que se habrá inscrito previamente según el artículo 97 *e*), junto con la calificación definitiva, serán título bastante para hacer constar en el Registro la declaración de obra nueva (hay que entender obra nueva «terminada») y ello por nota marginal. Y añade después que «*en igual forma* se hará constar la afección de la finca...». Estas palabras, «en igual forma» lo único que significan es que la afección que proceda se hará constar por nota marginal. Sólo indican la *clase de asiento* en que se reflejará la afección. Pretender que también significan que el Registrador *de oficio* extenderá la nota de afección en favor de las tres entidades públicas y por todo lo que en ese párrafo se indica como posible responsabilidad, creemos que es excesivo.

Compárese su redacción con la del artículo 15 del texto refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales sobre exenciones provisionales, donde se dispone, se ordena, que «consignado por el Liquidador el *importe* de la liquidación exenta o bonificada, el Registrador pondrá *nota de afección*»; compárese, repetimos, este texto con el que comentamos donde sólo se indica la «clase» de asiento que servirá para reflejar la afección.

Las palabras «en igual forma» están en relación con el artículo 194 de la Ley Hipotecaria que, en su párrafo tercero, y después de conceder al Estado, Provincia y Municipio una preferencia tácita por dos anualidades como máximo de contribuciones e impuestos, dispone que «para que el Estado, Provincia o Municipio tengan preferencia por mayor suma de esas dos anualidades, *podrán* exigir una hipoteca especial «en la forma» que determinen los reglamentos administrativos». Por consiguiente, uno de los aspectos de «esa forma» es el de la manera de reflejar esa hipoteca especial

legal, que en este caso será, según el reglamento de viviendas. por nota marginal. Otros aspectos de «forma» serán el del título registrable, contenido del mismo y persona que lo expida. De estos importantes aspectos no se ocupa el Reglamento de Viviendas de Protección oficial.

Que este artículo 99 del Reglamento que comentamos, no ordena practicar la nota de afección en esa forma general, y de oficio, cuando se registre la calificación definitiva, parece demostrarlo también su comparación con el artículo 146 del mismo texto legal, que dispone lo que sigue:

«El transcurso del plazo de 50 años desde la calificación definitiva extingue las limitaciones derivadas del régimen legal... cancelándose *de oficio* en el Registro de la Propiedad las afecciones que se hubiesen producido como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 99.»

En el 99 no se ordena practicar la afección. Sólo se indica la clase de asiento que la reflejará, ya sea afección a favor del Estado o de la Provincia o del Municipio, en tanto que en el 146 se ordena cancelar de oficio las afecciones que se hubieran producido. La actuación de oficio no debe presumirse.

El que el artículo 146 se refiera a «las afecciones (en plural) que se hubieran producido» demuestra que no es una afección única, global e indiscriminada en favor de tres entidades públicas la que hay que reflejar. Volveremos sobre este punto más adelante.

2.º Con esa nota general e indeterminada se infringiría el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, que regula la preferencia del Estado, Provincia y Municipio, a través de dos clases de garantías:

A) Preferencia *tácita* por dos anualidades de contribuciones e impuestos como máximo.

B) Preferencia por mayor suma que la anterior; sólo podrá tenerla exigiendo una *hipoteca especial* en la forma que determinen los reglamentos administrativos.

La nota marginal *general* sustituiría, con daño, al derecho que tienen esas entidades para exigir una hipoteca *especial*, en la que conste cual es esa *mayor suma* (o sea, superior a las dos anualidades) que hay que garantizar.

3.º De igual forma se vulneraría el artículo 271 del Reglamento Hipotecario. Este artículo concreta hasta dónde responderá una finca por débitos fiscales en favor del Estado, Provincia y Municipios; «sólo responderá en los términos prescritos en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria frente a cualquier acreedor o tercer adquirente»; es decir, sólo responderá de dos anualidades por hipoteca legal tácita y de cualquier otra suma que se haya garantizado por hipoteca legal especial. Y termina el artículo diciendo: «cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos de los señalados en el precedente párrafo, la prelación no afectará a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el derecho al cobro mediante la correspondiente *anotación preventiva* de embargo».

Quedaría, pues, vulnerado este artículo 271 con esa nota general, porque se daría preferencia al Estado, Provincia y Municipio por débitos distintos a los previstos en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, y ello sin haber tomado la anotación de embargo que es requisito indispensable para lograr esa preferencia.

4.º Los artículos 9 de la Ley Hipotecaria (núm. 2) y 51 de su Reglamento (núm. 6) exigen que en las inscripciones conste *la extensión* del derecho que se inscriba.

El artículo 166 del mismo Reglamento exige que en las anotaciones de embargo conste el *importe* de lo que se asegure por principal, intereses y costas.

Los artículos 12 de la Ley y 216 del Reglamento Hipotecario exigen igualmente determinación concreta de la responsabilidad de la finca cuando se inscriba una hipoteca.

En suma, el principio de especialidad y todas las previsiones del legislador para lograr que los gravámenes sean *determinados* en su cuantía, caerían por tierra con esa nota general de afección. La necesidad de una eficaz y clara publicidad para dar seguridad al tráfico jurídico se olvidarían y se volvería a situaciones de indeterminación, eventualidad y clandestinidad que ya hace más de un siglo que se desterraron de nuestro sistema inmobiliario.

¿Quién puede saber al adquirir una vivienda de protección oficial a lo que está afecta, con una nota marginal del tipo de la que comentamos? ¿Cuántos años de contribución territorial? ¿Qué «derechos»? ¿Qué tasas? ¿Cuántos recargos?:

El posible adquirente necesitaría iniciar un árduo peregrinar por las oficinas del Estado, las de la Diputación provincial y las del Ayuntamiento para tratar de averiguar qué impuestos, contribuciones, arbitrios, derechos, tasas, etc., le habían sido bonificados o declarados exentos al promotor de la vivienda, para llegar a la conclusión de que, hasta pasados 50 años de la calificación, nunca sabría lo que había adquirido.

En el propio artículo 99 del Reglamento de Viviendas de Protección oficial no ha podido eludirse, aunque sea de una manera muy vaga, esta necesidad de determinación de los gravámenes. Dice que la «afección se hará para que quede garantizado... el pago del *importe* de las contribuciones..., así como el interés legal de dichas *cantidades*...»: mal se compaginaria una afección indeterminada con términos como los de «importe» y «cantidad».

5.º Los preceptos hipotecarios alegados como prohibitivos de que se refleje una afección general e indeterminada son ineludibles. Hay que respetarlos, por expresa disposición de la propia Legislación de Viviendas de protección oficial.

En efecto, el Decreto de 24 de julio de 1963, en su artículo 37, relacionado anteriormente, dispone que «para ejecutar lo acordado en caso de imposición de sanciones se observarán las normas del Estatuto de Recaudación».

Y el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 establece en sus artículos 37 y 38 lo que sigue:

«Artículo 37. Hipoteca legal tácita.

1. En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro, o sus productos directos, ciertos o presuntos, la Hacienda Pública, con arreglo a lo que disponen la Ley y Reglamento Hipotecarios, tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas tributarias no satisfechas correspondientes al año natural en que ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior.

2. A los efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro

cuando se inicia el procedimiento de recaudación en período voluntario.

Artículo 38. Hipoteca especial.

1. Para tener igual preferencia que la indicada en el artículo precedente, por débitos anteriores a los expresados en él o por mayor cantidad de la que del mismo resulta, la Hacienda podrá exigir la inscripción de hipoteca especial. Esta hipoteca no surtirá efectos, sino desde la fecha en que quede inscrita.

2. Los Delegados de Hacienda acordarán y aceptarán, en su caso, la constitución de la hipoteca especial, observando las prescripciones de la Ley y Reglamento hipotecarios y demás leyes vigentes, y solicitarán la inscripción que corresponda.

3. Los Registradores practicarán la inscripción en vista del escrito que el Delegado de Hacienda les dirija, si aquellas prescripciones resultan cumplidas.»

De igual modo el artículo 665 del Decreto de 24 de junio de 1955, que aprueba el texto articulado de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, concede a las Haciendas locales prelación tácita sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, para el cobro *de sólo* la anualidad corriente y la última vencida de los recursos o arbitrios que graven a los bienes inmuebles.

La Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, publicada en el Boletín de 7 de octubre pasado, dedica dos extensas reglas, la 19 y la 20, a esta materia de preferencias de créditos realizables en bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad.

Esta Instrucción no está vigente en el momento en que escribimos estas notas. Empezará a regir el 1 de enero de 1970.

Para sintetizar diremos que de una manera clara y terminante, con técnica jurídica perfecta, se distingue en esas reglas la hipoteca legal tácita y la especial que debe constituirse si se quieren garantizar débitos distintos a los que ampara aquella.

Y lo que es más importante, se regula la *forma* de constituir esa hipoteca especial en sus dos modalidades; o voluntariamente por el deudor o unilateralmente por el Delegado de Hacienda. De esas normas sale robustecida la idea de que los posibles créditos del Estado han de garantizarse sin soslayar ni uno solo de los principios hipotecarios. El legislador ha tenido muy presente el principio de especialidad.

CONCLUSION

Con todo lo anterior tenemos la convicción de que cuando se nos presente en el Registro un título de calificación definitiva no podemos, sin más, afectar la finca a esas responsabilidades por medio de una nota practicada de oficio en términos vagos, generales e indeterminados sobre los conceptos y cuantías, e incluso sobre las entidades a cuyo favor se extiende.

El obstáculo nace por una cuestión de forma que comporta importantes problemas de fondo. Los preceptos alegados como impedimentos no son de contenido meramente formal, pues en ellos radica el principio de especialidad, básico en cualquier sistema hipotecario.

Entonces lo que cabe preguntarse es esto: Si todo lo anterior se acepta, o si no todo, al menos, se admite la conclusión de que esa nota de afección no procede extenderla en la forma que rechazamos ¿cómo se garantizan los derechos del Estado, Provincia y Municipio?

Existen todos los presupuestos legales para que la garantía tenga efectividad, a falta sólo de concretar cual es el título formal, instrumental, apto para su acceso al Registro de la Propiedad.

El derecho a cobrar, caso de descalificación, los débitos fiscales y sus intereses, que declararon exentos o bonificaron esas entidades, es indudable.

Para que tal derecho pueda hacerse efectivo contra terceros ha de constituirse una garantía de conformidad con la legislación hipotecaria. Esta legislación establece que todo lo que exceda de dos anualidades de contribuciones e impuestos, cuya cobertura es una hipoteca tácita, ha de garantizarse a través de una hipoteca especial en la forma que determinen los reglamentos.

El Reglamento de Viviendas de Protección oficial faculta para que esa garantía, derecho de realización de valor, o como quiera llamársele, se haga por nota marginal.

Esa nota marginal será, pues, una hipoteca especial que, en lugar de reflejarse por inscripción propiamente dicha en el Registro, se reflejaría por nota marginal, y que suele llamarse de una manera general, «afección».

Tal nota expresará de algún modo el importe de la carga que se establece; de cuanto responderá la finca como máximo y de cuanto a favor de cada titular de la garantía.

Ese cuánto por cada titular viene determinado por el hecho de que pueden ser tres Haciendas completamente independientes las titulares. Es por esto que antes apuntábamos que es más lógico concebir varias notas de afección que una sola para los tres. Las oficinas de la Hacienda Pública serán las que puedan determinar qué impuestos y contribuciones estatales fueron bonificados o exentos. La Diputación y el Ayuntamiento, cuales los provinciales y municipales, respectivamente. Esto lo corrobora el artículo 48 del Reglamento de Viviendas vigente, que dispone:

«El reconocimiento de las exenciones y bonificaciones tributarias, a que se refieren los artículos anteriores, se hará por las oficinas de Hacienda y las de las respectivas Corporaciones Locales, previa la tramitación que corresponda, de conformidad con las normas que regulen cada tributo.»

Y llegamos al final: ¿Cuál es el título formal, el documento apto para producir el asiento en el Registro?

El Reglamento de Viviendas ha determinado un aspecto de esa forma: el de que se haga por nota marginal. Lo que no ha dicho es en virtud de qué título o documento.

Creemos que esto no ha tenido regulación legal ni reglamentaria hasta ahora, y ello ha motivado las dificultades, dudas y criterios de actuación más dispares.

Sólo muy recientemente se esbozó la solución; en el Reglamento de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, al establecer, en su artículo 45, números 2 y 3, que «cuando la Ley reguladora de un tributo conceda exención o bonificación, cuya 'definitiva efectividad' dependa del ulterior cumplimiento por el contribuyente de

cualquier requisito, la Administración hará figurar el *total importe* de la liquidación que hubiera debido exigirse de no mediar el beneficio fiscal, lo que se hará constar por nota de afección en los Registros públicos» y que «la extensión de esa nota de afección *será solicitada* por los Delegados de Hacienda, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro, en cuyo caso la nota de afección se extenderá de oficio».

Hoy completa estas normas la regla 23 de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, al decir que «los Registradores extenderán *de oficio* la nota marginal de garantía cuando *la liquidación* que no se hizo efectiva esté consignada en el propio documento que se presente en el Registro para su inscripción» y que, «*en otro caso*, los Delegados de Hacienda se dirigirán de oficio a los Registradores, interesando se tome la indicada nota marginal de garantía, acompañando certificación por duplicado del *total importe* de la liquidación a garantizar, con expresión de los bienes que quedan afectos».

Estos textos legales demuestran claramente que con la sola presentación de la calificación definitiva no se podía extender una nota de afección en favor de tres entidades públicas, sin discriminación de conceptos, ni determinación de cantidades.

En lo que al Estado se refiere, parecen disipadas desde ahora las dudas sobre la extensión de esas notas de afección.

¿Y en relación a la Provincia y al Municipio? No conocemos ningún precepto idéntico a los que existen para el Estado, pero no es difícil admitir como título bastante uno semejante al que hemos visto que puede expedir el Delegado de Hacienda para el Estado, cuyo documento sería expedido por el Presidente de la Corporación correspondiente, Provincia o Municipio. Si dichos Presidentes pueden expedir mandamientos de embargo para que se anote en los bienes del deudor, según el artículo 664 de la Ley de Bases de Régimen Local antes citada, con el fin de lograr prelación frente a los que puedan adquirir algún derecho inscribible en el Registro de la Propiedad, es lógico admitir que esa facultad es extensiva a la finalidad de lograr una preferencia en forma de afección especial por impuestos y arbitrios bonificados o declarados exentos para el cobro de los cuales, caso de descalificación, la le-

gislación de viviendas concede a esas entidades públicas un derecho claro e indiscutible.

En todo caso, lo que resulta inadmisibile es que esa garantía especial pueda lograrse por la extensión de oficio, sin disposición alguna que lo ordene, de una nota de afección que vulnere una serie de normas que están dadas para que haya claridad, determinación y seguridad en el tráfico jurídico.

ISIDORO DELGADO ROLLÁN.

JURISPRUDENCIA

I.-Jurisprudencia comentada

Un dictamen y dos sentencias

Por JOSÉ LUIS-LACRUZ BERDEJO

Hace años, y a petición del letrado de una de las partes, redacté el informe que sigue. No era oportuno publicarlo entonces en alguna Revista, por hallarse el asunto *sub iudice*, en primera instancia. Más tarde, se me encomendó la defensa de la sentencia de la Audiencia en casación. Publico ahora mi dictamen y las sentencias de segunda instancia y casación: aquél, tal como lo redacté en su momento (y se incorporó al pleito); éstas, sin crítica, que no me parece procedente al haber intervenido, como abogado, en la última etapa de la fase litigiosa. No puedo omitir con todo, dos observaciones elementales, por vía de nota, sobre extremos, a los que no alcanza el dictamen y que por ser de Derecho aragonés, podrían más fácilmente escapar a la atención del lector.

DICTAMEN

PRIMERA CUESTIÓN: INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE DOÑA AMELIA: A) *Planteamiento*. B) *Las normas sobre interpretación de testamentos*. C) *Verdadera voluntad de doña Amelia*. a) Datos externos b) El testamento de don Mariano. c) La firma de los cónyuges d) El testamento de doña Amelia a') Interpretación literal. b') Incertidumbre de la voluntad testamentaria c') Interpretación lógica y sistemática e) Peligros del testamento ológrafo. D) *La sustitución fideicomisaria*.—SEGUNDA CUESTIÓN: VALIDEZ DEL TESTAMENTO «PER RELATIONEM»: A) *Doctrina comparada*. a) Autores franceses b) Autores italianos. c) Autores alemanes B) *Inadmisibilidad del testamento per relationem en el Derecho español*. a) Personalidad del testamento. b) Inexcusabilidad de las formalidades testamentarias. c) Argumento derivado del artículo 672 del Código civil d) Las exigencias formales del testamento ológrafo.—TERCERA CUESTIÓN: ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO?: A) *La cuestión en el Derecho alemán*. B) *Posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en el Derecho aragonés*. C) *La mancomunidad, en el caso en litigio*.

Hechos

Con letra de don Mariano G. R., y firmado asimismo por su esposa doña Amelia G. B., aparece un documento escrito en un solo folio, del tenor siguiente:

«Yo, Mariano G. R., por el presente documento, expreso mi deseo y última voluntad, de que llegado el fin de mi vida terrena y aunque tal final se produjera por accidente fuera del término de la ciudad de Jaca, sean inhumados mis restos mortales en el cementario de dicha ciudad y en los nichos al efecto adquiridos y destinados. Asimismo deseo la celebración de funerales de primera clase y como sufragios se digan Misas Gregorianas por mi alma en las Parroquias de la Santa Iglesia Parroquial, digo Catedral y Santo Domingo; y en las Iglesias del Carmen y de los P. P. Escolapios, todas ellas de la ciudad de Jaca. De cuantos bienes terrenales, muebles e inmuebles poseyere a mi muerte instituyo heredera universal a mi amada esposa doña Amelia G. B. Si ésta me premuriese—o bien, yo no dispusiere, entre tanto, otra cosa—nombro herederas (igualmente de todos mis bienes muebles e inmuebles) a mis hermanas doña Presentación G. R. y doña Elvira G. R., en tanto se mantengan y permanezcan su actual estado civil de viuda la primera y soltera la segunda. En caso de tomar nuevo estado, ambas o cualquiera de las dos, vendrán entonces obligadas a distribuir la mitad de la parte de herencia que pudiera haberles correspondido a partes iguales, entre mis dos hermanos varones, o sus legítimos herederos, don Martín y don José. No obstante lo dispuesto anteriormente, impongo a mis dos citadas hermanas doña Presentación y doña Elvira las siguientes obligaciones de indeclinable cumplimiento. Primera.—Entregar el 10 por 100 de la herencia líquida percibida, entiéndase, neta, a mis dos hermanos don Martín y don José—o a sus legítimos herederos—a partes iguales entre dichos dos hermanos. Segunda.—Entregar a título de donación gratuita a don Diogeniano B. F. la cantidad de cuatrocientas (400) acciones liberadas de la Sociedad «Eléctricas Reunidas de Zaragoza». Tercera.—Es también mi decidida voluntad y deseo se llegue a consumir la separación de propiedad de la casa número 18 de la calle Mayor, hoy de propiedad indivisa de mi esposa doña Amelia y de su prima doña Beatriz G. L.—y que tal separación o división, se efectúe conforme a nuestro derecho y deseo en el sentido de que, se estime y se cumpla tal deseo y derecho, adjudicando a mi esposa doña Amelia G. B.—y en su defecto a sus herederos—la parte izquierda, hoy así denominada y considerada, del edificio que, en sus bajos comienza con el local y dependencias del establecimiento de farmacia de mi propiedad y titularidad; siguiendo sobre el mismo la existencia de cuatro pisos-vivienda superpuestos: entresuelo, primero, segundo y tercero, respectivamente, que, como antes digo, tienen la denominación y consideración legal actual de «izquierdas». En el llamado «entresuelo izquierda», de ellos, nació mi esposa, vivieron sus padres desde finales del pasado siglo y hemos habitado siempre el matrimonio a que se contraen todas las estipulaciones de este testamento. Cuarta.—Dado y supuesto que tal división quede efectuada y concluida como queda expuesto, dispongo sea formalizada la donación gratuita a don Diogeniano B. F. del piso-habitación «segundo izquierda» del referido inmueble de la calle Mayor, 18, del que ya es inquilino titular siendo de su cuenta los gastos propios de la transmisión de propiedad. Esta donación alcanza también y en iguales condiciones a sus hijos en caso de que,

don Diogeniano llegase a fallecer antes que yo. Quinta.—Instituyo una beca por la suma de cien mil pesetas—para vocaciones sacerdotales—a favor del Seminario Diocesano de Jaca en nombre e intención del matrimonio de don Mariano G. R. y doña Amelia G. B., rogando oraciones por sus almas, Sexta. Hago otra donación de cien mil pesetas a entregar en dinero de curso legal español—a favor del Asilo de Ancianos Desamparados establecido en Jaca—, igualmente, en nombre e intención del matrimonio antes dicho. Séptima.—Ordeno a mis más directos herederos nombrados en este testamento, la entrega—a título modesto recuerdo de sus tíos Mariano y Amelia—de cinco mil pesetas en papel moneda a los sobrinos que a continuación se relacionan y vivan en el momento de cumplir los mandatos del presente testamento: Angelines, Manolo, Pilarín y Luis B. V.; Angel y Gonzalo B. Y.; Fuencisla, Pilarín, Emilita, Guillermito y Mariloli B. G. Así también se entregarán otras cinco mil pesetas a nuestra prima Petra G. A., como regalo de boda. Octava. Constitúyase fondo por la suma de diez mil pesetas en la Parroquia de la Santa Iglesia Catedral de San Pedro Apóstol, de Jaca, para con el producto, de intereses anuales de dicho capital, subvenir al pago de los estipendios corrientes y normales establecidos en cada momento y épocas en la Diócesis para Misas mensuales, en sufragio de las almas del matrimonio formado por don Mariano G. R. y doña Amelia G. B., así como también de las de sus respectivos padres y hermanos, quedando en libertad dicha Parroquia para alterar o reducir la periodicidad de las Misas en razón del valor de los estipendios en cada momento. Encomiendo a don Diogeniano B. F. y ruego al Reverendo don Benigno C. (Párroco de la Santa Iglesia Catedral de Jaca), mi Director espiritual; la labor de ayudar y actuar en mi nombre en la tramitación de estas disposiciones, sin omitir ejercer cuantas actuaciones sean o fueran necesarias hasta llegar a liquidar, a favor de mis herederos, el saldo pendiente del crédito que en su día facilitamos en préstamo con interés a nuestra prima doña Beatriz G. L. y de cuyo hecho, ambos son conocedores. Por cuanto manifestado al comienzo de este documento, bien se entiende que es mi primordial deseo, morir—conforme también he vivido—en el Seno de nuestra Madre, digo Santa Madre Iglesia Católica Apostólica Romana, por lo que hago especialísima mención de ello, rogando a herederos, familiares y amigos expresamente citados, se cuiden de cumplir todos estos mis deseos de tipo espiritual aun antes que los materiales. Y para que así se cumpla y surta los deseados efectos, firmo, en unión de mi esposa, este testamento, a las veinte horas del día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. M. G.—Rubricado. Amelia G. Rubricado.»

A continuación, en la misma hoja de papel con letra de doña Amelia G. B., aparece escrito:

«Yo, Amelia G. B., profesando la Religión Católica Apostólica Romana que ha sido cauce y guía por donde desde mi nacimiento ha discurrido mi vida, formulo en estos momentos esta profesión de fe en nuestra Santa Madre Iglesia y pido perdón a Dios por cuanto haya podido ofenderle. Es mi última voluntad el dejar heredero de todos mis bienes muebles e inmuebles a mi querido esposo don Mariano G. R. y doy mi conformidad plena y total de cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel. Caso de sobrevivirme le encomiendo disponga iguales sufragios para mí, que para él desea y describe. Igualmente confío a mi esposo y herederos directos la entrega de las modestas

joyas que fueron uso de mi querida madre (q e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orosia, según reiterado deseo que ella me manifestó en vida. Para que así se cumpla, firmo este testamento, en Jaca, a las veinte horas del día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos. Amelia G. M. G. Rubricados»

El día 7 de junio de 1963 fallecían ambos esposos en accidente de automóvil, el dictamen ha de suponer que simultáneamente.

El documento reseñado fue protocolizado como testamento ológrafo.

El régimen económico del matrimonio era el legal en Aragón de comunidad de bienes y ganancias. No había capitulaciones.

No consta que el marido aportase bienes algunos al matrimonio. La mujer aportó bienes cuantiosos, y entre ellos la casa a que hace referencia el testamento (una mitad indivisa), así como acciones de Eléctricas Reunidas de Zaragoza, o Sociedades que se fusionaron con dicha entidad, otros valores, joyas, etc. Las aportaciones fueron realizadas, unas en el momento inicial, y otras constante matrimonio, al fallecimiento de su madre.

Se pregunta:

1.º ¿Puede interpretarse que la voluntad de doña Amelia en su testamento es la de instituir herederos a los hermanos de don Mariano G., en la misma forma, gradación y condiciones que él lo hace?

2.º Supuesto que fuera así, ¿es válida tal forma de disposición a causa de muerte?

3.º ¿Puede considerarse el documento en cuestión como un testamento ológrafo mancomunado válido?

PRIMERA CUESTIÓN: INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE DOÑA AMELIA

A) *Planteamiento de la cuestión.*

Nótese que se trata de una cuestión previa, pues si se interpreta que doña Amelia no instituyó herederos a los designados por don Mariano, el resto de la argumentación resulta innecesario.

El punto a discutir aquí es si cuando doña Amelia dice «doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel» (se refiere a su esposo don Mariano G.), hay que interpretar que nombra herederos suyos a las hermanas G. R., y luego a los hermanos, etc., en la misma forma en que lo hace el marido, o no.

Este interrogante plantea dos distintos problemas, que estudio sucesivamente:

a) Si las normas sobre interpretación de testamento permiten extender la investigación hasta integrar, en el testamento interpretado, un testamento ajeno.

b) Si caso afirmativo, doña Amelia nombró realmente herederos en su testamento a los sustitutos vulgares designados por don Mariano para él mismo.

B) *Las normas sobre interpretación de testamentos.*

En la interpretación de esa declaración testamentaria hemos de tener en cuenta, primeramente, el artículo 665 del Código civil, según el cual «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que parezca más conforme a la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento».

De la regla de interpretación subjetiva del testamento proclamada por este precepto, es aplicación y a la vez aclaración el artículo 773, que mantiene la institución de heredero, no obstante el error cometido en el nombre, apellido o cualidades del mismo, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada. Lo importante, pues, es que pueda conocerse la exacta traducción en ideas, según la mente del testador, de las palabras empleadas en el testamento, y aun cuando tales símbolos verbales no correspondan, en absoluto, con cualquier significación ordinaria, mientras tengan una equivalencia ideológica subjetiva cognoscible. Si el testador nombró heredero a Juan pensando en Pedro aunque la palabra *Juan*, objetivamente, no sirve para designar a Pedro, el intérprete, en el caso particular puede realizar esa conversión si se demuestra, sin lugar a duda, que tal era el pensamiento del difunto.

Más la aplicación de las reglas de hermanéutica tiene un límite en las reglas de forma, que exigen, para la efectividad de la voluntad *mortis causa*, que ésta se contenga en los moldes del testamento (o, en su caso, del contrato sucesorio). Eso mismo pretende indicar el final del artículo 675-1º, cuando se remite, en la duda, a la intención del testador, *pero según el tenor del propio testamento*. KRETZSCHMAR exige que la voluntad «haya encontrado en el documento una expresión reconocible desde el punto de vista del propio testador».

Se concilian, así, la indudable preponderancia que en los negocios jurídicos por causa de muerte ha de concederse a la voluntad del otorgante; aunque se halle expresada de modo deficiente, con la regulación formalista de los actos de última voluntad en el Código civil, a virtud de la cual una voluntad no expresada en el testamento o contraria a lo manifestado en él no puede tener relieve si no se declara en la forma requerida por el Ordenamiento jurídico. La interpretación no puede sustituir la voluntad declarada del causante por otra no declarada en absoluto, aunque más real, y si sólo averiguar el verdadero alcance de esa «voluntad declarada», integrándola, e incluso contrariando su tenor literal.

Con esto tenemos delimitado el *campo* en que puede operar la actividad interpretativa, problema distinto de los *medios* de que puede valerse el intérprete.

Es en esta materia de elementos interpretativos donde si con los que suministra el propio testamento no puede desarrollarse su sentido cabe recurrir a otros extraños a él (los llamados «medios extrínsecos de prueba»). Más por razón del carácter de acto formal o solemne que tiene el testamento, es preciso que el sentido averiguado y desenvuelto merced a tales elementos tenga una expresión, cuando menos incompleta, en sus cláusulas, y pueda así la declaración formal ser considerada por sí sola como expresión del contenido de la voluntad del testador (S. 8 julio 1940).

La posibilidad de la *prueba extrínseca* ha dado lugar a cierta polémica, en la cual, acaso, el desacuerdo es más aparente que real. Pues quienes ex-

cluyen, en la interpretación del testamento, la posibilidad de aducir elementos extraños a él (DE DIEGO; en parte OSORIO MORALES), únicamente pretenden impedir que se acepte como última voluntad la que no se halla declarada en el instrumento: restringen propiamente *el campo*, pero no *los medios*. En cuanto a éstos, nadie duda de la posibilidad de explicar exactamente las expresiones testamentarias con ayuda de los actos del testador anteriores, coetáneos y posteriores al otorgamiento del testamento (cfr. art. 1.282 del Código civil), e incluso de recurrir al uso del país (art. 1.287) para aclarar el sentido de las expresiones ambiguas usadas por el testador (no, desde luego, para suplir omisiones en las cláusulas testamentarias). Es en este sentido, como la jurisprudencia acepta, para averiguar el contenido de las disposiciones a causa de muerte, el recurso a circunstancias externas al testamento (por ejemplo, SS. 6 diciembre 1952 y 6 noviembre 1962: sobre todo, 8 julio 1940), «todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador» (R. 3 junio 1942).

JORDANO explica muy bien esta doble faceta de la cuestión. «El carácter formal del testamento—dice—no impide el recurso a los llamados medios de prueba, *extrínsecos*, sino que provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpressada o inconciliable con la declaración testamentaria». «El artículo 675—añade—circunscribe el objeto (voluntad declarada), pero no los materiales (intrínsecos o extrínsecos) de la interpretación testamentaria, como además se desprende del artículo 773, que no pone ninguna restricción en cuanto a los medios utilizables para indagar la voluntad real del declarante». O sea, que, como dice el propio autor, «a consecuencia del carácter formal (art. 687) y personalísimo (art. 670) de la declaración testamentaria, está vedado al intérprete adicionar o completar el contenido del testamento. El Juzgado debe considerar como insanablemente nulas, por ejemplo, las disposiciones en que el testador deje en blanco el nombre de la persona contemplada o el objeto de la atribución siempre que la laguna no pueda ser colmada a través de otros pasajes del testamento, por más convincente que sea la prueba extrínseca relativa a la persona o al objeto tenidos en vista por el declarante. Con gran acierto ha dicho el Tribunal Supremo, que no es lícito al sentenciador bajo pretexto de función interpretadora o integrativa, forjar la intención [del testador] y construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración (S. 8 julio 1940)».

Tras estas consideraciones, queda claro que la materia objeto de nuestra interpretación son unas palabras que se refieren a otro testamento, pero en las cuales no se encuentra directamente mención de quiénes sean los herederos nombrados. No nos hallamos aún en la hipótesis de que haya aquí una designación de heredero, con unos nombres equivocados, sino con la ausencia de nombres, sustituidos (en tal hipótesis) por una simple referencia. No parece que, entonces la mención de los herederos en el testamento de don Mariano sea un simple medio extrínseco de prueba en la discriminación del sentido del testamento de su esposa, de modo que no cabría, a título de interpretación, incluir una designación testamentaria que no se ha hecho realmente en el testamento, y que, por tanto, no puede ser corregida porque no existe. Aun cuando fuera real voluntad de doña Amelia nombrar sustituto vulgar a las hermanas G., esa voluntad carece ya de relieve, previamente a cualquier otra irregularidad, en sede interpretativa, pues la intención del testador sólo puede averiguarse, siquiera con medios extrínsecos, *según el tenor del propio testamento*.

C) *Verdadera voluntad de doña Amelia.*

Suponiendo, ahora, contra lo dicho hasta aquí, que las normas sobre interpretación permitan relacionar la voluntad de doña Amelia con los nombres escritos por su marido en su propio testamento, se nos plantea la siguiente *quaestio voluntatis*: ¿Las palabras de doña Amelia en su testamento, indican claramente, sin lugar a duda, que los herederos (por sustitución vulgar) de dicha doña Amelia, son precisamente los que como tales herederos suyos (igualmente por sustitución) nombra don Mariano en su testamento?

a) *Datos externos.*

Ignoro si hay algunos datos externos que demuestren la voluntad de doña Amelia en favor de dichos herederos. Como dato en contra, ha de estimarse el de que tratándose de una fortuna, la de doña Amelia, recibida por donación o herencia, es decir, proveniente de generaciones anteriores, y teniendo dicha señora parientes de sangre, lo normal es que tales bienes vayan a parar a sus propios parientes (descendientes del origen de la fortuna) y no a una rama distinta, con despojo de los descendientes de quienes ganaron lo que sirvió de base económica al matrimonio.

b) *El testamento de don Mariano*

La averiguación del significado exacto de la cláusula por la que doña Amelia da su conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido, nos obliga, antes de nada, a examinar el aludido testamento de don Mariano. Pero bien entendido que, a su vez, la inteligencia exacta del testamento de don Mariano exige tener muy presente el de su esposa. Veámoslo.

Don Mariano dispone alternativamente, para dos supuestos diferentes y contradictorios.

1.º O premuere él a su esposa, y entonces tras disponer sobre su entierro y sufragios, nombra a dicha señora heredera universal de sus bienes, con lo cual termina el testamento sin hacer otra manifestación de voluntad o, a lo más, disponiendo pequeños recuerdos y mandapias (a partir de la cláusula 7.ª es posible que pueda entenderse obligada la esposa, si hereda a su marido).

2.º O bien, le premuere su esposa, y entonces, hechas las mismas prevenciones sobre funeral y sufragios, nombra herederos, sustitutos vulgares de su esposa, a sus hermanas; condiciona resolutoriamente parte del contenido de la institución, nombrando entonces herederos o legatarios de parte alicuota condicionales (más parece lo segundo) a sus hermanos; y por último, impone a sus hermanas una larga serie de obligaciones y legados o cargas, en favor de diversas personas.

El testamento de don Mariano, que es sólo de dicho don Mariano y no de su esposa, según se evidencia en todo su tenor literal con el uso continuo del pronombre y verbo en primera persona, parece olvidar un posible evento que, sin embargo, pudo darse en nuestro caso: la comoriencia de los cónyuges. Es precisamente ese evento de comoriencia el que, al interpretar el testamento de don Mariano, puede crear problemas. No así los de premoriencia, pues:

1.º En el de premoriencia del marido, hereda la mujer y no hay más disposiciones: el resto del testamento no está escrito para ese caso

2.º En el de premoriencia de ella rigen todas las restantes y complicadas cláusulas del testamento, pero lo que está claro es que don Mariano dispone siempre, entonces, sobre bienes propios, pues el presupuesto para que se pongan por obra todas las obligaciones impuestas a sus hermanas, e incluso para que hereden éstas, es que el testador, a su vez, haya heredado a su esposa, y, por tanto, recibido todos los bienes de ella. Así se explican todas las disposiciones de don Mariano, que no versan sobre bienes de su esposa, sino sobre bienes que antes fueron de su esposa, pero que ahora ya son suyos.

El testamento de don Mariano puede considerarse, así, como muy coherente; muy bien estudiado, salvo la previsión del caso de la comoriencia, tan raro que es natural que pasara inadvertido; y en relación con el de su esposa muy ventajoso para él, pues la institución de heredero que cada cónyuge hace en favor del otro por cálculo de probabilidades debía favorecerle a él, ya que era varios años mas joven que su mujer.

Ahora bien: en el presente dictamen hemos de partir de que el evento que parecía irrealizable se ha realizado; y que la situación de comoriencia (no atendida en el testamento, sin duda por su extrema rareza) se ha producido. Nos hallamos ahora así, de seguirse la tesis de que ha habido comoriencia, ante un testamento cuyas cláusulas no prevén ese caso.

¿Cuál sería, en tal supuesto, la interpretación del testamento de don Mariano? Dificil problema éste de la interpretación integradora, en el que no voy a entrar porque no se me pide dictamen sobre él. Apuntaré simplemente que en todo caso las disposiciones pueden mantenerse en pie, pues, o no se trata de legados de cosa ajena, sino de cargas, o bien, a lo más, los legados son de cosa ajena genérica. Tal sería, por ejemplo, el de las 400 acciones de Eléctricas, al que en principio no se aplicarían las reglas del legado de cosa ajena, sino el artículo 875 del Código: «el legado de cosas muebles genéricas será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia». Y de la cláusula cuarta claramente se ve que no es un legado de cosa ajena, sino un modo o carga impuesto a las herederas, ya que no se concede el derecho directamente a don Diogemano, el cual lo recibe sólo a través de una donación que le hacen dichas herederas después de adquirir la propiedad

c) La firma de los cónyuges.

Mas si el testamento de don Mariano tiene el significado ahora expuesto, es decir, que es enteramente unipersonal y destinado a atribuir exclusivamente sus bienes (pues a los de la mujer se refiere en el supuesto de heredarlos), ¿qué significado tiene la firma de la esposa al pie del mismo? Y, correlativamente, ¿qué significa la firma de don Mariano en el testamento de doña Amelia?

Para los que crean que los testamentos de don Mariano y doña Amelia se han escrito también pensando en la comoriencia de ambos cónyuges la cuestión es sencilla, y desde luego la solución no favorece en absoluto la tesis de que la mujer quiso testar en favor de los herederos del marido. Doña Amelia interviene en el testamento de su esposo exclusivamente para confirmar aquellas disposiciones de don Mariano que se refieren a bienes propios suyos (de doña Amelia), es decir para validar unos legados y cargas que, en otro caso, ofrecerían dificultades de cumplimiento a las herederas.

Y la firma de don M. en el testamento de doña A. se podría explicar sencillamente, porque la testadora dispone de las joyas que fueron de su madre, y esas joyas, como bienes muebles, se habían hecho ya comunes (supongo que no hay cuestión de ventajas): entonces la firma de don M. viene a corroborar la voluntad de doña A.

Mas si, como es prácticamente seguro, los cónyuges no tuvieron en cuenta, al testar, la posibilidad de morir simultáneamente, tampoco el hecho de la firma conjunta carece de explicación.

a') Seguramente lo que tal firma representa es un intento, desde luego fallido por falta de forma (según veremos más adelante), de testamentificación mancomunada. En vista de la institución reciproca de heredero, cada uno de los cónyuges firma el testamento del otro. Cabe imaginar, incluso, que con esa firma, y lo que se imaginan ser testamento mancomunado, los esposos pretenden evitar la revocación unilateral de dicha institución reciproca de heredero, especie de «casamiento al más viviente» en testamento ológrafo. Sólo esta institución es lo vinculante, pues don M., que instituye sustitutos vulgares, se reserva en el testamento la facultad de cambiarlos, y doña A., como no realiza ninguna institución de heredero para el caso de no serlo su marido, conserva para ese mismo caso las manos libres (pues la mancomunidad, salvo que se exprese lo contrario en el testamento, nunca vincula a mantener el orden de la sucesión intestada).

b') La firma de cada cónyuge en el testamento del otro puede también tener la finalidad de manifestar con ella la aceptación de la herencia, de igual modo que en la sucesión contractual aragonesa, y pese al artículo 991 del Código civil.

d) *El testamento de doña A.*

Sentadas las bases para explicar la cláusula del testamento de doña A. desde fuera, es decir, desde el testamento de don M., llega ahora el momento de analizarla en sí misma y en relación con las otras disposiciones del testamento de dicha señora.

a') *Interpretación literal.*—Si partimos del tenor literal de la cláusula, nada hay en ella que indique una institución *per relationem*. La testadora da su conformidad plena y total a las disposiciones de su marido, con lo cual lo que quiere decir es que le parecen bien, pero no que ella haga otra disposición semejante. Mera aprobación, pues, de una disposición ajena que continúa siendo ajena.

Mas, ¿por qué esa aprobación que no era necesaria desde el momento en que don M. dispone sobre bienes propios?

Creo que debe desecharse la explicación de que las expresiones de doña A. atienden al supuesto de la comoriencia. Lo más probable es que, aunque dicha señora ya ha instituido heredero a su marido, sin embargo se cree, en el caso de aprobar las disposiciones de éste, que mantienen definitivamente en la familia de su esposo, haciéndoles cambiar de tronco, unos bienes que antes fueron de sus ascendientes. Como si la testadora se diera cuenta de que aquella forma de disponer desviaba los bienes de su cauce natural, e hiciera constar expresamente su conformidad con ello, habida cuenta que lo más corriente es que, aun en la institución reciproca de herederos entre cónyuges,

una vez fallecido el último de ellos, los bienes remanentes se partan por mitad entre los parientes de uno y otro, o bien los de cada rama vuelvan a su tronco.

b') *Incertidumbre de la voluntad testamentaria.*—Las hipótesis posibles son infinitas. Y lo que con esa multiplicidad se demuestra es que, en cualquier caso, falta en la cláusula discutida la certeza precisa y exigida insistentemente por las normas de Derecho sucesorio para que pueda surtir efecto.

Se podrá decir que es posible que la cláusula refleje la intención de doña A. de instituir herederas a las hermanas de don M., pero no que sea segura. Y, en la duda, el Código no concede, en ningún caso, la preferencia a la institución testamentaria dudosa. Véanse los artículos 762 y 763; el artículo 762-2.º exige, cuando se haya omitido el nombre del heredero, que se le designe «de modo que no pueda dudarse quién sea el instituido». Aquí la duda es todavía más grave: se duda de si hay o no institución. Por tanto, con mayor razón, la cláusula no debe tener efecto institutorio.

En la lucha entre dos instituciones testamentarias, ninguna sería eficaz (artículo 763-2.º). Pero aquí la alternativa se establece entre una testamentaria dudosa y la intestada, y, en la duda, prevalece siempre la intestada. Si el testador quiere disponer en favor de determinados herederos, debe hacerlo con suficiente claridad. Máxime en este caso, en el que los supuestos herederos no son parientes de sangre, cuando hay otros *ab intestato* que—por ello—lo son.

Ciertamente, la interpretación debe tender a que el negocio jurídico produzca efecto. La aplicación del artículo 1.284 del Código civil se limita, como dice JORDANO BAREA, a reforzar el principio de la conservación del testamento en su conjunto; en todo lo demás, no tiene aplicación en el testamento, lo cual es muy comprensible, porque si una cláusula contractual no produce efecto, el efecto queda sin producir; mientras que si no lo produce una cláusula testamentaria, hay otro efecto sucedáneo que se produce siempre, siquiera sea distinto, es decir, el ingreso del sucesor *ab intestato*.

Además, en el Derecho sucesorio prima sobre el artículo 1.284 la exigencia de certeza absoluta en las disposiciones *mortis causa*, de modo que, por ejemplo, si se duda a cuál de dos personas ha designado heredero un causante, ninguna lo será.

Por último: es discutible que la cláusula tenga diversos sentidos, ambos objetivamente admisibles. O sea, que no se trata aquí de una expresión verbal a la que claramente se pueda interpretar en dos formas distintas, cada una de ellas inequívoca, si no fuera porque existe la otra. No: aquí se ha de negar que la cláusula en litigio tenga la interpretación que se pretende, aunque no se le contraponga ninguna otra, porque ni del sentido gramatical de la palabra, ni del lógico y sistemático, se desprende nada semejante.

Por lo demás, todavía a la interpretación pretendida se opondría el artículo 1.289: cuando el contrato fuera gratuito, la duda se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

c') *Interpretación lógica y sistemática.*—La interpretación lógica y sistemática muestra con especial nitidez los puntos débiles de la tesis que combatimos.

Por de pronto, la remisión al testamento de don M. en el de doña A. choca con la posibilidad de revocación de aquél. ¿Qué ocurriría si don M.,

en el uso de la facultad de modificar su testamento, cambiase a los sustitutos vulgares y nombrase otros? ¿Se entiende que, premuriendo don M. y no modificando sus disposiciones doña A., heredan a ésta los del antiguo o los del nuevo testamento? Y si son los de antiguo (pues referirse a los del nuevo representaría una forma de fiducia sucesoria en vida, absolutamente ilegal), ¿qué motivo hay para instituirlos, ahora que el marido ha prescindido de ellos?

Si del testamento de don M. pasamos al de doña A., del texto que rodea a la cláusula deducimos que dicha señora no pensó nunca que bastase la mera aprobación, *in complexu*, del testamento de su marido, para que se entendiera que hacía suyas sus disposiciones, caso de sobrevivir.

En realidad, el testamento de doña A. está hecho exclusivamente para el supuesto de premorir ella a su esposo, ya que, para ese evento, le instituye heredero; luego, además, le encomienda los sufragios y le confía la entrega de las joyas de su madre a la Hermandad de Santa Orosia. Y nada más.

¿Y si sobrevive a su marido? Nada hay, en el testamento, directamente orientado a ese acontecimiento. Es absurdo pensar que, precisamente entonces, es decir, cuando por no haberla su marido tiene mayor necesidad de particularizar sus disposiciones, doña A. se limite a subrogarse mediante una ambigua cláusula en el lugar de aquél, de modo que donde él dice que instituye, manda o lega, se entienda que lo dice ella. En particular: si la testadora encarga sufragios para el caso de premorir a su marido, ¿por qué no los encarga para el caso de sobrevivirle? Porque no ha entendido disponer, sino en el supuesto de premoriencia; para el otro, nada ha dicho todavía: si sobrevive a su marido, entonces dirá, pues sólo entonces será preciso hablar.

Aún más: encarga a su marido o *herederos directos* la entrega de las joyas. Yo pienso que se refiere a los «herederos directos» de su marido, pero siempre sobre la base de premorir ella, rogándoles entonces que si muere su marido dejando el encargo incumplido, sean ellos quienes lo cumplan. Es decir, que se refiere a herederos que no son los suyos.

Mas si con las palabras «herederos directos» ha querido designar doña A. a sus propios herederos, sin duda indica a los *ab intestato*; a sus parientes de sangre, pues tal expresión es inadecuada para designar a quienes ni son parientes, ni están nombrados herederos por ella directamente, ni lo están por su marido en primer lugar.

e) Peligros del testamento ológrafo.

La necesidad de ser cauto en la apreciación de la voluntad del testador urge más cuando, como aquí, se trata de un testamento ológrafo, hecho sin testigos ni notario. En él es mucho más posible la violencia; lo es más la captación de voluntad; lo es más el engaño. Fácilmente se pueden explotar el temor o la ignorancia del testador; si ese testamento ológrafo se otorga juntamente con otro en un mismo papel, y si los dos otorgantes son cónyuges, el peligro sube de punto. Entonces todas las precauciones que se tengan al discriminar la voluntad de los cónyuges, y al apreciar la posible influencia o engaño de uno sobre otro, serán pocas.

D) La sustitución fideicomisaria.

Se podría plantear, en este mismo terreno de interpretación, si en el testamento de don M. hay una sustitución fideicomisaria, de modo que, here-

dando doña A, por premorencia de don M, los bienes dejados a dicha señora pasarán a su fallecimiento a las hermanas y hermanos de aquél. La cuestión es ociosa: el artículo 783 del Código civil es tajante: «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos». Igualmente concluyente el artículo 785-1.º: «no sustirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero».

SEGUNDA CUESTIÓN: VALIDEZ DEL TESTAMENTO «PER RELATIONEM»

A) *Doctrina comparada.*

La posibilidad de testar una persona, refiriéndose a papeles privados, suyos o de otros, anteriores o posteriores al testamento, es muy antigua. Históricamente, se admitió con diversa amplitud, según se tratara de referencia a papeles propios o ajenos y según estuvieran escritos antes o después de la referencia. El hecho es que el Código de Napoleón termina en Francia con esta posibilidad: como la termina en Italia el Código de 1865, y en Alemania el B. G. B., de tal modo que la cuestión ya no se discute en este momento, y hay muchos autores que ni se ocupan de ella.

a) *Autores franceses.*

Buscando entre los del pasado siglo, vemos que la Jurisprudencia general de DALLOZ, a la cuestión de si se puede testar válidamente por relación a un acto no revestido de las formas reglamentarias, contesta con una negativa rotunda. (Voz *Donations entre vifs et testaments*, tomo XVI, pág. 712, número 2.491. París, 1856). MERLIN—dice—establece netamente la negativa, sea según las Leyes romanas sanamente entendidas, sea según la antigua jurisprudencia, sea según la nueva legislación (se refiere al Código de Napoleón). Esta doctrina nos parece poco susceptible de dificultad: en efecto, está en la intención evidente de la Ley que sea en el testamento mismo, y no en un acto extraño, donde el testador haga sus disposiciones. Si, en su testamento, reenvía a un acto separado, no regular a su vez como testamento (hay que entender que propio, pues el autor no imagina la referencia a un testamento ajeno), deroga el artículo 893 (*se puede disponer de los bienes por testamento*); y no es posible, mediante una cláusula testamentaria, liberar un acto que no forma parte del testamento, de las formas a las que el testamento mismo quedaría sometido.

«Esta opinión se enseña, asimismo, por VAZEILLE, DURANTON y COIN-DE-LISLE. DURANTON hace la suposición de un acto público, con las formas testamentarias, pero conteniendo sólo la declaración de que es voluntad del otorgante que las disposiciones que ha hecho en tal documento queden ejecutadas; el designio de la Ley no queda cumplido si el documento no estaba revestido de las formas testamentarias». «Conforme a esta doctrina, cuando un testador instituye por herederos, sin nombrarlos, a los que ha instituido precedentemente por un primer testamento nulo, esta institución no es válida» (sen-

tencia de 21 de noviembre de 1814) en el caso, un testador había instituido a sus sobrinos, y el testamento era nulo por defecto de mención de la lectura al testador en presencia de los testigos.

LAURENT (*Traité de Droit Civil*, tomo XIII, núm. 130, pág. 130, Bruselas, 1874) señala que no toda disposición emanada del difunto es un testamento, para que valga como disposición de última voluntad, es preciso que el testador haya observado la forma del testamento que ha escogido: testamento ológrafo, o por acto público, o secreto; y concluye que los escritos a los que el testador recurrió en su testamento deben estar revestidos de las formas prescritas para el testamento mismo.

El propio autor se pregunta si es necesario que el primer escrito, al cual el testador se refiere, sea un testamento. «Creemos que es preciso distinguir entre el testamento ológrafo y el auténtico. En el testamento ológrafo, el testador interviene solo; la esencia de este testamento es que el testador lo escriba; pero no es indispensable que lo escriba sobre una sola hoja...; bastará, por consiguiente, que haya escrito el acto al cual se refiere, y no es necesario que este acto sea un testamento, por la relación, este acto deviene una cláusula, una parte integrante del testamento ológrafo. Al haber dispuesto el testador en la forma querida por la Ley, su testamento debe ser válido». En el testamento por acto público, en cambio, no vale ninguna referencia a papeles del testador.

El autor se refiere a una hipótesis de DEMOLOMBE, «Un testador dice en su testamento, *quiero que las disposiciones que he hecho mediante tal acto escrito por un tercero y firmado por mí sean válidas en virtud de este testamento y como si ellas estuviesen contenidas en él*. Es evidente, dice DEMOLOMBE, que esta disposición sería nula». Y LAURENT añade: «esto es, en efecto, tan evidente, que no comprendemos que se pueda plantear semejante cuestión». En otro lugar, insistiendo en el mismo orden de ideas, vuelve a plantear la cuestión de un testador, que dice: *quiero que se ejecute como mi voluntad todo lo que está contenido en tal escrito hecho por mano de F.* «Este testamento sería nulo, dice TROPLONG. Y bien, ¿quién ha dudado jamás de ello? No vale la pena hacer distinciones para lo que está claro como el día, porque resulta del principio de la solemnidad».

Los autores franceses modernos ya no se refieren a esta cuestión, que sin duda, ha devenido ociosa. Concretamente, a partir de principios de siglo (el gran tratado de BAUDRY-LACANTINIERE), se pierde el rastro del problema. véanse el gran tratado de PLANIOL, el COLIN Y CAPITANT, el BEUDANT, etc. Los autores se sitúan en un plano mucho más general, y se limitan a indicar, como BAUDRY-LACANTINIERE (*Trattato di Diritto civile, Donazione fra vivi e testamenti*, trad. ital., vol. 2., pág. 16, Turin, 1918), que «la primera limitación al poder soberano de los Jueces en la interpretación del testamento es que, bajo pretexto de interpretar la voluntad del testador, no lleguen hasta crear esta voluntad, teniendo por adquiridas indicaciones que, en realidad, el testamento no suministra. Cuando el testamento no permite, con suficiente seguridad, determinar si el testador ha querido legar, qué es lo que ha querido legar, y a quién se ha propuesto legar o instituir heredero, entonces no cabe buscar fuera del testamento, sea en documentos o actos extraños a éste, sea en testimonios, el significado verdadero y el alcance exacto de la intención del testador. Admitiendo la posibilidad de determinarla de tal modo, quedaría siempre que esta voluntad no se ha manifestado en las formas establecidas por la Ley, y por consecuencia se debe considerar como no manifestada».

b) *Autores italianos.*

VITALI (*Successioni*, tomo I, Turin, 1923, págs. 127 y sigs.) hace notar que ni el Código italiano ni el francés han tenido que abolir expresamente el testamento por relación. En cuanto al Código italiano, «en línea de máxima, la doctrina y la jurisprudencia se han encontrado de acuerdo en entender que dicha forma de testamento es inconciliable con todo el sistema de formalidades escritas establecido para los testamentos por las actuales legislaciones, según el cual es principio que, «cualquiera que sea la forma establecida, debe contener en sí el elemento intrínseco y sustancial del acto, y su objeto, o sea, una disposición, o bien una liberalidad a favor de una o varias personas». Refiriéndose al testamento ológrafo, en el que no se menciona el nombre del heredero, reservándose indicarlo en otro acto, dice que, omitir hacerlo en el mismo ológrafo, es otorgar un testamento que no contiene el elemento intrínseco. VITALI distingue entre aquellos casos en los cuales la designación requiere medios extrínsecos que concreten la persona del heredero o la cosa dispuesta, y aquellos en los que virtualmente la designación se encuentra ya en el testamento, y se trata de una investigación externa para identificar la persona del heredero o la cosa enunciada en la disposición a causa de muerte: por ejemplo, si se nombra heredero al alcalde de la ciudad de Londres o al hijo natural habido en la unión con Ticia. «El testamento—dice, por su parte, STOLFI (*Trattato di Diritto civile*, vol 6.º, *Diritto delle successioni*, Turin, 1934, pág 458)—es un acto solemne, y por tanto debe ser redactado por escritos *solemnitatis, non probationis causa*, de donde deriva que no puede venir completado por otro acto que no tenga todos los requisitos formales del testamento *per relationem*» Y cita la sentencia de apelación de Catania de 7 de marzo de 1932, y la opinión de COVIELLO (*Successioni*, vol 2.º, págs 359 y sigs.) Ello no impide que, para la certeza de la persona del instituido, no sea indispensable que el heredero se individualice ni incluso en la mente del testador, sino que basta que pueda individualizarse *per relationem*, es decir, en relación a un determinado acontecimiento que el testador tenía presente, aunque hubiera de realizarse luego de su muerte. Así se entienden válidas las disposiciones, instituyendo heredero al nieto que haya sido nombrado inspector de Hacienda o a aquel de los parientes que consiga el premio extraordinario en el Doctorado de Derecho antes de los veintidós años, o al sirviente que asista al testador en su última enfermedad (página 594).

Finalmente, CICU (*Il testamento*, Milán, ed. 1929, págs. 68 y sigs.), después de definir el testamento *per relationem* como aquel en el que el testador, en lugar de manifestar cumplidamente su voluntad en él, se remite o reenvía a otro hecho o acto suyos o de otro (con lo cual quedan comprendidos, no sólo la memoria testamentaria o el documento anterior y complementario del propio testador, sino los documentos anteriores y posteriores de otro), afirma que no es admisible que la voluntad testamentaria consiga eficacia si no se respetan las formas prescritas por la Ley Y si bien estima válidas aquellas instituciones en las que no se indica la persona, cuando el testador señala en el testamento el hecho o circunstancia que deberá determinar a ésta (por ejemplo, el que vencerá en tal carrera), considera caso distinto aquel en el que el testador se refiere a sus manifestaciones de voluntad, orales o escritas y aquel otro en el que, sin remitirse a una voluntad ajena, señala declaraciones o datos provenientes de otras personas, contenidos en otros actos o escritos.

El autor va planteándose sucesivamente el caso del testador que, no pudiendo

recordar el nombre del beneficiario, indica el libro del cual es autor como medio de encontrarlo; o la tarjeta de visita conservada en determinado lugar; o el apunte que ha tomado de tal nombre en un cuaderno o lugar cualquiera (bien se entiende que cuando no haya incertidumbre sobre el dato señalado). El caso típico del testamento *per relationem* es aquel en el cual el testador escribe: *dispongo de mis bienes en el modo indicado en tal hoja o tal cuaderno*. Siendo cierto tal dato, no se podrá hablar aquí de ineficacia por incertidumbre de la voluntad. Surge, en cambio, la cuestión de la forma. En los casos de escrito autógrafo del testador sin fecha o firma, o escrito de otro, o nombre mecanografiado o impreso, las soluciones pueden ser diversas, según se estime que el escrito referido en el testamento debe tener, a su vez, todas las formas de un testamento, o bien pueda ser considerado como parte integrante del testamento que lo indica, o bien, finalmente, como un simple dato no testamentario que sirve para determinar la voluntad manifestada en la disposición a causa de muerte. Pero entre estos casos, y los de designación del heredero por circunstancias extrínsecas casuales, existe la diferencia de que aquí hay en el testamento referencia a un dato de hecho y allí a una voluntad. Precisamente por eso, surge aquí la cuestión de la validez de la forma de manifestación de la voluntad. Se trata, por ende, de ver si la forma ha sido respetada, cuestión que debe resolverse negativamente para el caso del escrito no autógrafo. En definitiva, para cualquier escrito en relación con el testamento ológrafo, el autor exige la autografía.

c) Autores alemanes.

Con referencia al Código civil alemán, STAUDINGER (*Kommentar zum B. G. B.*, V. Berlín, 1931 pág. 451) afirma que «en lo relativo al *testamentum mysticum*, esto es, a un documento independiente del testamento en el cual se designa al heredero o la cuota se le asigna, tal disposición, en el Código civil, está sometida, en todo caso, a las prescripciones generales sobre el testamento. Si no las cumple, no existe una válida forma de completarlo». En parecido sentido, los comentarios de los Jueces y Magistrados del Tribunal Supremo (*Das bürgerliches Gesetzbuch*, Berlín, ed. 1928, tomo V; pág. 196).

B) Inadmisibilidad del testamento «*per relationem*» en el Derecho español.

Por lo que se refiere a España, no he encontrado la cuestión, planteada en ningún autor. El caso más próximo a ella es el del artículo 672, que constituye una aplicación especial del principio prohibitivo del testamento *per relationem*. Es curioso que los autores en general, y los comentaristas en particular, no se han preocupado de extender la doctrina del artículo 672 a otros casos posibles, que no examinan, sin duda, por su rareza. La inadmisibilidad de tal testamento *per relationem* en el Derecho español es, sin embargo, indudable.

a) Personalidad del testamento.

En cierto modo, podría hacerse derivar de los preceptos sobre personalidad del testamento (especialmente, art. 670 del C. c.): no, por supuesto, en la referencia a documentos propios, pero sí en la referencia a documentos ajenos.

Desde luego, lo que prohíbe el artículo 670 es, fundamentalmente, la intervención de una voluntad ajena en el acto dispositivo, pero acaso podemos derivar también del requisito de la personalidad, la necesidad de que el testamento se otorgue con independencia, es decir, en forma que la determinación de la voluntad se verifique sin interferencias ajenas, de modo que el contenido mental reflejado en el testamento sea absolutamente personal y sin referencia a otra voluntad, aunque esté ya expresada. En nuestro caso, esta exigencia tiene un evidente fundamento: evitar la captación de voluntad del testador más débil.

Se dirá que en Aragón está admitido el testamento mancomunado. Pero este testamento ha de otorgarse en las formas permitidas por el Derecho, en las cuales precisamente la captación de voluntad resulta más difícil. No se trata aquí, naturalmente, de un argumento definitivo, pero debe tenerse en cuenta.

b) *Inexcusabilidad de las formalidades testamentarias.*

Mas la razón fundamental de la nulidad del *testamentum per relationem* estriba en que, mediante él, se sustrae una parte de la disposición a causa de muerte a la forma testamentaria. No importa, insisto, que la relación se haga a otro testamento de diferente persona, pues no hay duda de que esa otra persona no habría podido testar por doña A. (salvo la fiducia sucesoria, que aquí no existe): así, en cualquier caso, el testamento de doña A., en el momento en que (por hipótesis), para nombrar heredero, hace relación a otro testamento, se ha sustraído a la forma testamentaria propia. Doña A. pudo hacer depender el nombramiento de herederos de una condición: pudo indicar el nombre del heredero, de modo que sólo resultara cierto mediante determinada circunstancia de hecho (el ganador del premio, el primero que nazca en tal pueblo a partir de tal fecha, etc.), pero no pudo hacer depender la identificación del instituido de un negocio jurídico ajeno o de uno propio que no fuera testamentario.

No es cuestión de certeza de la voluntad testamentaria, aunque hubiera dicho al disponer, «nombro herederos a los herederos que acaba de nombrar mi marido en su testamento», igualmente habría infracción de las disposiciones en materia de forma testamentaria, sometida a la sanción del artículo 687 del Código civil. Esta severidad de las reglas de forma, no se dirige sólo a conseguir que las disposiciones queden expresadas, y aun acuñadas, con la máxima certeza, sino además, y sobre todo, a salvaguardar la libre y reflexiva emisión de la voluntad. Y hasta tal punto vela la jurisprudencia, en vista de ello, por el absoluto cumplimiento de las formalidades testamentarias que, por ejemplo, en materia de testamento ológrafo, la simple equivocación cometida en la fecha, en cuanto se pruebe, acarrea su nulidad total. No se trata tanto, pues, de conseguir, mediante la forma, certeza en la designación de sucesor, como de observar un cauce en la manifestación de la última voluntad que, por las razones que fuesen, y que no procede discutir en un informe de estricto Derecho positivo, el Ordenamiento jurídico considera insustituible.

Tal es absolutamente el sentido de nuestra jurisprudencia. «Uno de los dogmas fundamentales de la sucesión *mortis causa*—dice la sentencia de 10 de julio de 1944—es que la forma es esencial al acto testamentario, el cual, para que tenga existencia jurídica y produzca sus efectos propios ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley». «Son tan esenciales las solemnidades exigidas por la Ley para la eficacia de las últimas voluntades

—había dicho la sentencia de 24 de mayo de 1927—, que la falta de cualquiera de ellas es por sí sola suficiente para privar de eficacia al acto». Y así se declara nulo el testamento cuando uno de los testigos presta servicios retribuidos en casa del Notario, aun cuando no haya duda sobre la certeza y firmeza de la voluntad del testador (sentencias de 8 de mayo de 1912, 6 de julio de 1914, 1 de diciembre de 1927, 18 de noviembre de 1935); se declara que la intervención de los testigos instrumentales en número y calidad no es sólo exigible en razón a su testimonio, sino precisamente como rigurosa y rígida solemnidad formal, por lo que el defecto extrínseco que a la misma se refiere se transforma en vicio esencial que anula radicalmente el testamento (sentencia de 10 de julio de 1935); se declara nulo el testamento en que uno de los testigos es menor de edad (sentencia de 30 de noviembre de 1906; lo contrario, en circunstancias especialísimas, sentencia de 21 de noviembre de 1898), o en que no es vecino, aunque accidentalmente residiera en casa del testador (sentencia de 19 de octubre de 1953); lo mismo cuando faltan los testigos de conocimiento, aunque no quepa duda sobre la identidad del testador (sentencia de 1 de junio de 1901), etc.: véase también lo que se expone más adelante sobre nulidades formales del testamento ológrafo.

c) *Argumento derivado del artículo 672 del Código civil.*

Queda por examinar la aplicabilidad al caso, *de minore ad maius*, del artículo 672 del Código civil. Y, en relación con ella, las particulares causas de nulidad de la *relatio* en un testamento ológrafo.

El artículo 672 fue formulado para atender a un supuesto concreto de carácter histórico—la eliminación, en el nuevo Derecho, de las llamadas memorias testamentarias, en cuanto tales—, y no se preocupa de los otros supuestos de *relatio* que, aun cuando alguna vez pueden plantearse de hecho en la práctica, aparecen con gran rareza. Ahora bien: si el Código niega validez testamentaria a los papeles o cédulas del testador que no reúnan todas y cada una de las características de un testamento ológrafo, con tanta mayor razón ha de ser aplicable esta norma a aquel escrito que ni siquiera ha sido redactado por el testador. Las razones para aplicarla son idénticas. El hecho de que la cédula o papel privado del testador sea realmente suyo, no convalidaría una institución de heredero hecha con referencia a él, aunque conste absolutamente la procedencia del papel y resulte evidente la voluntad testamentaria. Ni siquiera si el papel es autógrafo, faltándole firma o fecha.

Está claro que entonces el Ordenamiento jurídico no se preocupa de si la voluntad testamentaria consta o no, sino de si es realmente testamentaria, por cumplir la forma prescrita, o no.

d) *Las exigencias formales del testamento ológrafo.*

Por lo demás, lo que falta en nuestro caso es precisamente el requisito más grave del testamento ológrafo, a saber, la autografía. Faltando ella, no hay posibilidad de considerar como disposición testamentaria de doña A. a unos nombres que han sido escritos por su marido. Es como si en el testamento de doña A. su marido escribiera uno de los párrafos: la parte escrita por éste carecería de toda eficacia, aunque doña A. aludiera luego a ella. Como es ineficaz, aunque consten, sin lugar alguno a duda la autenticidad del escrito y la seria intención de testar de quien lo escribe, el testamento

ológrafo en el que hay una equivocación en la fecha, comprobada por la de emisión del papel sellado en que se extendió (sentencia de 20 de diciembre de 1913), o, salvo casos muy concretos, un testamento que aparece autorizado solamente con el nombre de pila del causante (sentencia de 5 de enero de 1924); o aquel en el cual el testador, por pura equivocación, ha puesto una fecha 24 horas posterior al momento de su muerte (sentencia de 5 de diciembre de 1927), etc. Hasta tal punto que no se puede acudir, para precisar la fecha, si del documento no resulta con claridad, a los medios ordinarios que sirven para acreditar las formalidades de otros otorgamientos (sentencia de 13 de mayo de 1942).

Queda claro, pues, que la autografía del testamento no es un simple requisito de certeza del mismo, del cual se pueda prescindir cuando esa certeza existe sin autografía. Al contrario, la autografía ha de ser total, y además, aunque no se exija en el ológrafo unidad de acto (sentencia de 17 de noviembre de 1898), si ha de haber unidad de escrito, sin que la voluntad del testador pueda deducirse de otros documentos diferentes, ni aun suyos. mucho menos si ajenos. Y esto porque a la notable facilidad que proporciona el testamento ológrafo para expresar la última voluntad, ha de corresponder una aplicación sumamente rigurosa de las escasas normas formales que lo protegen.

TERCERA CUESTIÓN: ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO?

A) *La cuestión en el Derecho alemán.*

Lo dicho bajo el epígrafe anterior sufriría una notable excepción si pudiera demostrarse que en Aragón es posible el testamento ológrafo mancomunado en la misma forma en que lo admite el Código civil alemán, es decir, pudiendo escribir las disposiciones uno de los cónyuges, y limitarse el otro a declarar que tal testamento debe valer como el suyo propio. En la nueva regulación alemana, incluso es suficiente la firma del testador que no escribe, bajo la declaración común manuscrita por el otro.

Sin embargo, ha de advertirse que ni siquiera con arreglo al Derecho alemán el testamento ológrafo objeto de este dictamen sería válido. El parágrafo 28 de la Ley sobre otorgamiento de testamentos y contratos sucesorios establece que el cónyuge que no escribe debe firmar «la declaración común», entendiéndose, pues, que la declaración ha de ser escrita en primera persona del plural, y disponiendo sobre los bienes de ambos cónyuges. Por ejemplo, como dicen los comentaristas VOGELS y SEYBOLD (*Gesetz über die Errichtung vom Testamenten und Erbverträgen*, Berlin, 1949, pág. 215) «la simple firma concurrente del otro cónyuge sólo es suficiente cuando la declaración principal está formulada como declaración *mancomunada*. La declaración principal debe, por consiguiente, contener disposiciones de ambos cónyuges. por ejemplo, *nos instituímos recíprocamente herederos*. Otro ejemplo: *a la muerte del marido debe ser heredero su hermano y a la muerte de la mujer debe ser heredera su hermana*. Si la declaración principal contiene sólo disposiciones de una de las partes, no existe entonces ninguna declaración mancomunada, y la simple firma concurrente no basta para hacer del testamento un testamento mancomunado».

De modo que, en cierto sentido, si la ley alemana de testamentos de 1932

ha dado mayores facilidades para el otorgamiento del testamento ológrafo mancomunado, también ha puesto de relieve con mayor vigor la exigencia absoluta de mancomunidad real. Esta exigencia, por lo demás, venía ya afirmada por todos los autores de la fase anterior a la reforma. «Las expresiones *de acuerdo* o *aprobado* pueden bastar—dicen los comentarios de los magistrados y jueces del Tribunal Supremo (edición 1928, tomo V, pág. 317), cuando del texto mismo del testamento resulta sin más la mancomunidad de las disposiciones, y en particular cuando ambos cónyuges se expresan conjuntamente (nosotros determinamos..). Según esto, dos testamentos de texto idéntico que contienen una institución de heredero recíproca, y de los cuales ha escrito un ejemplar el marido, firmado por él y por su mujer, y el otro documento lo ha escrito la mujer, firmando ella y el marido, son inválidos en cuanto testamento mancomunado». «Con la declaración de asentimiento del cónyuge—dice STAUDINGER (*Kommentar*, pág. 812)—debe quedar visible en forma suficientemente clara su voluntad de otorgar un documento mancomunado». Este autor pone, como ejemplo mínimo de declaración de adhesión de un cónyuge al testamento escrito por el otro, el siguiente texto: *este testamento debe ser considerado como mi propio testamento*. Probablemente la declaración de adhesión de doña Amelia no cumple las condiciones mínimas de claridad requeridas, y admite diversas interpretaciones; de modo que, aun en el sistema alemán, serían objetables los testamentos de don Mariano y doña Amelia en cuanto único ológrafo mancomunado.

B) Posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en el Derecho aragonés.

Pero es que en el Derecho aragonés las exigencias de un hipotético testamento ológrafo mancomunado serían, en todo caso, completamente distintas y mucho más severas. Téngase en cuenta que la forma ológrafa de testar no se ha establecido en el Derecho español pensando en el testamento mancomunado (al contrario, el Código civil, a la vez que establece aquélla, prohíbe éste), y que en Aragón el testamento ológrafo no ha existido, propiamente, hasta que lo introdujo el Código civil. De ahí que el testamento ológrafo que existe en Aragón sea precisa y únicamente el del Código civil, y no pueda ser ningún otro ni puedan buscarse adaptaciones que lleguen a infringir alguna de las normas establecidas, para dicha forma testamentaria, por el Código.

Es por esto por lo que yo, en mis notas al libro de BINDER, he visto tan difícil la posibilidad del testamento ológrafo mancomunado en Aragón. Es preciso cumplir todos y cada uno de los requisitos del Código, y a la vez es preciso conservar la mancomunidad. «En cuanto a la forma—digo allí—será muy difícil el otorgamiento de un testamento mancomunado ológrafo; y aún, dada la estricta regulación de la forma testamentaria ológrafa en el Código civil—que la introdujo exclusivamente para el testamento unipersonal—, puede ello estimarse imposible, puesto que hay que prescindir de la autografía total o de la unidad del instrumento. Si se prescinde de la primera el testamento es nulo, y si de la segunda no es mancomunado, como no lo serían dos testamentos abiertos otorgados por unos cónyuges, distribuyendo cada uno sus bienes en consideración a las disposiciones del otro: sólo cabe limitar la libre revocabilidad mediante el instrumento único (testamento o contrato sucesorio).

LORENTE SANZ (*El testamento mancomunado*, en «Primera Semana de Derecho aragonés», Zaragoza, 1942, pág. 131), advierte que en el Derecho español, atendiendo sólo al formalismo en que el Tribunal Supremo se inspira en materia testamentaria, es aventurado aconsejar la forma ológrafo para las disposiciones mancomunadas, como no sea escribiendo dos veces el texto, una por cada testador, con fecha duplicada y firma de ambos. Pienso yo ahora que tratando de conciliar el formalismo ineludible en materia testamentaria con los intereses de los cónyuges, acaso sería posible el testamento de mancomún en esta forma apuntada por LORENTE; pero lo que, a mi modo de ver, no puede discutirse, es que ésta sea, en todo caso, la única fórmula posible. Por su parte el Seminario y la Comisión redactores del anteproyecto y proyecto de Compilación foral aragonesa, decidieron no derogar ninguna de las exigencias formales del Código en orden al testamento ológrafo, limitándose a advertir en el artículo 43 del proyecto que «el testamento podrá revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, en tanto se cumplan los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes». Primero el Seminario, y luego la Comisión, ante el problema de la adaptación del testamento mancomunado a las formas testamentarias del Código civil, aceptaron la conservación de todos los requisitos establecidos por este cuerpo legal (por ende, en cuanto al ológrafo, autografía, fecha y firma), sin prejuzgar sobre la posibilidad o imposibilidad de que tales requisitos sean cumplidos en cada forma testamentaria, y planteándose expresamente (y exclusivamente, según creo), en lo que al ológrafo atañe, el caso de un testamento escrito dos veces (mejor en un solo pliego) disponiendo mancomunadamente ambos cónyuges, de manera que primero escriba el texto íntegro con fecha y firma, y además la firma de la mujer, el marido; y luego la mujer vuelva a reproducir la totalidad del texto con su fecha y firma, y la firma del marido (o a la inversa).

No habiendo acuerdo total en el Seminario (en la Comisión el problema fue poco discutido, aceptándose literalmente la solución dada por el anteproyecto) sobre si procedía formular una regla expresa para admitir, exclusivamente en esa versión el testamento ológrafo, y como su adaptación a otros supuestos de testamentos especiales y extraordinarios hubiera requerido una regulación demasiado extensa, se decidió proclamar, como principio, la vigencia del Código civil, cerrándose así el paso a cualquier testamento mancomunado ológrafo que revista forma distinta de la ahora indicada, y dejando a la apreciación judicial si esa cumple o no las exigencias del artículo 688 del Código civil.

C) *La mancomunidad, en el caso en litigio.*

Como he dicho antes, yo creo que, en nuestro caso, realmente los cónyuges quisieron testar de mancomún, si bien, dadas las dificultades enormes de forma, no acertaron con la que, al menos, tenía aspiraciones de validez.

Ahora bien: esa misma intención de testar de mancomún, manifestada tan claramente por la firma de cada cónyuge al pie del testamento del otro, evidencia que la voluntad de doña Amelia no pudo estar dirigida a la institución de sus cuñadas, cosa que hubiera tenido para ella consecuencias muy perjudiciales.

En efecto, mediante la mancomunidad, cada cónyuge queda vinculado, al

fallecimiento del otro, en su disposición, a menos que no haya aceptado los beneficios que le provienen del testamento del difunto. Si se estima que la disposición de doña Amelia está encaminada a instituir a las hermanas y demás familia de don Mariano, resulta que esta señora, sobreviviendo a su marido, quedaba incapacitada para disponer ni de cinco céntimos, pues todos sus bienes se hallaban definitivamente vinculados, y por cierto, a personas que no eran parientes suyos. En cambio, la voluntad de don Mariano en el peor de los casos, queda vinculada en la institución a sus más próximos parientes y herederos; pero aun así esto es muy discutible, pues en su testamento se ocupa de advertir que el nombramiento de herederos—mediante sustitución vulgar—es si «yo no dispusiese, entre tanto, otra cosa», con lo que queda don Mariano en libertad para rectificar, caso de sobrevivir a su esposa, sus disposiciones por las que reconduce todos los bienes suyos y de su esposa a su propia familia, y esa señora (cuyos bienes, si sobrevive a su marido, están todos vinculados a extraños, con preterición de sus parientes de sangre), no.

Lo excesivo de estas consecuencias demuestra que no las pudieron querer los cónyuges. Más pensando que si querían la mancomunidad, hemos de entender que la esposa no asumió como suyas propias las disposiciones de su marido, pues, al menos, entonces, hubiera hecho una salvedad en su testamento, reservándose la facultad de modificarlo.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, deduzco las siguientes conclusiones

1.^a De la interpretación del testamento de doña Amelia no se deduce que quisiera instituir a los herederos nombrados por su marido en el testamento ológrafo otorgado por él en el mismo pliego que el de su esposa, ni a las personas que designase su marido ulteriormente, como herederos suyos.

2.^a Aun de aceptarse que doña Amelia entendió instituir herederos a los nombrados por su marido, tal institución es nula de pleno derecho, por contrariar el artículo 672 del Código civil, aplicable al caso por analogía; por no cumplir las condiciones de forma en la designación del heredero; y, en particular, por faltarle la autografía exigible en el testamento ológrafo.

La nulidad de esa cláusula testamentaria, caso de aceptarse que contiene una institución *per relationem*, no perjudica al restante contenido del testamento de doña Amelia.

3.^a Los testamentos de los cónyuges don Mariano y doña Amelia no constituyen un testamento mancomunado, aunque tal fuera la intención de los testadores, por no cumplir los requisitos en la forma testamentaria elegida, y en especial por faltarles la autografía requerida por el artículo 688 del Código civil para el testamento ológrafo.

4.^a Por consiguiente, habiendo fallecido don Mariano sin llegar a ser heredero de doña Amelia, procede abrir la sucesión abintestato de dicha señora, que se deferirá, con arreglo a las normas del Apéndice foral aragonés, y en su defecto a las del Código civil. Todo ello sin perjuicio de la validez del restante contenido de su testamento.

Tal es mi parecer, que someto gustoso a otro mejor fundado.

Zaragoza, 6 de febrero de 1965.

II. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE ZARAGOZA

En 30 de noviembre de 1967 la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza (ponente, Ilmo. Sr. D. Ricardo Mur Linares), revocando la del Juzgado de Jaca, pronunció la siguiente sentencia:

Considerando Que en atención al principio de rogación, que informa a todo proceso civil, la Ley de Enjuiciamiento dispone en el artículo 359 que «las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito», con lo cual quiere significar, como dispone la sentencia de 22 de noviembre de 1965, en relación con las de 12 de abril de 1961 y 5 de marzo de 1956, que la congruencia ha de referirse no sólo a la pretensión del actor, sino también a la oposición del demandado, ya que las actividades de ambos litigantes delimitan el proceso, pues para eso el legislador habla en ese precepto de «demanda y demás pretensiones» empleando la voz en plural, como en plural usa también la palabra «litigante», toda vez que si el fallo ha de pronunciarse *jura allegata et probata*, será evidente también que *ultra quod in judicio deductus est, protestas judicis excedere non potest*, por constituir dichas máximas principios generales del Derecho que por ser absolutos determinan la incongruencia de la sentencia y el juzgador, por los motivos que fueren, se apoya en fundamentos de hecho que fueron alegados por las partes; y como del examen de los autos se revela que la sentencia recurrida declara, en su 11 Considerando, la nulidad del traspaso o venta de la farmacia que poseía como usufructuaria doña Petra, B. L., madre de doña A. G. B., causante de los actores, a favor de su hijo político, don M. G. R., causante de sus hermanos demandados, es evidente que tal cuestión, cualquiera que fuese su ineficacia, por simulación o nulidad contractual, no puede examinarse y resolverse en esta *litis*, porque ninguna de las partes ha impugnado dicho contrato ni solicitado pronunciamiento alguno sobre la ineficacia de aquél, y en su virtud procede estimar, en cuanto a este extremo, la adhesión a la apelación promovida por los demandados y estimarse incongruente, en cuanto a este extremo, la sentencia recurrida, cualesquiera que fueran las circunstancias concurrentes en el expresado contrato.

Considerando Que la excepción de falta de personalidad en los demandados, doña B. G. L. y don F. G. L., alegada por los codemandados, hermanos G. R. y don D. B. F., en el Fundamento 8 del escrito de contestación, por estimar que «nada se ventila frente a aquéllos, aun cuando prosperaran las peticiones de la demanda», ha de ser rechazada por la Sala la excepción promovida, como lo fue también en la sentencia apelada, y reproducida en la adhesión el recurso por los motivos siguientes: 1.º, porque la diversa naturaleza de los dos conceptos, comprendidos en el número 4.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga al que formula la excepción de falta de personalidad a concretar el hecho en que la misma se funda, requisito incumplido por el demandado, pues sólo así podrá determinarse en cuál de dichos conceptos está comprendido; 2.º, porque la contestación a la demanda identifica, confundiendo, la falta de acción y la falta de personalidad; y la cuestión de si afecta a los demandados señores G. L. o no les afecta, los pronunciamientos que solicita la actora al ejercer su acción de petición de herencia, es un problema que afecta al título o causa de pedir y

sólo puede repercutir en la acción promovida en el pleito, lo que constituye cuestión de fondo a resolver en la sentencia mediante la estimación o desestimación de la acción ejercida, y 3.º, porque según dispone la sentencia de 31 de marzo de 1952, reiterando anterior doctrina legal, las excepciones procesales son medios de defensa que los demandados pueden oponer a las acciones de los demandados, por lo que carece de finalidad y eficiencia su ejercicio, dirigido a combatir a intervención de un codemandado: y en su virtud procede, de conformidad con la sentencia recurrida, desestimar la excepción alegada, y en consecuencia el segundo motivo de la adhesión al recurso de apelación.

Considerando: Que, en cuanto al fondo del pleito de las alegaciones de las partes y pruebas practicadas a su instancia, resultan acreditados los siguientes hechos básicos en que fundar esta resolución: 1.º Los cónyuges don M. G. R. y doña A. G. B., llamados a sucederse testamentariamente entre ellos, fallecieron, casi simultáneamente, en accidente de automóvil, ocurrido el 7 de julio de 1963, en las proximidades de Ayerbe (Huesca), existiendo en los autos un estado de duda sobre la premoriencia del uno, frente al otro. 2.º Que las certificaciones de defunción de ambos, procedentes del Registro Civil, acreditan el mismo día y hora en el fallecimiento de los expresados cónyuges. 3.º Que el matrimonio referido carece de herederos forzosos y no otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales, siendo un hecho muy digno de tenerse en cuenta por la Sala, que la casi totalidad de los bienes procedían de la esposa, ya con carácter privativo, ya comunes o ya troncales. 4.º Que ambos cónyuges otorgaron testamento ológrafo con institución recíproca de herederos en un mismo pliego de papel, redactando el testamento, primero el marido y después la mujer, y fechando ambos testamentos en el mismo día y hora. 5.º Que los testamentos otorgados en forma ológrafa se hallan redactados con el uso continuo de pronombre y verbo en primera persona del singular y son totalmente distintos en cuanto al ámbito de las disposiciones patrimoniales y sustituciones hereditarias, sin más puntos de coincidencia que el de otorgarse ambos bajo el supuesto de premoriencia de un cónyuge frente al otro. 6.º Que el testamento otorgado por M. G. R. contiene las siguientes cláusulas fundamentales: A) Que instituye heredero universal a su esposa, doña A. G. B., con sustitución vulgar a favor de los hermanos del testador, doña P. y doña E. G. R., y llamamiento en tercer grado a los hermanos varones del testador, don M. y don J., y en su defecto a los herederos de éstos respecto a la mitad de la herencia que hubiere correspondido a las hermanas herederas, siempre que permanezcan éstas en el mismo estado civil y reservándose el testador la facultad de variar los llamamientos; B) que, según expresa el testador, para la eficacia de las cláusulas testamentarias firma el testamento en unión de su esposa que, efectivamente, estampa también su firma después de haber firmado el testador; 7.º Que el testamento otorgado por doña A. G. B. contiene también dos cláusulas fundamentales: 1) Que da conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su esposo (a quien nombra heredero), escrito de su puño y letra en el mismo pliego de papel en que escribe su testamento la otorgante y a presencia de la misma. 2) Que confía a su esposo o herederos directos la entrega de joyas a determinada Obra Pía, y que para que así se cumpla, firma el testamento en el mismo día y hora que el otorgado por su marido, y después de firmado aparece la firma del marido testador, sin que del contexto del testamento se pueda desprender la causa, motivo o funda-

mento de esa firma adicionada y que no ha sido salvada por la testadora. 8.º Que mediante el oportuno procedimiento judicial, los anteriores testamentos fueron adversados y ordenada su protocolización por Auto que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Huesca el día 31 de julio de 1963, protocolización que se cumplió por Acta Notarial librada en 2 de agosto siguiente. 9.º Que por escritura notarial de aceptación de herencia y de ratificación de cuaderno particional, otorgado en 21 de abril de 1964 por doña P. y doña E. y don José G. R., este último por sí y en representación voluntaria de su hermano don M. y don D. B. F., los otorgantes procedieron a formalizar las sucesiones hereditarias de ambos cónyuges, aceptando las herencias de ambos y adjudicándose a las herederas instituidas, doña P. y doña E. G. R., la totalidad de bienes que, por uno u otro título, pertenecían a ambos cónyuges causantes de la herencia. 10.º Que don M. y don J. G. R. percibieron por partes iguales el 10 por 100 de la herencia líquida percibida por sus hermanas, sin perjuicio de lo dispuesto en las sustituciones hereditarias y a título de regalo, e igualmente percibió por este título don D. B. F. el legado de 400 acciones de Eléctricas Reunidas, que no se acredita fueran bienes privativos de don M.

Considerando: Que el problema de la premoriencia o de la comoriencia entre los cónyuges don M. y doña A., llamados a sucederse testamentariamente y de quienes los litigantes traen su causa, ha de ser resuelto, conforme a la tesis de la comoriencia, sustentada por la sentencia apelada e impugnada por los recurrentes; porque en el caso a que se refiere el artículo 33 del Código civil, a saber: la existencia de un estado de duda sobre cuál de las dos personas llamadas a sucederse haya muerto primero, aquellos que sostengan la muerte anterior de una u otra son los que deben justificarla; pero quienes afirman la comoriencia, y, consiguientemente, la intransmisión de los derechos sucesorios entre las mismas, no tienen que probar otra cosa que tal estado de duda existe, porque supuesta tal situación, la comoriencia es una presunción legal, y las presunciones establecidas por la Ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.250 del Código civil y doctrina legal sobre la carga de la prueba en el proceso.

Considerando: Que los recurrentes intentan probar la premoriencia del marido testador a través de artículos de Prensa y testimonio de las declaraciones prestadas en sumarios, medios absolutamente ineficaces a los efectos probatorios en un proceso civil; por los artículos de Prensa, amparados en el anonimato, sólo pueden revestir, en el mejor de los supuestos para los recurrentes, el carácter de prueba *meramente* indiciaria que está proscrita en todo procedimiento civil, y el testimonio de las declaraciones prestadas en vía criminal no tienen carácter de prueba documental ni el de presunciones, pues en realidad es una prueba testifical a la que se le despoja de las garantías propias de este medio de pruebas, de que tenga lugar en el mismo pleito en que ha de tener efecto y con intervención en ella de la parte contraria, presenciándola, pudiendo formular repreguntas y alegar tachas; razonamiento que cobra acusado relieve si se tiene en cuenta la prueba propuesta como pericial por los propios recurrentes y aportada a autos como diligencia para mejor proveer, consistente en el Informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid, terminantemente se dice «que no hay razón científica, por los datos que constan, para poder afirmar la premoriencia de un cónyuge frente al otro, pues no existe prueba objetiva»,

y ante ello hay que estimar probado ese estado de duda e incertidumbre base de la presunción legal, por lo que procede declarar la comorienza de ambos cónyuges.

Considerando: Que, abordando el problema de la naturaleza jurídica del testamento mancomunado, desde el plano doctrinal, pero con especial referencia al Derecho positivo, al que necesariamente ha de contraerse la sentencia, el actor científico más autorizado ve en él un «negocio colectivo u acto jurídico complejo» constituido por dos declaraciones de voluntad, unitariamente conjuntas en el vínculo del consentimiento, que persiguen iguales intereses, se dirige a un mismo fin y allí se funden en el asentimiento conjunto o mancomunado; de tal suerte, que ambas declaraciones de voluntad se encuentran, al producirse el consentimiento, *una al lado de la otra y no una frente a la otra*, como en el contrato sucede al perseguir las partes intereses opuestos o cuando menos distintos; razonamientos que conducen a proclamar que toda cuestión que afecte a la mancomunidad testamentaria implica, no una forma de testar, como erróneamente se atribuye por la sentencia recurrida, sino una modalidad del consentimiento de los testadores como lo revela el fundamento de la prohibición que establecen los artículos 679 y 733, en relación con el 1.264 y 11 del Código civil; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, del expresado Código, respecto a los Derechos forales de Aragón, Navarra y Vizcaya, que incorporaron a su Ordenamiento jurídico aquella modalidad del consentimiento testamentario.

Considerando: Que, respecto a la eficacia del testamento ológrafo otorgado en mancomún, habrán de observarse de modo *conjunto*, haciéndolas compatibles, las solemnidades que exigen el Derecho común y el Derecho foral, sin que las partes puedan ni sustituirlas ni modificarlas, porque todas y cada una de ellas son igualmente esenciales en el otorgamiento de esa forma testamentaria mixta, anómala y excepcional, como lo revelan los artículos 687 y 688 del Código civil en relación con los artículos 17 del Apéndice Foral y 94 de la Compilación Aragonesa; y del contexto de los preceptos citados resulta la exigencia *ad substantiam* de tres requisitos: 1.º *Autografía total y firmas por ambos testadores, con expresión del año, mes y día en que se otorgue el testamento* o testamentos de autos, requisitos incumplidos en ambos testamentos, porque las firmas del marido en el testamento de su mujer y la firma de la mujer en el testamento de su marido han sido puestas por quienes no han escrito el respectivo testamento, y, en su virtud, carecen dichas firmas de fuerza y de valor. 2.º *Unidad de acto y otorgamiento* que exige el Derecho foral para testar en mancomún, cualquiera que sea la forma de su otorgamiento, requisito que, a su vez, se desdobra en otros tres: unidad de asunto, unidad de tiempo y unidad de lugar; y, en su virtud, sólo podrá estimarse cumplido cuando desde la fecha del otorgamiento, momento inicial del acto, hasta la firma del mismo, momento final del acto, ambos testadores hayan escrito y firmado todo el testamento, y cláusula tras cláusula o ya línea tras línea, porque las cláusulas o las líneas son simples *partes* de un *todo* y la unidad ha de recaer sobre éste y no sobre aquéllas; requisito igualmente incumplido en autos al tratarse de dos testamentos sucesivos y no simultáneos, aunque hayan sido escritos en el mismo pliego de papel, distintos en cuanto a su contenido por los actos de disposición patrimonial, llamamientos hereditarios y revocabilidad testamentaria. 3.º *Declaración conjunta de voluntad en mancomún*, requisito inexistente en autos, según se evidencia en todo su tenor literal por el uso continuo del pronombre y verbo

en primera persona del singular, todo lo cual revela que existe, no una voluntad *conjunta*, sino dos voluntades *autónomas* que, por su paralelismo, no podrían nunca unirse, fundiéndose, por más que se prolongara el proceso interpretativo.

Considerando: Que, respecto de las firmas de los cónyuges en los testamentos de ambos, de ningún modo pueden significar la existencia de una voluntad conjunta, pues, a más de dar por reproducidos los razonamientos del Considerando anterior, es lo cierto que la firma de cada cónyuge en el testamento del otro sólo podría significar una institución de heredero *reciprocity causa*, y entonces sería nula, a tenor de lo dispuesto en los artículos 687 y 672 del Código civil en relación con el artículo 26 de la Ley del Notariado, que estima aplicable al testamento ológrafo la sentencia de 4 de abril de 1895 en relación con la de 9 de abril de 1908, 25 de octubre de 1947 y 19 de febrero de 1956, preceptos legales y doctrina de indudable vigencia en los territorios forales cuando en los mismos se elige por los testadores algunas de las formas testamentarias prescritas en el artículo 676 del expresado Código; o bien la firma de cada cónyuge tendría como finalidad la de manifestar con ella la aceptación de la herencia del otro, y entonces adolecería de nulidad radical, conforme dispone el artículo 991 del Código civil, ya que nadie puede aceptar una herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia; o, finalmente, la firma del marido en el testamento de la mujer podría significar la aprobación o conformidad a que la testadora disponga privativamente de bienes muebles que se habían hecho comunes, y la firma de la mujer en el testamento del marido, podría significar que el testador dispone de bienes comunes a la sociedad conyugal o privativos de su esposa, a tenor de lo preceptuado en el artículo 49, párrafo 3, del Apéndice Foral de Aragón; y, en último supuesto, la simple aprobación, conformidad o visto bueno de una persona a un acto realizado por otra, no podría significar, mucho menos en materia de testamentos, que haga suyo, y como propio aquel acto absolutamente ajeno a la persona que lo aprueba, y que continúa siendo ajeno, cuando quien lo aprueba no observa las formalidades prescritas por la Ley; y, en su virtud, hay que estimar inoperantes las firmas de cada cónyuge en el testamento otorgado por el otro a los fines de una pretendida mancomunidad.

Considerando: Que, respecto al testamento ológrafo otorgado por don M., es evidente que, si bien en su sentido literal sólo comprende su otorgamiento el supuesto de premoriencia respecto a su esposa, en su sentido espiritualista es evidente la eficacia del mismo en el supuesto de comoriencia de ambos cónyuges, toda vez que, en ambas hipótesis se produce la misma consecuencia; la falta de supervivencia del heredero frente al testador, y esa consecuencia estaba amparada por la voluntad real de quien otorgó el testamento y según el tenor del propio testamento sin que adquiriera relevancia el problema que las recurrentes plantean *in voce* en el acto de la vista, sobre una hipotética nulidad de la cláusula revocatoria del testamento de mancomún, sin renunciar el otorgante a los beneficios que le provinieran de las disposiciones del cónyuge premuerto, pues negado que ha sido por la Sala el carácter de testamento mancomunado es superfluo alegar la infracción del artículo 19 del Apéndice Foral de Aragón, pues sólo bajo aquella hipótesis podría alegarse, y mucho más cuando fallecidos simultáneamente ambos cónyuges, nunca podría darse tal supuesto de infracción.

Considerando: Que, respecto al testamento otorgado por doña A., todo el problema suscitado por los litigantes gira en torno a la eficacia o ineficacia de dos cláusulas fundamentales: A) la de otorgar conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido, escrito en el mismo pliego que el de la testadora y a presencia de ésta; B) la interpretación que haya de darse a la cláusula testamentaria de institución de heredero «a favor de mi esposo o herederos directos», toda vez que, por la carencia del pronombre posesivo, lo mismo podría significar que se trata de herederos del marido que de herederos *ab intestato* de la mujer, y en el primer supuesto, de igual modo podría extenderse la interpretación a los instituidos y a los sustitutos en primero y segundo término; y para resolver ambas cuestiones hay que tener muy presente las siguientes normas interpretativas: 1.ª Que la interpretación literal de las disposiciones testamentarias, a la que se refiere el artículo 665 del Código civil, sólo tiene en el aspecto *positivo* un valor *provisional*, en virtud de una interpretación que excede del ámbito de la propia interpretación gramatical, como lo es la interpretación lógica de la voluntad real del testador, según el contexto del testamento; mas en su aspecto *negativo* tiene un valor *fundamental*, al señalar los límites de una interpretación teleológica o sistemática, como lo revelan los términos del artículo 675, al limitar el resultado de la interpretación al tenor que resulte del propio testamento. 2.ª Que le está vedado al juzgador, bajo el pretexto de función *interpretativa*, investigar la intención del testador fuera del acto otorgado y colmar lagunas en el testamento cuando la voluntad real de aquél no ha sido expresada en la forma requerida por la Ley, como dispone el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de noviembre de 1962, reiterando doctrina establecida en las de 6 de diciembre de 1952, 12 de noviembre de 1948 y 8 de julio de 1940, porque a consecuencia del carácter formalista del testamento, que proclama el artículo 687 del Código civil, y de su naturaleza personalísima, que le impone el artículo 670 del expresado Código, le está vedado al intérprete adicionar o completar el contexto del testamento 3.ª Que si a tenor de la voluntad del testador, *expresada en el propio testamento*, no hay absoluta certeza en la institución sucesoria, sea a título universal o particular, principal o subsidiaria, se produce entonces la apertura de la sucesión intestada, como revela la interpretación sistemática de los artículos 753, 772 y 773 en relación con lo dispuesto en el artículo 912, preceptos todos del Código civil; toda vez que, cuando el testamento no permite mostrar *por sí solo*, y con absoluta seguridad, si el testador ha querido instituir, qué es lo que ha querido instituir y a quién se ha propuesto instituir, es inoperante pretender encontrar su voluntad real en un acto, o actos totalmente extraños al mismo y a la forma *ad solemnitatem* que el Código civil exige.

Considerando: Que la cláusula, de conformidad plena de la testadora al testamento preexistente de su marido, revela indudablemente una disposición *per relationem*, toda vez que la testadora, en lugar de manifestar cumplidamente su voluntad en el testamento otorgado, se remite a un acto ajeno, como es el testamento del marido, aun cuando esté contenido en el mismo pliego; unidad de pliego que es irrelevante cuando en él se contienen dos declaraciones de voluntad autónomas; y las cláusulas *per relationem* infringen el principio de la personalidad de los testamentos, en cuanto suponen la intervención de una voluntad ajena al acto dispositivo, que establece el artículo 670 del Código civil y el principio formalista que proclama el artícu-

lo 672 del expresado cuerpo legal; pues si bien en su interpretación literal, conforme a sus preceptos históricos, sólo se extiende su ámbito a las antiguas memorias testamentarias, en su interpretación teleológica, la prohibición alcanza también a las cláusulas *per relationem*, *mysticas* o «en blanco», desprovistas de contenido propio en virtud del acto remisorio, toda vez que si el Código civil niega validez testamentaria a los papeles y cédulas del testador que no reúnan todos y cada uno de los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, con mayor razón ha de ser aplicable el precepto legal a aquellos escritos o papeles que, como en autos sucede, ni siquiera han sido redactados autógrafamente por quien otorgó el testamento.

Considerando: Que la cláusula de institución sucesoria, que establece la testadora «a favor de mi esposo o *herederos directos*», sólo alcanzaría eficacia, en su caso, respecto del primero y no respecto a los segundos, porque según el tenor del propio testamento, al omitir la testadora los pronombres posesivos, «sus» o «mis», que de ningún modo puede completar el intérprete, hay incertidumbre absoluta sobre si se refiere aquélla a los *herederos del marido*, designados en primero y en segundo término, dada la facultad revocable que se reserva aquél y la posibilidad de una fiducia sucesoria en vida absolutamente ilegal; o los *herederos de la mujer*, o herederos *ab intestato*, y entonces la expresión testamentaria sería inadecuada para designar a los demandados en el pleito que ni son parientes, ni están nombrados directamente herederos por ella, ni lo están por su marido en primer lugar; y como la duda recae no sobre la persona a quien se ha instituido heredero, aunque con infracción palmaria del artículo 672 del Código civil, sino sobre la existencia misma de la institución hereditaria, es claro que procede la apertura de la sucesión intestada respecto de la herencia de doña A., a tenor de los preceptos legales citados del Código civil en relación con el artículo 34 y concordantes del Apéndice Foral de Aragón, sin perjuicio de la sucesión testamentaria de don M. respecto a su propia herencia y en cuanto a sus bienes privativos y comunes que pueden corresponderle, previa liquidación en forma, de la sociedad conyugal, que se llevará a efecto en período de ejecución de sentencia.

Considerando: Que, respecto a la reconvencción promovida por la demandada, doña B. G. L., sobre el carácter troncal de determinados bienes que reivindica, hay que tener muy presente que las normas de carácter procesal que hacen referencia a la adecuación del procedimiento son de orden público; y así, las sentencias de 23 de noviembre de 1963, en relación con las de 29 de abril de 1950 y 5 de enero de 1956, terminantemente declaran que la Ley determina el procedimiento que ha de seguirse para resolver las cuestiones litigiosas, sin que las partes puedan ni sustituir aquellas normas, ni modificarlas; y como del examen de los autos, aparece que en la reconvencción promovida, al amparo del artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ejercita la reconveniente, frente a la demandante, ningún derecho privativo con fuerza bastante para anular o modificar los efectos posibles de la acción ejercitada en la demanda, sino que, alterando los términos de la *litis* y la posición de las partes en el proceso, sólo persigue los pronunciamientos de condena que solicita frente a los otros codemandados, y no frente a la actora, contra los que realmente se promueve la reconvencción, es evidente la inadecuación del procedimiento para el examen y resolución de las cuestiones planteadas, y, en su virtud, se impone la absolución en la instancia

de esos codemandados contra los que se pretende pronunciamiento de condena, sin haber sido oídos ni vencidos en juicio.

Considerando: Que, respecto a la reconvencción promovida por los demandados hermanos G. R. y don D., procede acceder al primer pedimento de la misma en cuanto solicita el carácter de bien propio de la sociedad conyugal de la farmacia de autos, pues del examen de los autos aparece probado: A) Que don M. adquirió por traspaso de su madre política, doña P., la explotación de la farmacia de autos, titulada «Viuda de T. G.», que en su origen perteneció a los padres de la actora. B) Que en la fecha del traspaso la transmisión era usufructuaria de la totalidad de los bienes que constituyen la empresa farmacéutica y nuda propiedad de la mitad indivisa de los mismos, correspondiendo la otra mitad a doña A., esposa de don M., quien la aportó con tal carácter al matrimonio contraído. C) Que hasta el momento de la disolución del matrimonio ambos cónyuges poseyeron conjuntamente la farmacia en cuestión, sin perjuicio de la titularidad administrativa y mercantil de la empresa que giraba bajo el nombre «Farmacia Viuda de T. G., Sucesor M. G.», mas del examen de los autos aparece también la improcedencia de los restantes extremos de la reconvencción, pues el primero, dirigido a que se declare la adquisición exclusiva de la farmacia por don M., es inadmisibile, tanto en su modo originario de adquirir, porque la usucapión no puede darse entre condóminos, como en su modo derivativo de adquisición, tradición y contrato, en virtud de los razonamientos que preceden; y en cuanto al segundo extremo, por el que se pretende se declare «que el actual propietario, don J. G. R., lo es por justo y legítimo título de herencia de su hermano don M.», hay que tener muy presente que la adjudicación de la farmacia al reconviente se hizo unilateralmente por sus hermanos, sin la previa liquidación de la sociedad conyugal con doña A. o sus herederos, por lo que es ineficaz dicha adjudicación.

Considerando: Que, declarada por la Sala la ineficacia como testamento mancomunado de las declaraciones de última voluntad expresadas en forma ológrafa por ambos cónyuges y la invalidez del testamento ológrafo otorgado por doña A.; y declarada tan sólo la eficacia del testamento por don M., en cuanto a sus bienes privativos y los comunes que puedan corresponderle, es claro que faltan todos y cada uno de los presuntos de la adquisición de la herencia aceptada; al ser ineficaz el testamento mancomunado de que se deriva y, por tanto, la *delación* u *oferta* de la herencia, en los términos prescritos por el artículo 658 del Código civil, es ineficaz el efecto transmisorio del *título hereditario* causado por la *aceptación*, respecto del documento en si mismo y respecto al contenido del documento, ineficacia que arrastra la nulidad del *modo de adquirir*, que se plasma en el cuaderno particional, por haber sido hecha la partición sin el consentimiento ni de la demandante ni de los otros codemandados, puesto que los artículos 1.057 y 1.449 del Código civil son un obstáculo insuperable para que se pueda conceder a un grupo de herederos, como lo son los demandados hermanos G. R., la facultad de decidir, por si solos, cuanto se refiera a la disposición del caudal relicto, sin la ratificación de todos los demás coherederos, y, a mayor abundamiento, como en la partición de bienes, figuran algunos que no eran propiedad de don M., por serlo de su esposa doña A., y otros que, por su carácter troncal, no podían integrar la herencia ni de aquél ni de ésta, es claro que procede la nulidad de actos de disposición realizados por los herederos demandados y la nulidad de las inscripciones registrales causadas a favor de

aquéllos, toda vez que el causante de aquéllos ni era dueño, ni podía serlo respecto de *todos* los bienes que fueron objeto de la partición, cuya nulidad igualmente se interesa.

Considerando: Que, en méritos de lo expuesto, procede la estimación parcial de la demanda promovida por doña E. B. L., en cuanto solicita la nulidad del testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges; la ineficacia de la cláusula testamentaria, por la que la testadora doña A. aprobaba el testamento otorgado por su esposo, causante de los demandados hermanos suyos; la nulidad de actos de disposición, realizados por los demandados, con la declaración de ineficacia de los títulos de adquisición e inscripciones registrales, y, finalmente, la reivindicación de bienes y frutos en los términos que se expone en el fallo; se estima parcialmente la reconvencción promovida por los hermanos G. R., y se declara que la farmacia de autos constituye un bien común de la sociedad conyugal, y, finalmente, se estima también, en parte, la reconvencción implícita contenida en el pedimento 6 de la contestación a la demanda formulada por doña B. G. L. respecto a los bienes troncales por línea paterna que se acrediten en periodo de ejecución de sentencia; desestimando todos aquellos pedimentos de la demanda y reconvencciones que no hayan sido reconocidos expresamente en la parte dispositiva de esta resolución y de los que se absuelve a aquellos contra quienes se dirigen; todo ello, sin especial pronunciamiento en cuanto a imposición de costas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El 14 de febrero de 1969, la Sala Primera del Tribunal Supremo (ponente: Excelentísimo señor don Antonio de Vicente-Tulor y Guelbenzu) casa la sentencia de Zaragoza.

Considerando: Que descartado el problema de la premoriencia de alguno de los cónyuges respecto del otro, al dar por probado la sentencia de instancia que ambos fallecieron a la vez y no hubo, por ende, transmisión de herencia entre ellos, que no ha sido combatida en el recurso, el primer problema que el pleito presenta es el de determinar si es o no posible en Aragón y por personas aragonesas el otorgamiento de testamento mancomunado en forma ológrafa; y sin desconocer las teorías doctrinales que niegan tal posibilidad con base en la dificultad de cumplir en el testamento mancomunado los requisitos que el ológrafo requiere conforme a las normas que lo regulan en el Código civil, unido a la falta de existencia y arraigo de tal forma de determinar las sucesiones en el Derecho tradicional y en el positivo de dicha Región; lo cierto y positivo es que el artículo 17 del Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón de 1925, que rige por razón del tiempo el testamento debatido, al regular el testamento mancomunado no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en su consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *standum est chartae*, se debe concluir con la posibilidad del otorgamiento del testamento mancomunado en forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva compilación de dicho Derecho de 1967 en su artículo 94 estatuye de un modo termi-

nante que el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, con tal de que sea compatible con los requisitos establecidos, para cada uno de ellos, en las disposiciones vigentes; y lo mismo sucede en Alemania, uno de los pocos países cuya legislación admite el testamento mancomunado, que en su Código civil y párrafos 2.265 y 2.267 regula su otorgamiento en forma ológrafa, dándola plena validez si está escrito por uno de los cónyuges y si el otro añade la declaración de que debe valer también como suyo, escrita y firmada de su propia mano.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina, surge el problema de determinar si en el testamento en cuestión se han cumplido o no los requisitos que la Ley exige para su validez y más concretamente en el otorgado por la mujer, ya que respecto del marido no ofrece duda ni a las partes, ni a la sentencia recurrida, sobre su total eficacia.

Considerando: Que se impugna el testamento de la esposa con base en que no están escritas de su puño y letra aquellas cláusulas de disposición de bienes, salvo en la que nombra heredero universal a su esposo y se limita literalmente a consignar: «y doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito—se refiere a su marido—a su presencia en este mismo pliego de papel», firmando ambos cónyuges los dos testamentos como modo de autenticar su contenido, y comoquiera que el artículo 17 del Apéndice ya citado estatuye que en el testamento mancomunado podrán los cónyuges expresar juntos las disposiciones o llevar uno solo la palabra y limitarse el otro a aceptar y consentir las manifestaciones del otro cónyuge (1), es evidente que la esposa expresó en la forma más clara y contundente que cabe su conformidad con la disposición de bienes hecha por el esposo, ratificando el contenido de su testamento, y procede declarar la validez y eficacia del mancomunado de referencia en toda su extensión: sin que sea obstáculo para ello el párrafo en que la testadora dice: «Igualmente confío a mi esposo o herederos directos la entrega de las modestas joyas que fueron de uso de mi querida madre (q. e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orcsia, según reiterado deseo que ella misma manifestó en vida», ya que en nada contradice la institución de herederos anterior y constituye un encargo de confianza sobre cosas de poco valor según manifiesta la propia testadora.

Considerando: Que también se impugna el testamento de la esposa por existir incertidumbre en la designación de sus herederos, dada la forma en que hace la suya el marido al emplear el pronombre «mío» y el verbo «nombro» en primera persona y en singular, siendo así que de tratarse de testamento mancomunado debió decir «nuestros» refiriéndose a los bienes y «nombramos» en relación a los herederos; y comoquiera que, aparte de los defectos de redacción que se observan en casi todos los testamentos ológrafos no otorgados por peritos en Derecho, la mujer da en el suyo plena y total conformidad

(1) El artículo 17 del Apéndice copia casi literalmente la observancia primera *De testamentis*. Es decir: no es un texto hecho en contemplación al testamento ológrafo, sino precisamente en un régimen legal que sólo conocía el testamento abierto y el cerrado: en él, según la observancia, si los cónyuges hablan juntos o cada uno dispone por sí, el testamento mancomunado era revocable; *secus si alter eorum tantum disponat seu testetur et alter non loquatur seu testetur sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire*. De la traducción al castellano de este precepto deduce la S que en Aragón no es precisa la autografía total del testamento ológrafo mancomunado.

a cuantas estipulaciones se consignent en el testamento de su marido; es indudable que hace suyas las instituciones de heredero y ratifica totalmente sus disposiciones en la forma autorizada en el artículo 17 del Apéndice ya citado.

Considerando Que sentados los anteriores razonamientos, debe prosperar el recurso en su totalidad, estando encuadrados los cuatro motivos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denunciar la violación del principio de Derecho y artículos citados y del 665 del Código civil al no existir incertidumbre en cuanto a la institución de herederos de la mujer; así como del artículo 12 del mismo Código en su párrafo 2º, y 13, al ser los otorgantes personas sujetas al Derecho especial de Aragón; y basado también en la aplicación indebida de los artículos 667 y 662 del Ordenamiento sustantivo, que no son aplicables en dicha Región foral conforme a los artículos 17 y 29 del Apéndice.

En la segunda sentencia hay un Considerando muy particular.

Considerando Que si bien no puede accederse a la declaración de que determinados bienes de la herencia tienen carácter troncal, con la consiguiente adscripción a los herederos directos a quienes correspondan, al no haber sido afortunadamente dirigida la petición reconvencional, debe respetarse tal carácter y reservar a tales herederos sus derechos que podrán ejercitar en la vía y ante la jurisdicción que corresponda (2).

(2) Reserva inútil, contradictoria con el resto de la S que declara válido el testamento y existente una institución universal de heredero hecha—asintiendo—por doña Amelia. Si no hay sucesión intestada, ni troncalidad (propia sólo de ésta), no hay «herederos directos» ni posibilidad alguna de reserva.

II.-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

12. HIPOTECAS.—INDIVISIBILIDAD Y CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA. SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA HIPOTECADA. TERCER POSEEDOR DE FINCA GRAVADA CON HIPOTECA SOLIDARIA.

EN EL CASO DE CANCELACIÓN PARCIAL, DE LA QUE RESULTA INDIRECTAMENTE UNA DISTRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO ENTRE LAS VARIAS FINCAS PROCEDENTES DE LA DIVISIÓN DE LA HIPOTECA, SE REQUIERE, ADEMÁS DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, LA CONFORMIDAD DE LOS TERCEROS POSEEDORES DE AQUÉLLAS, A EXCEPCIÓN DE AQUELLOS CUYO GRAVAMEN SEA TOTALMENTE CANCELADO.

Resolución de 17 de marzo de 1969 («B. O.» de 7 de abril).

Antecedentes de hecho.—En escritura autorizada por el Notario de Madrid don Blas Piñar, el 15 de julio de 1950, don Rufino y don Mauricio Cascajero Dombriz constituyeron hipoteca a favor del Banco Hipotecario en garantía de un préstamo, que éste mancomunadamente les concedió de 60.000 pesetas al 4 por 100 de interés y por cincuenta años, en la forma que autoriza el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, y garantizándose, además del capital del préstamo, los intereses de tres anua-

lidades y 12.000 pesetas más para costas. La hipoteca recayó sobre una finca en Fuencarral, sobre la que se edificaron tres casas, sitas en la calle de Domingo Pardo, 16 y 18, con vuelta a la de los Montes. En otra escritura de 28 de noviembre del mismo año, don Rufino y don Mauricio constituyeron sobre la misma finca otra hipoteca de iguales características, garantizando otras 40.000 pesetas, intereses y 8.000 para gastos y costas, también a favor del Banco Hipotecario.

Ante don Francisco Núñez Lagos, el 3 de junio de 1955, los dos dueños hipotecantes segregan de la finca una independiente de 248 metros de superficie (parte edificadas) y la venden a don Manuel Furón Ribera. Ante el mismo Notario, el 2 de septiembre de 1955, segregan otra parte de la finca de 164,60 metros cuadrados, en calle de Domingo Pardo, 16, y la venden a don Epifanio Romero López. En otra escritura autorizada por el repetido Notario el 11 de diciembre de 1956, los hermanos Cascajero Dombriz dividieron el resto de la finca en dos independientes: una de 266 metros cuadrados en Domingo Pardo, 18, que se adjudica a don Mauricio, y otra de 80 metros cuadrados en calle de los Montes, número 7, que se adjudica a don Rufino, acordando, en una cláusula de esta escritura, que el importe que se adeuda al Banco por la hipoteca que grava la matriz se pagará a su vencimiento íntegramente por don Mauricio. Todas las escrituras referidas se inscriben en el Registro, excepto la cláusula indicada de la última por su carácter obligacional.

El 24 de junio de 1963, el Comité Ejecutivo del Banco Hipotecario acordó consentir las segregaciones realizadas y autorizar la liberación parcial de la hipoteca mediante la devolución de determinadas cantidades. En escritura otorgada en Madrid el 2 de agosto de 1963 ante su Notario don Francisco Lovaco, don Mauricio vendió la casa que se le había adjudicado en la calle Domingo Pardo, 18, a doña Pilar y don Joaquín González Herraiz.

Y, por último, el 23 de abril de 1964, don Fernando Gutiérrez Soto en nombre del Banco Hipotecario, otorgó ante el Notario de Madrid, don Manuel González Enriquez, escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que, después de referirse al reintegro de cantidades y liquidaciones practicadas, da su conformidad a las segregaciones y divisiones efectuadas y a que la hipoteca subsistente gravitase con exclusividad sobre la casa de la calle Domingo Pardo, 18, solicitando del Registrador la cancelación parcial y el nuevo señalamiento de su volumen.

Presentada esta escritura en el Registro fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la cancelación parcial, porque el acreedor, por si solo no puede elegir qué fincas quedan liberadas y cuáles sujetas al gravamen hipotecario, sin consentimiento del titular de la última. No se ha solicitado anotación preventiva."

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso, alegando: Que el artículo 122 de la Ley establece el principio de indivisibilidad en beneficio del acreedor, al que puede renunciar por acuerdo con el deudor, según el 123; que éste habla del deudor y no de los dueños de las fincas; y de distribución del crédito y no de la responsabilidad hipotecaria, por lo que hay que entender que se está refiriendo a un convenio de división de la relación obligatoria garantizada, en otras varias, y sólo como consecuencia de ello se distribuye la responsabilidad hipotecaria, y teniendo la relación obligatoria carácter bilateral, se requiere el consentimiento de ambas partes; pero sin que haya ninguna expresión en dicha norma de consentimiento formal del titular registral de cada una de las fincas; que el principio de consentimiento formal sólo puede jugar a favor del acreedor y no del titular de la finca; que así resulta de combinar el

apartado 2.º del 123 con el 125; que la hipoteca gravita en su totalidad sobre cada una de las resultantes de la división; que igual que la cancelación de una hipoteca única puede hacerse por consentimiento del acreedor, igual puede cancelarse cualquiera de las varias en que prácticamente se ha transformado la originaria; que los titulares de las fincas nuevas no pueden alegar perjuicio, porque sus fincas respondían ya de la totalidad del crédito; que su situación mejorará al existir reintegro parcial; que se puede distinguir el supuesto de distribución de crédito hipotecario, en el que se exige, de acuerdo con el artículo 123, conformidad del acreedor y deudor, del supuesto de reducción de la deuda sin distribución, en el que no se justifica la aplicación del 123 y por aplicación de las normas generales de cancelación bastará el consentimiento del acreedor; que esta conclusión parece extraerse de la Jurisprudencia registral (Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945) y que en la escritura de división se convino en que la deuda se pagase íntegramente por el adjudicatario de la finca en que ahora se concentra la responsabilidad no cancelada.

El Registrador informó: Que no puede tenerse en cuenta en el recurso un documento no presentado como la escritura de división a que se alude; que doña Pilar y don Joaquín González Herraiz tienen el concepto de terceros poseedores de la finca comprada, la que, por exclusiva decisión del acreedor, sin intervención de ellos, responderá en lo sucesivo de las cantidades no satisfechas de los préstamos originarios; que la Ley no contempla el caso concreto, sin procedimiento judicial, eligiendo el acreedor para que soporte la responsabilidad una finca vendida a tercero y sin que la deuda sea solidaria; que las Resoluciones citadas se refieren a casos en que no había terceros interesados; que la renuncia puede hacerse cuando no haya perjuicios para terceros; que no se trata del derecho del acreedor de repetir sobre todas y cada una de las partes segregadas, sino del posible perjuicio que terceras personas puedan recibir por la unilateral decisión del mismo; que si para dividir un crédito hipotecario entre dos o más fincas se requiere acuerdo de acreedor y deudor (art. 123 de la Ley), no se comprende cómo el acreedor, solo, puede liberar dos o más fincas y concentrar la responsabilidad sobre una constituida por división de la primitiva.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y el Notario autorizante se alzó de la resolución presidencial, agregando a sus alegaciones anteriores: que la resolución recurrida reconoce que el caso no está regulado en la legislación; que los perjuicios que se tratan de evitar a terceros no existen, puesto que la totalidad de la hipoteca se puede ejecutar sobre cualquiera de las nuevas fincas formadas; que respecto a la no solidaridad de la deuda, las relaciones internas no deben afectar a la cancelación por el acreedor, aparte de que en la escritura de división figuraba la cláusula de la que ya se hizo mención y que la Resolución de 12 de junio de 1945 no hace una excepción con la inexistencia de terceros, sino que refuerza su argumentación con tal inexistencia.

La Dirección General (1) acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Este expediente plantea la cuestión de si puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente una hipoteca que

(1) Vistos los artículos 1860 del Código civil, 119 al 125 de la Ley Hipotecaria, 216 de su Reglamento y las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945.

recae—como consecuencia de diversas segregaciones y una división material practicada—sobre varias fincas y elegir aquellas que han de quedar libres y aquellas otras sobre las que ha de continuar subsistiendo el gravamen, o bien si para realizar tal operación necesitará el consentimiento del deudor, tal como exige para distribuir la responsabilidad hipotecaria el artículo 123 de la Ley.

Una de las características del Derecho real de hipoteca la constituye su indivisibilidad en el caso de que la finca se divida o se realicen segregaciones, según aparece recogido en los artículos 1.860 del Código civil y 122 de la Ley Hipotecaria, al declarar que subsistirá íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aun cuando se reduzca la obligación garantizada, indivisibilidad que encuentra su fundamento en la protección al crédito territorial por robustecer la posición del acreedor y que aparece establecida en términos rigurosos en los dos artículos mencionados, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda ser alterada.

El artículo 123 de la Ley permite, como excepción al mencionado principio de indivisibilidad de la hipoteca, que cuando la finca hipotecada se divide en dos o más puede distribuirse el crédito hipotecario entre ellas, siempre que haya sido acordado voluntariamente por acreedor y deudor, en cuyo caso, pagada la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de las fincas, se podrá exigir, en cuanto a éstas, la cancelación parcial de la hipoteca e incluso podrá elegir el deudor cuando sean varias y, en las circunstancias del artículo 124, cuál de ellas habrá de quedar libre.

En los supuestos contemplados en las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945, en los que se reducía la garantía hipotecaria al cancelar la hipoteca sobre las nuevas fincas formadas a través de diversas segregaciones, comparecieron todos los interesados—tanto deudores como acreedores—, por lo que era ajustada a derecho e inscribible la operación realizada, mientras que en el caso de este expediente es el acreedor quien unilateralmente procede a cancelar el gravamen sobre todas las nuevas fincas creadas, excepto una, sin que hayan comparecido los dos deudores mancomunados ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores.

Aun cuando el supuesto objeto de este recurso no está contemplado por la legislación, tiene evidente analogía con el de división del crédito hipotecario antes aludido, que exige el acuerdo de acreedor y deudor, por lo que en el caso de cancelación parcial, de la que resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes con posterioridad a la constitución de la hipoteca de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

Comentario.—Ha sido un ingenioso pensamiento poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas (2). Pero este rasgo de ingenio, como todos los progresos, no podía estar exento de dificultades. Sólo lo familiarizados que estamos con la hipoteca ex-

(2) ADOLFO REINACH: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, página 54.

plica que nos pase inadvertida la gran paradoja que lleva en su fondo: el que la hipoteca, derecho real y, por ende, más vigoroso y robusto esté subordinada (principio de accesoriedad) al crédito, derecho personal más débil y menos riguroso. Esto hace que la hipoteca nos esté creando dificultades continuamente para someterse al crédito y sus vicisitudes. Desde las viejas polémicas sobre el plazo de prescripción del crédito hipotecario hasta las recientes discusiones sobre el consentimiento de la mujer en la cancelación del crédito hipotecario ganancial, toda la historia de la hipoteca no es sino una amigable composición del enfrentamiento entre el derecho personal y el derecho real que van combinados en esta fecunda figura jurídica.

Todos los problemas de la hipoteca solidaria y del dilema entre especialidad e indivisibilidad (solidaridad) cuando varias fincas han de garantizar un solo crédito, provienen, en definitiva, de las opuestas tendencias naturales de cada uno de los dos componentes del crédito hipotecario.

No es necesario recordar aquí la solución que nuestra legislación hipotecaria dió al supuesto de hipoteca de varias fincas en garantía de un crédito (especialidad) y al problema de la división de la finca hipotecada (solidaridad). Pero si consideramos conveniente destacar la diferencia entre la solución de la Ley Hipotecaria y la del Código civil en materia de censos. La drástica solución de los artículos 1.618 y 1.619 se justifica en parte, en el enfiteútico, por la teoría del dominio dividido; se justifica menos en los restantes por la prevalencia que lo real tiene sobre lo personal en los censos. De todas maneras, no sería muy aventurado interpretar ambos artículos conforme a la solución catalana: la división efectuada sin consentimiento del censualista es una «res inter alios facta», que no afecta a su derecho, lo cual es muy parecido a la fórmula del artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

También creemos oportuno hacer notar que las normas de la Ley de División de Censos en Cataluña pueden dar interesantes sugerencias en el problema contemplado por la Resolución que comentamos.

Antes de entrar en el análisis de la Resolución veamos los casos que motivaron las dos anteriores manejadas en el recurso:

En la Resolución de 23 de febrero de 1929 se trataba de la segregación de una parte de finca hipotecada, con venta de la porción segregada al acreedor hipotecario, estipulándose que las hipotecas a favor del comprador quedaban subsistentes en su totalidad sobre el resto de la finca. El Registrador entiende que la porción vendida se cancela y el resto se grava con lo que a la vendida correspondía, y para esto encuentra insuficientes los poderes al vendedor concedidos por sus hermanas condueñas. No hay, pues, problema de unilateralidad del negocio de cancelación parcial y concentración de la hipoteca en la finca-resto; pero si interesa el último. Considerando que, después de estimar el acto como una liberación análoga a la remisión de solidaridad pasiva, que no implica constitución de hipoteca sobre el resto que sigue gravado, añade que «así lo admite la práctica notarial cotidiana al conceder plenos poderes al acreedor hipotecario para que cancele la responsabilidad de una finca, que con otras varias, resultado de la división de un antiguo predio, garantizan, en cierto modo, solidariamente, el primitivo crédito».

La frase que entrecorramos coloca, sin duda, al acreedor hipotecario en posición destacadísima para este negocio (la práctica notarial le concede plenos poderes). No llega a decir que pueda actuar unilateralmente; pero sí parece insinuar que sin intervención de los dueños de las fincas que no quedan más hipotecadas, por cancelarse

la hipoteca respecto de las otras. No puede asegurarse que se quisiese decir esto ni tampoco que existiese por aquellos años práctica notarial cotidiana en este sentido; pero no puede dejarse de encontrar lógico que el recurrente de ahora alegue en su favor la Resolución de 1929.

En la Resolución de 12 de julio de 1945 se trataba de unas operaciones particionales, en las que se divide y segrega una finca hipotecada, se agrupan los restos de estas divisiones-segregaciones y el acreedor hipotecario consiente que la hipoteca grave solamente la finca nueva resultante, procediendo cancelar el gravamen respecto de las demás fincas vendidas y segregadas. Prescindiendo de las alegaciones de las partes nada claras, como tampoco la relación entre venta y segregaciones correspondientes, solamente nos interesan dos de los Considerandos:

a) Como en todo momento es facultad del acreedor limitar su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad en este sentido no debe encontrar obstáculo y si producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad en un solo trozo de la finca sobre el que podrían existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados. El, «sobre todo, cuando...» nos deja en la duda de si, habiendo terceros hipotecarios, el obstáculo existe o no, y la frase final no aclara si el tercer poseedor, o dueño de la finca no deudor, se ha de incluir en los terceros hipotecarios de que habla el Considerando.

b) En el otro Considerando, después de transcribir el último de la Resolución de 1929, dice que su doctrina es aplicable al caso, aunque ahora el consentimiento del acreedor hipotecario se ha prestado con posterioridad a las ventas efectuadas.

Como vemos, en ninguno de los casos de estas Resoluciones se plantea la dificultad de falta de intervención de deudor y de dueño de la finca en que el gravamen se concentra. De ellas sólo cabe extraer la doctrina de que la voluntad del acreedor hipotecario es lo fundamental e imprescindible; la de que sea, en todo caso, suficiente es aventurado extraerla.

Analizando las alegaciones del Notario recurrente y del Registrador informante nos ha producido cierta extrañeza dos cosas:

1.ª El que, no obstante haber conformidad en que el supuesto no está contemplado ni resuelto directamente por la Ley ni por la Jurisprudencia registral, ninguna de las partes argumente con doctrina o legislación extranjera, casi nunca inútiles para encontrar los principios generales del derecho latentes en el fondo de la diversidad de normas positivas.

2.ª Que alegadas por ambas partes, si bien con consecuencias contrarias, la cláusula referente a las hipotecas de la escritura de división otorgada por los hermanos deudores el 11 de diciembre de 1956, en cambio, nada se diga por nadie sobre el contenido de los apartados de cargas y de las cláusulas de precio, en relación con las hipotecas, de las escrituras de venta de 3 de junio y 2 de septiembre de 1955, y especialmente de la de 2 de agosto de 1963. No hay más remedio que pensar ante este silencio que en las tres ventas se omitieron las cláusulas oportunas para reflejar las intenciones de las partes respecto al

pago de la deuda hipotecaria. Cabe perfectamente opinar que las cláusulas de asunción, descuento o retención o la ausencia de ellas eran algo totalmente indiferente en el momento de la calificación de la escritura de cancelación parcial y concreción de crédito hipotecario; pero encontramos raro el total desprejo de tales cláusulas cuando tantas alegaciones del recurso aparecen centradas precisamente sobre la relación personal de la deuda. Es imposible negar, aun desde la postura más conceptualista imaginable, que si en la compra por los hermanos Herraiz figuraba un pacto de plena asunción del resto de deuda pendiente de pago al Banco, gran parte de los argumentos del Registrador, incluso los que se olvidó de manejar, pierden solidez.

La Resolución de 23 de febrero de 1929 considera el caso como una liberación análoga a la llamada remisión de solidaridad pasiva, o sea, la condonación en favor de alguno de los deudores solidarios que aparece regulada en forma no suficientemente clara en el artículo 146 del Código civil: La remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos. El aclarar el verdadero sentido de este precepto nos llevaría muy lejos, por rozar el tema poco claro de la relación entre deudores solidarios entre sí en la regulación de nuestro Código civil; pero no cabe duda que en la relación obligatoria, la liberación por el acreedor de uno de los deudores solidarios puede ser «res inter alia» para los codeudores. Y la cancelación parcial de hipoteca puede obstaculizar esa responsabilidad del deudor liberado respecto a los codeudores, por cuanto la subrogación del deudor pagador del todo no podrá comprender la garantía hipotecaria. Este argumento de la acción de regreso fue olvidado por el Registrador.

Por eso no tiene el recurrente toda la razón al afirmar que ninguno de los propietarios de las fincas resultantes puede alegar perjuicio, pues, desde luego, existe el eventual de que si paga no podrá subrogarse en la hipoteca cancelada respecto de las otras fincas. Y si no puede quejarse de tener que pagar el total del crédito, si puede quejarse de no poder subrogarse en la garantía real, con la que contaba, sobre todas las fincas hipotecadas.

Ahora bien, cosa completamente distinta será si el dueño de una finca, por su propia voluntad, ha querido transformarse en único deudor de la total deuda hipotecaria. Al desaparecer todo otro deudor mancomunado o solidario pierde sentido el reembolso y la subrogación, y de nada podrá quejarse ese deudor que paga el todo sin esperanza de reintegro. Y éste será el caso de que haya asumido la deuda al comprar la finca. O, por lo menos, se haya colocado en una actitud de asunción tácita que permita no considerarle como un puro tercer poseedor.

La demostración de que nos encontramos ante una auténtica laguna legal es que las razones del Notario autorizante son tan convincentes como las del Registrador. El fallo de la Resolución nos resulta razonable y justo; pero no mucho más de lo que nos hubiera resultado el contrario.

Si el acreedor hipotecario puede ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito y si puede cancelar conforme al principio de consentimiento unilateral, no resulta inmediatamente claro, por qué no ha de poder, de antemano, decidir cuál finca piensa ejecutar y cancelar unilateralmente la hipoteca respecto de las restantes. El principio quien puede lo más puede lo menos da toda la razón al Notario. Es demasiado sencillo creer que el supuesto objeto del recurso puede solucionarse a través de una

mera analogía con la norma del artículo 123 de la Ley. Esta pretende solamente evitar en lo posible la hipoteca solidaria en el caso de división de finca mediante el acuerdo de ambas partes para distribución del crédito hipotecario; pero sirve poco como norma reguladora de la hipoteca solidaria misma. Destinado fundamentalmente a evitar que la división de la finca lleve consigo división del crédito, y de la hipoteca, sin intervención del acreedor hipotecario, no es lógico aplicarle, por analogía, para restar a éste facultades que puedan derivarse de otras normas o principios generales.

La solución del problema ha de buscarse en zonas más profundas: en aquellas en donde empezamos a dudar si, efectivamente, el acreedor hipotecario puede, sin ninguna restricción, ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito. Porque no debe perderse de vista que si con la solidaridad e indivisibilidad de la hipoteca se persigue que la división de la finca no perjudique al acreedor hipotecario, lo lógico es que pueda ejecutar el todo que se le hipotecó; pero concederle, además, la facultad de ejecutar aisladamente una porción resultante de la división es algo que puede considerarse en general, como menos, desde el punto de vista del acreedor y del deudor hipotecario; pero es más desde todos los puntos de vista en cuanto existan terceros poseedores distintos de las porciones divididas o acreedores hipotecarios posteriores, en éstas. Este «plus», que gratuitamente y sin causa se le concede al acreedor hipotecario, es precisamente ese derecho de elección de presa que puede ser fraudulentamente negociable por la imprecisa o complicada regulación legal de la hipoteca solidaria.

Por otro lado, el problema se conecta con la duplicidad deudor-tercer poseedor, con el carácter mancomunado o solidario de los varios deudores y con las relaciones internas entre los dueños de las fincas, cosa que el Notario niega y, principalmente, con la acción de regreso y subrogación en la hipoteca, del deudor solidario o del dueño de una de las fincas que pague el total crédito. Todas estas conexiones derivan de lo que al principio dijimos: La hipoteca es accesoria del crédito; el principio de accesoriedad surge en cualquier inesperada circunstancia, y la relación personal de deuda, las modificaciones de ésta y especialmente la asunción de deuda, afloran para determinar si es justo o no que, por actos unilaterales del acreedor, puedan luego verse disminuidas las garantías en las que ha de subrogarse el tercer poseedor pagador de la deuda.

Sólo con la intención de orientarnos en la busca de la solución al caso dentro de la escasa regulación de la hipoteca solidaria en nuestra legislación parece conveniente una escapada a las legislaciones extranjeras, sin ánimo de abogar por su copia. Comenzaremos con el B. G. B., porque la regulación de la hipoteca española tiene marcados paralelismos con la hipoteca alemana ordinaria, de tráfico y sin cédula. Despojando a ésta del rígido mecanismo de los puestos fijos, sostenido por la figura de la hipoteca de propietario, nos resulta una hipoteca muy similar a la nuestra y sin duda más que la de los sistemas latinos tan predispuesta a su extinción por purga, etc. El restrictivo criterio de nuestra Ley, en la hipoteca solidaria, es coincidente con el alemán, precisamente en el supuesto de división de la finca hipotecada.

La hipoteca solidaria está regulada en el parágrafo 1.132 del B. G. B.: «Existiendo para el crédito una hipoteca sobre varias fincas ('Gesamthypothek'), responde cada finca por el total crédito. El acreedor puede realizar la satisfacción, a su voluntad, sobre cada una de las fincas por el todo o respecto de una parte.» Está claro, pues, que el titular puede intentar la satisfacción de su crédito, simultáneamente sobre

todas las fincas, o sobre una o varias de ellas en particular y a su libre arbitrio («nach seinem Belieben»), sin tener en cuenta los intereses de los propietarios posteriores.

No desconocieron los autores del B. G. B. el obstáculo que para el crédito inmobiliario representa esta hipoteca solidaria; por ello, debe impedirse en lo posible; pero prohibirla completamente no es factible sin cometer una injusticia contra el acreedor. El B. G. B. admitió la constitución de la hipoteca solidaria por negocio jurídico y la impuso por transformación «ipso facto» de la simple, en el caso de división de la finca hipotecada. En cambio, prohibió que las hipotecas judiciales o forzosas se pidan como solidarias, obstruyendo así una de las fuentes de la hipoteca solidaria que, por el contrario, nuestra Ley dejó abierta (anotaciones de embargo de varias fincas, sin distribución de la responsabilidad)

La norma especial de la hipoteca solidaria del B. G. B., que encaja directamente en nuestro caso, es el párrafo 2º del mismo parágrafo 1.132: «El acreedor está facultado para distribuir el importe del crédito entre cada una de las fincas de tal manera, que cada una solamente responda del importe correspondiente.» Por las remisiones que a continuación hace el párrafo, resulta que: a) el acreedor debe notificar la distribución a todos los propietarios; b) precisa el consentimiento de los usufructuarios del crédito hipotecario y de los acreedores subhipotecarios; y c) ha de inscribir la división de la hipoteca en el Registro. Del precepto resulta claro que no es necesario el asentimiento de los propietarios de las fincas, ni en el aspecto material ni en el formal.

La hipoteca solidaria se extingue en virtud de satisfacción del crédito sobre una de las fincas en cuanto a todas ellas, aunque pertenezcan a distintos propietarios (1.181, ap. 2º). Y, en general, está desprovista de acción de repetición. Esto fue ya censurado por DERNBURG y algunos lo siguen discutiendo; pero ENNECCERUS-WOLFF lo consideran indiscutible; afirman que no ha originado dificultades prácticas y dicen que la asimetría, que esto representa frente al deber de nivelación entre cofiadores, constituye una inofensiva falta de elegancia en la Ley.

Sólo hay una excepción de escaso valor a esta carencia de acción de repetición: Si el propietario de la finca elegida por el acreedor tiene una pretensión de resarcimiento contra alguno de los demás propietarios o contra alguno de sus causantes, se le transmite la hipoteca, hasta la cuantía de esa pretensión, sobre la finca del obligado al resarcimiento; pero no con el rango de la del acreedor pagado, sino con el que le corresponda al momento de esa subrogación legal. Esto es difícilmente justificable, según ENNECCERUS-WOLFF, pero no hay duda que este juego real tan escaso de la acción de regreso o repetición del tercer poseedor pagador es congruente con la plena facultad de distribución del acreedor, conforme al parágrafo 1.132, ap. 2º, que antes vimos.

Si existe o no la pretensión de resarcimiento (acción personal), ha de resolverse en base a la relación obligatoria que pueda mediar entre los propietarios. Innecesario decir que esta relación obligatoria derivará normalmente de los pactos sobre la hipoteca solidaria contenidos en los contratos de adquisición de las fincas y difícilmente no estará ordenada por derecho de obligaciones la relación de nivelación entre los propietarios o sus causantes (a título singular o universal).

En todo caso de pago por el propietario de una de las fincas, el mecanismo es semejante. Adquiere la hipoteca (de propietario), pero limitada a su finca; las demás se liberarán de la hipoteca solidaria, avanzando los titulares posteriores pero si el propietario pagador tiene una pretensión

de repetición contra otro de ellos (o su causante), también se le transmite la hipoteca en la cuantía de la pretensión (3).

La explicación de todo ello está en la preocupación por articular lo más posible la responsabilidad personal y la afección real y facilitar la liberación del enajenante de finca hipotecada. Preocupación que tiene su manifestación primera en el régimen de la asunción de deuda hipotecaria por el comprador de la finca. En el B. G. B., en la asunción de deuda conectada con la asunción de hipoteca (compra de finca hipotecada con asunción a cuenta del precio), ni siquiera es necesaria la ratificación efectiva del acreedor. Según el párrafo 416, si el enajenante de finca hipotecada requiere al acreedor por escrito para que se oponga dentro de seis meses a la asunción de deuda por el adquirente, se produce ratificación presunta del acreedor, transcurridos los seis meses sin que se oponga.

En el Derecho francés no es muy seguro y firme el argumento de que la cancelación respecto de alguna finca gravada con hipoteca solidaria lesiona derechos de un tercero poseedor de otra de las fincas, en cuanto le recorta la subrogación en la hipoteca sobre aquella. Según MAZEAUD (4), al tercero poseedor (propietario no deudor) no sólo se le niega el beneficio de división, que obligaría a dividir las persecuciones entre los distintos terceros adquirentes, sino también el beneficio de cesión de acciones que le concedía el antiguo Derecho francés (como el romano al fiador).

La Corte de Casación, después de dudar, le ha negado esta excepción al tercer poseedor no sólo por interpretación literal y restrictiva de este beneficio del fiador, sino también porque en el caso de la hipoteca no hay un contrato, como el del fiador con el acreedor, del que pueda deducirse ningún convenio tácito de conservación de las garantías para mantener más eficaz la subrogación. De ello deduce MAZEAUD que, si el acreedor deja que se extingan algunas garantías como las hipotecas sobre otros inmuebles, el tercer adquirente perseguido no puede quejarse por eso. Nuestro Código civil recoge el «beneficium cedendarum actionum» en el artículo 1.852 respecto del fiador, aunque cambiando el juego de excepción en causa de extinción de la fianza. ¿Puede esta norma trasladarse sin más a la acción hipotecaria ejercitada contra un tercer poseedor de finca gravada con hipoteca solidaria?

Según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (5), en Francia no es necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas que responden de un solo crédito. Es posible, pues, desde el principio, y no sólo en caso de posterior división de la finca, la hipoteca solidaria, con todos sus conocidos inconvenientes, entre ellos, «la inseguridad de los ulteriores acreedores hipotecarios que, al ser de inferior rango, se encuentran amenazados por la elección—abusiva o maquinada—que entre los inmuebles sujetos haga el acreedor preferente para satisfacerse con él integramente». Y añade que la Jurisprudencia trata, sin embargo, de evitar la elección hecha para perjudicar a una segunda hipoteca, corrigiéndola como abuso de derecho de hipoteca. Hay, además, en supuestos concretos, limitaciones a la libre elección por el acreedor para ejecutar una de las fincas.

Cuando PEÑA, con citas de MAZEAUD, destaca tan exclusivamente a los posteriores acreedores hipotecarios como beneficiarios de estas limitacio-

(3) ENNECCERUS-WOLFF: *Derecho de cosas*, II, Bosch, 1937, págs. 298 y sigs.

(4) HENRI Y LEON MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, parte 3ª, vol II, páginas 154 y sigs.

(5) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*. Colegio de Registradores, tomo I, pág. 134.

nes a la libre elección de presa por el acreedor, parece indicar que no se ha dado igual beligerancia al interés del tercer poseedor de una de las fincas en que su subrogación en la hipoteca al pagar no se vea amenguada por cancelaciones parciales convenidas entre deudor y acreedor con hipoteca solidaria.

No queremos alargar más esta referencia a legislaciones extranjeras (6), tan insegura como incompleta, y terminamos destacando dos ideas: a) que en todas partes, en el mecanismo de la hipoteca solidaria, la relación personal de deuda aflora constantemente a la superficie del derecho real; b) que la tendencia es conseguir en lo posible la coincidencia entre deudor y sujeto pasivo de la hipoteca. Así vemos cómo el Código italiano va mucho más lejos que nuestro artículo 118 de la Ley Hipotecaria en esta tendencia de responsabilizar al comprador de finca hipotecada como deudor. El artículo 2.867 dice que: Si el tercer adquirente, que ha transcrito su título, es deudor, por razón de la adquisición, de una suma actualmente exigible que baste a satisfacer a todos los acreedores inscritos contra el anterior propietario, cada uno de ellos puede obligarle al pago. No es del caso entrar en el ámbito de ese ser deudor «in dipendenza dell'acquisto», pero sin duda incluye tanto el descuento como la retención de la parte de precio correspondiente al gravamen.

En la doctrina española encontramos una ya antigua y autorizada opinión sobre la dificultad de nuestro caso. PÉREZ Y ALGUER, en sus notas de concordancia del ENNECCERUS (7), afirman, al hacer la coordinación del párrafo 1.132 del B. G. B., que para distribuir la hipoteca conjunta (solidaria) sobre varias fincas en una serie de hipotecas simples sobre cada una, es racional que baste la voluntad del acreedor, ya que está en su mano dirigirse contra una sola finca o contra todas (arts. 120 a 123 de la Ley Hipotecaria), sin ser obstáculo la proposición primera del 123, racionalmente interpretado. Pero observando el caso de ser varios los propietarios de las fincas, dicen que esa distribución unilateral, que podría implicar renuncia total o parcial al gravamen de algunas de las fincas y siempre modificación de todas, podría perjudicar el interés eventual que tiene el propietario que paga, de subrogarse en el crédito y, consiguientemente, en la hipoteca sobre las demás fincas. Por ello, concluyen, acaso es más prudente la solución que, basada en la letra del artículo 123, proposición 1.ª, decida la necesidad del asentimiento de todos los propietarios gravados.

ROCA SASTRE, aunque transcribe el párrafo 1.132 del B. G. B. y recoge interesantes apostillas al mismo de HEDEMANN, no plantea directamente la cuestión. Parece partir de la idea de que toda distribución de la hipoteca solidaria debe correr por los cauces de la proposición 1.ª del artículo 123 de la Ley; pero se expresa en términos que hacen excesivamente intercambiables deudores y propietarios de las fincas, y en un pasaje llega

(6) En el Derecho suizo no surge hipoteca solidaria en el caso de división de la finca hipotecada, porque impone la distribución forzosa, efectuada por el propietario o propietarios que dividen, entre las fincas parciales resultantes, en proporción a su valor, concediendo al acreedor que no se conforma con la distribución efectuada, el derecho a dar por vencido el crédito hipotecario. Desde el principio una hipoteca sobre varias fincas puede constituirse como solidaria; pero solamente en dos casos: si los varios deudores están también obligados solidariamente, caso en el que nuestro problema desaparece, o si las varias fincas pertenecen al mismo propietario en el que el problema sólo surgirá cuando pasen a manos de propietarios distintos. Ignoramos si entonces la solución a nuestro caso es totalmente coincidente con el B. G. B. (arts. 798 y 833 del C. c. suizo).

(7) Ver cita de nota (3).

a decir que, después de la división de la finca, también podrá hacerse la distribución, si bien en este caso seguramente concurrirán los dueños de las fincas nuevamente formadas (8).

Esta palabra «seguramente» puede indicar tres cosas: a) que Roca crea que la intervención de los propietarios de las fincas no es tan imprescindible como la de los deudores; b) que haya querido dejar como doctrinalmente dudosa la cuestión de esa intervención; y c) que deben concurrir o simplemente pueden (si quieren), según la manera que hayan comprado o adquirido la finca en relación con la carga hipotecaria. Probablemente hay que dar este tercer sentido al impreciso pasaje de Roca, porque él mismo, en otro lugar de su obra (9), relaciona la mecánica interna de la hipoteca solidaria con las consecuencias de la compraventa de finca hipotecada cuando se hace sin pacto de asunción de la deuda hipotecaria, ni con retención de su importe, ni deducción de la carga.

Roca distingue los siguientes casos: a) Compraventa con asunción o subrogación del comprador en el débito personal hipotecario: el comprador no obtiene el carácter de tercer poseedor de finca hipotecada. b) Compraventa con retención de la parte del precio correspondiente al importe del débito: el comprador no obtiene la consideración de un puro tercer poseedor, porque no es completamente extraño al débito en el que se ha implicado, aunque sea tan sólo «in solutione». c) Compraventa con descuento de dicha parte de precio: el comprador tiene el carácter de tercer poseedor. d) Compraventa sin asunción, retención ni deducción: el comprador obtiene el carácter del tercer poseedor.

No es del caso entrar en más detalles en las opiniones de Roca sobre los distintos supuestos que juegan en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria y sobre el mecanismo de la subrogación del comprador que paga la deuda hipotecaria en el crédito y en la hipoteca (en base a los arts. 1.210, 3.º, y 1.212 del Código civil). Sólo queremos destacar la referencia que al tratar de esta subrogación hace al caso de la hipoteca solidaria. Las dos cuestiones fundamentales que se plantea son:

a) Si el comprador (tercer poseedor) que paga puede ejercitar la acción hipotecaria contra los otros terceros poseedores (de las otras fincas hipotecadas), sin necesidad de una previa excusión e insolvencia del deudor personal. Y se adhiere a la contestación afirmativa de PLANIOI frente a la contraria de COLIN.

b) Si puede dirigirse contra cada uno por el todo o ya entonces la solidaridad se transforma en mancomunidad simple en proporción al valor de cada finca, o bien debe atenderse al grado derivado de la fecha de inscripción del título adquisitivo de cada tercer poseedor. La solución segunda es la que ha prevalecido en el Derecho francés y la tercera en el italiano. Roca cree recomendable resolver conforme al criterio francés.

En consecuencia de todo lo expuesto, nos aventuramos a deducir que ROCA SASTRE no se ha planteado directamente y con todas sus consecuencias el caso planteado por el recurso, cuya Resolución comentamos, y que cuando afirma que seguramente concurrirán los dueños de las fincas, nuevamente formadas a toda distribución «a posteriori» de la hipoteca solidaria, parece estar admitiendo que su concurrencia será más o menos imprescindible, según haya sido su postura o actitud ante la deuda y la carga en el momento de adquirir la finca.

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, IV, 1.º, págs. 552 y sigs.

(9) ROCA SASTRE: *Obra citada*, IV, 1.º, pág. 375.

CAMY (10) considera evidente que en el caso se requería la intervención del acreedor y deudor o del tercero o terceros poseedores, y cree que no es necesario recurrir a la analogía, porque siendo la hipoteca un derecho real nacido de un contrato, en lo no regulado especialmente, en la Ley Hipotecaria y el Código civil como hipoteca, habrá de buscarse en obligaciones y contratos, y allí nos encontramos con las normas de la novación modificativa. Y trae a colación las Resoluciones de 19 de enero de 1900 y 10 de noviembre de 1906 como casos de novación modificativa en que se requirió la intervención de ambas partes.

No participamos del optimismo de CAMY: ni la modificación de descripción de la finca vendida implica necesariamente novación ni un caso de modificación de censo es práctico como ejemplo por la prevalencia que lo real tiene sobre lo personal u obligacional en censos, y REALASTEN, contrariamente a lo que ocurre en la hipoteca. El drástico juego de la indivisibilidad en el censo nos lo demuestra. Tampoco estamos conformes en dejar impreciso si quienes tienen que intervenir son el deudor o los terceros poseedores o uno y otros. Esta misma imprecisión ya la hemos encontrado en Roca.

En nuestra opinión, CAMY ha dado en el blanco sin percatarse de ello. Es efectivamente un supuesto de novación modificativa, la asunción de deuda, la que nos puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total.

Dictado el fallo de la Resolución, sin consideración ninguna sobre las relaciones obligatorias existentes entre deudores y terceros poseedores respecto de los pagos parciales y del pago total, nos encontramos con la cuestión sin resolver. El Registrador satisfecho con la confirmación de su nota, en espera de que los hermanos González Herraiz ratifiquen la escritura calificada. Pero, ¿y si se negasen? Supongamos por un momento que las ventas de las dos primeras porciones segregadas fuesen con cláusulas que apartasen a los compradores totalmente de la deuda, luego sabemos que los hermanos Cascajero, en su escritura de división, centraron la deuda en don Mauricio, y continuemos suponiendo que los hermanos González Herraiz, después de los pagos parciales al Banco por el deudor o deudores, compran asumiendo el pago de la deuda total restante y reteniendo la parte correspondiente del precio. Supuesto todo esto, su negativa al asentimiento a la escritura sería indudablemente ilícita; luego puede darse de la necesidad de ese asentimiento. Para evitar dudas que puedan hacer necesario un procedimiento judicial, dirigido a obtener ese asentimiento a la escritura por los hermanos González Herraiz, e incluso, para evitar que la Resolución fuese argumento de la parte demandada, se debieron manejar en el recurso y en el fallo las relaciones obligacionales internas entre todas las partes interesadas en la medida en que puedan influir en la total solución del problema planteado.

En resumen, ordenando todo este desarticulado comentario, podemos concretar así nuestra opinión sobre el supuesto.

a) No parece conveniente cortar la «communis opinio» de que el acreedor con hipoteca solidaria puede pedir la satisfacción de su crédito sobre una (o varias, pero no todas) de las fincas resultantes de la división de la hipoteca. Pero puede matizarse esto para evitar sus in-

(10) BUENAVENTURA CAMY: Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en «Revista de Derecho Privado», mayo 1969, págs. 399 y sigs.

convenientes a través de la analogía con la solución del Código civil para los censos y de la falta de previsión del caso en las normas generales de ejecución hipotecaria, ya que, en el título de ejecución, la finca está sin dividir.

b) *Debe mantenerse la doctrina sentada por la Resolución que comentamos, en términos muy generales, para cuantos casos se planteen en forma tan imprecisa y confusa como el que la ha motivado. La discordancia de esta doctrina, con la facultad de libre elección para ejecutar una finca aislada, supuesto el principio de quien puede lo más puede lo menos, queda suficientemente explicada por la conveniencia de no disminuir las garantías en la subrogación por pago.*

c) *Debe irse valientemente a la solución del B. G. B., por lo menos en los dos siguientes casos:*

1. *Cuando todas las fincas pertenezcan a un mismo propietario, sea o no el originario deudor.*

2. *Cuando la voluntad unilateral del acreedor (o la concordada de éste con el deudor o deudores) coincida y suponga ratificación de pactos sobre la deuda hipotecaria suscritos en documento idóneo por el propietario o propietarios en que la hipoteca se concentre. Como la doctrina hipotecaria está conforme en que las inscripciones de venta deben reflejar los pactos de asunción de la deuda, de retención o de descuento de las cláusulas de precio, el Registrador tendrá elementos para calificar aquella coincidencia necesaria para completar la asunción de deuda mediante la ratificación del acreedor que ahora se hace.*

d) *Las polémicas doctrinales en torno al artículo 118 de la Ley, y especialmente en torno a su apartado 2.º, deben continuarse a la vista de la tendencia de las legislaciones extranjeras que procuran con energía evitar la desarticulación entre la responsabilidad personal (deudor) y el gravamen real (tercer poseedor). Es bueno dejar a las partes varias alternativas y múltiples figuras para elegir la que más se acomode a sus necesidades. Pero no lo es cuando la multiplicidad va en contra de la claridad y la seguridad (11).*

T. C. G.

(11) En todo el comentario se ha prescindido de la circunstancia de ser la hipoteca a favor del Banco Hipotecario. Es posible que la subrogación legal en el débito personal que establece el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 (y los arts. 13 del Real Decreto-Ley de 4 de agosto, 28 y el 95 de los Estatutos del Banco de 3 de noviembre de 1928) no sea suficiente para alterar los términos en que el caso fue planteado y resuelto por la Resolución, pero no deja de ser extraño que para nada se haya hecho referencia a esta circunstancia que, en opinión de la doctrina más autorizada, convierte *ex lege* al adquirente en deudor personal, privándole del carácter de puro tercer poseedor.

13. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE FINCA GANANCIAL: HABBIÉNDOSE DIRIGIDO LA DEMANDA CONTRA SU MARIDO, NO ES NECESARIO QUE SE DIRIJA TAMBIÉN CONTRA LA ESPOSA PARA QUE TAL ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA PUEDA PRACTICARSE.

TAMPOCO ES OBSTÁCULO PARA QUE DICHA ANOTACIÓN SE EXTIENDA, QUE NO SE HAGA CONSTAR EN EL MANDAMIENTO EL ESTADO CIVIL Y LA PROFESIÓN DEL DEMANDADO NI LOS LINDEROS DE LA FINCA, CUANDO YA APARECEN ESTOS DATOS EN LOS LIBROS REGISTRALES.

Resolución de 28 de marzo de 1969 («B. O.» de 22 de abril).

A) *Antecedentes de hecho*—Mediante documento privado suscrito en Madrid el 21 de abril de 1966, don Alfredo Alvarez Alvarez compró a don Alfonso del Río Hernán un olivar sito en término de Puebla de Alcocer, denominado “Las Viñuelas”, de una superficie aproximada de tres hectáreas. En el momento de firmar el documento se entregaron veinticinco mil pesetas, y se convino su elevación a escritura pública en mayo siguiente contra el pago del resto del precio que quedó aplazado. El 16 de mayo fue instado notarialmente el vendedor para que recibiera la parte pendiente de precio y otorgase la correspondiente escritura pública, lo que no se hizo, alegando que el plazo estipulado concluía el 31 de dicho mes. Transcurrida esta nueva fecha sin que el vendedor se aviniese a cumplir lo pactado, se presentó demanda contra el mismo, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, que con fecha 21 de junio dictó providencia ordenando la anotación preventiva de la demanda.

A exhorto del de Madrid, el Juzgado de Primera Instancia de Herrera del Duque expidió mandamiento por duplicado al Registrador, que fue calificado con la siguiente nota: “Denegada la anotación preventiva de demanda ordenada en el presente mandamiento por observarse los siguientes defectos: 1.º, por no expresarse el estado civil y profesión del demandado; 2.º, por omitirse los linderos de la finca que se pretende anotar, y 3.º, por figurar la finca inscrita a nombre de don Alfonso del Río Hernán y de su cónyuge, doña Guadalupe García Blázquez, adquirida onerosamente durante su matrimonio, teniendo, por tanto, carácter de ganancial. Y siendo insubsanable este último defecto, se deniega la anotación, sin que se pueda tomar anotación preventiva de suspensión.”

Interpuesto recurso gubernativo por el señor Alvarez Alvarez contra la nota anterior, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y apelada la decisión judicial a instancia del recurrente, la Dirección General revocó el Auto presidencial y la nota del Registrador, fundándose en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Que este expediente plantea como cuestión previa la de si puede practicarse una anotación preventiva de demanda sobre una finca ganancial cuando

la acción interpuesta para que se cumpla el contrato de compraventa lo ha sido sólo contra el marido.

Que una de las materias más debatidas, a raíz de la modificación del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, ha sido la naturaleza del "consentimiento uxoris", introducido para los supuestos de enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial, ya que se muestran divergentes las posturas de los autores patrios que van desde la tesis de una codisposición por ambos esposos hasta la que considera que el consentimiento de la mujer supone un negocio de asentimiento equivalente a la licencia marital, sin olvidar otras posiciones intermedias que dificultan la solución de los muchos y arduos problemas que pueden producirse.

Que el Tribunal Supremo, en las diferentes ocasiones en que ha entrado a examinar la cuestión, ha declarado reiteradamente que la potestad de disposición en los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido, y por eso rechaza la tesis de la codisposición y afirma que la mujer no es parte en los actos de administración y disposición que se realicen, aunque los consienta, y que esta actuación "integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, que tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital"

Que sobre esta base, el propio Tribunal Supremo ha entendido que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste —tal como sucede en el caso de este expediente—, ya que no es preciso que se demande también a la mujer para establecer el *litis-consorcio* pasivo, pues carece de acción contra ella.

Por tanto, que dado el carácter ganancial con que aparece inscrita la finca en el Registro —con independencia de que se hiciera la inscripción a nombre de uno o de los dos esposos—, no aparece vulnerado el principio de tracto sucesivo, ya que se ha interpuesto la demanda contra la persona que aparece únicamente legitimada para serlo pasivamente —el marido— y es forzoso reconocer, por tanto, que procede anotar la demanda solicitada.

Que en cuanto a los otros defectos señalados en la nota, es de advertir, en primer lugar, con carácter general, que los artículos 72-1 y 73 de la Ley Hipotecaria establecen para las anotaciones un criterio menos riguroso que para las inscripciones, al señalar que se harán constar en aquéllas las mismas circunstancias que se exigen para éstas, en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados, y que así habrán de figurar en el mandamiento, criterio que mantiene para las anotaciones de demanda el artículo 166 del Reglamento Hipotecario, cuando dice que habrán de expresarse las circunstancias del demandante y demandado, si fueren conocidas, por lo que carece de trascendencia la no constancia de la profesión de Médico del segundo, así como la de su estado civil, que ya aparecía reflejado en los libros registrales.

Por último, que al haber el Registrador identificado plenamente y sin lugar a dudas la finca objeto del litigio, no parece haya que acoger el segundo defecto, aún cuando el inmueble no aparezca descrito correctamente en el mandamiento por no reunir los requisitos exigidos por los artículos noveno de la Ley y 51 del Reglamento, dado además el criterio sentado en los artículos 72 y 73 de la propia Ley antes examinados.

C) *Comentario.* La Ley de 24 de abril de 1958, al reformar el texto del artículo 1.413 Código civil, en lo que se refiere a los actos dispositivos sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, ha introducido una nueva valoración social respecto a la intervención de la mujer casada dentro de la sociedad de gananciales. Ha limitado los amplios poderes que tenía el marido sobre el patrimonio ganancial antes de la reforma, exigiendo el necesario consentimiento de la esposa —o, en su defecto, autorización judicial— para la enajenación de esta clase de bienes. Y ha establecido un nuevo criterio legal respecto a la valoración de los intereses de los cónyuges en esta materia, tan frecuente en la vida real y de tanta importancia práctica. Prueba de ello son los numerosos estudios monográficos y opiniones doctrinales que se han suscitado en torno a este problema, y las reiteradas decisiones jurisprudenciales (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado) que han contemplado aspectos concretos de la aplicación de esta norma (1). A su vez la reforma de la normativa civil en este punto ha afectado profundamente a la disciplina jurídica del Registro de la Propiedad. Por cuanto contempla una determinada serie de actos dispositivos cuya eficacia trasciende necesariamente a la publicidad del Registro. Fruto de aquella reforma del Derecho Civil han sido las congruentes modificaciones de los artículos 95, 96, 144 y 178 Reglamento Hipotecario, entre otros, en el campo del Derecho Registral.

El tema es amplio y profundo, y su tratamiento pormenorizado excesivamente extenso. Vamos por ello a prescindir de consideraciones generales sobre el mismo, por muy sugestivas que resulten. Y ciñámonos estrictamente a los perfiles del presente recurso, tratando de desentrañar brevemente su contenido.

I. En el caso planteado se solicitaba la anotación en el Registro de una demanda sobre finca ganancial cuando el demandante, que pretendía la condena del demandado al otorgamiento de la escritura pública de venta de una finca previamente vendida en documento privado, se había dirigido exclusivamente contra el propio demandado vendedor y no contra su esposa.

El primer problema puramente formal que aquí se nos brinda, al margen incluso de la interpretación del artículo 1.413, es el del necesario cumplimiento del tracto sucesivo. Para que una demanda pueda ser anotada en el Registro es absolutamente necesario, como requisito previo e inexcusable, que dicha demanda se dirija contra el titular o los titulares registrales inscritos de la finca a la que puede afectar la resolución judicial futura. Si los titulares registrales no son destinatarios pasivos de la pretensión procesal contenida en la demanda, no

(1) Quizá fuera interesante, y enormemente instructivo, realizar un estudio estadístico y sociológico para detectar cómo ha reaccionado la sociedad española frente al nuevo criterio legal del artículo 1.413 durante los diez años primeros de su vigencia. Cómo se vive este artículo en la realidad social de las familias españolas, según sea su marco de vida rústico o urbano. Cómo han respondido los cónyuges frente a esta ampliación de las facultades de la mujer. Cómo ha sido interpretado en la doctrina y en la jurisprudencia. Hasta qué punto se ha pretendido desvirtuar el principio inspirador de la reforma. Y, en definitiva, qué consecuencias prácticas ha producido la nueva regulación, tanto desde el punto de vista de la estricta protección de los intereses de la mujer, como desde el otro de favorecer la armonía conyugal, facilitar o no el tráfico jurídico y hacer a la mujer más consciente y responsable de sus decisiones económicas en el consorcio conyugal.

podrá ésta tener acceso al Registro. Así lo impone la concatenación de los asientos registrales y la necesidad de contar con el consentimiento del titular para que su situación jurídica registral quede válidamente modificada. En este sentido se ha pronunciado la doctrina de los autores y la jurisprudencia de la Dirección General en reiteradas ocasiones (2).

Cuando la demanda se dirige contra persona distinta del titular registral, su inadmisibilidad es automática. No puede ser anotada. ¿Qué ocurre cuando son dos los titulares registrales y el demandado procesalmente es uno solo de ellos? A mi juicio, la solución debe ser la misma. Por ser idéntica la norma impeditiva y la razón excluyente de la anotación. Cuando una finca aparece inscrita en pleno dominio a favor de A y B, no podrá anotarse la demanda dirigida sólo contra B respecto a la totalidad de la finca objeto de esa cotitularidad dominical. Tampoco vale argumentar en contra de esta opinión alegando que no es lo mismo una cotitularidad por cuotas indivisas sobre una finca que la específica comunidad que al marido y a la mujer corresponde sobre un bien ganancial, cotitularidad conjunta entre ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal (art. 95-1 Reglamento Hipotecario). Porque la solución que se propugna, y el principio normativo que la justifica, no se hacen depender en su aplicación de la estructura de la comunidad formada (romana o germánica, con cuotas o en mano común), sino de la necesidad de contar con todos los partícipes, cuando son titulares registrales, para que su situación inscrita pueda quedar modificada.

Obsérvese, además, otro dato importante a este respecto. La reforma de 1959 del Reglamento Hipotecario estableció que la inscripción de los derechos sobre fincas gananciales se practicará «a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal» (art. 95-1.º Reglamento Hipotecario). Esta norma se dictó, no tanto o no sólo para exteriorizar a través de la publicidad del Registro la respectiva titularidad conjunta que a ambos esposos corresponde en los bienes gananciales. Cuanto para imponer y facilitar, a través del encadenamiento del tracto sucesivo, la necesaria intervención de la mujer en las ulteriores enajenaciones. Que es lo que más importa en el desarrollo del mundo registral.

Porque la inscripción en el Registro es, primariamente, un título de legitimación para la válida enajenación posterior. El mundo del Registro recoge las sucesivas enajenaciones, transmisiones y constituciones (o extinciones) de los derechos desmembrados o limitados sobre una finca. Lo que importa al tercer adquirente es que su transmitente sea efectivamente dueño del derecho que le traspasa y pueda disponer de él. Para que su adquisición sea firme y el tráfico seguro. Como la Ley de 1958, al reformar el artículo 1413 del Código civil, impuso necesariamente el consentimiento de la mujer para la enajenación de los bienes inmuebles gananciales, la reforma del Reglamento Hipotecario en este punto ha sido un armonioso desarrollo de la legislación civil previamente reformada. Ciertamente que la nueva norma del artículo 1413 hubiera desplegado su eficacia en todo caso, por imperativo de la Ley civil de reforma en que está contenida. Pero con la nueva forma de

(2) La última de ellas, en Resolución de 29 de octubre de 1968. Puede verse mi Comentario a la misma en esta REVISTA, núm. 471, marzo-abril 1969, páginas 427 y sigs. Cfr., asimismo, las Resoluciones de 22 de abril de 1892, 1 de diciembre de 1897, 9 de agosto de 1943, 23 de junio de 1960 y 30 de junio de 1967.

practicar las inscripciones, la intervención de la mujer en el acto dispositivo posterior queda rotundamente garantizada, aun en el puro plano registral (cfr. art. 96 del Reglamento Hipotecario). Por eso, antes de la reforma de 1958, cuando el marido podía por sí solo enajenar los inmuebles gananciales, éstos podían resultar inscritos sólo a su nombre, si el marido actuaba como comprador de los mismos durante el matrimonio. Aunque tales bienes, por formar parte del patrimonio ganancial, pertenecieran en comunidad a marido y mujer. Pero una vez reformado el Código civil en este punto, aquella forma de extender los asientos ya no es posible. Y como la mujer tiene que intervenir en la disposición, aparecen también inscritos a su nombre.

En virtud de estas ideas generales y del juego del principio de tracto sucesivo, parece necesario que, para poder anotar en el Registro la demanda en que se pide al juez que se formalice en escritura pública la venta de una finca ganancial, supuesto que este acto de enajenación requiere el consentimiento de ambos cónyuges, debe dirigirse la demanda contra marido y mujer. En el presente caso, fue demandado únicamente el marido, quizá porque —indebidamente— sólo él intervino como vendedor en el documento privado antecedente. A pesar de esta deficiencia, la Dirección General estima que la demanda debe anotarse. ¿Cuáles son las razones por virtud de las cuales admite en este caso la excepción al principio de tracto sucesivo?

Sólo se refiere a este problema el Considerando 5.º del Recurso. En él se afirma que no existe aquí vulneración del principio de tracto sucesivo. Es decir, que dicho principio aparece cumplido en este caso porque la demanda se ha interpuesto contra la única persona que aparece legitimada pasivamente para serlo: el marido. Y que tal legitimación es independiente de la forma en que se haya hecho la inscripción, bien sea a nombre de uno o de los dos esposos. Tales argumentos, y la afirmación de que el marido es la única persona con legitimación pasiva en este pleito, nos llevan de la mano al problema de fondo, y a las demás razones en que se quiere fundamentar la decisión aquí propuesta, las cuales se contienen en los otros Considerandos y en seguida serán examinadas. Pero lo que no cabe confundir, a mi juicio, es el problema material de legitimación pasiva y de facultades dispositivas del marido para la enajenación, con el problema meramente formal de tracto sucesivo. Ciertamente podrá ser indiferente que la finca esté inscrita a nombre del marido sólo, o de marido y mujer, para su calificación ganancial. Pero no se trata de esto, ni de averiguar todavía a quién corresponden las facultades dispositivas sobre este tipo de bienes. Sino de que, para que se cumpla el tracto registral formal, la demanda deberá dirigirse contra los titulares registrales. Y en este sentido puramente formal, si que tiene importancia la forma como esté extendida la inscripción, según publique la titularidad de una o dos personas. Todo lo demás es Derecho civil o tracto material, pero no tracto formal. Si este último no se cumple, o se excepciona en este caso, habrá que justificar la excepción. Lo que no parece haberse realizado suficientemente en el presente recurso.

II. Pero al margen de este previo planteamiento formal, el problema de fondo y más importante que aquí se suscita es el de determinar las facultades dispositivas del marido respecto a los bienes inmuebles gananciales, la naturaleza del necesario consentimiento de la mujer para la disposición y el grado de ineficacia de los actos dispositivos en que no interviene la esposa. Problemas, en verdad, muy extensos y complejos, que no pueden ser aquí resueltos ni siquiera plan-

teados, por la diversidad de opiniones contradictorias que sobre los mismos se han mantenido. A pesar de que su virulencia práctica y la frecuencia de su planteamiento en la vida social, prestan a esta materia un especial atractivo.

Volviendo al supuesto de hecho que motivó el recurso, la Dirección General permite que se extienda la anotación preventiva en un caso como el presente, cuando la demanda se dirige sólo contra el marido, y no contra ambos cónyuges. Veamos críticamente y en forma resumida los argumentos en que se basa la decisión del Centro Directivo:

a) La interpretación dada por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias al artículo 1413 del Código civil. Según esta interpretación jurisprudencial, que se recoge en el tercer Considerando del presente recurso, la potestad de disposición en los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido; la mujer no es parte en los actos de disposición; y su consentimiento para la disposición integra un negocio de asentimiento que tiene un estrecho paralelismo con la licencia marital.

En los vistos del recurso, se recogen las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1960 y 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. Recordemos sumariamente el contenido de estas tres últimas (3):

a.1. Sentencia de 7 de febrero de 1964: En Arcos de la Frontera se dedujo demanda por don Pedro H. M. contra don Cristóbal G. R. sobre cumplimiento de contrato y elevación a escritura pública de la venta privadamente celebrada de una parcela de tierra de naturaleza ganancial. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que declaró necesario el «litis consorcio» pasivo del demandado y su esposa doña Natalia Ch. Z., que no había sido demandada, y absolvió a don Cristóbal G. R. Pero la Audiencia estimó en parte la demanda y condenó al demandado a entregar al actor la parcela de terreno vendida y a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia.

La razón fundamental en que se basa la decisión del Tribunal Supremo está en que el primitivo contrato de compraventa se celebró el 16 de abril de 1958, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó el artículo 1413, y quedó perfeccionado como contrato obligatorio en la misma fecha. No teniendo efectos retroactivos la Ley de reforma ni el nuevo texto del artículo 1413, el marido podía disponer por sí solo de los bienes gananciales, sin otras limitaciones que las que la legislación entonces vigente reseñaba. Y siendo el otorgamiento de la escritura pública que ahora se pedía efecto o consecuencia obligacional del contrato válidamente celebrado con anterioridad, podía el marido vendedor

(3) En las dos Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 14 de marzo de 1960 (cfr. «Colección Legislativa de España»: Jurisprudencia Civil. Edición oficial, 1960, tomo LXXXVII, marzo *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, págs. 294 y 306) no hemos encontrado ningún dato, ni en los hechos ni en la doctrina jurisprudencial, que haga referencia al problema de enajenación de bienes gananciales aquí planteado. Por ello, prescindimos de esa remisión (quizá erróneamente recogida en el texto del *Boletín Oficial del Estado* en que se contiene el recurso), y nos limitamos al examen de las otras tres Sentencias.

cumplir por si solo esta obligación contractual antes nacida. Tesis ésta que resulta relativamente lógica o parece, por lo menos, defendible.

El problema era, pues, de puro derecho transitorio. Negada la retroactividad de la Ley de 1958, seguía vigente la normativa anterior en este concreto punto de la disposición por el marido de los inmuebles gananciales. Dado que la formalización pública de la venta que ahora se exigía era mera consecuencia contractual de la venta anterior válidamente celebrada por el marido. Pero este problema de derecho transitorio, como tal, nada tiene que ver con el caso que nos ocupa. Su resolución, en base a ese prudente criterio de irretróactividad, no puede aplicarse por analogía a otros casos en que el derecho transitorio no juegue. Y por eso no nos sirve.

Aunque en esta Sentencia, como mero «obiter dicta» y sin conexión con el problema discutido, que ya había sido resuelto mediante aquella clara doctrina, se deslizó la peligrosa e infundada afirmación de que «otorgado válidamente un contrato, aun cuando contuviera algún vicio que pudiera privarle de eficacia, ello daría lugar a una acción de anulabilidad que sólo correspondería a la mujer y a sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante del contrato y causante del vicio perseguido».

a.2. Sentencia de 13 de marzo de 1964: *Se trataba de un caso parcialmente coincidente con el anterior. Se había celebrado en documento privado un contrato de permuta de un solar por dos casas sitas en Córdoba. Exigido judicialmente el cumplimiento del contrato y el otorgamiento de la escritura pública de transmisión de la propiedad del solar, el Juzgado de Primera Instancia de Palencia absolvió al demandado, pero la Audiencia de Valladolid revocó la Sentencia, estimó la demanda y declaró que el contrato de permuta, previamente concertado entre las partes, obligaba al demandado a formalizar escritura de transmisión de la propiedad del solar, siempre que se le transmitiera, a su vez, la propiedad de las casas permutadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.*

A continuación transcribo literalmente alguno de los sorprendentes argumentos que se contienen en esta decisión jurisprudencial: «La reforma del artículo 1.413 por la Ley de 24 de abril de 1958 no quiere decir que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en los que la mujer no es parte, aunque los consienta. Este novísimo consentimiento 'uxoris', limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro..., por lo que, en principio, parece viable aplicar por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento 'uxoris' origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital... La 'ratio iuris' del artículo 1.413 consiste en conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una anulabilidad que sólo se produce si la mujer, o en su caso sus herederos, la pide, pues al

ser ella la destinataria del sistema protector instaurado por el nuevo artículo 1.413, es la única legitimada para ejercitar la pertinente acción, por lo que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida... Siendo el marido responsable frente a su contratante de los compromisos que contrajo, al instar éste el cumplimiento, no tiene que demandar para ello a la mujer, contra la que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne en forma adecuada..."

a.3. *Sentencia de 21 de abril de 1964: Se había celebrado un convenio transaccional en documento privado por virtud del cual el demandado vendió a la actora una finca rústica que había sido objeto de juicio de retracto, suspendido a petición de las partes. A cambio de esa venta, la actora desistía del procedimiento iniciado. Al no cumplir el demandado su compromiso, la actora interpuso demanda contra el mismo para lograr la efectividad del contrato de venta. El demandado se opuso, alegando que se trataba de una finca ganancial, que su esposa no había tenido intervención en el contrato y que se negaba en absoluto a efectuar la enajenación. El Juzgado de Primera Instancia de Guía de Gran Canaria estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. Y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casación*

La presente Sentencia reitera en este caso el criterio jurisprudencial de las dos Sentencias anteriores últimamente referidas, y argumenta en apoyo de su resolución lo siguiente: Que el poder de disposición de los bienes gananciales de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges, sino que, continuando en él, la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella, o en su caso a sus herederos, a la protección de cuyos intereses se dirige el artículo 1.413, el impugnar los actos en que no haya sido prestado un consentimiento susceptible de ser expresado «a posteriori» y, por consiguiente, carente de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por la Ley para realizarlo y para el, que la prestación del consentimiento «uxorio», sólo tiene como consecuencia el privar a la mujer de este derecho de impugnación...

Además, en otra Sentencia muy reciente de 3 de marzo de 1969, ha vuelto a repetirse casi con las mismas palabras idéntico criterio. Aunque parece que también aquí, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza del consentimiento «uxorio» quedaba un poco al margen del problema de fondo planteado en el recurso de casación (4).

Dejando ahora aparte las Sentencias de 14 de marzo de 1960, 7 de febrero de 1964 y 3 de marzo de 1969, por las razones de improcedencia ocasional ya apuntadas, vamos a referirnos sólo a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 13 de marzo y 21 de abril de 1964, las más típicas en su formulación constructiva. Con todos los respetos para nuestro más alto Tribunal, la doctrina del Tribunal Supremo contenida en dichas dos Sentencias nos parece inaceptable. Entre otras razones, por las siguientes:

(4) Vid. Nota a esta Sentencia por Jesús Díez del Corral, en «A. D. C.», XXII-II, pág. 424.

1. La tesis de la equiparación con la licencia marital nos resulta inadmisibles en absoluto. He aquí algunas de las diferencias existentes entre ambas figuras.

a') La licencia marital sirve para completar la capacidad dispositiva de la mujer casada, la cual capacidad de obrar se encuentra relativamente limitada por razón de la unidad de dirección patrimonial que en la familia corresponde al marido. Teniendo en cuenta, además, que los frutos de los bienes parafernales repercuten en la sociedad conyugal.

Mientras que el consentimiento de la mujer para los actos dispositivos no completa ninguna limitación en la capacidad de obrar del marido, ni viene determinada por su unidad de dirección, sino todo lo contrario: arranca de la cotitularidad que ambos cónyuges tienen sobre los bienes gananciales y encierra un régimen de codisposición.

b') La licencia del marido para la enajenación de los parafernales de la mujer se proyecta sobre bienes ajenos. Mientras que el consentimiento de la mujer para la disposición de los gananciales recae sobre bienes propios (comunes).

c') Aunque relativos a un mismo género negocial (actos dispositivos), el consentimiento y la licencia son términos técnicos radicalmente distintos.

d') La falta de licencia sólo hace anulable el acto a instancia del marido o de sus herederos: anulabilidad o invalidez relativa para proteger el interés del marido.

Por el contrario, la falta de consentimiento de la mujer, cuando es necesario, excluye la validez del acto dispositivo frente a los adquirentes en el mismo. Porque falta el debido ejercicio de la facultad dispositiva por parte de uno de los sujetos a quienes la Ley atribuye conjuntamente esa facultad (5).

e') La institución de la licencia marital obedece a una concepción ya superada de incapacidad de la mujer casada y paternalismo del marido sobre los bienes propios de la esposa. En una próxima reforma del Código civil, no es aventurado suponer que desapareciera tan anticuado mecanismo, no conforme con la mentalidad actual.

Mientras que el consentimiento «uxoris» responde a una concepción más moderna de igualdad del marido y la mujer dentro del matrimonio, de cotitularidad sobre los bienes comunes y gananciales y de disposición conjunta de ellos; o, al menos, de los más importantes de ellos. Precisamente el consentimiento de la mujer ha aparecido en una reciente reforma, como reacción frente a la antigua concepción patriarcal.

(5) Salvo supuestos excepcionales que ahora no interesa recordar (ejemplo: titularidades de disposición sin correlativa atribución patrimonial), para la validez de un acto de enajenación se requiere: a) que el enajenante sea dueño; b) que pueda disponer sin limitación. Cuando falta alguno de estos requisitos, el acto dispositivo no llega a consumarse. Sin perjuicio, claro, de sus presuntos efectos frente a terceros adquirentes de buena fe. De acuerdo con tan simplista esquema la falta de facultad dispositiva o su limitación, invalidan el nacimiento del acto dispositivo válido. Que es lo que aquí ocurre, cuando la mujer no consiente. Porque la facultad de disponer se atribuye a ambos cónyuges, y no a uno solo de ellos.

2 A la vista del actual artículo 1413 no se puede afirmar, como hace el Tribunal Supremo en las Sentencias referidas, que el poder dispositivo sobre los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial corresponde exclusivamente al marido. Y que la mujer no es parte en dichos actos, aunque los consienta.

Basta un análisis somero de las palabras empleadas en el texto legal, y del problema práctico que con el mismo se quiere disciplinar, para darse cuenta de que prestar el consentimiento para la disposición equivale a disponer. El acto dispositivo negocial se realiza mediante la prestación del correspondiente consentimiento. Desde el punto de vista de la estructura del negocio y de los requisitos de su validez, consentir equivale a disponer. La fórmula legal es terminante al respecto. No habla de asentir a un acto de disposición ajena, ni de conceder la licencia al acto realizado por el marido. Sino de consentimiento dispositivo de la mujer. De donde resulta claramente que, en el nuevo artículo 1413, se atribuye a la mujer la facultad dispositiva sobre aquellos determinados bienes, al mismo tiempo que al marido y conjuntamente con él. Como reflejo de su titularidad jurídico-patrimonial de dominio sobre esos mismos bienes. Que es también conjunta.

Como es bien sabido, la facultad de disposición se concibe por la doctrina dominante como independiente de las demás facultades que integran el contenido típico de cada derecho subjetivo disponible. La atribución de esa facultad dispositiva puede no coincidir con la titularidad del derecho básico. En cada caso, la Ley concede esa facultad de disponer a quien corresponda. En materia de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales, la Ley podía haber atribuido la facultad dispositiva exclusivamente al marido. Y durante mucho tiempo ha sido así. Pero la reforma de 1958 ha venido a cambiar las cosas. Para lograr una mejor protección del interés de la mujer, y valorando positivamente su intervención activa en la sociedad conyugal, la facultad dispositiva respecto a esos concretos bienes gananciales se atribuye hoy legalmente a ambos cónyuges de manera conjunta. Sólo los dos esposos, marido y mujer, podrán conjuntamente realizar un acto dispositivo válido sobre este tipo de bienes gananciales. Porque a los dos se concede por la Ley, de manera conjunta, esa facultad. Cuya titularidad es presupuesto básico de la validez del acto dispositivo. Todo ello salvo el caso excepcional de negativa infundada de la mujer a prestar su consentimiento. Lo que, naturalmente, abre la puerta a la autorización judicial supletoria.

Por eso, no se trata de que la falta de consentimiento de la mujer produzca sólo la mera nulidad relativa o anulabilidad, sino de que entonces el acto dispositivo es incompleto e ineficaz. Porque así lo ha querido la Ley.

Y claro que tampoco se puede afirmar que la mujer no sea parte en el acto dispositivo, aunque lo consienta. Porque en el plano de la legitimación procesal y material, el concepto de parte se opone al de tercero. Partes son las personas que intervienen, activa o pasivamente, en la realización de un acto jurídico. Terceros son las personas ajenas a ese acto. Por lo que, la mujer que presta su consentimiento al acto dispositivo, es indudablemente parte en el mismo, como interviniente y actora en su realización (6). Y en ningún caso puede ser considerada como tercera o ajena a dicho acto.

(6) Aunque el momento cronológico en que la mujer presta su consentimiento no coincida en el tiempo con el consentimiento del marido, y sea

3. La tesis del Tribunal Supremo confunde la protección del interés de la mujer en la sociedad conyugal con la forma jurídica de regular esa protección. Evidentemente que la reforma de 1958 pretendió, entre otras finalidades, la mayor protección de los intereses de la mujer dentro de la sociedad de gananciales. Evitar que pudiera quedar perjudicada por el mayor ámbito de poder reconocido anteriormente al marido y por el posible ejercicio abusivo o dañoso de ese poder. Pero esa finalidad genérica de protección podía conseguirse en la realidad de muy distintas maneras, a través de diversos mecanismos jurídicos: rescisión por lesión, acción de impugnación por la mujer sólo en caso de perjuicio, crédito privilegiado de la mujer para recobrar lo indebidamente perdido, disolución anticipada de la sociedad conyugal y liquidación inmediata de su patrimonio, intervención necesaria de la mujer en la enajenación de toda clase de bienes o de parte de ellos, etcétera, etc.

Lo que importa es descubrir con claridad cuál es el instrumento utilizado por la Ley para conseguir esa protección. Interpretarlo correctamente y aplicarlo de acuerdo con su estructura normativa y su finalidad social. Para conseguir esa protección del interés de la mujer, el nuevo artículo 1.413 ha seguido tres caminos: a) consentimiento de la mujer para la disposición de determinada clase de bienes; b) aseguramiento judicial frente a los actos dispositivos del marido sobre los demás bienes; c) no perjuicio a la mujer por los actos dispositivos del marido ilegales o fraudulentos.

De estas tres posibles medidas protectoras, que aparecen respectivamente sancionadas en los tres párrafos del nuevo artículo 1.413, nos estamos refiriendo a la primera de ellas, única que ahora nos interesa. Pues bien, en relación con ella, es claro que la medida legal discurre por el cauce de exigir el consentimiento de la mujer para la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles. No cabe, pues, confundir la finalidad genérica de protección a la mujer con la específica manera con que aquella protección se realiza en el presente caso. Ni estimar, como hace el Tribunal Supremo, que la mujer queda suficientemente protegida con la posible impugnación de los actos del marido que le perjudiquen (tesis de la anulabilidad a instancia de la mujer). Porque esto último podrá justificarse en su caso con la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 1.413. Pero no con la que sanciona el párrafo 1.º, a cuya concreta interpretación nos estamos dedicando ahora.

4. No cabe decir que con la reforma del artículo 1.413 y el consentimiento «uxoris» que el párrafo 1.º de dicho artículo impone a la mujer ya no le afectan los actos fraudulentos o perjudiciales del marido. De donde se concluye que a la mujer perjudicada le basta con impugnar el acto dispositivo del marido. Y este acto, que es anulable si la mujer no lo ha consentido, quedará sin eficacia sólo en el caso de que tal impugnación se formalice «a posteriori». De modo que, si la mujer no solicita su nulidad, el acto será válido y producirá todos sus efectos, aunque la mujer no haya intervenido en el mismo.

No es admisible esta interpretación. Porque va en contra de la letra y del espíritu del artículo 1.413. Y porque no es cierto que a la mujer no le afecten los actos dispositivos del marido sobre bienes in-

anterior o posterior al mismo. Que eso no importa ahora, supuesta la posibilidad—que la propia Dirección General reconoce—de ese consentimiento no simultáneo para la validez del acto.

muebles en virtud de la reforma de 1958. Ya que ese no perjuicio de la mujer, que arranca del párrafo 3.º del artículo 1.413 del Código civil, se producía igualmente con el antiguo texto del 1.413, párrafo 2.º En ningún caso la mujer queda legalmente perjudicada por los actos ilegales o fraudulentos del marido. Para eso no hacía falta la reforma del artículo 1.413. Además de que no es ése el problema que aquí se plantea. La reforma de 1958 ha ido mucho más lejos. Ha impuesto el necesario consentimiento de la mujer, junto con el del marido, para la válida enajenación de los inmuebles gananciales. Nueva valoración social del papel de la mujer en la sociedad de gananciales y atribución a ella de la facultad dispositiva. Sin su intervención, el acto dispositivo es incompleto, inválido e ineficaz. Todo ello al margen de su posible perjuicio y ejercicio de la acción de nulidad en los demás casos.

5. Ante la afirmación del Tribunal Supremo de que el acto dispositivo sobre inmuebles gananciales no consentido por la mujer es un acto meramente anulable, válido mientras no se impugne por la propia mujer o sus herederos, cabe oponer lo siguiente: Que los supuestos de anulabilidad son únicamente los recogidos como tales en la Ley, sin que puedan ampliarse fuera de ella los casos en que entra en juego esta específica acción de impugnación.

Según la doctrina más autorizada, la enumeración hecha en el artículo 1.301 del Código civil de las clases de defectos o vicios a los que se aplica el sistema de anulabilidad, puede considerarse exhaustiva. Salvo, claro es, los casos en que Leyes especiales utilicen el mismo sistema para otros supuestos. Se trata de negocios hechos por personas incapaces o cuyo consentimiento está viciado (7).

Frente al criterio general de la nulidad de los actos contrarios a la Ley, la anulabilidad es una excepción. Su aplicación debe interpretarse restrictivamente y no puede ampliarse a supuestos distintos que los que la Ley sanciona con esta acción.

Como el artículo 1.413 no recoge expresamente el grado de ineficacia del negocio dispositivo realizado sin consentimiento de la mujer, ni atribuye a ésta o a sus herederos el ejercicio de la acción de impugnación, ni puede estimarse que el marido sea persona incapaz para disponer de los inmuebles gananciales (8), ni que su consentimiento unilateral resulte viciado, la conclusión que se obtiene parece evidente: no es posible calificar a aquel acto incompleto como un negocio anulable, ni conceder a la mujer en virtud de esa errónea interpretación la acción para pedir la nulidad de la disposición en que no ha intervenido.

6. Según la doctrina jurisprudencial que estamos criticando, no hay que demandar a la mujer cuando se reclama judicialmente la formalización de una escritura de venta de finca ganancial, previamente transmitida en documento privado, porque el demandante carece de acción contra la esposa y sólo hay que dirigir la demanda contra el marido.

(7) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, volumen X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs 500 y 497.

(8) Resulta clara la diferencia entre incapacidad de obrar para un acto concreto y falta de la completa titularidad de la facultad dispositiva, cuando ésta se atribuye por la Ley a dos personas conjuntamente y no a una sola con carácter exclusivo. Capacidad de obrar y poder de disposición son cuestiones distintas.

Frente a esta opinión, entiendo que la legitimación procesal pasiva en un litigio, como el que nos ocupa, deriva precisamente de la legitimación pasiva, material o substantiva, del papel que a la mujer corresponda jugar conforme a la Ley civil en el acto dispositivo cuya realización se demanda. Si la mujer viene obligada a prestar su consentimiento para la validez del acto, y no sólo el marido, también contra ella deberá dirigirse la demanda. Porque sólo así podrá tener acabado cumplimiento la pretensión procesal formulada. La legitimación pasiva, que a la mujer corresponde en la relación jurídica procesal, arranca de su legitimación pasiva en la relación jurídica material. Luego volveremos sobre este problema.

7. En sentido técnico jurídico, la confirmación es la subsanación del negocio anulable realizada mediante la declaración de voluntad de quien puede hacer valer el vicio del acto y que renuncia a la acción de nulidad. Significa la purificación del negocio de los vicios de que adolece y su plena validez (9). De acuerdo con lo dicho hasta aquí, no puede entenderse que la intervención de la mujer en la venta realizada por el marido sea un supuesto de confirmación. Que la mujer confirme el acto dispositivo del marido, como afirma el Tribunal Supremo. Porque la disposición hecha sólo por el marido es un acto incompleto, pero no anulable.

8. La norma contenida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, según la cual son inscribibles los actos otorgados por mujer casada sin licencia marital, haciéndose constar en la inscripción la omisión de tal requisito, debe ser interpretada restrictivamente y no puede extenderse a supuestos distintos de los que expresamente contempla. Dicha norma constituye excepción a uno de los principios fundamentales de nuestro sistema de publicidad registral: la necesaria perfección material y formal de los actos jurídicos para que sean inscribibles. Al servicio de esta necesidad está la función calificadora. Para lograr una mayor seguridad en el tráfico.

Tanto por esta razón, como porque no admitimos la analogía del consentimiento «uxoris» con la licencia marital, estimamos que no puede ser de aplicación dicho artículo 94 a los actos dispositivos realizados por el marido sin consentimiento de la mujer.

9. La interpretación que del artículo 1.413 hace el Tribunal Supremo en las Sentencias antes expresadas va en contra de su propia letra. En cuanto desvirtúa el necesario consentimiento para la disposición sustituyéndolo por una mera acción de impugnación. Y, sobre todo, defrauda el espíritu inspirador de la reforma de 1958. Que no fue otro, en este punto concreto, que el de imponer una mayor intervención activa de la mujer casada en los actos dispositivos de los bienes gananciales más importantes.

10. Al margen de estos aspectos formales, tenemos otro problema de fondo más importante, que aquí se plantea: el de determinar cómo valora la sociedad española actual a la mujer casada, por el mero hecho de serlo, en su esfera de capacidad personal y patrimonial. Frente a este interrogante caben dos respuestas: Una, retrógrada. Que concibe a la mujer como sometida a la libre decisión del varón en las cosas comunes. Otra, más progresista. Que parte de la igualdad de sexos en la convivencia matrimonial.

(9) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, tomo I, vol. II. Madrid, 1956, pág. 693. DE CASTRO, loc. cit., pág. 502.

Se trata de un problema sociológico de indudable gravedad. La reforma de 1958 se orientó timidamente por el segundo camino (10). Como reacción frente a la anticuada concepción patriarcalista del C.c. y para evolucionar un poco al nivel de los tiempos presentes. La interpretación del Tribunal Supremo que aquí se critica desvirtúa la orientación más moderna de la reforma y vuelve a la más antigua, censurable e injusta mentalidad. Desde el punto de vista sociológico, resulta triste comprobar este dato tan poco consolador. No olvidemos que los juristas trabajamos para servir a la justicia y cumplir la Ley, reformando a la sociedad de sus viejos prejuicios.

b) *El segundo argumento en que se basa la Dirección General en el presente recurso consiste en la tesis, igualmente mantenida por el propio Tribunal Supremo, de que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste, pues no es preciso que se demande también a la mujer, ya que carece de acción contra ella. De donde se concluye que la demanda está bien formulada y se permite su anotación.*

Siguiendo las ideas antes expuestas, no hace falta insistir mucho para comprender que tampoco estamos de acuerdo en absoluto con esta opinión. Vamos a prescindir por un momento de conceptos doctrinales o de discusiones teóricas, y contemplemos el problema humildemente en su específica realidad de hecho. Al interponer la demanda contra don Alfonso del Río, don Alfredo Alvarez pretendía que aquél se aviniese a cumplir lo pactado previamente en un documento privado de venta y otorgase la correspondiente escritura pública en favor del comprador. Para que éste tuviera título público de su adquisición y pudiera inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Se trataba, en definitiva, de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer: prestación de consentimiento para la venta ante notario.

¿Quiénes estaban obligados a esta prestación de consentimiento? ¿Quiénes eran los deudores en esta obligación de hacer? Por virtud del contrato privado anterior, título del que dimanaba la obligación reclamada, el facere cuyo cumplimiento se exigía se traduce en la conducta necesaria para que la venta se formalice válidamente en favor del comprador. Aunque no resulta claro de los hechos expuestos, es probable que en el documento privado sólo actuara como vendedor don Alfonso del Río y no su esposa, doña Guadalupe García. Si es así ello no haría más que subrayar las ineficaces consecuencias de los docu-

(10) Cabría afirmar, en contra de la opinión que aquí se defiende, que la concesión a la mujer de la facultad dispositiva sobre los bienes gananciales, se limita legalmente a un grupo de ellos: los inmuebles y los establecimientos mercantiles. Y que respecto a todos los demás bienes comunes, algunos de ellos de posible valor económico superior al de los inmuebles (títulos mobiliarios de participación en el patrimonio de grandes y prósperas empresas), sigue el marido conservando plena independencia y unidad de dirección y poder de disposición no compartido.

Pero tales observaciones no son obstáculo a nuestra tesis. Porque cuando el marido disponga de los otros bienes, no inmuebles ni establecimientos mercantiles, con grave riesgo para la sociedad conyugal, la mujer puede pedir al Juez medidas de aseguramiento. Porque el poder monárquico del marido lleva aparejada su correspondiente responsabilidad frente a la mujer por gestión defectuosa o disposición fraudulenta. Y porque la reforma de 1958 se ha hecho timidamente y no ha llegado a más en su formulación. Pero ya es sintomático que haya consagrado la necesaria intervención de la mujer (diarquía) en la disposición de los bienes socialmente más importantes, aunque no siempre sean los más valiosos económicamente. Cfr. en este sentido el artículo 39 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

mentos privados redactados sin el debido asesoramiento técnico. Y reiterar la necesidad del documento público notarial para que los contratos queden válidamente establecidos.

Lo cierto es que, por virtud de lo dispuesto imperativamente en el artículo 1.413 C.c., el consentimiento para la venta del olivar en cuestión debería ser prestado por don Alfonso del Río y su esposa conjuntamente, para que don Alfredo Alvarez pudiera comprar válidamente. De otra manera, si sólo compareciera ante notario don Alfonso del Río, la venta no sería perfecta, se trataría de un negocio jurídico incompleto y el comprador no podría llegar a ser dueño de la finca en virtud de ese título contractual. De acuerdo con la interpretación del artículo 1.413 que aquí se defiende y que parece más razonable.

No hace falta acudir a la teoría de la "renovatio contractus" del negocio jurídico notarialmente formalizado para comprender que, si no comparecían el marido y la mujer como vendedores ante notario, la compraventa no podía realizarse. Ni el comprador resultar jurídicamente protegido. Todo esto aunque el documento privado hubiere sido firmado sólo por el marido, y con independencia de ello. En resumen, por ministerio de la ley, la obligación de prestar el consentimiento como vendedores en el contrato de compraventa recaía sobre marido y mujer. Y no sólo sobre el marido.

De no estimarse así, el comprador podía evidentemente dirigirse contra el esposo vendedor. Porque no se puede negar que tenía acción contra el mismo. Pero si triunfase la pretensión contenida en la demanda, tanto si el demandado prestaba su consentimiento, como si éste era suplido por el Juez en trámite de ejecución de sentencia ante la negativa del obligado, en ambos casos el contrato así formalizado sería incompleto, ineficaz. El comprador no podría entonces inscribir su dominio. Y para ello tendría que dirigir un nuevo pleito contra la esposa del vendedor. Para que, otorgado por esta su consentimiento para la venta, o prestada la autorización judicial subsidiaria, pudiera perfeccionarse e inscribirse la compra del olivar. Lo cual demuestra prácticamente la necesidad procesal de dirigirse contra los dos cónyuges titulares.

Como resumen de toda esta crítica jurisprudencial, en nuestra opinión la demanda interpuesta por don Alfredo Alvarez en el presente caso no debería ser susceptible de anotación preventiva. De acuerdo con la calificación del Registrador. Por no dirigirse dicha demanda contra los dos titulares registrales de la finca afectada.

III. Todavía se señalaron en este recurso dos defectos en el mandamiento judicial objeto de calificación: la omisión del estado civil y profesión del demandado, y la de los linderos de la finca. La Dirección General no considera que estas omisiones impidan la anotación solicitada, por estimar que tanto el estado civil del vendedor como la descripción de la finca reclamada constaban ya en el Registro y habían sido identificados ambos por el Registrador. Y al no exigir la L. H. para las anotaciones los mismos requisitos que para las inscripciones, no constituyen obstáculo suficiente para suspender la anotación.

Por la extensión desproporcionadamente larga de estas notas, no podemos ya entrar con detalle en estos dos problemas de calificación así planteados. Ello nos llevaría al estudio de otro tema interesante: la interpretación conjunta de los artículos 9 L. H. y 51 de su Reglamento por un lado, y de los artículos 72-1 y 73 L. H. y 166 R. H. por otro.

Sólo diremos, para terminar, que tampoco estamos de acuerdo con el criterio del Centro Directivo en este caso: a) Porque la determinación del estado civil del demandado resultaba imprescindible. No sólo para

su debida identificación personal, sino sobre todo como requisito para la adecuada función calificadora del Registrador, que debia estimar incompleta la demanda si no se dirigia también contra la esposa, y debia por tanto conocer si el demandado estaba casado al iniciarse el proceso.

b) Porque la fijación de los linderos parece necesaria para la clara descripción de la finca. De no ser así, la identificación de la finca por el Registrador sólo podía basarse en conjeturas o indicios. Y ello es contrario a la responsabilidad que encierra la grave tarea de dispensar la publicidad registral.

M. A. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ARTICULO 4 DEL CODIGO CIVIL. NULIDAD RADICAL DE VENTA. *El incumplimiento de las disposiciones fundamentales administrativas que rigen las ventas de los bienes municipales produce nulidad absoluta. Interpretación de los artículos 33 y 35 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1969)*

El Ayuntamiento de Benalmádena demandó a don J. J. L. sobre declaración de inexistencia de contratos y nulidad de inscripciones registrales, en cuya demanda se alegó: Que con anterioridad a 1953, el Ayuntamiento demandante era propietario en pleno dominio y en concepto de bienes propios, entre otros inmuebles, de una finca sita en su término municipal, descrita registralmente como una parcela de terreno conocido por La Sierrezuela; que en 1953 el denunciado se dirigió al Ayuntamiento exponiendo sus deseos de realizar dos planas de urbanización, en los sitios de Los Castillejos y de La Sierrezuela, y como había otras peticiones similares al parecer el Ayuntamiento, en sesión de 23 de abril de 1953, acordó sacar a la venta en pública subasta, 10 hectáreas de las 13 que constituían La Sierrezuela, apareciendo en dicho acuerdo las siguientes anomalías: que fijó el precio de los terrenos a 215 pesetas por hectárea; que encargó la redacción del pliego de condiciones a la Comisión de Policía Urbana y Mural, totalmente inadecuada; que al infravalorar tales bienes eludía la obligación legal de recabar autorización a los Ministerios de Gobernación y Hacienda; que en 24 de abril de 1953, se redactó el pliego de condiciones que fue aprobado por el alcalde sin facultades para ello, no siendo aprobado por la Corporación ni expuesto al público; que en

el anuncio de la subasta se emitió el precio de la licitación; que se adjudicó definitivamente al demandado las tierras de La Sierrezuela, pero no por el Ayuntamiento en pleno, sino por la Comisión Gestora Municipal, y se facultó al alcalde para el otorgamiento de las escrituras, que llevó a cabo en 9 de julio de 1953; que posteriormente, en 30 de noviembre de 1954, se adjudicó también al demandado en subasta pública la parcela numero 2 de La Sierrezuela; que de este modo, prescindiendo, en absoluto de los requisitos legales de estos casos, el demandado adquirió por 3.061,81 pesetas, en total, una finca de bienes propios del Ayuntamiento de 13 hectáreas, 68 áreas y 5 centiáreas, cuyo valor real era, incluso entonces, de varios millones de pesetas; que la conducta posterior del demandado, al no construir ni iniciar siquiera la urbanización prometida rebela su mala fe. Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Que se declare la inexistencia de las escrituras de compraventa de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954 2.º Que se declare la nulidad de las inscripciones a favor del demandado en el Registro de la Propiedad de Marbella y que sean, consecuencia, de los títulos relacionados en el apartado anterior 3.º Que con carácter alternativo de lo anterior y para el supuesto de que no prosperasen los pedimentos primero y segundo, se declare la resolución de los contratos de compraventa a que se refieren las escrituras mencionadas, por incumplimiento de las obligaciones contraídas con el demandado. 4.º Que se ordene y así se declare, al demandado, la entrega de los bienes inmuebles detallados en los actos y escrituras inexistentes o resueltos de compraventa de La Sierrezuela, al Ayuntamiento de Benalmádena y se le ordene la entrega de rendición de cuentas justas y detalladas de la administración de las fincas expresadas desde que entró en su posesión y dominio. 5.º Que se condene al demandado al pago de las costas.

Se contestó a la demanda alegando en síntesis: Que la serie de actos administrativos realizados por el Ayuntamiento, que adquirieron firmeza y que no fueron impugnados ni por la Administración ni por particulares, llegaron a causar estado hacia más de cuatro años. El demandado es ajeno a todo ello Respecto a las compraventas, se atiene el demandado a lo que resulta de las escrituras que la actora impugna, y que desde las fechas de las mismas viene poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente, en concepto de dueño, las fincas que en ellas se describen Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia en que por las razones expuestas en el escrito y si preciso fuera por estimar la excepción de prescripción de acciones que se alega y la prescripción adquisitiva invocada, se absolviese al demandado de la demanda con imposición de costas a la parte actora, a la que debería condenarse, además, a resarcir a dicho demandado de los daños y perjuicios que le sobrevengan por la anotación preventiva de la demanda.

El Juez de Primera Instancia falló: Que declaraba la inexistencia de los contratos materializados en las escrituras de compraventa de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954, autorizadas por el notario de Marbella don Luis Oliver Sacristán, y por cuya virtud don J. J. L. adquirió La Sierrezuela de bienes de propios del Ayuntamiento de Benalmádena, y la nulidad de las inscripciones a favor de dicho señor L. en el Registro de la Propiedad de Marbella y que sean consecuencia de los títulos mencionados en este fallo, ordenando al demandado la entrega de los bienes inmuebles detallados en dichas escrituras de compraventa de La Sierrezuela al Ayuntamiento de Benal-

mádena; absolviendo a dicho demandado de la petición de entrega de rendición de cuentas de la administración de dichas fincas y sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas causadas en este juicio

La Audiencia Territorial de Granada revocó la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la demanda y absolvió al demandado.

El recurso de casación triunfó. Dio validez a la sentencia de Primera Instancia.

Dice el Alto Tribunal:

Considerando: Que, el primer motivo del recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la violación, por inaplicación, del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, en relación con los artículos 189, párrafo 1.º y 312 de la Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950; el fundamento del motivo estriba en que, los vicios en que se incurrió, en los trámites que precedieron al otorgamiento de las escrituras cuya nulidad se postula en la demanda y los que reconoce y precisa la propia sentencia recurrida, sean de tal entidad que han de producir la nulidad absoluta de las enajenaciones efectuadas, añadiendo, en apoyo de su tesis, que se encuentra confirmada por la propia Exposición de Motivos del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, al afirmar que, las garantías que se establecen tienden a evitar las corruptelas que pudieran deshizarse en el área de los intereses particulares, con menoscabo de los generales de los Municipios y sirven también para perfilar cuáles son los elementos esenciales de los contratos que celebran los Ayuntamientos; el artículo 103, en relación con el 95, número 1.º, del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales que, establece la necesidad de proceder, como trámite previo, al justiprecio de los mismos, y de obtener la autorización del Ministerio de la Gobernación, cuando proceda, así como en la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal de 26 de mayo de 1908, con referencia al artículo 85 de la antigua Ley Municipal de 1987, estimando que el mismo imponía la tutela de los Ayuntamientos, respecto a la enajenación de sus bienes de propios y que «no observándose tal doctrina se infringe aquella disposición y el artículo 4 del Código civil».

Considerando: Que para analizar la procedencia del motivo, es de tener en cuenta: A) Que, en efecto, la sentencia recurrida revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tras de relacionar, en su considerando primero, las incidencias que precedieron al otorgamiento de las escrituras públicas de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954, añade, en el considerando segundo, que, por esa relación de hechos probados que la misma establece «queda de manifiesto que el Ayuntamiento de Benalmádena, no se ajustó, en las actuaciones que procedieron a la celebración de las subastas y adjudicación de las fincas al demandado, a las normas reguladoras de la venta de bienes inmuebles de propios y, concretamente, como así se recoge en la sentencia apelada, no se cumplieron: el requisito exigido por el artículo 189 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 y 103 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que, hace referencia a la valoración técnica de los bienes y aprobación ministerial, cuando el valor real de aquéllos, exceda del 25 por 100 del presupuesto de la Corporación; el requisito de la aprobación del pliego de condiciones de la subasta, por parte de la Corporación en pleno, exigido por el artículo 312 de la citada Ley y el también exigido por el mismo artículo, en orden a la necesaria exposición al público, de un extracto del

pliego de condiciones»; igualmente en el considerando 1.º, subraya y destaca el hecho de que, en ninguno de los anuncios, que precedieron a las subastas, se hizo figurar «el tipo de licitación». B) Que, pese al establecimiento de tales hechos, la Audiencia Territorial se abstiene de estudiar su importancia y repercusión, en cuanto a la validez o nulidad de las subastas efectuadas, cuestión trascendente a las escrituras públicas en que se plasmaron los negocios jurídicos, cuya invalidez se solicita y se razona tal abstención diciendo que «el demandado, ajeno a tales deficiencias, se limitó a comparecer y hacer posturas en unas subastas anunciadas, en las que se adjudicaron los bienes que eran objeto de las mismas, adquiriendo las fincas de esa forma y mediante escritura pública, de quien, en el Registro de la Propiedad, figuraba como titular, inscribiéndolas a su favor y viniendo poseyéndolas de forma quieta y pacífica y sin prueba de mala fe, durante un periodo de tiempo superior a 10 años lo que pone de manifiesto, igualmente, que la adquisición, por parte del demandado, en los años 1953 y 1954, de las fincas objeto del litigio, ha quedado consolidada por la prescripción adquisitiva o usucapión tabular del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.957 del Código civil, conforme a los cuales la inscripción será justo título, a los efectos de la prescripción adquisitiva, en favor del titular inscrito». C) Que la contraposición entre los argumentos de la Sala sentenciadora y los del recurso que, a más de lo expuesto, denuncia, en el octavo motivo, la infracción, por aplicación indebida del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 1.957 del Código civil, centra en las dos siguientes las cuestiones a examinar, para decidir el recurso: 1.º Si los vicios o defectos que la propia Sala sentenciadora reconoce entrañan la nulidad de los negocios jurídicos impugnados y, si tal nulidad ha de estimarse que tiene carácter «absoluto» o «relativo»; y 2.º Posibilidad de la prescripción alegada, en relación con la clase de nulidad, que se estime existente, en los contratos de referencia.

Considerando: Que para resolver la primera cuestión, es de tener presente: A) Que si bien el artículo 4.º del Código civil es una disposición de carácter genérico que para su aplicación requiere que exista un precepto específico, éste ha de estimarse viable, al efecto, no sólo cuando de modo expreso imponga la nulidad, sino cuando revista el carácter de norma imperativa o prohibitiva, en materia que, por su importancia y transcendencia, resulta de indeclinable cumplimiento, por razón de interés público, siendo, por tanto, misión de los Juzgados y Tribunales estudiar este punto con especial cuidado y total independencia de las vicisitudes posteriores, que en el terreno privado, concurren en el concreto caso de que se trate. B) Que, en el presente, no cabe desconocer que las disposiciones de los bienes propiedad de los Ayuntamientos son de verdadero interés social, en cuanto las condiciona al cumplimiento de requisitos previos e insonlayables, con la finalidad de evitar la merma indebida del patrimonio municipal, por acción culpable o negligente de los encargados de administrarle; de aquí que, la vulneración de los preceptos imperativos o prohibitivos que se establecen, con un fin de tutela, hayan de estimarse como normas específicas, dentro del precepto genérico del artículo 4.º del Código civil, a efectos de declarar su nulidad y ello con carácter absoluto, puesto que es la Ley misma la que, velando por su efectividad, interviene en la propia génesis del negocio jurídico, impidiendo que el mismo produzca ninguna clase de efectos, ni aun con posterioridad a tener por frustrada su perfección. C) Que la relación de los defectos y omisiones que, la propia sentencia recurrida da por probados en los trámites procedentes a las subas-

tas y que han de trascender a las escrituras derivadas de ellas, son de tal gravedad que han de estimarse incursas en vicio de nulidad absoluta o radical, pues no llegó incluso a prescindir de consignar el tipo de subasta, lo que permitió su enajenación por una cantidad ínfima, con notorio perjuicio para el Ayuntamiento, dificultando la concurrencia de otros licitadores y dando apariencia legal a un acto que, para su validez, precisaba de la previa y superior autorización administrativa, sin que, a tales vicios esenciales, pueda servir de contrapeso—como entiende la Sala sentenciadora—, su desconocimiento total o parcial, por parte del adjudicatario.

Considerando: Que en lo que respecta a la segunda cuestión de las planteadas, es de advertir: A) Que a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, se ha de estimar que, cada uno, se refiere a actos o contratos diferentes; y así el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarlos un elemento esencial (inexistencia) o ya porque a su viabilidad jurídica, se opone a la misma Ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas de legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes e incursos en nulidad radical. B) De aquí que, en el caso de actos, no quepa hablar de prescripción adquisitiva, a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total e insubsanable, los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados, y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que, de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte y, finalmente, no ostenta la calidad de «tercero» con arreglo a los preceptos de la Ley.

Considerando: Que en consecuencia, al haber de estimarse los motivos primero y octavo del recurso interpuesto y sin necesidad de proceder al examen de los demás, ha de declararse haber lugar a aquél, con las consecuencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 1.645 de la Ley procesal vigente.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto, etc

Esta sentencia contempla cuestiones de indudable interés general.

La primera es la nulidad del artículo 4.º del Código civil que, en muchas ocasiones ha llegado a ser estudiado en casación, con distinto resultado, según la gravedad, la apreciación de gravedad, de la contravención legal

El Tribunal Supremo, ha escrito DE CASTRO («El negocio jurídico», pág. 473), ha mantenido su prudente criterio de atender al significado de las Leyes, para considerar que sólo las de carácter substantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter; la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la Ley (por ejemplo, nulidad del efecto transmisivo real y validez en el ámbito obligacional).

Se ha dicho, por ello (seguimos resumen de DE CASTRO), que la nulidad, dado su carácter punitivo, no es lícito inferirla por interpretación extensiva y

menos por analogía, debiéndose atender a la finalidad de la nulidad establecida (sentencia de 4 de febrero de 1960). Respecto del artículo 4.º citado se dice «no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sean ordenados de modo expreso y textual y sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera o toda omisión al acto de que se trata haya siempre de llevar consigo la sanción de nulidad» (sentencia de 8 de abril de 1958 y 8 de marzo de 1966).

PUIG PEÑA («Compendio de Derecho civil español», tomo I, pág. 818) cita a este respecto, la sentencia de 10 de noviembre de 1964 y recoge la siguiente doctrina de ella: «Pese a la indudable trascendencia de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, su generalidad impone la precisión, en cada caso concreto, de analizar las circunstancias del acto o contrato cuya nulidad se postula, ya que sólo podrá accederse a la misma, por regla general, en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que exista precepto específico de la Ley que imponga la nulidad 'per se' del acto o contrato. 2.º Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición, para cuya eficacia exija la Ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate. 3.º Cuando la materia objeto o finalidad del acto impliquen un fraude de la Ley, sean atentatorias a la moral, o supongan daño o peligro para el orden público... En punto al interesante problema de determinar cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione o que en el mismo se apoye, si bien por la delicada índole de la materia no cabe sentar reglas generales y ha de quedar la decisión, en cada caso, encomendada al razonable criterio del juzgador, no cabe duda de que éste debe pronunciarse en sentido afirmativo, no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino cuando éste presuponga para su validez la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante al acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar a la Ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que, presidiendo a ambos actos una unidad interna, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del propósito perseguido, incidiendo en la causa torpe que ha de estimarse concurre, tanto en el acto precedente como en aquel que lo sigue, completándose a efectos de conseguir un fin determinado por el empleo de medios que la Ley repudia».

Indudablemente, la resolución que estudiamos sigue el criterio que venía sentándose en anteriores sentencias. De la de ahora podemos obtener las siguientes conclusiones: a) Que las disposiciones que regulan los bienes propiedad de los Ayuntamientos son de verdadero interés social, en cuanto tienen por finalidad el evitar la merma del patrimonio municipal. b) Que la relación de defectos y omisiones probados son de trascendencia suficiente para incurrir en vicio de nulidad absoluta o radical.

El segundo problema que se plantea y resuelve es el relativo al contenido del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en relación con el 35: usucapión, «secundum tabulas», conforme al Registro.

Aquí en este punto, la sentencia del Tribunal Supremo ha tenido que hacer una interpretación, diríamos civilista, dicho sea con el debido respeto, para salirse del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que estaba protegiendo al titular inscrito.

Veamos: La inscripción a favor del demandado tenía más de diez años.

el artículo 35 le estaba concediendo *justo título y presunción* (no destruida, al parecer) de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento; más de diez años, repetimos, se trataba de «entre presentes» y consiguiente aplicación del artículo 1.957 del Código civil. Dice la sentencia: «Que a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la Ley Hipotecaria, se ha de estimar que cada uno se refiere a actos y contratos diferentes; y así: el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las Leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia), o ya porque a su viabilidad jurídica se opone la misma Ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos ineristentes o incursos en nulidad radical». De aquí, sigue diciendo la sentencia, que en el caso de autos, «no quepa hablar de prescripción adquisitiva a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total e insubsanable los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte, y finalmente, no ostenta la calidad de tercero con arreglo a los preceptos de la Ley».

Este no es el criterio de la mayoría de los autores especializados. Dice LACRUZ (pág. 248, «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral») lo que sigue:

Con todo, la transcripción de un acto nulo no está totalmente desprovista de eficacia. Pues mientras un acto radicalmente nulo (no simplemente anulable, en cuyo caso habría una cuestión de prescripción de la acción de nulidad del contrato) no puede servir de título para la usucapión, en cambio, este mismo acto, inscrito, determina según el artículo 35 de la Ley Hipotecaria la existencia del título. «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será *justo título* la inscripción». El tenor absolutamente afirmativo, sigue diciendo LACRUZ, de esta parte del precepto, sobre todo comparándolo con las presunciones de posesión pública, pacífica, etc., que le siguen, da a entender bien claramente que la inscripción no supone una presunción *iuris tantum* del título, sino que la inscripción misma del acto nulo no es el título.

No parece existir contradicción, añadimos nosotros, entre el artículo 33 y 35. La inscripción no convalida los actos o contratos nulos; pero el que entra al Registro, aunque el acto o el contrato se declare después radicalmente nulo, con nulidad absoluta, ha conseguido un *justo título* con su inscripción y ésta que, repetimos, no ha convalidado la nulidad ha comenzado a tener unos posibles efectos por el juego de la prescripción. Es lógico que la apariencia de legalidad que el Registro proclama tenga sus efectos al relacionarla con la prescripción. El posible anulante, el posible demandante, siempre tiene la posibilidad de ejercitar su derecho dentro del amplio plazo que se exige para que se consuma la prescripción adquisitiva.

ROCA (pág. 12, tomo 2.º, «Derecho Hipotecario», edición última) dice: Que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, ante el juego del título en la usucapción ordinaria, da a la inscripción a favor del titular registral que a la vez sea

usucapiente por vía de usucapición extraordinaria, el valor de justo título, para la usucapición ordinaria, esto es, la categoría de título justo, idóneo o apto para este tipo de usucapición, siempre, naturalmente, mientras tal inscripción subsista. No es, pues, que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria presuma la existencia de tal justo título, con presunción iuris tantum, sino que rotundamente quiere que la inscripción valga como título. En una palabra, según este artículo 35, la inscripción, en tanto este vigente implica de por sí justo título a favor del titular registral a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria.

No han faltado algunas opiniones contrarias a dicha tesis, pero la mayoría, repetimos, de los autores están con lo expuesto. La misma Audiencia estimó la usucapición, basándose en el artículo 35 citado. Su dicción está bien clara.

Parece evidente que la escritura de venta no debió otorgarse, ni una vez otorgada, inscribirse. Tal vez ante la contemplación de estas evidencias, se ha impuesto en las alturas un prudente criterio, con sacrificio de la eficacia y efectos del artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

CAPACIDAD JURIDICA DE LOS CONVENIOS, MONASTERIOS Y CASAS RELIGIOSAS para adquirir, poseer y administrar bienes temporales, con independencia de la Orden a que pertenecen (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1969)

Dice esta sentencia:

Considerando: Que la capacidad jurídica de los Conventos, Monasterios y Casas Religiosas para adquirir, poseer y administrar bienes temporales con independencia de la Orden a que pertenecen fue expresamente reconocida, tanto por el Derecho canónico antiguo (capítulo III, sección XXV del Concilio de TRENTO, aprobado por Bula de Pío IV de 26 de enero de 1563 y por Real Cédula de 12 de julio de 1564, integrado en la Ley 13, título I, libro I de la Novísima Recopilación), como por la legislación posterior e incluso la contemporánea, puesto que, con excepción de determinados períodos de vigencia de las Leyes desamortizadoras de 11 de octubre de 1820 (art. 15) y de 1 de mayo de 1855 (artículo 26) de las que se exceptuaron los bienes que pertenecieran al Instituto de Escuelas Pías (Leyes de 5 de marzo de 1845 y 21 de diciembre de 1866), se reguló dicha materia por aquella norma conciliar, ya que, aun cuando los artículos 41 del Concordato de 16 de marzo de 1851 y 3 del Convenio adicional de 25 de agosto de 1859 (ratificados en 1 y 23 de abril del primer año citado y 4 de abril de 1860), atribuyeron semejante facultad a la Iglesia en general, sin aludir para nada a los Entes morales de inferior categoría, ni aun siquiera a las Ordenes en que éstos pudieran estar integrados, criterio que también mantiene el párrafo 2.º del artículo 38 del Código civil, no cabe olvidar, en cambio, que este precepto dispone que el régimen jurídico a que la expresada materia debe someterse se regirá por lo concordado y que el artículo 43 del Protocolo de 1851 agrega que lo referente a personas o cosas eclesiásticas «será dirigido y administrado, según la disciplina canónicamente vigente», es decir, por aquel Concilio, entendiéndolo así el artículo 746 de la Ley civil sustantiva, que reconoció tal aptitud a las Iglesias y a los Cabildos eclesiásticos, y los Cánones 1.495, 1.499 y, sobre todo, el 531 que a tal fin se refieren a las Ordenes, Provincias y Casas Religiosas, a las que se permite administrar sus

Estatutos (Canón 532 del *Codex juris canonici* aprobado por la Constitución Providentísima *Mater Ecclesia* de Benedicto XV de 27 de mayo de 1917 y Real Decreto de 19 de mayo de 1919), criterio que en la actualidad ha sido aceptado por el artículo 4 del Concordato de 27 de agosto de 1953, ratificado en 26 de octubre siguiente. Y como en las cláusulas 7 y 8 del testamento de 19 de diciembre de 1902, aparentemente se legó el usufructo de la finca litigiosa, entre otras personas físicas y jurídicas a «la Comunidad de Padres Escolapios establecida en Alcalá de Henares» y no a la Orden de Clérigos Regulares Pobres de la Madre de Dios de las Escuelas Pías, en cuyo nombre se presentó la demanda que dio origen al proceso de que dimanaban las presentes actuaciones, y como el fallecimiento de la testadora ocurrió en 9 de febrero de 1919, es indudable que al gozar la Comunidad mencionada de personalidad (art. 4 del Concordato de 1953) y capacidad jurídica para comparecer en juicio de acuerdo con lo que dispongan sus Constituciones (Cánones 1.526, 1.649 y 1.653), la circunstancia de que, en lugar de ella, entablara el procedimiento el Padre Provincial de ambas Castillas y de que actuara en nombre de la Orden, y para la misma representación que no le correspondía, por estar atribuida exclusivamente al Preósito General, da lugar a que la interpelación judicial esté viciada de falta de legitimación *ad causam* de la parte actora, que no goza de titularidad sobre los derechos temporales que reclama, lo que por sí solo es suficiente para dictar un fallo desestimatorio, según se infiere del contenido de las sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1930 y 13 de noviembre de 1956, y para que prospere el primer motivo del recurso, sin que sea necesario analizar los restantes y sin que a ello se oponga la circunstancia de no apoyarse el motivo en el artículo 533, número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no referirse la cuestión debatida a la falta de personalidad en el actor, sino a su carencia de legitimación activa.

B M B

II DERECHOS REALES

RETRACTO DE COLINDANTES. PREFERENCIA ENTRE RETRAYENTES. REQUISITOS DEL ARRENDAMIENTO PROTEGIDO. FRAUDE DE LEY. CARGA DE LA PRUEBA VALOR DE LAS CERTIFICACIONES DE LA HERMANDAD DE LABRADORES Y GANADEROS ARTICULO 1218 CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—Con referencia al caso planteado, el Tribunal Supremo, en síntesis, mantiene: 1.º Que una certificación de la Hermandad de Labradores y Ganaderos no es documento auténtico por su contenido para resolver problemas jurisdiccionales del arrendamiento. 2.º Que el artículo 83 de la Ley de Arrendamientos rústicos, al hablar de «arrendamiento» en vez de «arrendatario», refiere el requisito del límite de renta para tener la condición de arrendamiento protegido, a cada arrendamiento, prescindiendo de la cuestión de si sumadas las rentas de diferentes arrendamientos que lleva un mismo arrendatario, se supera o no el límite que da el carácter de protegido, pues la renta se refiere a cada arrendamiento aisladamente considerado.

3º Que para que pueda prosperar la alegación de fraude de Ley es preciso que se suministren al juzgador los elementos de hecho precisos para llevar a su ánimo el convencimiento de que con el procedimiento negocial empleado, se pretendió evitar la actuación de las normas dictadas para regular otro negocio, y ello con objeto de lograr, unas veces, un fin ilícito, y otras, una eficacia legal, distinta a la propia de la finalidad de la Ley actuada

Antecedentes.—Caso ALBERICH PLA contra ALBERICH SALVADOR

Se había vendido al demandado una finca rústica de 89 áreas y 52 centiáreas por precio declarado en la escritura pública, de 11.000 pesetas. La finca linda con otra de 9 hectáreas y media, propiedad del demandante. Previamente a la venta, consta que se había ofrecido la finca al demandante en precio de 200 000 pesetas, oferta que fue rechazada por el mismo. Con posterioridad a la venta, el demandante ejerció el retracto de colindantes conforme al artículo 1.523 del Código civil, consignando en el Juzgado la cantidad de 11.000 pesetas y ofreciendo abonar los gastos legítimos. El demandado comprador tenía la condición de arrendatario de la finca, siendo la renta que pagaba inferior a 2 500 pesetas anuales, o sea, inferior a 40 quintales métricos de trigo y trabajaba personalmente la finca.

Frente a la demanda de retracto de colindante, el demandado alega la falta de personalidad del actor, pues la que figuraba como adquirente en la escritura de compra era su esposa y no él, y, además, que no podía prevalecer frente a él, que tenía la condición de arrendatario protegido, el retracto de colindantes.

Solución del Juzgado de Primera Instancia de Vinaroz y de la Audiencia Territorial de Valencia.—Mantuvieron ambos la misma solución:

1.º Se desestimó la excepción de falta de representación del esposo de la compradora.

2.º Se desestimó la demanda de retracto de colindante, sin hacer especial condena de costas.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—El demandante interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: aplicación indebida del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en su número 12, en relación con el artículo 83 del propio Reglamento, porque el arrendamiento no tenía carácter de protegido, pues sumadas las rentas que el demandado lleva en arrendamiento en término de Benicarló, según certificación de la Hermandad de Labradores, se obtiene la suma de 89 000 pesetas anuales, superior a 40 quintales métricos de trigo, y al no tener el carácter de protegido, tenía derecho preferente el colindante.

2.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Inaplicación del artículo 4 del Código civil, existiendo fraude de Ley, y, por tanto,

nulidad, en el contrato de arrendamiento, pues se concertó con el propósito de burlar el retracto de colindantes que concede el artículo 1.523 Código civil.

3.º Número 7, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de Derecho en la apreciación de la prueba, pues la sentencia decía que se había consignado un precio inferior al real, con lo cual la Audiencia hacía caso omiso del artículo 1.218 del Código civil, alegando el recurrente que no hay otra prueba en el caso que acredite que el precio era inferior al que constaba en la escritura de venta.

4.º Número 7, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de hecho en la apreciación de la prueba, pues atribuye al arrendatario la condición de rentero por suma inferior a 40 quintales métricos de trigo, siendo que la certificación de la Hermandad, cuya autenticidad no se ha puesto en duda, alude a la posesión de fincas por el arrendatario con una renta total superior a los 40 quintales métricos.

5.º Número 1.º, artículo 1.692: Violación del artículo 1.214 del Código civil, pues los hechos impositivos de la demanda debe probarlos el que los alegue, y, en este caso, el carácter de arrendamiento protegido, alegado, es un hecho impositivo de la acción de retracto, por lo cual correspondía probar su condición modesta al arrendatario, que no lo hace, sino que incluso reconoce que cultiva otras varias fincas.

Visto el recurso siendo Ponente el magistrado don Manuel Taboada Roca, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo:

En cuanto al cuarto motivo, el Tribunal Supremo no da valor auténtico a la certificación de la Hermandad, «Considerando: Que... dicho documento no acredita, de manera auténtica, sino que ha sido expedido por el Presidente de la Hermandad, en el lugar y fecha que en él se hace constar, sin que confiera autenticidad, y, por consiguiente, certeza absoluta, a las demás manifestaciones que contiene, que son sólo expresiones recogidas como consecuencia de ciertas averiguaciones practicadas a espaldas de la parte a quien pueden perjudicar: conceder verdadera autenticidad a todas las manifestaciones que en tal oficio se contienen, equivaldría a dejar a merced de esos organismos paraestatales, la solución definitiva de estos graves problemas de propiedad y arrendamiento, que únicamente deben decidir los órganos jurisdiccionales...».

Considerando: Con referencia al primer motivo, «que... conviene destacar que el artículo 83 invocado como infringido, cuando define los arrendamientos protegidos, se limita a afirmar que lo son 'aquellos en que la renta anual se regula por una cantidad de trigo que no exceda de 40 quintales, y además el cultivo se realiza por el arrendatario de modo directo y personal', por lo cual al referirse dicho precepto sólo a los arrendamientos y no a los arrendatarios, no puede sostenerse que haya sido aplicado indebidamente el supuesto que contempla el juzgador, en el cual, la renta pactada era de 2.500 pesetas inferior al valor de 40 quintales métricos de trigo, y, por tanto, se está dentro de un arrendamiento que dicho precepto califica de protegido».

Pero luego en el Considerando siguiente, como desconfiando de dicha argumentación literal, que va contra anteriores sentencias del Tribunal Supremo, se dice: «Considerando... que la resolución recurrida no advierte que el demandado cultivó por arrendamiento fincas cuyas rentas sumadas excedan de aquella cuantía, ni se ha demostrado—según ya se razonó—que esto debiera ser

proclamado por el juzgador de instancia, se comprende que el motivo de tal supuesto apoyado, tiene que decaer, al no haberse acreditado previamente la realidad de tal evento» Con lo cual, en mi opinión, el Tribunal Supremo insiste respecto al primer motivo en la cuestión de prueba de una certificación de la Hermandad, sin que, por tanto, deba generalizarse, fuera de este caso, aquella argumentación literal. De modo que en el fondo no creo que quede desvirtuada la doctrina anterior del Tribunal Supremo, «que priva de la cualidad de arrendatario protegido a quien cultiva por locación fincas cuyas rentas totalizadas excedan de los cuarenta quintales métricos de trigo», según reconoce y cita la sentencia de este caso.

Respecto al segundo motivo, el Tribunal Supremo considera que .. la valoración conjunta de la prueba, en tesis del juzgador de instancia, no arroja» el resultado de fraude «en cuanto a la finalidad civil perseguida, sino que, al contrario, en los autos aparece acreditada la realidad del discutido arrendamiento, sin que ningún acto del vendedor revele su intención de burlar la Ley civil, con tal arrendamiento.. ».

En relación con el quinto motivo, el Tribunal Supremo dice: «Considerando: que para la desestimación de este motivo, basta tener en cuenta, que la sentencia impugnada por el resultado de las pruebas practicadas al efecto, llega a la conclusión» de que es arrendamiento protegido, «apreciación probatoria, aquella que no se ha demostrado que fuese errónea».

«Considerando: Que al no prosperar ninguno de los otros motivos, resulta intrascendente el tercero», por lo cual el Tribunal Supremo no señala doctrina legal respecto al artículo 1.218 del Código civil, en este caso, limitándose a hacer una aclaración que es más bien un *obiter dicta*: « Aparte de que, tampoco es exacto que no existieran pruebas de las que el juzgador pudiera deducir» que es un precio el de la escritura inferior al real, «pues en autos está acreditado, como ya razonado queda, que el actor ha reconocido que le fue ofrecida previamente la venta de dicha finca en precio de 200 000 pesetas, que le pareció excesivo».

EXTINCION DE COMUNIDAD. INDIVISIBILIDAD DE UN SOLAR (SENTENCIA 24 DE JUNIO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo

1.º La infracción de normas procesales no puede servir de base a un Recurso de casación por infracción de Ley, basado en el fondo, sino sólo al de quebrantamiento de forma.

2.º La divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y sólo cabe impugnar el criterio de ésta cuando se den estos requisitos conjuntamente: a) Que el error de apreciación de la Sala resulte de actos o documentos auténticos; b) y, que, además, tales actos o documentos patenten la evidencia del error, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos ni deducciones.

Antecedentes.—CASO CASAO ABUELO CONTRA CASTILLO PUYUELO.

Demandante y demandado, ambos casados, adquirieron por compra una parcela de terreno, por mitades indivisas, de 510 metros cuadrados, con un frente a la calle de 15 metros y 34 metros de fondo, de forma rectangular, señalada en la escritura y en el Registro de la Propiedad con los números 7 y 9 de policía lindando dicho solar por la derecha con un edificio propiedad del demandado.

Como no llegan a un acuerdo respecto a la extinción de comunidad sobre el solar, se produce el pleito.

La tesis del demandante es: 1.º El solar es indivisible por desmerecer mucho con la división material, enunciando como factores del encarecimiento: las dificultades de realizar los trabajos en un solar tan estrecho en cuanto a carga y descarga de materiales, movimiento de vehículos, imposibilidad de utilizar grandes grúas, etc., pérdida de espacio utilizable con la construcción de dos parcelas, instalación de dos ascensores y dos porterías en vez de una, con el aumento de coste de tales servicios, pérdida también de espacio al tener que formar dos patios de luces interiores en lugar de uno. En una palabra, si se divide el solar en dos, se perjudica el destino del inmueble, que es el de servir a la construcción de viviendas y locales de precio razonable y no enca-recido artificiosamente y sin ventaja alguna. Por tanto, al ser indivisible el solar, se debe aplicar el artículo 404 del Código civil.

2.º Subsidiariamente, para el caso de no estimarse que el solar es indivisible, pide que se divida la finca por peritos, conforme a las normas de la partición de herencia y consiguiente adjudicación por sorteo.

La tesis del demandado es. 1.º El solar es materialmente divisible, y lo revela el señalamiento de dos números de orden de policía, concretamente el 7 y el 9, de la calle Castelli, por lo que la parcela tiene aptitud física para dos edificaciones con fachada a dicha calle. Y respecto a los encarecimientos que alega el demandante, dice que, dada la anchura de la calle de Castelli, el límite de la altura del edificio proyectado es de 15 metros, y para esta altura no se precisa ascensor y, por tanto, tampoco hace falta portería. El único encarecimiento que se provoca al hacer dos casas en lugar de una, es que se precisan dos escaleras, pero ello es consecuencia natural de la división. Y además, no se pierde espacio si se hace un patio mancomunado para las dos fincas.

2.º Se debe extinguir la comunidad sobre el solar, dividiéndolo en dos y adjudicando al demandado la parte que colinda con su edificio, pues tiene respecto a él un signo aparente de servidumbre de luces y vistas (una galería que da al solar en esa parte). Obsérvese que este argumento es desestimado en todas las instancias; y es que carece de base legal, tal criterio de adjudicación.

3.º Como el demandante compró la mitad indivisa del solar, constante matrimonio, la esposa tiene un interés jurídicamente protegido en la mitad indivisa de la finca, y el demandante actúa en su propio nombre, sin dar entrada procesal a su esposa, lo cual no es correcto.

Solución del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Barcelona.

1.º El demandante tiene legitimación activa, aunque no haya dado entrada procesal a su esposa.

2.º El solar es divisible, por lo cual, se dividirá en dos mitades de igual valor y se adjudicará por el sistema de sorteo.

Solución de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

1.º El demandante tiene legitimación activa en el pleito.

2.º El solar es legalmente indivisible, porque su división material le hace desmerecer mucho, procediendo en consecuencia su enajenación en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio obtenido entre ambos partícipes, lo cual se llevará a efecto en periodo de ejecución de sentencia.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.

El demandado recurre en casación por Infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Violación por inaplicación del número 2.º del artículo 503, en relación con el 504, ambos de la Ley de Ritos Civiles, ya que el actor adquirió la mitad indivisa de finca objeto de la presente *litis* en estado de casado, y no se da entrada procesal a la esposa.

2.º Número 7.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de hecho en la apreciación de la prueba sobre la indivisibilidad, siendo el solar divisible, como se desprende de dictámenes periciales de un Arquitecto y de un informe emitido por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda de Zaragoza. Lo cual es conforme con la asignación al solar de dos números de policía.

3.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Aplicación indebida del artículo 404 del Código civil, al no existir una causa que justifique en forma terminante y clara la indivisión o desmerecimiento de la finca.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, no da lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que el primer motivo del recurso debe ser desestimado, porque ni los preceptos legales que se citan como infringidos, ni el 506 de la misma Ley, que también se cita al desarrollar su argumentación, pueden servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo, sino al de quebrantamiento de forma, por tratarse de normas de carácter procesal, según tiene declarado reiteradamente esta Sala»

Considerando: Que la determinación de la indivisibilidad de la cosa común o de que desmerezca mucho por su división es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar por la vía del número 7.º del artículo 1.692., y el error de hecho ha de resultar de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, es decir, que se ha de justificar con probanzas de esa clase que por sí, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos ni deducciones, patentizan la veracidad de un hecho contrario al afirmado en la sentencia recurrida, y es lo cierto, que los dictámenes periciales no son documentos ni actos auténticos a efectos de casación, y por lo que respecta a la referenciada escritura de compraventa, el hecho de que el solar en cuestión figure en ella con dos números de policía, el 7 y el 9 de la calle de Castellví, de Zaragoza, en nada expresamente contradice la afirmación de la resolución impugnada, desestimación la del motivo estudiado que acarrea la del tercero y último que, fundado en el número 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 404 del Código civil, toda vez que su viabilidad está subordinada al éxito del anterior, al partir del supuesto de que el solar no es indivisible bajo el punto de vista económico ni se produciría gran desmerecimiento de él por su división».

J. M G G.

IV. FAMILIA.

SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA. LA SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA Y EL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS *Condicionamiento o no de tal derecho a la obligación de vivir juntos. El artículo 1.228 del Código civil y las manifestaciones hechas en documentos privados, a los efectos de la casación.* PLAZA C. DIEGO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).

Doctrina de la sentencia: La separación «de hecho» libremente consentida entre los esposos no les priva del derecho a recibir alimentos del consorte de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto, siendo reconocido tal derecho cuando la separación sea mutuamente consentida y el solicitante no los hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa.

Antecedentes: I) La demandante había contraído matrimonio canónico con el demandado en 1940, de cuyo matrimonio nació un hijo II) Después del nacimiento del hijo, y en vista de los malos tratos que su marido le infería, la esposa se separó de él por su propia autoridad (así constaba en el escrito dirigido por la actora al Juzgado al solicitar el beneficio de pobreza legal). La esposa había quedado acogida en un Sanatorio Siquiátrico, del que saltó previa la autorización del marido y de la que se hizo cargo el padre de la misma «para atender a su sostenimiento y cuidado y responder de cualquier accidente que pudiera ocurrir por dicha salida» (así, en el escrito dirigido por el marido al Director del Centro): el padre se hacía cargo de ella «como

padre de la misma, la cual sale a mi propia petición y bajo mi exclusiva responsabilidad» (así, en el recibo firmado por el padre) III) La actora hacía constar el abandono en que la tenía su marido, ya que se había comprometido a ayudarla económicamente por carecer de lo necesario para la subsistencia, sin que en los veintitantos años transcurridos hubiese entregado suma alguna de dinero. Acreditaba la posición acomodada del esposo, aparte del sueldo percibido como Maestro.

La demanda termina con la súplica de que se dicte sentencia condenatoria del demandado, a pagar a la actora en concepto de alimentos la cantidad mensual de tres mil pesetas o, en otro caso, la que estime el Juzgado justa, con imposición de costas al demandado.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, alegando la excepción de incompetencia de jurisdicción del Juzgado para conocer de la demanda, pues estando basada en «derecho legal» (sic), la competencia corresponde al lugar del domicilio del demandado (ejercicio de Maestro); por otra parte, afirmaba que él *no abandonó* el domicilio conyugal, sino que fue la esposa la que—en contra de lo dispuesto en la Ley—no siguió al marido en sus respectivos traslados oficiales obligado por su cargo de Maestro, y negaba el hecho de ser propietario de fincas. Terminaba solicitando se estimare la excepción y, subsidiariamente, se declarase no haber lugar a la demanda y, en último supuesto, se fijasen los alimentos provisionales en relación a los únicos medios económicos del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y entrando a conocer sobre el fondo del asunto desestimó la demanda.

La Audiencia revoca la sentencia apelada y estima la demanda, condenando al esposo demandado a abonar a su esposa en concepto de alimentos provisionales, la cantidad de 1500 pesetas al mes.

El demandado interpuso recurso de casación, articulado en tres motivos, que en esencia vienen a decir:

— En el primero, basado en interpretación errónea de la doctrina legal (de las sentencias que se dirán): Al entender el fallo recurrido que en los casos de separación matrimonial de hecho por mutuo consenso y que perdura a través de los años, sin otros requisitos, procede conceder pensión alimenticia a la esposa fuera del domicilio conyugal (sentencias de 16 de octubre de 1903, 23 de abril de 1956 y 9 de noviembre de 1957), porque si la mujer no justifica que viene viviendo separada del hogar legítimo por culpa o abandono del marido y con el consentimiento del mismo, *no* tiene derecho a alimentos, mientras no entable divorcio o pida el depósito o la intervención judicial (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 30 de noviembre de 1917), puesto que en los casos excepcionales *en que se concedió alimentos* a la mujer no bastó la situación de separación de hecho consentida y prolongada, sino que ha sido necesario *algo más*, ha sido necesario que concurrieran circunstancias especiales que matizaran dicha situación, tales como el abandono por el marido, la culpa de éste, los malos tratos que obligaron a la mujer a huir del domicilio conyugal, o una intervención judicial inicial.

— En el segundo, basado en error de hecho en la apreciación de las pruebas. Derivado de documento auténtico, cual es el escrito firmado por la actora y dirigido al Juzgado para pedir el beneficio de pobreza, lo que demuestra un hecho absolutamente contrario a la afirmación del juzgador, ya que la sapa-

ración no fue un simple deseo del marido, sino que fue la propia actora la que se separó por su propia autoridad, o sea, voluntariamente.

— En el *tercero*, basado en error de derecho en la apreciación de las pruebas, violando el artículo 1.228 del Código civil: Ya que los documentos obrantes en autos (carta al Director del Sanatorio y recibo del padre. Ver en apartado II de los Antecedentes) tan sólo expresan un *hecho* momentáneo sin trascendencia, cual el de que fuera el padre quien se hacía cargo de la esposa, sin que expresen un deseo del marido ni un concierto entre el padre y el marido, pactando la separación de hecho.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso en su totalidad, sentando la doctrina siguiente:

Visto siendo Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín.

Considerando: Que *no es de estimar el segundo motivo* del recurso, construido con arreglo a lo dispuesto en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el error de hecho en la apreciación de la prueba, que en el mismo se atribuye al Juzgador de instancia, no puede creditarse a través del escrito unido al folio 1° de las actuaciones, *por carecer de virtualidad a dichos fines*, según sentencias de esta Sala de 10 de abril de 1947 y 2 de julio de 1963, *las manifestaciones* que los litigantes hayan vertido en semejantes documentos y porque, en todo caso, al constar en él «que la separación de los esposos «obedeció a los malos tratos que a la actora infería su marido», no es posible desconectar tal afirmación de las que la preceden, llegando de ese modo a la conclusión pretendida por el recurrente.

Considerando. Que *igualmente decae el tercer motivo del recurso*, dirigido por la vía formal del anterior, porque *al declarar el Tribunal a quo* que «la separación de hecho de los contendientes respondió a un simple deseo del marido, que así lo concertó con el padre de su esposa en 1941, y que desde antes de esa fecha ambos consortes continuaron de mutuo acuerdo en semejante situación», no *hizo* otra cosa que realizar una *labor exegética* respecto al contenido de los documentos obrantes a los folios 92, 93 y 98, que examinó y analizó en relación con el resto del material aportado al proceso; y siendo ello así, no pudo incidir en el error de derecho a que el motivo se contrae y *mucho* menos en la vulneración del artículo 1.228 del Código civil, que no puede servir de fundamento para censurar en casación la interpretación dada por el juzgador de instancia a las relaciones jurídicas sometidas a su decisión, cualquiera que sea la fuerza probatoria asignada a los asientos, registros y papeles privados a que dicho artículo 1.228 se refiere (sentencias de 10 de mayo de 1902 y 16 de febrero de 1965), aparte de que de los enunciados en el motivo no se deduce de forma evidente lo contrario a lo que la Sala de instancia afirma en el acuerdo judicial recurrido.

Considerando. Que *la separación «de hecho» libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código civil impone*, lo que origina el que *sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles* (sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949 y 30 de septiembre de 1959), *no por ello les priva* de un modo genérico, y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto, *del derecho a recibir alimentos de su consorte*, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código mencionado 1.º Porque *ni el artículo 56*, que establece el derecho

de socorrerse mutuamente, *ni el número primero del 143*, relativo a la pretensión (digo prestación) de la deuda alimenticia, *condicionan su exigibilidad al cumplimiento de la obligación de vivir juntos*, a que se refiere el primero de dichos preceptos, *o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente*, por lo que cualquier limitación que al interpretarlos se adoptare en tal sentido, sería opuesta no sólo al principio general de derecho *Ubi lex distinguit, nec nos distinguere debemos*, sino también a lo previsto en los cánones 1.130 y 1.131 del *Codex juris canonici*, que permiten en determinados casos la separación *por autoridad propia*, y en el artículo 1.434, párrafo 2.º del Código civil, que no supedita a la circunstancia contraria la percepción de este derecho, aparte de que siempre podría el alimentante poner fin a semejante anormalidad, sin más que hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 149 del referido Cuerpo legal. 2.º Porque si *la culpabilidad de uno de los consortes, unida a su residencia en distinto domicilio*, es lo que le *priva de los derechos sucesorios sobre la herencia del otro* (artículos 834, 855 y 913) y de la posibilidad de exigir alimentos *después de declarada la inexistencia de la unión conyugal* (artículo 75, regla 5.ª), *resultaría absurdo prescindir del primero de estos requisitos para negar los últimos al cónyuge inocente* que viviera separado del otro, *mientras persistiera vivo el vínculo con que estaban ligados y se reconocieran al marido los derechos a que se contraen los artículos 59, 60, 61, 1.357, 1.361 y 1.378 del Cuerpo legal indicado*. 3.º Porque *la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio, no justifica por sí sola la pérdida del derecho* conferido por el número primero del artículo 143, *al poder ser debida a razones tan encomtables como el deseo de evitar el escándalo y perjuicios familiares a que la intervención de los Tribunales pudiera dar lugar*. 4.º Porque, *si bien en casos de cierta analogía con el presente, la jurisprudencia de esta Sala ha negado el derecho a percibir tal prestación a los esposos que hubieran incurrido en adulterio* (sentencia de 10 de diciembre de 1959) o *causa de divorcio* (sentencia de 11 de abril de 1946) o *vivieren separados del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad* (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960), e *incluso a los que no acreditaran la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes* (sentencia de 3 de noviembre de 1905), *en cambio lo han reconocido expresamente*, cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita los hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa (sentencias de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956 y 9 de noviembre de 1957); y como el *supuesto fáctico aquí contemplado coincide exactamente con el contenido de las sentencias últimamente citadas* y la Sala de instancia aplicó dicha doctrina en la resolución impugnada, de ahí que *no haya cometido las infracciones enunciadas en el primer motivo del recurso*, al amparo del número primero del expresado artículo 1.692, y que el mismo *deba ser desestimado*.

Comentario: I. La separación de hecho mutuamente consentida.—Las situaciones jurídicas carentes de regulación legal y a las que la doctrina suele añadir el calificativo «de hecho» presentan una especial *problemática*, cuyo origen reside no tanto en la ausencia de norma aplicable como en la multiplicidad de supuestos que la realidad a diario ofrece. Por otra parte, las dificultades para el intérprete se incrementan cuando tales situaciones jurídicas «de facto» aparecen derivadas de instituciones con encuadre en el Derecho de

Familia, como v. gr.: el matrimonio (uniones maritales de hecho), la separación, la tutela, etc

En cuanto a la separación «de hecho», aun siendo conocida por la doctrina, parece que en nuestro país su entidad material debió parecer de poca consistencia a nuestros legisladores, que la ignoraron por completo. Quizá la causa de ello fue más bien sociológica con trasfondo de tipo religioso, ya que siendo en su gran mayoría católicos los españoles, debieron parecer suficientes las normas de la Iglesia (no codificadas entonces, ya que el *Codex Iuris Canonici* es posterior); por otro lado, la inexistencia casi absoluta de los modernos medios de comunicación hacía casi imperceptibles los contados casos de separación «de hecho» existentes. Sea o no cierta la explicación apuntada, algunos casos sí llegaron a conocimiento del Tribunal Supremo, pero en forma aislada y sin la profusión actual.

No puede, por tanto, extrañarnos que hasta fechas recientes no se hayan ocupado nuestros autores de este tema, ocupando los notarios un lugar relevante en esta enumeración no exhaustiva: GIMÉNEZ ARNÁU (1), FAUS ESTEVE (2), LACRUZ BERDEJO (3), PUIG BRUTAU (4), DE LA CÁMARA ALVAREZ (5), Tampoco puede sorprendernos ni el reciente número de casos ni la enorme difusión del problema: Lo primero, dejando a un lado las posibles causas sociológicas, habida cuenta de la no admisión del divorcio vincular entre nosotros, como agudamente apunta DE LA CÁMARA (6); lo segundo, después del experimento legislativo italiano respecto al tema, con más de 100 años de vigencia, y la temprana—para nosotros—obra de A. FALZEA, a la que siguen estudios de nuestros autores, algunos ya citados

Dentro de las diversas categorías de separación «de hecho», que expone PUIG BRUTAU (7) con su habitual claridad, la *separación objeto de este pleito* es encuadrable entre las llamadas por dicho autor «no reconocida ni regulada» y esencialmente responde a la *idea* que de tal situación se suelen hacer los cónyuges, que no quieren pactos ni régimen ni un claro reconocimiento de los posibles efectos jurídicos de la misma.

Para una mayor concreción, cabría decir que a la separación que es causa de este litigio se llega en base a la arbitraria conducta del esposo, que con sus malos tratos iniciales y el desamparo posterior en que deja a su esposa e hijos quien había provocado esta situación. Por ello es enormemente curioso que el esposo-recurrente en casación—trate en el motivo primero del recurso (que he expuesto con cierto detalle) de hacer especial hincapié en el *abandono* por la mujer del domicilio conyugal, sin acertar a ver que el abandono existe técnicamente no sólo en tal caso, sino en el de la falta de los deberes de asistencia inherentes al estado conyugal (así, en el Código Penal, según la reforma de la Ley de 1942).

Podemos, pues, terminar diciendo que en el caso objeto de la sentencia la separación, si bien mutuamente consentida sin reconocer ni reglamentar la situación, la impuso el marido con su conducta.

(1) V. en RDNot., XXXIII. *Escrituras de divorcio*, págs. 429 y sigs.

(2) V. en «Anales Ac Mat Not», II, 1946, págs. 289 y sigs., *La separación de hecho en el matrimonio*.

(3) V. *Derecho de familia*, 1963, págs. 154 y sigs.

(4) V. *Fundamentos de Derecho civil*, IV-I, págs. 242 y sigs.

(5) V. *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en ADC. XXII-I, páginas 3 y sigs.

(6) V. op. cit., pág. 8.

(7) V. op. cit., pág. 248.

II. *La separación mutuamente consentida y el Derecho a percibir alimentos.*—Dados los términos de nuestra precedente exposición y cualificada la separación en el caso de autos, nos resta aquí ponerla en conexión con la pretensión a la prestación alimentaria (arts. 142 y sigs. del Código civil). No obstante, la clarísima síntesis hecha por el Tribunal Supremo en su Considerando tercero nos exime de una mayor puntualización.

Ciertamente, en los casos en que uno de los cónyuges se separaba por su propia voluntad o autoridad, cabía dudar de si dicho cónyuge tenía o no derecho a la percepción de alimentos: así, en algunas sentencias que el mismo Tribunal Supremo cita (5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960), y en algún autor como LACRUZ (8), si bien no en forma tajante.

Por otro lado, existían otras sentencias de signo diverso, lo que imponía un examen cuidadoso de las circunstancias especiales del caso concreto: este es el gran mérito de la sentencia comentada, ya que la *ratio decidendi* se basa precisamente en la necesidad de no sentar criterios genéricos en esta materia.

Es a esta exigencia de diferenciación a lo que llevaba un estudio detenido de las sentencias todas sobre la cuestión, cual ya habían realizado FAUS ESTEVE y PUIG BRUTAU (9).

Formal y materialmente la decisión de nuestro más alto Tribunal es irreprochable, utilizando en su argumentación diversos medios interpretativos y basándose, en último término, en la idea de *equidad*.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONES EN FORMA OLOGRAFA.—

Sucesión troncal.—Artículos 17 y 29 del Apéndice foral aragonés, 94 de la Compilación aragonesa, 12, 670, 672 y 675 del Código civil (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1969).

Es válido y eficaz el testamento mancomunado otorgado en forma ológrafa en Aragón y por personas aragonesas.

Los cónyuges aragoneses M. G. R. y A. G. B. fallecieron simultáneamente en accidente automovilístico, el 7 de junio de 1963, sin dejar descendientes ni ascendientes, siendo los más próximos parientes de la causante (aportante de los bienes de mayor valor al matrimonio) por línea colateral materna su tía carnal de doble vínculo, que actúa como demandante, apelante y recurrida, E. B. L.—luego, por su muerte, sus herederos—, bajo la dirección, en el recurso, del Letrado don José Luis Lacruz Berdejo, y por línea paterna, sus primos hermanos F. y B. G. L. y L. y P. G. A., quienes, con otros parientes del marido—hermanos—figuran como demandados, apelados y recurrentes, bajo la dirección en el recurso del Letrado don Antonio Hernández Gil.

La última voluntad de los causantes parece consignada en sendos testamentos ológrafos protocolizados, ambos con la misma fecha—16 de marzo

(8) V op cit, pág. 155, y la jurisprudencia que allí cita.

(9) V op. cit págs 252 y sigs.

de 1962—y escritos sin solución de continuidad en un solo pliego de papel, cuyo escrito en su primera parte está escrito de puño y letra y firmado por el marido, figurando también al final de esa primera parte la firma de la esposa, la que escribe a continuación de su puño y letra la segunda parte del escrito, que firma también, mostrando en una de las cláusulas su «conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento (de su esposo), que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel».

Solicitada por la demandante la nulidad del testamento, protocolizado como ológrafo mancomunado, se desestima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Jaca. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estimó parcialmente la apelación y declaró: 1.º Que los cónyuges M. G. R. y A. G. B., llamados a sucederse testamentariamente entre ellos, fallecieron simultáneamente en accidente de automóvil. 2.º Que los testamentos de ambos cónyuges no revisten el carácter de un solo testamento mancomunado, sino el de dos testamentos ológrafos y autónomos. 3.º Que son ineficaces por superfluas la firma de doña A. G. B. en el testamento de su esposo y la firma de éste en el testamento otorgado por aquélla. 4.º La nulidad de la transcrita cláusula testamentaria por la que la esposa mostraba su conformidad con las estipulaciones contenidas en el testamento de su marido y la institución de heredero a los designados por éste. 5.º Que procede la apertura de la sucesión intestada de doña A. G. B. Y otros pronunciamientos, natural consecuencia de los anteriores.

La parte demandada y apelada formalizó recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal con base en los siguientes motivos.

Primero. Autorizado por el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La sentencia recurrida, al negar validez y eficacia—revocando la de primera instancia al documento de 16 de marzo de 1962 como testamento ológrafo mancomunado de los cónyuges don M. G. R. y doña A. G. B., estimando que dicho documento hay que entenderlo como expresión de dos testamentos ológrafos y autónomos, infringiendo por violación, el principio general del derecho «standum est chartae» (que preside la legislación aragonesa y es aplicable a las disposiciones testamentarias, según lo reconocen, entre otras, las importantes sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1912, y 16 de febrero de 1942 y resulta ahora con claridad de la enumeración generalizadora del principio formulada en el artículo 3 de la Compilación de 8 de abril de 1967; el artículo 675 del Código civil (aplicable como derecho supletorio); y el artículo 17 del apéndice de 7 de diciembre de 1925 (en cuya órbita de vigencia temporal se comprende el caso debatido, si bien por su significado interpretativo y aclaratorio son invocables también los artículos 94 y 95 de la Compilación). Debiendo de significarse, en síntesis, que la razón esencial demostrativa de las infracciones aducidas radica en que, reconociendo la sentencia, como expresamente proclama el pronunciamiento segundo del fallo, que las manifestaciones de voluntad testamentaria procedentes de ambos cónyuges reúnen los requisitos del testamento ológrafo, descarta, en cambio, con vulneración de lo querido y declarado, el carácter mancomunado de tales manifestaciones, siendo así que el documento refleja, en sí materialidad y por lo que dice, la actuación conjunta de los cónyuges, además de un propósito compartido y una recíproca coincidencia y trabazón de las costumbres, según se infiere en particular de

lo expresamente afirmado por la esposa que asevera su presencia en la redacción de la disposición testamentaria del marido en el mismo pliego de papel, su conocimiento o yuxtaposición de las firmas en los respectivos textos, que no genera, como equivocadamente recoge el pronunciamiento tercero del fallo, una ineficacia o superfluidad (siempre sin merma de valor ológrafo del documento, a tenor del propio criterio de la Sala *a quo*), sino que es factor indispensable para armonizar con la forma ológrafa el carácter conjunto y mancomunado del testamento. Que el problema fundamental se contrae a determinar la interpretación y calificación jurídica que corresponde atribuir al testamento. Que el documento está redactado en dos grafías como se reconoce en el Considerando tercero de la sentencia recurrida, con la firma de los cónyuges, los que fallecieron simultáneamente en accidente de automóvil el día 7 de junio de 1963, el Considerando cuarto de la sentencia recurrida aprecia expresamente la conmorienencia. Que la autenticidad del documento quedó demostrada en el oportuno procedimiento y ordenada su protocolización la sentencia recurrida, también reconoce su autenticidad. Que lo pretendido por los otorgantes fue, según expresaron, ordenar conjuntamente una disposición por causa de muerte, actuar de plena conformidad los dos; instituirse recíprocamente herederos universales en sus respectivos bienes y nombrar herederos sustitutos, además de ordenar algunos legados y mandas píasos. Que tal declaración de voluntad constituye una disposición *mortis causa* mancomunada, autorizada por el Apéndice foral aragonés, en sus artículos 17 y siguientes; las sentencias del Juzgado así lo proclaman, pero la Audiencia le niega el carácter de testamento ológrafo mancomunado y hace esta rectificación por estimar que no hay autografía total en ambos testamentos, tampoco existe unidad de acto, falta de declaración conjunta de voluntad. Que para determinar si un documento puede calificarse como testamento y si es válido o nulo no basta operar con los datos formales, sino que ha de penetrarse en su contenido intrínseco. Que la esencia del testamento es la voluntad y el testamento refleja dos voluntades recíprocamente trabadas, una voluntad separada de instituir no existe. Que la voluntad se engendró de una manera mancomunada y recíproca, en dependencia y correspondencia la una con la otra, partiendo los otorgantes de la eficacia de ambas; la sentencia de la Audiencia desconoce totalmente el elemento intencional de los cónyuges e incurre en un error de interpretación. Que se ha dicho por la sentencia recurrida en materia de testamento no se puede aplicar el principio general de la interpretación positiva y de la finalidad de la Ley, tal era el sentimiento común en el pasado, pero nada impide que se sustituya esta concepción por otra más fecunda o más en armonía con el espíritu de los tiempos; las solemnidades testamentarias son, sin duda, indispensables y prescindir de ellas ocasionaría grandes trastornos; las formas jurídicas se imponen, pues el Derecho, no podría vivir sin ellas. Que un precepto legal expreso obliga, pero otras veces la Ley no es explícita ni suficientemente clara, entonces ha de acudir a la interpretación inspirada en el principio voluntad *ante omnia* y aplicarse con un criterio amplio y flexible a condición de que sea completa la certidumbre sobre la voluntad del testador, lo importante es que en el contenido del acto resplandezca la voluntad, y esto lo desconoce el Tribunal *a quo* que centra la cuestión en un mero problema de forma. Que entrando en el aspecto formal del documento, el primer argumento de la sentencia de la Audiencia para negar el carácter mancomunado ológrafo es que no hay autografía total y firme por ambos testadores con expresión del año, mes y día en que se otorgaron los

testamentos, afirmando que estos requisitos están incumplidos en ambos testamentos. Que la simple lectura del documento acredita que se han cumplido todos los requisitos, para ello hay que interpretar con un criterio comparativo el testamento de ambos cónyuges y no se puede exigir un criterio al carácter personalísimo del testamento y la prohibición del mancomunado que impone el Código civil, ya que el problema a considerar se plantea en el ámbito del derecho foral aragonés, pues el artículo 17 del Apéndice muestra en el testamento mancomunado un criterio de gran amplitud, hace de la facultad de testar en común una prerrogativa del Estatuto de los aragoneses y no una mera cuestión de solemnidad, que cayese dentro del Estatuto formal consagrado por el artículo 11, en relación con el 14, del Código civil. Que del propio artículo 17, cuando dice que los cónyuges pueden testar en mancomún en el mismo acto u otorgamiento, ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno sólo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones, se deduce en el aspecto formal la validez y licitud del testamento ológrafo otorgado por los cónyuges, es ilustrativa a este respecto la posición del Código civil alemán (p. 2.267); al establecer el testamento ológrafo mancomunado, permite que el marido firme en la declaración de la mujer y ésta en la del marido; su finalidad es dotar de efectividad el testamento mancomunado, ya que ambas declaraciones deben ser realizadas con el consentimiento recíproco. Que la sentencia dice que no hay autografía total; es evidente y no se ha puesto en duda por las partes, que tanto el marido como la mujer escribieron por entero, de su puño y letra, fecharon y firmaron las respectivas disposiciones testamentarias sin injerencia de extraño. Que el problema distinto es el de si lo escrito por la esposa tiene un contenido testamentario, pero resulta extraño afrontar como problema de autografía el del contenido testamentario, porque la autografía no es requisito del testamento en cuanto testamento, sino del testamento en cuanto documento. Que la propia sentencia de la Audiencia reconoce el cumplimiento de todos los requisitos de la forma ológrafa, descontando, en cambio, el carácter mancomunado. Que la sentencia en el Considerando séptimo niega este carácter al testamento, porque no hay unidad de actos u otorgamiento en base a que los testadores no han escrito y firmado todo el documento, pero aun llevado a estos extremos tampoco había unidad de acto, es imposible humanamente que dos personas, en un mismo espacio de un pliego, puedan escribir a la vez un texto, necesariamente ha de escribir una antes y otra después. Que el requisito de la unidad de acto no se refiere al orden puramente físico o material, la unidad ha de recaer sobre totalidad del acto. Que el documento está redactado en el mismo pliego de papel, sin solución de continuidad, se entrecruzan las firmas, está fechado en el mismo año, mes y día y hasta en la misma hora hay un sólo acto reflejado en un solo documento, una intervención simultánea y conjunta de ambos cónyuges, unidos para ordenar su disposición por causa de muerte. Que la unidad de este acto como ausencia de interpretación solamente es exigible por la Ley para el testamento abierto y aun ha sido este requisito atenuado por la Jurisprudencia. Que la unidad de acto está referida a las formalidades del documento notarial, más que a la unidad interna del negocio jurídico testamentario; en consecuencia tampoco se ha incumplido este requisito, por el testamento objeto de esta litis, ológrafo, no notarial, único al que se puede exigir esta formalidad. Que la afirmación del uso continuo del pronombre y verbo en primera persona no es correcta; así, se dice: «hemos habitado siempre el matrimonio..», se usa la expresión «en nombre e intención del matrimonio», «firmo en unión de mí es-

posa este testamento». Que doña A. G. B. dice en la segunda parte del documento, que «doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que (don M.) de su puño y letra ha escrito en mi presencia»; expresión categórica de la conjunción de voluntades.

Segundo. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al reputar nula en el pronunciamiento cuarto la institución de herederos contenida en el testamento de doña A. G. B., infringe por violación, el principio *Standum est chartes* y el artículo 675 del Código civil, ya que del tenor de la cláusula no se infiere incertidumbre en cuanto a la institución, pues, en primer término aparece designado el marido y subsidiariamente los herederos de éste, como, pese a lo que argumenta la sentencia, viene a admitirse en los términos en que aparece redactado el inciso final del pronunciamiento cuarto del fallo. Que la sentencia de la Audiencia, al negar el carácter de mancomunado al testamento se encuentra que ambas disposiciones reúnen las solemnidades fundamentales de los testamentos ológrafos y no puede soslayar la cuestión de que si a la luz de nuestro Derecho positivo, tienen la virtualidad y eficacia propia de los testamentos sucesivos e independientes, lo que equivale a una conversión del negocio jurídico. Que al analizar el testamento de don M. G. no encuentra tacha formal alguna y considera que reúne todas las solemnidades del testamento ológrafo: no lo estima así en cuanto al de su esposa y lo declara nulo, porque hay incertidumbre en quiénes son llamados en sustitución de su marido, ya que en la frase «a favor de mi esposo o herederos directos» hay indeterminación al no saberse si se refiere a los herederos del marido o a los de la mujer. Que esto no es así, porque va contra las normas de interpretación de los testamentos, sentadas por el principio general del Derecho aragonés *Standum est chartal*, por el artículo 675 del Código civil y sus complementarios 1.281 y siguientes y la doctrina sentada por la jurisprudencia. Que gramaticalmente no es correcta la interpretación que la sentencia recurrida da a la frase de institución contenida en el testamento de la esposa, y no lo es, porque las partes de la oración que relacionan unas frases con otras son la preposición y la conjunción; concretándonos a esta última, obsérvase que al estar inserta la condición disyuntiva o entre las expresiones esposo y heredero, relaciona ambos elementos, pero de una manera preclusiva; y si relaciona elementos es indudable que éstos no pueden disociarse; en defecto del esposo, quiso instituir herederos a los que lo fueran de él. Que precisamente la falta de un objetivo determinativo impide que la expresión herederos pueda referirse a los de la esposa: por tanto, no puede existir ni existe, en realidad, duda ni incertidumbre, sobre si la institución sucesoria se refiere a los herederos de la mujer o a los del marido; literalmente esta es la interpretación correcta. Que si el testamento de doña A. ha sido declarado nulo en base de esa incertidumbre, ya que la sentencia admite que reúne todas las demás solemnidades exigidas por el Código civil, es indudable que deba modificarse el criterio del Tribunal sentenciador en el sentido de dar plena virtualidad y eficacia jurídica al testamento ológrafo de doña A. G. B.

Tercero. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al declarar en el pronunciamiento cuarto del fallo que es nula la cláusula testamentaria por la que doña A. G. B. otorga plena conformidad a las estipulaciones que se consignan

en el testamento de su esposo infringe, por aplicación indebida, los artículos 660 y 662 del Código civil, ya que de un lado, el carácter personalismo del testamento elevado a requisito esencial por el primero de los artículos citados no extiende su vigencia al Derecho foral de Aragón, y de otro lado, lo dispuesto en la citada cláusula no guarda relación alguna con las memorias. Que la sentencia declara nula la cláusula del testamento en que da su conformidad plena y total a las estipulaciones de su esposo y ello en base de los artículos 660 y 662 del Código civil, pero la mención del artículo 660 es inadecuada, ya que se trata de una persona que tiene la vecindad civil aragonesa, y en el Apéndice foral de esta región se admiten formas testamentarias que no tienen el carácter de personalísimas en los artículos 17 y siguientes y el 29, y también es inaplicable el artículo 662 del Código civil, mencionado en la sentencia, referente a cédulas o papeles privados del testador, pero éste no es el caso de la cláusula testamentaria que se declara nula. Que lo correcto es adecuar la cláusula objeto de discusión a lo dispuesto en el artículo 29 del Apéndice foral de Aragón, dado que la cláusula del testamento implica una encomienda, para que su marido ordene y regule con entera libertad la sucesión de doña A., y conforme a lo que dice el párrafo segundo del artículo 29, valdrá la última voluntad de don M., contenida en el testamento ológrafo declarado válido por la sentencia recurrida, en el que instituye herederos a sus hermanos y ello es así porque dispone de todos los bienes del matrimonio.

Cuarto. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que en relación con el contenido del motivo anterior, la sentencia recurrida infringe, además, por violación, los artículos 12-2.º y 13 del Código civil, en cuanto extiende a personas y actos sujetos al Apéndice foral, normas propias del Código civil

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso:

Considerando: Que descartado el problema de la premorencia de alguno de los cónyuges respecto del otro, al dar por probada la sentencia de instancia que ambos fallecieron a la vez y no hubo por ende transmisión de herencia entre ellos, que no ha sido combatida en el recurso, el primer problema que el pleito presenta es el de determinar si es o no posible en Aragón y por personas aragonesas el otorgamiento de testamento mancomunado en forma ológrafa; y sin desconocer las teorías doctrinales que niegan tal posibilidad con base en la dificultad de cumplir en el testamento mancomunado los requisitos que el ológrafo requiere conforme a las normas que lo regulan en el Código civil, unido a la falta de existencia y arraigo de tal forma de determinar las sucesiones en el derecho tradicional y en el positivo de dicha región; lo cierto y positivo de que el artículo 17 del Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón, de 1925, que rige por razón del tiempo el testamento debatido, al regular el testamento mancomunado no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en su consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *Standum est chartae*, se debe concluir con la posibilidad del otorgamiento del testamento mancomunado en forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación de dicho Derecho de 1967, en su artículo 94, estatuye de un modo terminante que el

testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, con tal de que sea compatible con los requisitos establecidos, para cada una de ellas en las disposiciones vigentes; y lo mismo sucede en Alemania, de los pocos países cuya legislación admite el testamento mancomunado, que en su Código civil y párrafos 2.265 y 2.267 regula su otorgamiento en forma ológrafa dando plena validez si éste escrito por uno de los cónyuges y si el otro añade la declaración de que deba valer también como suyo, escrita y firmada de su propia mano.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina, surge el problema de determinar si en el testamento en cuestión se han cumplido o no los requisitos que la Ley exige para su validez y más concretamente en el otorgado por la mujer, ya que respecto del del marido no afrece duda ni a las partes, ni a la sentencia recurrida sobre su total eficacia.

Considerando: Que se impugna el testamento de la esposa con base en que no están escritas de su puño y letra aquellas cláusulas de disposición de bienes, salvo en la que nombra heredero universal a su esposo y se limita literalmente a consignar «Y doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito—se refiere a su marido—a su presencia en este mismo pliego de papel», firmando ambos cónyuges los dos testamentos como modo de autenticar su contenido; y como quera que el artículo 17 del Apéndice ya citado estatuye que en el testamento mancomunado podrán los cónyuges expresar juntos las disposiciones o llevar uno solo la palabra y limitarse el otro a aceptar y consentir las manifestaciones del otro cónyuge, es evidente que la esposa expresó en la forma más clara y contundente que cabe su conformidad con la disposición de bienes hecha por el esposo, ratificando el contenido de su testamento y procedo declarar la validez y eficacia del mancomunado de referencia en toda su extension: sin que sea obstáculo para ello el párrafo en que la testadora dice: «Igualmente confío a mi esposo o herederos directos la entrega de las modestas joyas que fueron de uso de mi querida madre (q. e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orosia según reiterado deseo que ella misma manifestó en vida», ya que en nada contradice la institución de herederos anterior y constituye un encargo de confianza sobre cosas de poco valor, según manifiesta la propia testadora.

Considerando: Que, también, se impugna el testamento de la esposa por existir incertidumbre en la designación de sus herederos, dada la forma en que hace la suya el marido al emplear el pronombre «mio» y el verbo «nombro» en primera persona y en singular, siendo así que de tratarse de testamento mancomunado debió decir «nuestros» refiriéndose a los bienes y «nombremos» en relación a los herederos; y como quiera que, aparte de los defectos de redacción que se observa en casi todos los testamentos ológrafos no otorgados por peritos en derecho, la mujer da en el suyo plena y total conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido; es indudable que hace suyas las instituciones de herederos y ratifica totalmente sus disposiciones en la forma autorizada en el artículo 17 del Apéndice ya citado.

Considerando: Que sentados los anteriores razonamientos, debe prosperar el recurso en su totalidad, estando encuadrados los cuatro motivos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denunciar la violación del principio de Derecho y artículos citados y del 665 del Código civil al no existir incertidumbre en cuanto a la institución de herederos de la mujer; así como del artículo 12 del mismo Código en sus párrafos 2.º y 13 al

ser los otorgantes personas sujetas al Derecho especial de Aragón; y basado también en la aplicación indebida de los artículos 660 y 662 del Ordenamiento sustantivo, que no son aplicables en dicha región foral conforme a los artículos 17 y 29 del Apéndice.

Y en la segunda sentencia confirma la del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, con reserva de los derechos que puedan corresponder a los herederos de doña A. G. B. sobre los bienes de su herencia que tengan carácter troncal y que podrán ejercitar en la vía y jurisdicción que corresponda, al no poder accederse a la declaración de que determinados bienes de la herencia tienen ese carácter, con la consiguiente adscripción a los herederos directos a quienes correspondan, por no haber sido afortunadamente dirigida la petición reconvenzional.

Comentario.—No me parece tan clara ni fuera de toda controversia la admisibilidad del testamento mancomunado en forma ológrafa, ni siquiera bajo la vigencia de la Compilación, y con mucha más razón cuando, como en el caso de la sentencia, se aplica el Apéndice Foral Aragonés. En efecto, el artículo 94, párrafo 2.º de aquélla, establece que «el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, *en tanto aquél sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes*». De aquí se infiere: 1.º Que el testamento mancomunado no constituye una categoría formal *a se stante*, con propia sustantividad, puesto que necesita revestir «cualquier otra forma». 2.º Esta forma es una de las ya reconocidas y admitidas en la legislación, no una forma nueva. 3.º Siempre y cuando tal forma no choque con la propia mancomunidad. Por ello, un riguroso planteamiento debería empezar por preguntarse si la esencia y fundamento de la mancomunidad se opone a la del testamento ológrafo (y advertimos, de pasada, que el precepto de la Compilación va aún más lejos, pues literalmente no exige incompatibilidad esencial, sino sólo con los *requisitos* de la forma testamentaria en cuestión, término el subrayado mucho más amplio). A este fin, sería conveniente distinguir los propios testamentos ológrafos, hechos en escrito separado por cada testador con autografía total, de los impropriamente denominados tales, esto es, los hechos en un mismo escrito con la firma de ambos, que no participaban de la autografía total, ya que:

A) Si la esencia del testamento mancomunado es la simultaneidad en el otorgamiento, ésta es difícil pueda darse en los verdaderos testamentos ológrafos; y nunca podrá tener lugar si se exige la unidad del escrito

B) Si la esencia del testamento ológrafo es la autografía total y exclusiva, ésta no puede darse en el testamento escrito por *dos* personas en la misma hoja o, al menos, firmado por las dos. Tal testamento, o sería nulo, como declaró la sentencia de 21 de enero de 1960 (C. L, núm. 46, tomo LXXXV) para el Derecho común, o se tendrían, al menos, por no puestas la firma o contenido que no alterase el verdadero sentido de la disposición. Luego parece que

C) El testamento escrito por los cónyuges en el mismo documento no puede valer como tal testamento de ambos, pues no es verdadero testamento ológrafo al faltarle la autografía total, ni al amparo de la mancomunidad

puede introducirse una nueva forma testamentaria. Esto nos lleva a preguntarnos si la mancomunidad afecta a la sustancia o a la forma del testamento. En principio, parece que se trata más de cuestión de fondo que de forma (artículos 733 del C. c y 94, párrafo 2º, de la Compilación aragonesa). En resumen: la esencia del testamento mancomunado, como disposición conjunta o simultánea en un solo documento por dos personas, se opone y resulta incompatible con el propio y verdadero testamento ológrafo, que requiere autografía exclusiva y total, sin que sea posible admitir una nueva forma de testar en la que pudiera ampararse dicho testamento mancomunado, a menos de desvirtuar su propia naturaleza o la del testamento ológrafo (vid. FASSI, S. C.: *Testamentos mancomunados o conjuntos*, «Revista Internacional del Notariado», núm. 61, 4.º trimestre, 1963, págs. 13-34; TEXEIRA, A.: *El testamento mancomunado aragonés*, «Temis», núm. 3, 1958, págs. 137-156; IBÁÑEZ, A.: *El testamento mancomunado*, «II Semana de Derecho Aragonés», Jaca, 1943, págs. 251-257).

Lo que realmente parece fuera de lugar es la invocación del B. G. B. para admitir la solución contraria, pues las normas de dicho Cuerpo legal extranjero no coinciden con el supuesto de autos.

A lo más que podría llegarse es a admitir la validez de un testamento mancomunado bajo forma ológrafa, siempre que *todo él* esté escrito dos veces y datado de puño y letra de ambos cónyuges, sin que pueda admitirse que el texto se escriba por uno de ellos y que el otro escriba la declaración de que hace suyo el texto antecedente como expresión de su voluntad (que es lo ocurrido en la sentencia comentada). En este sentido se manifiesta un autor de tan gran autoridad en la materia, como es nuestro compañero FRANCISCO PALA MEDIANO, quien añade: «El testamento mancomunado no es una forma de testar con solemnidades especiales, sino un testamento distinto con distintos requisitos de fondo» (*Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, año VII, núm. 26, 1 de julio de 1967, página 131).

F. C. L.

2) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LOS TERRENOS DESTINADOS A VIALES ANTE EL ARBITRIO DE PLUS-
VALIA Y LAS EXPROPIACIONES URBANISTICAS

SENTENCIAS DE 5 Y 11 DE NOVIEMBRE DE 1969

I. INTRODUCCION

Los viales constituyen una de las modalidades de suelo urbano que distingue el artículo 63, párrafo 2, de la Ley del Suelo. Lo que presupone la clasificación de suelo urbano. Al ser una de las modalidades de éste, ha de estar comprendido en uno de los supuestos que enumera el propio artículo 63, párrafo 1, a saber:

- a) Los comprendidos en el perímetro que defina el casco de la población, conforme al artículo 12.
- b) Los que estén urbanizados.
- c) Los que, aún sin urbanizar, se hallaren enclavados en sectores para los que ya existiere aprobado Plan parcial de ordenación

El artículo 8, al referirse a los planes provinciales, dispone que forman parte del mismo «las normas urbanísticas para la defensa de las comunicaciones (apartado e); el artículo 9, sobre planes generales de ordenación municipal o comarcal, descende un poco más y exige que en ellos se determine el «trazado y características de la red general de comunicaciones e indicación de las que se hayan de conservar, modificar o crear», y el artículo 10, al referirse a los planes parciales, exige que contengan el «señalamiento de alineaciones, nivelaciones y características de las vías y plazas que se deban conservar, modificar o crear» (párrafo 1, apartado b). El artículo 65 de la Ley especial del Municipio de Madrid dispone: «Los planes parciales determinarán obligatoriamente los parques, jardines, zonas de aparcamiento y, en general, los espacios libres al servicio de cada sector de acuerdo con la proporción mínima establecida en el apartado g), del párrafo 1, del artículo 3º de la Ley del Suelo y sin necesidad de que estén previstos en el Plan general». En idéntico sentido, el artículo 49 de la Ley especial de Barcelona.

En el sistema de la Ley del Suelo los propietarios deberán ceder gratuitamente los viales, en justa compensación a los beneficios que la ejecución de la urbanización habrá de reportarles (arts. 114, 116 y 129 de la Ley del Suelo) (1).

(1) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 399.

De las especialidades que ofrece el régimen jurídico de los viales, dos sentencias recientes se refieren concretamente a dos aspectos: su sujeción al arbitrio de plusvalía y su justiprecio a efectos expropiatorios.

II. ARBITRIO DE PLUSVALÍA

1. *Sujeción al arbitrio.*

En principio, están sujetos al arbitrio todos los terrenos situados dentro del término del Municipio, con las excepciones previstas en el artículo 510 de la Ley de régimen local. A tenor de este precepto, están exentos del arbitrio los terrenos en los que concurren estas dos circunstancias (2):

- a) Estar destinados a explotación agrícola, forestal, ganadera o minera.
- b) Además, que no tengan la consideración de solares.

Basta que falte uno de estos requisitos para que no sea admisible la excepción, y el terreno se sujete al arbitrio.

Según un elemental principio de hermenéutica, cuando gramaticalmente los términos de un precepto no ofrecen dudas, no cabe acudir a otro procedimiento de interpretación.

Pero, además, es que cuando se trata de normas tributarias, el principio tiene especial aplicación. Pues es de sobra sabido que en materia tributaria rige el principio literalista. De modo que:

— No se aplica un arbitrio a supuestos distintos de los contemplados por el legislador.

— Ni exenciones o bonificaciones no previstas.

Por tanto, el problema está en si los viales excluidos encajan en la excepción.

Es evidente que los viales no son solares (los solares son otra modalidad de suelo urbano, según el artículo 63, párrafo 2, de la Ley del Suelo), pero no son terrenos destinados a una explotación agrícola, forestal, ganadera o minera. Por lo que, a tenor de una interpretación gramatical, no pueden considerarse exentos.

A primera vista parece absurdo que un terreno destinado a vial pueda estar sujeto a un arbitrio municipal, concretamente el arbitrio de plusvalía. Y, efectivamente, lo es. Cuando un terreno *es vial* no puede estar sujeto al arbitrio. Pero tampoco puede ser objeto de transmisión que pueda determinar la obligación de contribuir. Lo absurdo es que un particular venda a otro un terreno que tenga la consideración de vial.

De aquí que el problema radique en determinar en qué momento un terreno ya es vial, a efectos de arbitrio. Esto nos permitirá enjuiciar la jurisprudencia sobre el tema.

(2) COSTAFREDA: *Plusvalía y tasa de equivalencia*, Barcelona, 1962, págs. 10-16; RODRÍGUEZ MORO: *Impuesto municipal de plusvalía*, Madrid, 1965, págs. 30-43; GONZÁLEZ PÉREZ: *La excepción del arbitrio de plusvalía de los terrenos afectos a explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o mineras*, en «El Consultor de los Ayuntamientos», 1967, págs. 629 y 55.

2. *El proceso para la constitución de un vial.*

Cuando un terreno está previsto en un Plan general para calle, no quiere decir que sea calle. Ni que llegue a serlo realmente. Falta nada menos que:

- Plan parcial.
- Proyecto de urbanización.
- Ejecución de la urbanización.
- Cesión de viales.

Por ello ese terreno que se prevé para viales en un Plan general, todavía no lo es. Está en el tráfico jurídico. Tan esta, que es objeto de compraventa, de donación, de sucesión *mortis causa*.

Y cuando se vende, se fija un precio a la totalidad de la finca. No se vende sólo una parte, a la que se fija un precio, y se excluye la otra. Se vende todo.

Luego puede no llegar nunca a vial el terreno que así está clasificado en un Plan general de ordenación urbana.

En la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo existen dos sentencias que no son contradictorias, sino que se complementan. La sentencia de 26 de junio de 1965 (Aranzadi, núm. 3618), que declara que no hay que deducir el terreno destinado a viajes (que reitera la doctrina de la sentencia de 10 de diciembre de 1956). Y la sentencia de 11 de julio de 1966 (Aranzadi, número 3493), que declara que sí hay que deducir el terreno vial.

Sin embargo, no existe contradicción.

La primera de dichas sentencias contempla el supuesto de terreno que, aún cuando estaba ya ordenado por un Plan, que destinaba a viales una parte, no existía todavía *proyecto de urbanización definitivamente aprobado*. Estaba aprobado inicialmente. Y dice: «El legislador no atiende a las intenciones de los adquirentes de esos terrenos, sino a la condición jurídica que dichos terrenos tengan en el momento de su transmisión, que es aquél en que el devengo del arbitrio principia».

La segunda sentencia, por el contrario, contempla el supuesto en que ya existía proyecto de urbanización aprobado.

3. *La sentencia de 11 de noviembre de 1969.*

Esta sentencia, de que fue ponente don Fernando Roldán Martínez, sentó la siguiente doctrina en su primer Considerando: «Que aún siendo evidente que la condición de solar sea inoperante para la procedencia de la imposición del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos, ya que este arbitrio grava, con independencia de la calificación que merezcan con arreglo a la Ley del Suelo, a todos los terrenos sitos dentro del término municipal, por el aumento de valor experimentado en el tiempo que media entre una transmisión y la anterior, rescatando las plusvalías originadas por causas ajenas al esfuerzo o trabajo de sus propietarios, con excepción de aquellos dedicados a unas determinadas explotaciones que el legislador no ha querido expresamente someter a este tributo, pero no es menos evidente que cuando por la propia actuación municipal en su actividad urbanística afecta determinada superficie o franja de terreno, por cesión gratuita, para ser destinada a calle, tal destino vial lo corriente en un bien de dominio y uso público municipal desapareciendo por

esta causa el objeto de este arbitrio que consiste en el incremento del valor, que es de apreciar no existe en relación a los 505,036 m/2 de terreno objeto de discusión por acreditarse del informe del Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Palencia ser esa la extensión de terreno de la demandada que está destinada a vía pública en virtud del Plan de ordenación y alineaciones vigente desde 1889, sin necesidad de que se apruebe un Plan parcial ni Proyecto de urbanización por figurar ya hecha la alineación de la calle nueva en el Plan general de ordenación y urbanización de Palencia, por lo que el supuesto que aquí se contempla es análogo al que fue resuelto por esta misma Sala en sentencia de 11 de julio de 1966 por ser equivalente a la existencia de un Proyecto de urbanización aprobado, aquellos casos en que como el presente esta última fase sea innecesaria por haberse efectuado en el Plan de ordenación vigente, por lo que habiendo sido apreciados correctamente por la Sala de instancia los hechos y los preceptos atinentes al caso de autos, procede la desestimación de la apelación y que sea confirmada en todas sus partes la sentencia recurrida por estar ajustada a Derecho».

III. JUSTIPRECIO DE TERRENOS DESTINADOS A VIALES

1. *El artículo 90 de la Ley del Suelo.*

El artículo 90, párrafo 1, apartado b), de la Ley del Suelo, dispone que se tasarán con arreglo al valor inicial *los viales*. Esta norma supone la existencia de terrenos con aquél destino que hayan de ser expropiados, ya que carece de sentido respecto de los de cesión obligatoria. Se aplicará, por tanto, respecto de aquellos terrenos que hubieren de ser cedidos, pero que superan el porcentaje en que, según los casos, la cesión es gratuita. Así, sentencias de 15 de enero y 26 de febrero de 1966.

El precepto tiene una excepción: la del artículo 97, es decir, cuando hubiesen de valorarse terrenos destinados a viales o a parques y jardines a efectos de reparcelación o a los sustitutivos de indemnización (3).

2. *La jurisprudencia.*

La jurisprudencia dictada en aplicación del precepto citado no ha dudado en aplicar a los viales el valor inicial. Así, una sentencia de 13 de noviembre de 1967 sienta la siguiente doctrina: «Que el valor inicial que a los viales corresponde, a tenor del artículo 90 de la Ley sobre régimen del suelo, es el de 20 pesetas el metro cuadrado, según se consigna en el folio 2 del expediente del Jurado, por lo que los 182,42 metros cuadrados objeto de expropiación, incluido el premio de afección, arrojan cantidad ligeramente inferior a la de 4.254,40 pesetas, que se consigna en la hoja de aprecio de la Administración Municipal expropiante, y esto hace que deba prevalecer el resultado de dicha hoja, reproducido, por otra parte, en la súplica de la demanda, y el mismo argumento del carácter vinculante que para el Jurado de expropiación primero,

(3) *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., pág. 554

y para los Organos Jurisdiccionales después, tienen las cantidades limites establecidas en la pieza administrativa de valoración, obliga a prescindir de la petición adicional sobre la cesión gratuita de la parcela, porque si el Ayuntamiento estimaba procedente imponerla, no debió iniciar expediente de expropiación, pues una vez comenzado esto, se hace inexcusable el cumplimiento del requisito que toda expropiación supone, cual es el de la consiguiente indemnización».

Otra de 17 de diciembre de 1968 se refiere a la «constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, a través de múltiples sentencias que confirman esta inequívoca interpretación, entre otras las sentencias de 4 de marzo y 6 de abril de 1968».

3. *La sentencia de 5 de noviembre de 1969.*

Esta sentencia (de que fue ponente don Pedro Martín de Hijas), en cuanto se aparta de la doctrina jurisprudencial dominante y aplica a unos terrenos destinados a viales valor distinto del inicial, tiene una trascendental importancia.

En efecto, en su único Considerando, establece: «Que en la sentencia recurrida se expresan con todo detalle, los motivos a virtud de los cuales, en atención a las especiales circunstancias del caso que concurren y se ponen de relieve en sus Considerandos, es acertado el criterio de valoración seguido en los acuerdos del Jurado rechazando el valor inicial pretendido por el recurrente, para obtener el valor real de la parcela, así como el error en que se incurre en tales acuerdos aplicando un índice inadecuado, lo que lleva a la conclusión de reducir el precio señalado en los repetidos acuerdos—extremo que no ha sido discutido, por cuanto la apelación del propietario ha sido declarada desierta—, y a virtud de tales fundamentos, como solicitó el Abogado del Estado en el acto de la vista, procede, previa desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, la confirmación de la sentencia recurrida, sin que existan motivos que justifiquen la imposición de costas».

Y la sentencia apelada había, a su vez, sentado los Considerandos siguientes:

Considerando. Que según dichas características de la parcela, el Jurado intuyó con fina percepción la radical injusticia que podía suponer el tasarla por su valor inicial en un expediente dirigido exclusivamente a la apertura de la vía y que afectaba únicamente a aquel terreno privado puesto que de este modo se hacía recaer sobre un solo particular, dícese sobre un solo propietario toda la carga de la cesión del suelo necesario a precio de finca rústica mientras todas las plusvalías derivadas del proyecto se incorporaban a los terrenos próximos; por consiguiente, y pese a que, como viene dicho, no pudiera calificarse anteriormente esa parcela como solar, sino como suelo urbano sin urbanizar, lo que fundamentalmente merece analizarse es si el criterio valorativo del Jurado se ajustó o no a las prescripciones legales; a este efecto conviene recordar que si bien a tenor de los artículos 61 y 70 de la Ley del Suelo (en relación con los 2, 3, 9, 10, 63, 66, 69 y concordantes) es posible afirmar que uno de los principios generales del régimen urbanístico de la propiedad consiste en la consideración de las plusvalías que pertenecían al valor originario del suelo como una consecuencia del planeamiento en función de las posibilidades de aprovechamiento que de él derivan, no resulta menos cierto

que la propia Ley se apoya en otro principio incluso expresamente formulado y es de la distribución equitativa de las cargas de urbanización y sus beneficios (Preámbulo, título I, párrafo 5.º, título III, párrafo 2.º, c) y párrafo 8.º; artículo 3, apartado 2.º, b) y d), apartado 3, b), artículo 70-3: 77-2, b); etcétera; principio este último que resultaría infringido si en el caso de una actuación expropiatoria para la apertura de un vial singularmente dirigida (como es el caso presente) a los terrenos afectados por su trazado la valoración de éstos se tomase aisladamente y, en función de su destino de tales, por aplicación literal de los artículos 85 y 90-1, b), se tomarán por su valor inicial de finca rústica atendiendo exclusivamente a que la afección pública en el Plan la privaba para el futuro de toda posibilidad de aprovechamiento urbanístico; en tal supuesto la consecuencia sería, obviamente, la de hacer recaer la carga de la urbanización (en el aspecto de cesión minusvalorada de parcelas) sobre alguno o algunos de los propietarios para atribuir sus beneficios a los demás, próximos en forma de mayores plusvalías, lo que pugna con el principio expuesto; cierto es también (y el recurrente lo ha alegado) que el propietario afectado tiene la facultad de pedir la reparcelación a tenor del artículo 81 de la Ley y que es éste el medio principal arbitrado por ella de lograr la equitativa distribución de beneficios y cargas de la urbanización, pero no es menos exacto que el dejar en todo caso la aplicación de tal principio supeditada a la solicitud de los afectados, supone arrojar sobre ellos la nueva carga (en el sentido rigurosamente técnico-jurídico) de la incoación del oportuno expediente con todas sus consecuencias y eludir, en cambio, la Administración su obligación de orientar rigurosamente la propia actividad en el sentido adecuado para que aquel principio se cumpla, idea que no constituye simplemente un argumento interpretativo, sino que se apoya en el apartado 4, del artículo 4, del Reglamento de 7 de abril de 1966, según el cual la «reparcelación será preceptiva (es decir, de inexcusable adopción de oficio y no sólo obligatoria) y no podrá aplicarse el sistema de expropiación a una o varias fincas de un polígono o manzana, en perjuicio de determinados propietarios y beneficio de los demás, salvo cuando se halle determinado como sanción », lo que puede significar una prohibición de aplicar la expropiación forzosa exclusivamente a los terrenos destinados a viales cuando, como en este caso, los propietarios de esas parcelas hayan de soportar solos el sacrificio íntegro de su derecho; no obstante, y pese a la irregularidad de este modo de aplicar la potestad expropiatoria, según el antiguo sistema de la Ley de régimen local, sin poner en marcha paralelamente de oficio una reparcelación (u otro sistema de actuación) que probablemente tendría tan sólo efectos económicos por hallarse edificadas las parcelas inmediatas, es lo cierto que aquella actuación administrativa llegó a consumarse sin oposición, y es imposible en este proceso atender a otra cuestión que no sea la del justiprecio, más por esa misma razón debe ser el mismo contemplado con la perspectiva expuesta, puesto que la literal aplicación del criterio de artículo 90-1, b), supondría la violación del principio aludido, aunque hipotéticamente pudiera más tarde corregirse a través de la parcelación a instancia del afectado.

Considerando: Que con esa conclusión es preciso partir de la base de que, ante una actuación expropiatoria como la expuesta, el repetido principio de distribución equitativa de los beneficios y cargas de la urbanización daba en estos casos tener adecuada proyección también en el aspecto del justiprecio, que es donde resultaría infringido con daño exclusivo de los propietarios afectados; y en este punto cobra relieve la consideración de que el Ordenamiento

juridico constituye un todo armónico que, por serlo, postula una aplicación de sus preceptos con criterio unitario y no la fragmentaria y literal de alguno de ellos, con cuya idea rectora es posible advertir: en primer lugar que los artículos 85 y siguientes de la Ley del Suelo, si bien establecen unos criterios de valoración legales que desenvuelven rigurosamente el principio de que los valores de terreno urbano se deben al planeamiento y la actividad urbanizadora, son al mismo tiempo criterios generales a aplicar dentro del sistema propio de dicha Ley cuando la Administración actúa coherente y completamente en su propio ámbito, pero no prescripciones que puedan tomarse siempre de modo aislado y singular respecto de actuaciones expropiatorias concebidas al margen de aquel sistema, y por otra parte, que si el régimen general expropiatorio establecido por la Ley de 16 de diciembre de 1954 instrumenta la cuantía de la indemnización como equivalente económico del sacrificio patrimonial impuesto según el principio del precio justo (capítulo XXX, en su rúbrica y la formulación de sus preceptos), este principio informa también la Ley del Suelo, y no sólo a través del antes aludido de la equitativa distribución, sino en los propios preceptos reguladores de los criterios valorativos.

Considerando: Que en cuanto a este último, es fácil advertir que la Ley del Suelo se limita a establecer unas normas según las cuales el precio justo será el resultante de la efectiva incorporación al patrimonio de los propietarios de terrenos de las plusvalías derivadas del planteamiento y la urbanización, criterio que no es rigurosamente aplicado más que en el caso de suelo efectivamente rústico (artículo 90-1) ya que en los demás los artículos 91, 92 y 93 tienen en cuenta, como determinantes del valor expectante, urbanístico y comercial, circunstancias ajenas al Plan, pero que en la realidad han determinado plusvalías urbanísticas que, con anterioridad al mismo, ya estaban efectivamente incorporadas al valor de los terrenos (los cuales puedan provenir de la vigencia de plan anterior, de la proximidad a la zona urbana, situación interior al casco, y hasta de ciertas actuaciones irregulares; para comprobarlo, basta confrontar los diferentes apartados de esos artículos), de aquí que, cuando se trata de interpretar el apartado b) del artículo 90-1 salta a la vista que la razón de aplicar el valor inicial de finca rústica a los terrenos destinados a viales, parques y jardines, que no es otra que la de que el Plan al atribuirles ese fin los ha privado de toda posibilidad de aprovechamiento urbano y, por tanto, de toda plusvalía para el futuro, no es rigurosamente cierta más que en el caso de que dicho Plan se haya formulado por primera vez respecto de terrenos que hasta entonces no podían tener otra consideración, pero quiebra cuando antes del mismo ya existían plusvalías urbanísticas, y en este sentido tal precepto no solamente se opone al del artículo 93-1, a), sino a todos los de los artículos 91 y 92, puesto que lo que en modo alguno puede tener la formulación del Plan es un efecto confirmatorio con respecto a valores ya existentes y que la propia Ley respeta, sin perjuicio, naturalmente, de su decisiva virtualidad en orden a determinar la ordenación y posibilidades de utilización de los terrenos; ello demuestra el aserto del Considerando anterior, o con el de que los criterios de valoración de esta Ley constituyen normas generales a aplicar dentro de su régimen de actuación atemperándolas a la efectiva eficacia del principio de distribución equitativa de las cargas y beneficios, es decir, no criterios singulares que en todo caso determinan el valor de tasación de un concreto terreno afectado por una expropiación, sino criterios de medida que, según los distintos sistemas de actuación sirven para fijar el valor de los bienes pero sin que ello signifique que siempre sea con el precio concreto a

abonar como equivalente del sacrificio impuesto por la expropiación, ya que éste vendrá determinado, para cada propietario en particular, por los efectos de una reparcelación que, en algún supuesto, llega a ser preceptiva como se dijo, y puede tener efectos exclusivamente económicos (la única diferencia es que parte del valor será abonado por los beneficiados), dicese (será abonado o compensado por los beneficiados), interpretación que se comprueba al advertir, que, si el artículo 90-1, b) como criterio genérico señala el valor inicial para los terrenos destinados a viales, no es este el único de la Ley, puesto que el 97, ya en relación concreta con la conversión del derecho de propiedad, señala como valor, y el 67-3, a), en general, y en especial los 114-1, 113-1 y 129-1 se refieren, en cambio, a la obligación de cesión gratuita de los viales, lo cual puso una vez más de relieve el simple carácter de genérico criterio límite del 90-1, b), por una parte, y, por otra, que cuando la Administración, actuando al margen de los sistemas de la propia Ley que postulan y permiten su aplicación de aquel modo, están singularmente para expropiar tan sólo los terrenos destinados a vial a fin de lograr su apertura y ello tiene lugar respecto de unos propietarios sin afectar en proporcional medida a los demás, solamente esta actuación no puede originar la privación a los afectados de las plusvalías ya anteriormente incorporadas; por tanto, los principios expuestos obligan entonces a indemnizar, no según la calificación de vial que el Plan que se aplique otorga, sino por el justo valor alcanzado antes por el terreno afectado en virtud de las expectativas urbanas ya efectivamente incorporadas; lo cual es coherente con el sistema general de la Ley, puesto que una cosa es la privación o limitación de facultades de aprovechamiento urbano para el futuro (función normal del Plan) y otra distinta el sacrificio de la titularidad de terreno al precio resultante de la ablación de esas expectativas, y de aquí que, en cuanto a aquella limitación en el aprovechamiento pueda dejarse al arbitrio del particular el promover la distribución de cargas mediante la reparcelación, mientras que si la Administración actúa directamente para expropiar deba reparcelar de oficio para que la contraprestación sea justa o bien, si omite esa actuación preceptiva, esté obligada a tasar el terreno singular por el precio justo: de ahí también la presente incompatibilidad entre reparcelación y expropiación establecida por el antes citado artículo 4-4 del Reglamento de parcelaciones.

Considerando: Que en este caso, careciendo la parcela afectada según se vio del carácter legal de solar, no podía, evidentemente, ser tasada según el valor comercial, únicamente aplicable a solares, según el artículo 93, más por hallarse situada en el casco con anterioridad al Plan que se ejecuta, es también obvio que su valor justo al aprobarse al mismo era ya valor urbanístico a tenor del artículo 92-1 a) en relación con el 63, 1, a), o, al menos, valor expectante según el 91 y, por consiguiente, al hacerse objeto la misma de expropiación singular para apertura de la Avenida, afectando exclusivamente a su propietario y sin considerar otro modo de compensarle este gravamen, debe la Administración indemnizar en su justo valor, o sea, uno de aquellos, sin perjuicio de las ulteriores disposiciones que pueda aceptar para redistribuir la diferencia; la dificultad estriba, sin embargo, en que (tal como se alegó en la vista) no existen aprobados en el Puerto de la Cruz los índices municipales de valoración del suelo, no obstante, lo prescrito en el artículo 2 (e incluso el 3) de la Ley de 21 de julio de 1962, ni tampoco se ha traído el expediente constancia respecto de los datos necesarios que, a tenor del Decreto de 21 de agosto de 1956 (anexo de coeficientes de valoración urbanística) podrían servir para

determinar los elementos valorativos de los artículos 87 y 88 de la Ley del Suelo; estas omisiones que acaso en algún supuesto podrían determinar una anulación formal (ya que en rigor impiden de modo absoluto aplicar los criterios legales de valoración constituyendo en el fondo una falta de la hoja de aprecio productora de indefensión) y que, indudablemente, hubieran justificado decisiones del Jurado encaminadas a la taida de aquellos datos, pueden, no obstante, llegar a analizar la decisión valorativa de éste, desde el punto de vista de los extremos expuestos, pues de estimarse ponderada, según los mismos con los solos datos tenidos en cuenta, un elemental principio de economía procesal induciría a decidir el fondo evitando una nulidad basada en motivos formales, siempre dilataria y perjudicial para los dos intereses en juego, criterio que, por otra parte, halla apoyo jurisprudencial en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1963 (Sala quinta), según la cual «al no ser posible aplicar con aciertos los criterios establecidos por la Ley del Suelo, en relación con el Decreto de 21 de agosto de 1956, es preciso acudir a la Ley de Expropiación..., pues ambas tienen como finalidad esencial obtener un precio justo y real respecto a las fincas expropiadas, y al no poderse obtener..., tal precio atendiendo a los criterios establecidos en la Ley del Suelo debe acudirse a la Ley de Expropiación.

Considerando: Que en dicha línea, el Jurado en este caso (sin recurrir al artículo 43 de la Ley de Expropiación) aplicó simplemente el criterio del 38-1, tasando la parcela estrictamente en el valor asignado por la Corporación a efectos del arbitrio de plusvalía aumentado en su 10 por 100, o sea, en total, a razón de 440 pesetas metro cuadrado, según los índices aprobados para aquella zona, tal como resultaba de la certificación recabada al respecto; cierto es que, como se dijo, el terreno no merece la calificación de solar a efectos de la legislación urbanística, pero lo es igualmente que la Ley de Expropiación, no utiliza el término en ese estricto significado como lo prueba el hecho de no existir en ella valoración intermedia entre la de solar y la de finca rústica (artículos 38 y 39) y hacer referencia a un tributo (el arbitrio de plusvalía), que según el artículo 510 de la Ley de Régimen Local, no grava solamente solares en la acepción restringida; por consiguiente, y dados los términos en que el Jurado fundamentó su decisión, tanto en el acuerdo primitivo, como al desestimar el recurso es fácil advertir que, en realidad, trataba de instrumentar la argumentación sobre un principio general de justicia que impedía tasar el terreno por el valor inicial, dadas sus circunstancias, y con esa idea, ante la falta de otros datos en el expediente de los que poder inferir el valor expectante y urbanístico, adoptó precisamente la misma valoración atribuida por el Municipio a los terrenos expropiados a efectos del arbitrio de plusvalía, consciente, sin embargo, al hacerlo de que aquella no representaba el valor real en venta o valor comercial, sino otro mucho más bajo y no sólo por ser ello un hecho sabido, sino porque el Jurado, en su actuación como órgano pericial tiene fundadas razones para conocerlo y aún más, porque la propia jurisprudencia reiteradamente ha afirmado la falta de proporción de estos índices con los valores reales (sentencia de 6 de octubre de 1959), los cuales suelen desbordarlos rápida y ampliamente por motivos urbanísticos (sentencia de 30 de enero de 1960) o que el justiprecio, de finarse según aquellos índices, sería notoriamente inferior al valor real de la finca (sentencia de 14 de octubre de 1960), de aquí que la estimación del Jurado deba tomarse en el exacto sentido derivado de todos los argumentos que la apoyan, es decir, no como aplicación del criterio basado en el valor en venta como solar de la

parcela afectada, que es el que pugnaría con el artículo 93-1 de la Ley del Suelo, sino como una estimación conscientemente inferior, en mucho, al valor comercial que, ante la ausencia de otros datos que competía proporcionar a la propia Corporación expropiante, puede ser tomada como representativa del valor justo de aquélla, según los criterios del valor expectante o comercial de la propia Ley del Suelo; en consecuencia, es procedente declarar que la misma se ajusta a Derecho, puesto que constituyó el único medio lícito y posible para evitar la infracción de los principios de distribución de cargas y del pago del justo precio al expropiado que antes se han citado, como base de esta argumentación.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS.

23. *NACIMIENTO DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA. COPROPIEDAD DE BUQUES DE NUEVA CONSTRUCCION NO HIPOTECADOS: La escritura de entrega determina la transmisión de propiedad y el nacimiento de la comunidad sujeta al gravamen* (RESOLUCIÓN DE 27 DE FEBRERO DE 1969).

A) *Hechos.*—Con fecha 2 de julio de 1965 fue presentada en la Abogacía del Estado de Vigo, escritura de declaración de propiedad y entrega del buque «Roque del Oeste», en la que se hacía constar: «Que la construcción del buque se solicitó el 21 de marzo de 1963, siendo autorizada por acuerdo de la Subsecretaría de la Marina Mercante, y que el 25 de marzo de 1965, se certificó por la Empresa constructora, haberse terminado la construcción del casco y la instalación del equipo propulsor y demás elementos auxiliares», manifestándose asimismo que la propiedad del buque correspondía por mitad y «pro indiviso» a don F. C. R. y don M. R. F.

Se giró liquidación por el concepto de Sociedades al 1,70 por 100 sobre la base del valor comprobado del buque, y contra ella se promovió reclamación fundada en la inaplicación al caso de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, pues la adquisición en común y consiguiente constitución de copropiedad sobre el buque a que la escritura hacía referencia, tuvo lugar con notable antelación al formalizarse en su día el contrato de construcción, de modo que la escritura de entrega otorgada con posterioridad era la simple formalización de un derecho de propiedad ya existente.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación por entender que el acto gravado por la Oficina liquidadora no era la comunidad de derechos nacida del contrato de construcción, sino la «copropiedad del buque», que sólo puede nacer con la entrega. Declaró asimismo no aplicable la exención reconocida a los buques de pesca por el artículo 19 del Reglamento de 1959, porque el artículo 155, apartado 20, de la Ley de Reforma Tributaria, habla simplemente

de «copropiedad de buques» sin distinción alguna, por razón de sus ulteriores fines comerciales. Este fallo es confirmado por el Central en base a la doctrina siguiente:

B) *Doctrina*.—Que para inscribir la propiedad de un buque de nueva construcción a favor del adquirente del mismo, cuando sea persona distinta del constructor, y se trate de buque no hipotecado, es requisito necesario la escritura pública de su entrega, una vez terminado, que constituye el título de propiedad inscribible, carácter que en modo alguno se puede atribuir al contrato privado de construcción, limitado en sus efectos como su propia denominación expresa y pone de relieve su contenido, a regular la forma, plazos y demás condiciones en que aquélla hubiera de realizarse, pero sin virtualidad como título formal de la propiedad del buque.

Que de la escritura presentada a liquidación claramente se deduce que la misma no constituye una simple ratificación del contrato de construcción, sino que en virtud de las declaraciones de las partes en orden a la entrega del buque, inexistencia de cargas y gravámenes, pago del precio y demás circunstancias exigidas por el artículo 152 del Reglamento del Registro Mercantil, constituye el documento público justificativo de la transmisión de la propiedad y consiguiente inscripción registral, con efectos jurídicos propios a los del contrato.

Que operada, por tanto, la adquisición en la misma fecha del otorgamiento de la escritura, es en este momento cuando hay que estimar nacida o constituida legalmente la comunidad sobre la que se exige el gravamen, lo que hace evidente la aplicación de los preceptos de la Ley de Reforma del Sistema Tributario, invocados por la Oficina de gestión y la procedencia de la liquidación *grada*.

El tema debatido en la presente Resolución ofrece dos cuestiones: Una, primera, consistente en fijar el momento en que nace el supuesto de hecho que motiva el acto tributario impugnado, esto es: la copropiedad o comunidad sobre el buque. ¿Es por virtud del contrato de construcción o de la escritura de entrega? Si en nuestro Derecho la propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición y el otorgamiento de la escritura, equivale, generalmente, a la entrega de la cosa, parece evidente que la comunidad (que sólo existe cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece «pro indiviso» a varias personas), sólo pudo surgir por el otorgamiento de la escritura de entrega del buque, si de la misma escritura no resultaba o se deducía claramente lo contrario. De otra parte, no cabe olvidar que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular la inscripción en el «Libro de Buques», dispone en su artículo 149, que si la construcción tiene lugar en astillero por contrato de esta clase, se considerará como título de propiedad, la escritura de entrega que deberá otorgar el constructor a favor del dueño. Parece, pues, que es en la fecha de la escritura de entrega cuando se produce ese traspaso de propiedad que en el caso examinado determinó a la vez el nacimiento de un condominio sobre el buque. Bien es cierto que el sistema establecido para los buques en construcción que sean objeto de hipoteca, debilita no poco el argumento expuesto.

El recurrente con el fin de lograr la exención del Impuesto, pone especial énfasis en demostrar que el Derecho de propiedad sobre el buque nace, por el contrato de construcción, con lo que tácitamente está recomiendo que la

escritura de entrega constituye, en todo caso, acto sujeto, y esto es, precisamente, lo que, con el mayor respeto al criterio sentado por el Tribunal Central ofrece a nuestro juicio un margen de duda. En efecto, el artículo 29 de la Ley de 12 de mayo de 1956 concedió durante diez años una reducción del 50 por 100 de los impuestos de Derecho Reales y Timbre para todos los actos y contratos concertados por razón de la construcción de buques en astilleros españoles, y el artículo 18 de la Ley de 23 de diciembre de 1961, estableció la exención total durante el mismo periodo tratándose de buques pesqueros. Creemos que en la frase «todos los actos y contratos» hay que entender incluidas las actas o escrituras de entrega (otorgadas durante el plazo que dure la exención), pues no son otra cosa que el reflejo documental del acto que concluye el proceso de construcción. Corrobora este criterio una interpretación literal del párrafo añadido al artículo 164 de la Ley de Reforma Tributaria, por el Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966 que empieza textualmente: «Las escrituras o actas de entrega de los buques a que se refieren los artículos 29 de la Ley de 12 de mayo de 1956, y el 18 de la Ley de 23 de diciembre 1961...». En realidad estos artículos no «se refieren» expresamente a este tipo de escrituras, pues hablan sólo como hemos visto de «actos y contratos concertados por razón de la construcción», pero el legislador da, por supuesto, que se refieren a ellas. Finalmente, no parece decisivo el argumento de que el artículo 155, número 20, de la Ley de Reforma Tributaria considere como «sociedad» a la copropiedad de buques sin excluir los pesqueros, porque esta norma de carácter general y permanente no se opone a la exención concreta y temporal recogida en la Ley de 1961, cuyo fin es facilitar la construcción naval y proteger la industria pesquera, prueba de ello es lo dispuesto en el apartado 7, del artículo 100; del texto refundido que con referencia a estas escrituras de entrega de buques dispone con carácter especial que sólo tributarán por el número 37 de la Tarifa.

24. **PRESTAMOS OTORGADOS POR ORGANISMOS OFICIALES DE CRÉDITO.** Gozan de exención, tanto su otorgamiento, como el acta que representa el pago de todo o parte de la cantidad prestada (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 1969).

A) *Hechos.*—Mediante acta autorizada por el notario don José-Luis Díez Pastor, la S. A. «Cementos Portland» declaraba haber recibido del Banco de Crédito Industrial la cantidad de 30.000.000 de pesetas, pendiente de entrega de un préstamo de 40.000.000 concedido por dicho Banco, mediante escritura pública de 7 de junio de 1965. Sobre dicha cantidad la Abogacía del Estado giró liquidación por el concepto de Actos Jurídicos Documentados número 38 de la Tarifa al 0,50 por 100, liquidación impugnada por entender la Sociedad reclamante que la Tarifa aplicable al documento que originó el acto tributario no era la señalada con el número 38, sino la que contempla el número 37.

B) *Doctrina.*—Que la cuestión de fondo que plantea el presente expediente es la de determinar, si conforme al texto refundido de la Ley y Tarifas del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 1967, se encuentran sujetas las actas notariales de formalización de entrega de un préstamo otorgado en otra escritura anterior por una Entidad oficial de crédito.

Que si bien el artículo 100 del referido texto refundido, al definir el hecho imponible que motiva la tributación por Actos Documentados, dice en el apartado g) de su número 1, que están sujetas al pago las escrituras, actas y testimonios notariales, añade en su número 2 que: «no estarán sujetos al Impuesto por este título los actos a que se refiere el número anterior cuando lo estén por los Impuestos Generales sobre Sucesiones, sobre el Tráfico de las Empresas o por los títulos primero y segundo de este libro, aunque gocen de exención». Dentro del referido título primero se encuentran sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por el número 4, del artículo 54, la constitución, modificación renovación, prórroga expresa transmisión y extinción de préstamos cualesquiera que sea su naturaleza y clase, y a su vez exentos, por el número 66 de su artículo 65, los préstamos otorgados por las Entidades Oficiales de crédito y su modificación, amortización y extinción; lo que lleva a la conclusión de que el contrato de préstamos concedido por tales Organismos goza, tanto en su otorgamiento, como en el acta que representa el pago de todo o parte de la cantidad prestada, de exención de este Impuesto, bien sea por «Transmisiones Patrimoniales» o «Actos Jurídicos Documentados».

Este segundo Considerando transcrito condensa con mucha claridad, a nuestro juicio, la acertada doctrina que sirve de base al fallo. La oficina gestora entendió, según parece, aplicable el número 6 del artículo 100 del texto refundido, que se refiere a las entregas de dinero de curso legal que constituyan precio de bienes, pago de servicios, créditos, indemnizaciones o deudas, y en contemplación de esta norma giró la liquidación. Pero conforme tiene declarado el Tribunal Central (1), dicha aplicación, no es factible en el supuesto contemplado, debido a dos razones: Primera. Porque según se desprende del artículo 1.740 del Código civil el contrato de préstamos tiene en nuestro Derecho carácter real, se perfecciona por la entrega de la cosa prestada y, por tanto, el acta notarial que dio motivo a la liquidación no era, como exige el citado número 6, «documento notarial independiente del acto o contrato», sino más bien acreditativo de su perfección y constitutivo del mismo. Segunda. Porque el número 18 del artículo 101 del propio texto legal, declara exentos del Impuesto los actos y contratos «en cuyo favor se hayan reconocido exenciones por Leyes especiales», circunstancia que se da en este caso, pues la Ley de 2 de marzo de 1917 declaró exentos de los Impuestos de Derechos Reales y Timbre del Estado, a los contratos de préstamo cuando concurrían las condiciones previstas en ella, y fue precisamente el Banco de Crédito Industrial el encargado de poner en ejecución el servicio de préstamos de anticipos a que se refiere la Ley citada. Esta exención ha sido después confirmada por el artículo 1 del Decreto-Ley de nacionalización de dicho Banco.

(1) Ver Resoluciones de 19 de septiembre y 14 de noviembre de 1968.

25. *DECLARACION DE OBRA NUEVA: No autoriza a presumir la existencia de un contrato mixto de obras con suministro. INAPLICABILIDAD DE DETERMINADAS BONIFICACIONES* (RESOLUCIÓN DE 6 DE MARZO DE 1969).

A) *Hechos*.—Presentada a liquidación una escritura en la que la S. A. «Frigoríficos del Oeste» declaraba determinada obra nueva realizada en una finca de su propiedad, la oficina de gestión estimó la existencia de dos conceptos liquidables: Actos Jurídicos Documentados por el número 38, al 0,50 por 100, y «Contrato mixto», número 2º de la Tarifa, al 4 por 100. Se interpuso reclamación alegando que por Orden del Ministerio de Hacienda de 18 de octubre de 1966, se otorgaron a la citada Empresa determinados beneficios fiscales consistentes, entre otros, en la reducción del 95 por 100 del Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en los términos establecidos por el número 2 del artículo 147 de la Ley de 11 de junio de 1964, dentro de los cuales debe entenderse comprendido el contrato de ejecución de obras que no es otra cosa que la inversión y aportación del capital de la Sociedad a que se refiere el mencionado precepto legal. Igualmente, se alegó que la liquidación del contrato mixto, es decir, la declaración de obra nueva sobre la presunción de existencia de un contrato de ejecución de obras, no se contempla en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y que no pueden practicarse dos liquidaciones por el mismo Impuesto.

B) *Doctrina*.—Que el presente recurso ofrece dos cuestiones diferentes, la primera, si es procedente la bonificación del 95 por 100, postulada por la representación de la Sociedad recurrente, en aplicación de las bonificaciones tributarias citadas; y la segunda, si es procedente la liquidación practicada por el concepto de «contrato mixto».

Que en relación con la primera cuestión y conforme al artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963, no es admisible la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de aplicación de las exenciones o bonificaciones, y la exención del 95 por 100 a que se refiere el artículo 147, número 2, de la Ley de Reforma Tributaria, contempla exclusivamente las aportaciones de bienes realizados a Sociedades que ejercen una industria declarada de preferente interés, a los actos y contratos relativos a empréstitos que emitan, y a los préstamos que concierten; circunstancias que no concurren en una simple declaración de obra nueva.

Que en orden a la segunda cuestión debatida, no existe en el texto refundido vigente, precepto alguno que autorice a practicar una liquidación por el número 2 de la Tarifa, referente a «transmisiones a título oneroso de muebles y semovientes» por el otorgamiento de una escritura de obra nueva en la que, a efectos registrales, se definen nuevamente determinados bienes patrimoniales con especificación de las transformaciones de que han sido objeto, sin que pueda tener explicación alguna el que se estime como causa de este acto tributario la existencia de un contrato mixto de obras con suministro, de una parte, porque no existe precepto que autorice la citada presunción, y de otra, porque aún cuando existiera este contrato no constituye hecho imponible sujeto al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

28. *APROVECHAMIENTOS FORESTALES. DEDUCCION DE GASTOS: Sólo procede la de aquellos que por nacer directamente del contrato disminuyen la renta cuya capitalización determina la base liquidable (RESOLUCIÓN DE 13 DE MARZO DE 1969).*

A) *Hechos.*—Se giró liquidación por Impuesto de Personas Jurídicas sobre los bienes pertenecientes a la denominada «Mancomunidad municipal a Socio de la extinguida Universidad y Tierra de Avila», en la que se incluían dos montes catalogados. Para la comprobación del valor de éstos se empleó el medio ordinario del número 9 del artículo 80 del Reglamento de 1959, y de la cantidad resultante se dedujo únicamente el porcentaje de retención por mejoras a razón de un 10 por 100 en los cuatro primeros años y un 15 por 100, en el último. La Mancomunidad entendió que para determinar el verdadero valor, no bastaba tener en cuenta los ingresos de productos percibidos, sino que de éstos debían deducirse los gastos necesarios para obtenerlos, concretamente la Contribución Territorial y los de Guardería, por lo que explícitamente se pidió la deducción de estos dos conceptos a efecto de la capitalización.

El Tribunal Provincial de Avila desestimó el recurso con base en que los gastos alegados no podían merecer el calificativo de «cargas o gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afecten a los bienes, aparezcan directamente impuestos sobre los mismos, y disminuyan realmente su capital o valor», como exige el artículo 8.º del texto refundido.

El Tribunal Central confirma este fallo en base al razonamiento que seguidamente se transcribe.

B) *Doctrina.*—Que la mecánica de aplicación del medio de comprobación empleado autoriza a deducir únicamente el importe de los gastos y prestaciones a que esté obligado el propietario por el mismo contrato y que en éste aparezcan cifradas, circunstancias que no concurren en lo que se haya abonado por Contribución Territorial y Guardería de los Montes, porque no son obligaciones derivadas del contrato de cesión de los aprovechamientos y sí propios del cedente de éstos.

Esta Resolución viene a confirmar una vez más el criterio reiteradamente sostenido por el Tribunal Central, según el cual para capitalizar el rendimiento promedio de un aprovechamiento forestal en la forma que establece el número 9, del párrafo 2.º, del artículo 80 del Reglamento, sólo procede deducir, además del tanto por ciento retenido para mejoras, «los gastos y prestaciones a que la Entidad propietaria estuviera obligada por razón del contrato origen del aprovechamiento» (Resolución de 5 de febrero de 1965), y ello implica, a sensu contrario, que los gastos de exclusiva incumbencia de la propiedad, ajenos al pacto obligacional, al no disminuir la renta susceptible de producir el aprovechamiento, no pueden deducirse de esta renta a efectos de superior capitalización para fijar la base, y es claro que los gastos cuya rebaja se pretendía eran de esta naturaleza.

Otra Resolución de la misma fecha que la aquí extractada califica así mismo, como no deducibles, los gastos que a la Corporación reclamante había ocasionado la defensa judicial de un monte contra la demanda de reivindicación de parte de él.

27. **GANANCIALES:** *No puede entenderse que la porción exenta es la totalidad del haber líquido de la Sociedad, cuando por renuncia de uno de los partícipes acrece al otro la mitad renunciada* (RESOLUCIÓN DE 13 DE MARZO DE 1969).

A) *Hechos.*—Doña R. S. M falleció bajo testamento en el que instituyó herederos a su esposo y tres hijos habidos del matrimonio. Estos otorgaron escritura pública en la que literalmente expresaban que «renuncian gratuitamente a todos los derechos que les asistan en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de su madre, así como a los que les correspondan por cualquier título o concepto, en la herencia de la misma, de modo que lo que es objeto de éstas renunciaciones, acrezca a quien corresponda conforme a lo dispuesto en los artículos 981 y siguientes del Código Civil y lo declarado por el Centro Directivo de Registros en Resolución de 2 de febrero de 1960; en aquéllos respecto a la herencia, y en ésta respecto a los gananciales».

El viudo otorgó escritura de manifestación y adjudicación de bienes gananciales, en la que con base en la renuncia anteriormente expresada, y la afirmación de que todos los bienes quedados al fallecimiento de su esposa fueron ganados durante su matrimonio, hizo inventario, los valoró y se los adjudicó en pleno dominio.

La Abogacía del Estado declaró exenta la mitad de la base comprobada por el concepto de gananciales y giró liquidación por herencia sobre la mitad restante.

Contra la expresada liquidación se interpuso recurso apoyado en el argumento capital de que «por la renuncia de los herederos del cónyuge premoriente a sus derechos en la sociedad conyugal disuelta, pasan todos los bienes de ésta a constituir el acervo, patrimonio o haber ganancial, correspondiendo por este único concepto al sobreviviente y dando lugar la adjudicación o transmisión de los mismos a su favor a la consiguiente exención fiscal expresada contenida en el artículo 146, número 16 de la Ley de 11 de junio de 1964».

B) *Doctrina.*—Que la exención fiscal que para la parte renunciada pretende el recurso, es improcedente ya que el número 15 del artículo 65 del vigente Texto Refundido de 1967, se refiere a las transmisiones que por causa de la disolución de la sociedad se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales, cuyo haber no es otro, según el artículo 1426 del Código Civil, que la mitad del remanente líquido obtenido previas las deducciones de los artículos 1421, 1422 y 1423 que se adjudica al cónyuge supérstite, sin que pueda entenderse que tal porción exenta, es la totalidad del haber líquido de la sociedad cuando uno de los partícipes renuncia, ya que la otra mitad se adquiere no en pago de su haber, sino por acrecimiento derivado de aquélla renuncia.



LIBROS

Anales de la Academia Matritense del notariado, tomo XVI, Madrid, 1968.

El concepto romano de la propiedad, por D. MAX KASER (pág. 7).

La propiedad romana como forma jurídica que se ha ido llenando de contenido social a lo largo de los tiempos, ofrece fluctuantes vicisitudes históricas. Mediante la creación del llamado "dominium o proprietas" los juristas dieron un contenido fijo al concepto de propiedad, que originariamente era vago e impreciso, pero a la vez lo encerraron en unos límites demasiado estrechos. Por ello, se vieron muy pronto obligados a reconocer al lado de la propiedad quiritaria otras manifestaciones de poderes sobre las cosas que fueron protegidos por "actio in rem". El poseedor de buena fe, que tiene una expectativa a la usucapión, adquiere la "actio Publiciana". Si, además, tiene la cosa "in bonis", entonces se le protege mediante "exceptio o replicatio", incluso contra el propietario quiritario. También se concede una especie de "reivindicatio" al titular del pleno señorío sobre el suelo provincial. Los juristas se muestran preocupados por mantener el rango, que la constitución había asignado al ordenamiento quiritario y temen aplicar el término propiedad a otros casos. En cambio, la opinión popular, que es ajena a las distinciones de los juristas, concibe las otras manifestaciones del poder sobre una cosa, e incluso los varios supuestos de posesión del "ager publicus" como propiedad.

El naufragio del Derecho clásico en las corrientes del Derecho vulgar no deja subsistir prácticamente nada del fino concepto de propiedad de los clásicos que retorna a la idea de propiedad del Derecho primitivo, al tiempo que se rompen las fronteras de ésta tanto frente a la posesión como frente a los derechos reales limitados. Sin embargo, a diferencia de Occidente, JUSTINIANO restaura la clara separación entre propiedad y "possessio" de una parte, y entre propiedad y los derechos reales limitados, de otra. Con esta renovación del concepto clásico de la propiedad en el "Corpus iuris" quedó cerrada la obra histórica de los romanos, que es la que todavía sigue latiendo en los ordenamientos jurídicos continentales.

La fe pública notarial y la interpretación de la Ley, por don ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO (pág. 25).

La exigencia de seguridad jurídica ha hecho surgir al Notario como funcionario que respaldado por la garantía pública de su misión convierte a aquella en posible. Esa indagación de la verdad, que se extiende tanto al derecho como a la realidad de las relaciones jurídicas, obliga no sólo a un conocimiento cabal y exacto del Derecho, sino a una

"sensibilidad" en la percepción del mismo, que se traduce en la contribución notarial a la formación de la conciencia jurídica popular. Todas estas facetas desembocan en el punto central de la función del Notario, en torno a la interpretación de la Ley. Existe similitud entre la función notarial y judicial respecto a la interpretación efectiva de la Ley, con la diferencia de que el Juez dirige la controversia y el Notario afina el acto dándole estructura, sentido, forma y estabilidad, al tiempo que fija su naturaleza y extensión y "titula" a quien acredita el derecho, limitando en consecuencia el margen de la posible controversia judicial que podrá recaer sobre el instrumento en sí, si de su falsedad se trata, o sobre la interpretación de las disposiciones del acto, pero jamás sobre la existencia del acto mismo. El logro adecuado de esta compleja misión interpretativa exige del Notario su vinculación plena a la verdad objetiva y el imperativo ético de actuar de acuerdo con su propia convicción.

Problemas de la empresa pública, por D. JULIO NIEVES BORREGO (pág. 41).

El examen general de la situación actual, en los diversos países, ofrece una numerosa y considerable proliferación de las llamadas empresas públicas, cuyo funcionamiento y alcance plantea una serie de cuestiones, puestas ya de relieve en el informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, sobre el desarrollo económico en España. De entre éstas, destacan, la conveniencia o inconveniencia de que la iniciativa de la actividad estatal —verificada a través de la denominada empresa pública— se dirija a amplios sectores de la economía nacional o sólo a aquellos concretísimos en que la necesidad sea evidente; cual es el control que debe ejercer la Administración sobre las organizaciones pseudoempresariales públicas; el examen de si las organizaciones indicadas cumplen con su primordial misión de ayuda —y no desalientan— a la iniciativa privada; la conveniencia de limitar la iniciativa y misión de las empresas públicas, etc.

La crítica a la personificación pseudoempresarial pública en nuestro Derecho, no puede ser favorable por una serie de razones *positivas*: la empresa pública ataca a principios jurídicos y económicos fundamentales: al derecho de propiedad por la expropiación; al derecho de libertad, con el establecimiento de una serie de cortapisas a la creación de empresas y al funcionamiento de las existentes, con grave riesgo de predeterminación de directrices económicas; lesiona el principio de competencia de mercado legal e igual. Las razones *negativas* se fundamentan: en que no es, como se pretende, la personificación pseudoempresarial pública, un arma de lucha contra el monopolio, sino precisamente un procedimiento que traslada, en su caso, el monopolio existente en las empresas privadas a manos de las llamadas empresas públicas; favorece, en consecuencia, la creación de nuevos monopolios —esta vez de carácter público— al cerrar campos a la competencia privada; no significa una mejora en el rendimiento de la economía de competencia, ni tampoco supone una mejora en la retribución del obrero ni del empresario; sacrifica a su seguridad el principio fundamental del rendimiento, al tiempo que supone la desaparición en el campo de su actividad del principio del interés que es el primordial en la gestión económica; también, desde el punto de los consumidores, éstos pueden ser tan explotados por los altos costos y los altos precios dentro del mecanismo liberal, como por la acumulación de beneficios a través de los mismos medios en un sistema de personificaciones pseudoempresaria-

les públicas; la aparición de la personificación pseudoempresarial pública, supone, por vía indirecta, la desnaturalización de principios administrativos básicos y recientes, como los del establecimiento público, concesión, servicio público y dominio público, y, por vía directa, del concepto de sociedad anónima propio del Derecho privado, eso precindiendo de que la función asignada por el Estado a las llamadas empresas públicas, de dirigir y controlar en cierto modo el sector económico correspondiente, se puede realizar por otros caminos que no supongan importantes lesiones a intereses legítimos. Por lo que respecta, a la cuestión del influjo que ha ejercido la creación de personificaciones pseudoempresariales públicas, como medida de cierta generalidad, sobre la política económica de los Estados, estima el autor, que el sistema conduce, sin ningún género de dudas, a un funesto nacionalismo económico, cuando lo que realmente interesa es precisamente la unificación económica de Europa, logro que se aleja o se puede alejar cada vez más con la vivificación de extremas medidas nacionalistas.

Al lado de las anteriores razones, positivas y negativas, incluye las que desde un punto de vista práctico ofrecen el máximo interés, entre ellas: La de que el examen económico general de los diversos países que han utilizado y utilizan la fórmula de la personificación pseudoempresarial pública demuestra que su utilización no ha producido los efectos económicos deseados, y otra, la de que tal vez el peligro mayor y la razón práctica más contraria, desde el punto de vista económico general, que presentan las llamadas empresas públicas, es el de su desnacionalización o despublicación posible, con el consiguiente problema de tener que arbitrar los recursos económicos pertinentes para devolverlas a la economía general:

Por último, como "soluciones de lege ferenda" acerca de los posibles mecanismos de sustitución de la función que actualmente se ha encomendado a la personificación pseudoempresarial pública, señala: en lo que se refiere al *alcance* que debe concedérseles, su campo debe quedar reducido al mínimo posible, a las gestiones económicas relativas a industrias de defensa militar, y no a todas ellas, sino sólo a aquellos supuestos en que tales industrias revistan un especial secreto por la actividad a realizar. En lo relativo al sector agrícola, la solución no se encuentra en la llamada empresa pública, sino en el sistema de cooperativas, entendidas como agrupación de productores, con la finalidad de eliminar intermediarios entre la producción agrícola y los clientes o consumidores. En cuanto a las restantes ramas económicas, la solución de problemas que se han encomendado a las personificaciones pseudoempresariales de carácter público, se pueden encomendar a las siguientes medidas más racionales y de carácter más económico: 1. Desarrollo de corporaciones financieras —en orden a la apertura del mercado de capitales—; 2. Extensión de las bolsas de Comercio y que éstas funcionen adecuadamente; 3. Creación, desarrollo y expansión de los bancos industriales; y, 4. Como medida de carácter subsidiario parece preferible, desde el punto de vista económico general, sustituir la actuación de las personificaciones pseudoempresariales de carácter público, por las de empresas privadas, ya sea en régimen de subvención, ya por fórmulas concesionales, subvencionadas o no.

El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado, por D. LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (pág. 134).

En el punto de partida de la teoría de la representación—señala DíEZ-PICAZO—, probablemente no hay más que un problema práctico, que consiste en hacer posible una cooperación o una colaboración entre los miembros de una misma comunidad jurídica. Una persona gestiona o tutela asuntos e intereses de otra y con este fin realiza para ella toda una serie de actos y de negocios jurídicos, es decir, se emplea la representación como medio de dinamización de la vida jurídica y de la vida social, pues al lado de la gestión y cuidado de los asuntos de una persona puede hacer surgir situaciones indirectas u oblicuas: representación en interés conjunto del representante y representado; representación en exclusivo interés del representado o en interés de un tercero.

Si bien es cierto que el Derecho romano no conoció esta institución tal como hoy se la concibe, no lo es menos que supo encontrar solución a los problemas prácticos por ella planteados. En este derecho, los efectos de un acto o de un negocio jurídico sólo se producen entre las personas que lo celebran sin que haya nunca un efecto directo entre el “dominus negotii” y el tercero con quien el gestor ha contratado, sino tan solo efecto entre el gestor y el tercero, concediéndosele al “dominus” una acción personal contra el gestor para que éste le atribuya o transmita los resultados obtenidos. De ahí la máxima: “per extraneam personam nemo adquiri potest”, que, sin embargo, ofrece algunas excepciones en Derecho clásico: —adquisiciones de los siervos y de los “filii”; supuestos de las llamadas “actio in ius” y “actio exercitoria”; y la representación “in adquirenda possessione”.

La quiebra de la anterior regla se produce por el derecho canónico donde ya en las disposiciones de los Papas surge el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos; sin embargo, la reelaboración completa de la representación no tiene lugar hasta que los juristas alemanes acometen su estudio en el siglo XIX, plasmándose en el Código civil alemán.

Los pilares básicos de esta doctrina clásica de la representación son los siguientes:

— La representación es la conclusión de un negocio jurídico por medio de otra persona que actúa en nombre del representado, y de manera tal que los efectos jurídicos se producen siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante.

— Para que exista representación basta éste actuar del representante en nombre del representado; sin embargo, para la eficacia directa de la gestión representativa se precisa o un previo poder de representación o una posterior ratificación del “dominus negotii”.

— La irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa.

De esta doctrina clásica se deriva a su vez la distinción entre mandato y poder y el dogma de la abstracción de este último. El acto jurídico de concesión o de otorgamiento de un poder de representación, “apoderamiento”, es un negocio jurídico unilateral y recepticio, independiente de la relación jurídica que le da origen y fundamento, por lo que puede calificarse como un negocio abstracto. Existen, en definitiva, dos negocios jurídicos—mandato y poder—que tienen diferentes presupuestos, diferente contenido y distintos efectos.

Realiza a continuación Díez-Picazo, una revisión de los anteriores postulados de la doctrina clásica, señalando, en primer lugar, que la representación no se limita a ser un capítulo en la teoría general del negocio jurídico, por lo que no puede definirse como conclusión de un negocio jurídico o emisión de una declaración de voluntad por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociales, y que trasciende al Derecho privado, situándose como un supraconcepto en la teoría general del Derecho. Pero, aun limitándonos al Derecho privado y, dentro de él, al negocio jurídico, la representación no puede ser definida como un actuar en nombre ajeno. La verdadera esencia del acto en nombre ajeno radica en la concorde voluntad de los autores del negocio acerca de la inmediata eficacia del acto que realizan; de donde se desprende, que la esencia de la representación no está ya en la forma de actuar de las partes, sino en la forma de producción del efecto jurídico. Es también criticable la doctrina clásica en cuanto sostiene que sólo la representación directa es verdadera representación, ya que más que hablar de representación directa e indirecta, habría que precisar que una actuación representativa produce en unos casos efectos directos, en otros casos unos efectos indirectos y en otros, finalmente, unos efectos mixtos.

De igual modo, la cuestión de la independencia y separación total entre negocio de concesión de poder y negocio representativo ha sido fuertemente criticada, siendo el punto más debatido el de la abstracción e independencia del poder, o sea, el decidir si el apoderamiento puede o no ser rigurosamente definido como un negocio abstracto, esto es, como un negocio totalmente desligado de la relación básica e independiente por completo de las vicisitudes de esta relación. Admitido el carácter abstracto del apoderamiento, habría que sostener que este surte todos sus efectos cualquiera que sean las particularidades de la relación subyacente, de tal modo que el apoderamiento sería eficaz aunque careciera de causa. Este problema de la independencia entre el apoderamiento y el negocio causal o subyacente reviste un cariz completamente distinto según se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado o desde el ángulo de las relaciones de ambos con tercera persona. En el primer aspecto es evidente el carácter causal del apoderamiento, planteándose el problema desde el punto de vista de las relaciones con los terceros, en donde la seguridad del tráfico y el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, exigen que los terceros que contratan con el apoderado puedan confiar exclusivamente en el contenido externo y formal del negocio de apoderamiento, siempre que dichos terceros actúen de buena fe.

En suma, para establecer un concepto riguroso de representación es necesario enfrentarse a una serie de problemas básicos, de cuya solución dependerá aquél. De ellos destaca en primer lugar el de si la representación indirecta forma o no parte de dicha institución.

Existe representación indirecta cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera que es él quien queda directamente vinculado por el contrato, de donde se desprende que es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del contrato celebrado con el tercero, teniendo únicamente una posterior obligación de transmitir al principal los derechos adquiridos y una facultad de exigir que éste le resarza de las obligaciones o desembolsos realizados. Esta representación indirecta recogida por los artículos 1.717 del Código civil y 246 del Código de Comercio, no cabe aislarla de la teoría de la representación, ya que la estructura interna del supuesto, la relación representativa, es en ambos

casos la misma y sale a la luz para derivar unos efectos que se producen directamente entre el tercero y el "dominus negotii". Se sigue de ello que si bien existen dos modalidades del "agere" representativo—"proprio" y "alieno nomine"—y dos formas de producción de los efectos—directos e indirectos—, ambos planos no pueden unirse. Caben así un "agere nomine proprio" con efectos directos; un "agere nomine proprio" con efectos indirectos, que es la regla general de los artículos 1.717 C. c. y 246 C. Co.; un "agere nomine alieno" con efectos directos, que se producirá siempre que exista un poder de representación suficiente o una ratificación, y un "agere nomine alieno" con efectos indirectos. Todo ello autoriza, a juicio de Díez-Picazo, para situar la representación indirecta dentro de la teoría de la representación.

Un segundo problema consiste en decidir si la teoría de la representación debe englobar dos especies distintas de una institución única—representación voluntaria y legal—o si, por el contrario, se trata de dos instituciones sustancialmente diversas de las que hay que incluir únicamente a la representación voluntaria dentro de la teoría de la representación.

Aunque las diferencias que existen entre ambas figuras son evidentes y numerosas tanto en orden a sus presupuestos, modo de funcionamiento y efectos, ello no autoriza a romper con la doctrina tradicional que sitúa a la representación legal en el seno de la teoría general de la representación, en atención, sobre todo, a que en ambas hay una persona—el representante— que gestiona o tutela los asuntos y los intereses de otra, y en ambos casos es posible que esa actuación de gestión del representante produzca sus efectos de una manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado, ello prescindiendo de que la separación de la representación legal de la teoría general de la representación obligaría a construir una figura jurídica autónoma, para englobar en ella todos estos casos de poder de configuración de la esfera jurídica de un incapacitado o de un inhabilitado para regir su patrimonio—lo que se ha propuesto en la doctrina bajo el nombre de "oficio de derecho privado".

Otro de los pilares de la doctrina tradicional sobre la representación consiste en el dogma de la irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa. Según esta tradicional doctrina son posibles tanto una representación en interés del representado, como en interés del representante, e igualmente una representación en interés de un tercero distinto de aquéllos, así como una representación donde confluyan al mismo tiempo varios de estos posibles intereses: representación en interés conjunto de representante y representado, o de representado y un tercero. De ellas, la llamada representación en interés del representante y la que se produce en interés de un tercero deben quedar fuera de la teoría de la representación, ya que ambas modalidades entrañan la utilización de una vía indirecta u oblicua, cuya realización podrá darse bien por medio de un mecanismo de simulación relativa o bien mediante un mecanismo fiduciario al cual el poder de representación sirve de cauce o de contrapeso.

Finalmente, es también necesario para construir un concepto riguroso de representación el matizar la distinción entre representante y nuncio o mensajero, diferenciación que a juicio de Díez-Picazo reviste escasa utilidad práctica dado que todo nuncio estará ligado con el "dominus negotii" por una relación jurídica idéntica a la que surge de la representación, sin que sea posible establecer diferencia alguna, ya que incluso en materia de capacidad las consecuencias de la intervención de

un nuncio incapaz no son distintas de las que se producen por la intervención de un representante incapaz.

Todo lo expuesto anteriormente conduce a la indagación de cuáles son las notas diferenciales que deben entrar a formar el concepto de representación. Para la mayor parte de la doctrina, *la idea de actuación en nombre de otro* constituye la sustancia del fenómeno representativo; no obstante, a juicio de Díez-Picazo, esta conclusión no es aceptable si se admite la representación indirecta. Tampoco es plenamente satisfactoria *la idea de la eficacia para tercero*, pues no distingue la representación de todas aquellas hipótesis en que un negocio jurídico produce efectos para terceras personas, ni explica el supuesto de la representación sin poder, cuya eficacia no es directa, sino diferida y condicional. *La idea de sustitución en la actividad jurídica* en cuanto expresa el hecho de colocarse una persona en el lugar que otra debía ocupar, no está perfilada por la doctrina, ya que su amplio carácter, y en ello estriba su dificultad, permite situar bajo el ángulo de la sustitución todos aquellos casos en los cuales una persona, en virtud de una excepcional autorización legal, ejercita en nombre propio derechos ajenos—acción subrogatoria; reclamación por el usufructuario que tuviese dada fianza de los créditos que formen parte del usufructo, artículo 507 C. c.; ejercicio por el acreedor pignoraticio de las acciones que competen al dueño de la cosa pignorada.—

Muy próxima a la idea de sustitución se encuentra la de *legitimación*, que permite definir a la representación como la concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que actúe en interés y por cuenta de otra. A esta idea es necesario acudir para explicar la producción de efectos directos del acto del representante en la esfera jurídica del representado, mientras que en los demás casos de representación sin efectos directos para el “dominus negotii”, el recurso a la idea de legitimación no parece necesario ni conveniente.

Recientemente, *la idea de cooperación al acto jurídico de otro y la idea de gestión* han servido para replantear las bases de un concepto de representación. Mediante estas ideas, señala Díez-Picazo, podría llegarse a la conclusión de que la gestión de asuntos ajenos puede dar lugar a dos tipos distintos de actividades: uno, formado por aquellos actos en los cuales el cuidado de los intereses ajenos no exige relacionarse con los terceros; otro, en cambio, probablemente el más frecuente, en el cual esta relación con terceros es necesaria. Pues bien, la representación se encuadra en esta última rúbrica, siendo, por tanto, aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos.

Concepto del fraude civil, por D. JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (pág. 181).

El llamado fraude civil comprende las actividades fraudulentas llevadas a cabo por los deudores—directamente o con la colaboración de otra persona—con el fin de perjudicar el derecho de sus acreedores. Dado el carácter relativo del derecho lesionado, la acción concedida para su defensa comparte dicha relatividad, no pudiéndose ejercitar sino frente a la misma persona donde se puso la confianza que ahora se ve defraudada. Su finalidad no es otra sino la de obtener una indemnización de daños y perjuicios causados que no afecta a la validez del acto llevado a cabo, si, de acuerdo con sus características intrínsecas, reúne los ele-

mentos necesarios para que sea eficaz. Con esta solución, ni se amparan los actos que lesionan las titularidades crediticias, ni se niega la necesidad de establecer reglas y procedimientos rígidos que pongan un límite al libre ejercicio egoísta y carente de escrúpulos, en el mundo de la contratación. Antes, al contrario, se condenan aquéllos enérgicamente y se estima la urgencia de éstos. Para cuyo logro no es preciso desnaturalizar el derecho de crédito, ni transformar los principios de la responsabilidad civil; basta simplemente con reforzar la garantía de los acreedores y aumentar la responsabilidad de los deudores, que son quienes incumplen la obligación libremente contraída.

Usufructo de empresa mercantil, por D. RAMÓN FRAGUAS MASSIP (pág. 231).

Partiendo del examen de la naturaleza jurídica de la empresa, del concepto de empresario y de la institución del usufructo, se enfrenta Fraguas Massip con el problema de precisar el contenido que habrá que atribuir al usufructo de empresa, al que en definitiva considera como un usufructo propio siempre y cuando se parta de la idea de empresa como unidad económica y jurídica cuya identidad se mantiene no obstante la circulación de determinados elementos, bienes y relaciones integrados en la misma. Ahora bien, la cuestión esencial estriba en si el usufructo de empresa implica necesariamente para el usufructuario las facultades de poseerla y gestionarla, llegando el autor a la conclusión de que la especial naturaleza y estructura de la empresa y las características de la actividad gerencial, impiden que el usufructo de empresa suponga como elemento natural la atribución al usufructuario de un poder directo de gestión, ya que a éste le corresponderán, en cuanto al goce y disfrute, posesión y gestión de la empresa, los mismos derechos que al propietario empresario, careciendo en consecuencia de la facultad de gestión personal y directa, pues si el empresario gestiona, no es en cuanto a tal, sino en cuanto a gerente, figura completamente distinta y no necesariamente conectada a la condición de empresario.

Configurado normalmente el usufructo de empresa, como no gerencial, salvo atribución expresa de la gerencia en el título constitutivo, se plantea el problema de determinar quién designa y remueve al gerente y a quién corresponde la revisión y valoración de su actuación. Para Fraguas Massip es indiscutible que el usufructuario de empresa adquiere, por el hecho de serlo, la cualidad de empresario, por ser la persona en cuyo nombre se realiza la explotación, y en cuanto a tal le corresponderán idénticas funciones y facultades que al propietario en orden a la revisión y valoración de la actividad del gerente. Por el contrario, si el usufructo se configura expresamente como gerencial, la entrada en posesión de la empresa por el usufructuario implica la cesación del gerente en funciones, que es sustituido por el usufructuario.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO

Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas,
tomo I, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

En seis tomos de seiscientas y pico de páginas cada uno ha querido la Universidad de Navarra rendir un homenaje de profunda gratitud hacia el profesor CASTÁN TOBEÑAS, quien como —y al decir de monseñor ESCRIVÁ— Presidente de la Asociación de Amigos de esa Universidad, ha sabido mostrar, con sencillez encantadora, que la grandeza de ánimo es patrimonio de los hombres verdaderamente sabios. La ocasión del homenaje brota del hecho de haber cesado en la Presidencia del Tribunal Supremo el ilustre catedrático de Derecho Civil y maestro de muchas generaciones de juristas. De los diversos campos del Derecho, español y extranjero, se reclutan figuras relevantes, que con sus estudios rinden la bandera del homenaje, de la admiración y del afecto a quien “bien se lo merece por el ejemplo de una vida de trabajo fecundo, que resplandece en su monumental obra científica”, según palabras del Gran Canciller de la Universidad de Navarra.

A estas alturas, ya de CASTÁN TOBEÑAS no puede hablarse en presente, hay que hacerlo en pasado. Uno de sus principales discípulos —FRANCISCO BONET RAMÓN— nos da la noticia necrológica de su muerte: “Dios, en sus inescrutables designios, ha venido a poner punto final llevando a don JOSÉ CASTÁN al descanso eterno, pero como justo, según el salmista, quedará en memoria eterna: su justicia permanece para siempre y su triunfo será exaltado con gloria”. Esta recensión, por tanto, tiene casi el carácter de epitafio, pero también de gran homenaje póstumo al que considero maestro de casi todos los juristas del presente. Plégandome a la acertada distinción que hacen FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA en el comienzo de los estudios que comentamos entre “discípulos de CASTÁN” y los “discípulos de el CASTÁN”, me sitúo entre los últimos e invocando ese honroso título afronto esta recensión dedicándosela en recuerdo de su impresionante figura.

Este primer volumen, de tamaño cuarto mayor, recoge un florido ramillete de estudios doctrinales, siendo precedido por un apunte biográfico del profesor CASTÁN confeccionado con temblores emocionales por FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA y rematado con una lista impresionante de las publicaciones realizadas por el profesor homenajeado. Diecinueve autores brindan sus conocimientos en otros tantos artículos especialmente escritos para esta publicación. Se hace difícil una sistematización adecuada de estos trabajos para brindársela al lector: la mayor parte de los autores son españoles, alguno, como RAMÓN DE LA RICA, ya fallecido, pero también están presentes los extranjeros en su versión hispanoamericana, latina y anglosajona. De otra parte los estudios se diversifican afectando a varias ramas del Derecho sin que estén presentes todas. Por todo ello elegiremos una clasificación arbitraria, distinguiendo de una parte entre autores españoles y extranjeros y, de otra, nos atendremos a las materias que estén presentes.

I AUTORES ESPAÑOLES.

A. Trabajos referidos a la persona y obra del profesor CASTÁN.

Respecto de la persona humana del profesor CASTÁN consumen un turno afectivo al comienzo de la publicación FUENMAYOR CHAMPÍN y SANCHO REBULLIDA, que tocan tres puntos claves del perfil humano del ho-

menajeado: un apunte biográfico, los discípulos "de CASTÁN y el CASTÁN y CASTÁN como Presidente no sólo del Tribunal Supremo, sino de otra serie de Instituciones y, fundamentalmente, de la Asociación de Amigos de la Universidad de Navarra.

El contenido de este trabajo no es más que la emocionada exposición de unos hechos que hablan por sí solos para exaltar la figura del que ha sido hasta ahora uno de nuestros más ilustres juristas. De CASTÁN se ha dicho —según cita de los autores— por BONET RAMÓN que nace el 11 de julio de 1889, esto es, en la misma fecha de promulgación de nuestro Código civil vigente, en su segunda edición, siendo dicho profesor el que había de llegar a ser su comentarista y luego "Pontífice Máximo" durante los últimos veinte años. A la semblanza de su figura sigue una relación sistematizada de las publicaciones del ilustre profesor.

Respecto de la obra de CASTÁN, y en la sección de estudios, existen en la publicación que recensiamos dos trabajos notables referidos a los discursos en las aperturas de Tribunales y a una monografía que el profesor publica en el año 1933 en la que intuye todo un nuevo panorama sobre el Derecho Civil. Del primer estudio se encarga ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrado de la Sala 2.^a de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, y del segundo GABRIEL GARCÍA CANTERO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, supernumerario de la Carrera Judicial. En ambos late un sentido reverencial hacia quien, por su obra fue ejemplo de trabajo jurídico.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ profundiza en esa obra que todos los años va formándose en la solemne apertura de los Tribunales que litúrgicamente impone la lectura de un discurso por el Ministro de Justicia, en su defecto por el Presidente del Tribunal Supremo o por el Presidente de Sala más antiguo, cuando esté impedido el del Supremo. CASTÁN—desde los años 1946 a 1967 pronuncia sus discursos en su calidad de Presidente, salvo los de los años 1952 y 1954, que corrieron a cargo de ITURMENDI BAÑALES—. El autor de este estudio confiesa que para un Juez no existe mejor tema literario que el de exposición de las doctrinas, orientaciones y consejos que al comienzo del año judicial pronuncia el primer Juez de la Nación. El trabajo se divide en seis partes que resumen prácticamente todos los discursos inaugurales: a) Justicia y Derecho (donde se recogen las ideas de la Justicia, del Derecho, del sentido jurídico del pueblo español, la idea de equidad y otros puntos); b) Justicia Social (donde en los años 1965 y 66 se precisan estos avances sociales de la Justicia); c) Filosofía Jurídica (la crisis del Derecho, el humanismo, las perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento y las situaciones jurídicas subjetivas); d) Derecho Comparado (sistemas jurídicos y método comparativo); e) Tribunales de Justicia (poder judicial y formulación judicial del Derecho), y f) Instituciones familiares dominicales y sucesorias (la mujer, las instituciones protectoras de la familia, la propiedad y sus problemas y la concepción estructural de la herencia).

GABRIEL GARCÍA CANTERO comenta esa monografía de CASTÁN que allá por el año 1933 ve la luz y que se forma a base de dos conferencias que CASTÁN pronuncia en el ilustre Colegio Notarial de Valencia: hacia un nuevo Derecho Civil. El Derecho español, decía CASTÁN, no está en crisis, es más bien el Derecho emanado de los Parlamentos, el Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales y de aplicaciones casuistas, refidas muchas veces con la verdadera justicia, lo que parece estar en lucha con las exigencias de nuestro tiempo... Tres puntos estudia el autor en su trabajo: la crisis del

Derecho privado, la reconstrucción del Derecho civil y la reforma del Código Civil. El autor concluye cómo CASTÁN intuye muchas de las grandes reformas introducidas en la legislación española y predice las líneas de una evolución que en gran parte ha sido efectivamente seguida.

B. *Derecho Civil.*

a. *Trabajos sobre la parte general del Derecho.*

Cuatro autores y trabajos cabe encuadrarlos en esta parte. Uno de ellos, JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, trata nada menos que del problema filosófico de la encrucijada del Derecho Civil. Los otros tres afrontan problemas que caben en la parte general como en las especialidades que presentan: uno se refiere a la prodigalidad, otro a la mujer casada y el tercero a los religiosos profesos. Los escriben, por el orden citado, TOMÁS OGAYAR AYLLÓN, FRANCISCO PALÁ MEDIANO y FRANCISCO SALINAS QUIJANO.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, catedrático de Derecho y abogado, estudia un problema de actualidad como es el de la importancia y contenido del Derecho Civil. Dice el autor que cuando DOMAT identificó el Derecho Civil con el Derecho privado, precisando su relación existente y su común denominador, sentaba las bases del moderno Derecho Civil, pero, a su vez, se produce, o mejor dicho, se inicia su disgregación... Sigue su exposición hablándonos de la antigua economía del Estado gendarme, de la distinción hegeliana entre Sociedad y Estado y de los dos procesos que acentúan esta distinción: el socialismo —desde SAINT SIMÓN— y el de la ciencia política de la sociología. La panorámica —sigue diciendo su autor— que nos ofrece el final del siglo XIX y el primer tercio del siguiente, tenía que producir necesariamente un notable impacto en el Derecho Civil: ello motivó un intervencionismo en la vida económica. El Derecho Mercantil, que nació destinado a una clase profesional, se vio pronto desbordado por un Derecho de Empresas y hoy se habla de un Derecho de Sociedades. Lo mismo que se afirma del Derecho Mercantil se puede afirmar del de Trabajo, que hoy es sustituido por unas normas generales de la Seguridad Social eminentemente de carácter público. Igual sucede con el Derecho Agrario. La crisis la reduce el autor a la siguiente pregunta: si el Derecho Civil ha de ser un Derecho nuevo impuesto por las circunstancias o, por el contrario, el Derecho civil permanece inalterable. Sucesivamente el autor va planteándose la nueva distinción, casi borrosa, entre el Derecho público y el privado la prepotencia del Derecho Administrativo y el verdadero significado del Derecho Civil como arquetipo del pensamiento jurídico y su inalterabilidad, pero orientado, como dice el autor, siempre bajo el signo de lo social.

TOMÁS OGAYAR Y AYLLÓN, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ofrece el gran tema de la capacidad especialmente referida a los pródigos. Se inicia el trabajo con unos conceptos previos sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar, así como la problemática sobre las circunstancias modificativas de la capacidad y el examen del artículo 32 del Código civil español, incompleto, a su juicio. De la prodigalidad se afronta el esquema de su concepto (desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico), su fundamento y naturaleza (considerando que el pródigo es un ser anormal, anormal mental, cuya actuación es perturbadora para el orden económico y social), reglamentación legal de la prodigalidad (quiénes pueden

instar la declaración, contra quién, en qué actos debe basarse y procedimiento para la declaración) y efectos jurídicos que produce (tutela, personas llamadas, extensión, inscripción en el Registro de la Propiedad e irretroactividad de efectos). En materia de extinción de la tutela y reintegración de capacidad del pródigo plantea el autor un problema con estas palabras: "Es necesario que el pródigo acredite que está corregido de sus faltas, defectos o desviaciones de carácter, por medio de una conducta patente y habitual, demostrativa de su no prodigalidad, pero ¿cómo podrá hacerlo si, al no administrar sus bienes, no tiene oportunidad ni ocasión de ser pródigo o tacaño?" Con ello se condena al pródigo a permanecer siempre incapacitado. Por ello cree el autor que en esta materia tiene una importancia excepcional la pericia psicológica.

FRANCISCO PALÁ, MEDIANO, decano honorario del Colegio Notarial de Zaragoza, ha escrito para esta publicación uno de los más extensos artículos que la misma contiene. El tema es el de la promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado. El trabajo en su amplitud ofrece, sin embargo, esquemas que permiten una sistemática para ofrecérsela al lector. Podemos dividir el mismo en dos grandes partes: el proceso evolutivo de la promoción de la mujer casada y la culminación de este proceso en los actuales sistemas legislativos. La primera parte se inicia con aquella frase de CASTÁN en su "crisis del matrimonio" decía "Está todavía por hacer la antropología sexual comparada, pero si algo se vislumbra a través de lo que hay ya hecho es que si dentro del orden intelectual posee la mujer menos fuerza abstractiva, esta relativa inferioridad está compensada por ciertas relativas superioridades en la esfera intuitiva." Luego examina la realidad social que ha provocado la serie de reformas legislativas llevando el "principio de igualdad jurídica a la mayoría de las leyes fundamentales de los Estados y borrando de las leyes particulares toda discriminación entre hombre y mujer que no esté fundada directamente en la constitución fisiológica". Inevitablemente se refiere a la legislación española y particularmente a la aragonesa histórica y la que culmina en la compilación de 1967. La segunda parte que nosotros hemos configurado se refiere a la situación de los códigos del siglo XIX, las reformas del siglo XX y los proyectos de nueva ordenación bajo la idea de la supresión de la venia o licencia marital. El estudio se hace a través de una serie de apartados en los que se examina la emancipación de la esposa, la licencia o venia marital, la contratación entre cónyuges, las donaciones entre marido y mujer, novación "post nuptias" del régimen matrimonial, los deberes recíprocos de los cónyuges, la protección legal de la esposa (dote y parafernalia), los bienes reservados, el patrimonio familiar y el principio de autoridad y gobierno y la autoridad paterna. Todo ello, referido como decimos, no sólo a la distinción española del Código civil y compilación aragonesa, sino a diversas legislaciones extranjeras que comparativamente se estudian.

FRANCISCO SALINAS QUIJADA, doctor en Derecho y abogado, culmina esta parte general de los Estudios afrontando el problema de la capacidad para suceder *ab intestato* de los religiosos *profesos* en Navarra. Después de examinar el Derecho Histórico y las normas eclesiásticas que pueden rozar el problema concluye su tesis, siguiendo a FUENMAYOR, diciendo que habrá que rectificar la postura adoptada en los proyectos legislativos, excluyendo de los textos la incapacidad de los religiosos *profesos* para heredar *ab intestato* y subsanando este "lapsus" dar entrada a la sucesión a tales religiosos, como criterio más ortodoxo foralmente, confirmando por una costumbre inmemorial, la más principal de nuestras fuentes del Derecho.

b) *Estudios sobre derechos reales.*

Tres autores militan en este apartado: DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, TERESA PUENTE MUÑOZ y JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL. Los tres tocan unos puntos interesantes de esta parte del Derecho. El primero afronta el problema del justo título y la buena fe en la usucapición; la segunda, la difícil tarea del concepto de la servidumbre industrial, de empresa y de no concurrencia, y el tercero, otro tema de palpitante actualidad: los derechos de la comunidad de propietarios frente a las infracciones de sus estatutos.

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, al hacer el estudio sobre el justo título y la buena fe en la usucapición juega con las dos trayectorias que en torno a estos elementos se han marcado históricamente: la del Derecho francés y la del Código italiano de 1942 que innova la materia. Después de abordar el punto concreto del título putativo, examina el Derecho español y, a modo de conclusiones, mantiene estos puntos: 1) El requisito de validez del título debiera ser objeto de precisión, reconociendo el título anulable como válido a esos efectos. 2) La buena fe debiera desligarse de la referencia al artículo 433 para circunscribir el error del poseedor a los defectos del derecho del transferente. 3) La presunción de buena fe y su persistencia debieran exigirse precisando la segunda, con más claridad. 4) La buena fe debe tener un límite, para seguir la tesis ética, no meramente psicológica de la misma.

TERESA PUENTE MUÑOZ, profesor adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, ofrece al lector el problema conceptual que la doctrina y la jurisprudencia italiana vienen denominando como servidumbres industrial de empresa y de no concurrencia. Los conceptos, una vez perfilados, son trasladados al derecho español para su posible encaje. De la servidumbre industrial dice que es aquella que viene tipificada por el contenido de la utilidad: utilidad para el destino industrial del fundo dominante. En su reflejo español, concluye que realmente no existe ninguna diferencia fundamental entre esa servidumbre y la predial. De la servidumbre de empresa, no encuadrada en la legislación italiana, la doctrina da un concepto: se constituye en atención a la empresa, a su utilidad, con independencia de cualquier ligamen de la empresa al fundo. La relación de servidumbre queda así establecida entre el predio sirviente y la empresa, lo cual supone un serio obstáculo porque en el esquema italiano de las servidumbres se exige siempre la relación entre fundos. Este obstáculo se salva perfectamente en el derecho español, que admite la servidumbre personal. Otra modalidad de la servidumbre es la de no concurrencia, en cuya virtud una persona se obliga a no ejercitar una actividad industrial o mercantil en el propio fundo, en interés de la que se lleva a cabo en el fundo dominante. La doctrina italiana se muestra partidaria de la admisión de esta servidumbre y, para TERESA PUENTE, su admisibilidad en el derecho español es viable, infiriéndose del artículo 533 del Código civil, esto es, configurándola como una servidumbre negativa. Termina el estudio con una breve referencia a esas limitaciones voluntarias que suelen imponerse en las urbanizaciones a fin de lograr una ordenación de los distintos elementos que las componen e igualmente a las reservas en exclusiva de ciertas actividades, etc. Su tesis es que nada se opone a configurarlas como servidumbres. Al ser un trabajo relativamente corto, debemos animar a su autora para que profundice y brinde sus conocimientos de tanta utilidad, a fin de concluir la construcción jurídica de la urbanización y resolver su problemática. Eso y los pactos de exclusiva son un tema candente y actual que exige soluciones.

JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, magistrado, elige para su trabajo el problema que plantea el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal en orden a las sanciones que pueden ser impuestas a los propietarios o meros ocupantes de los pisos por violación de las prohibiciones del artículo 7 de la misma Ley (actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales peligrosas, incómodas e insalubres). Examina el hecho en sí causante de la sanción y el elemento personal afectable por la sanción. Este último elemento, encuadrable dentro de la teoría de la legitimación, es el que con más detenimiento se estudia, planteándose una diversidad de supuestos que va resolviendo airoosamente, para concluir que la Comunidad de propietarios se encuentra asistida de las siguientes acciones para hacer desaparecer los efectos de cualquier acto o convenio por el que se infrinjan las prohibiciones legales o estatutariamente establecidas: 1) Acción directa contra el propietario o usufructuario (obtención judicial de la privación temporal del piso, provocar que los mismos insten la resolución contractual o el lanzamiento de cualquier tercero). 2). Acción subrogatoria contra ocupante o arrendatario para instar su lanzamiento. 3) Acción directa contra propietario, arrendatario o cualquier ocupante para conseguir la nulidad de cualquier acto o contrato llevado a efecto por ellos con infracción de cualquier norma prohibitiva legal o estatutaria.

B) *Derecho hipotecario.*

Habíamos apuntado al comienzo que entre la lista de ilustres colaboradores que rinden homenaje al profesor CASTÁN en estos estudios, había dos que aportaban póstumamente su ciencia. Uno de ellos es el ilustre hipotecarista RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, de quien con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria, ADOLFO BOLLAIN ROZALEM, dijo su biografía apasionada y de quien con motivo de su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, también expresó emotivamente sus rasgos más destacados. La noticia de su muerte nos la dio en breves líneas el que fue decano del ilustre Colegio Nacional de Registradores, JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ CABEZUDO.

El artículo que RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL nos brinda en estos Estudios responde a las palabras finales de su primer biógrafo: "Con lo que demuestra que no está el mérito en la oscuridad, ni en el enrevesamiento, ni en la originalidad modernista. Y que es más útil la claridad narrativa que la confusión de la forma; sobre todo, cuando une a la claridad, la amenidad; porque RAMÓN DE LA RICA, además de gran jurista, es gran escritor. Y gran persona". Pues bien, sobre el tema tan poco tratado de la confusión de derechos en el aspecto registral, LA RICA, hace el gran alarde de su claridad y precisión. Destina una primera parte del trabajo a examinar la confusión en su doble proyección de forma de extinguir el crédito o derecho personal y el derecho real en sí mismo considerado. La segunda parte está destinada al estudio de la confusión en relación o en el ámbito registral. En primer lugar hace un examen de la legislación hipotecaria en orden a la regulación de la figura (artículos 79,2 Ley Hipotecaria y 210, 190 y 192 del Reglamento), así como el criterio jurisprudencial, para luego pasar, en una segunda, al examen concreto del reflejo registral en virtud de una consolidación o de una confusión de derechos a través de una lista de operaciones cancelatorias de derechos reales inscritos (hipoteca, subhipoteca, servidumbres reales, censos, usufructo, derechos de uso y habitación, arren-

damientos inscritos, derecho de superficie, derechos de levante y de profundización, derecho de opción y de condición resolutoria) y de anotaciones preventivas (de demanda, de embargo, de legado, de crédito refaccionario y por defecto subsanable). Este artículo junto con el de OGAYAR, son los dos únicos que contienen en su comienzo una dedicatoria especial para el profesor CASTÁN. Dice el que LA RICA le brinda: "A don José Castán Tobeñas, paradigma de jurista y compendio de sabiduría, ponderación y bondad, le dedica este modesto homenaje uno de sus más antiguos discípulos con toda su devoción y gratitud."

C. *Derecho Penal.*

Aunque la cuestión roza el Derecho Mercantil, es preciso incluir el artículo que comentamos en el Derecho Penal. El título aclara el problema: "La invasión del abstracto en el Derecho hasta el nuevo delito del cheque en descubierto". Su autor MIGUEL MORENO MOCHOLI, Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona, hace una crítica acertadísima del fenómeno que comenta. En sus previas palabras, y al hacer el elogio del profesor homenajeado, le atribuye las virtudes de la objetividad y la concreción. Precisamente esa concreción le sirve al autor para destacar su contrapartida actual y peligrosa de la invasión de lo abstracto.

Con pulso firme y conocimiento de la materia, va estudiando una serie de esferas en la que lo abstracto ha implantado su imperio, concluyendo que el Derecho tan ligado a la vida sobre la que proyecta su fin, no podía escapar al contagio de semejante crisis y manifestado en múltiples aspectos, como en la influencia ejercida en varias instituciones donde ya ha dejado su impacto. Estas instituciones las reduce a tres: el problema de la causa y el negocio jurídico; el problema de la responsabilidad objetiva y el de la consolidación del llamado delito formal de expedición de cheque sin provisión de fondos. Hace la crítica de este último punto utilizando diversos argumentos extraídos de la jurisprudencia y del Código civil (art. 1.170).

II. AUTORES EXTRANJEROS.

Ocho autores extranjeros militan en este homenaje, o mejor dicho, en este volumen primero del homenaje. Uno de ellos, EMILIO BETTI, figura fallecido a la hora de la publicación. Cada uno escribe en su lengua de origen. Hacemos de ellos una clasificación análoga a la hecha con los españoles, aunque aquí sólo está presente el Derecho Civil.

A. *Parte general.*

BENIGNO MANTILLA PINEDA, profesor de la Universidad de Antioquía (Medellín, Colombia), escribe sobre un tema de filosofía del Derecho, pero referido a JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS como tal filósofo. Realmente el trabajo es un estudio de la figura del profesor CASTÁN como jurista filósofo a través de su obra. El estudio se hace distinguiendo la figura y su concepción de la filosofía del Derecho, para luego ofrecernos el concepto del Derecho y el de la justicia (su crisis, justicia social y contenido de la justicia a través de las concepciones modernas y clásicas).

RAMÓN DOMÍNGUEZ BENAVENTE, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Concepción (Chile), expone el tema "La máxima *nemo auditur...* en la jurisprudencia chilena". El arranque del trabajo compara el concepto de la jurisprudencia española como base para fundamentar un recurso de casación siempre que existan dos o más sentencias uniformes (doctrina legal) y la jurisprudencia chilena donde una misma situación de hecho si vuelve a presentarse, puede recibir una solución diversa, esto es, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Posteriormente examina el artículo 1.683 que impide la declaración de la nulidad absoluta a petición del que ejecutó o celebró el contrato sabiendo que era nulo y sus repercusiones en el problema de la restitución, en el contrato del matrimonio, en el heredero y en el representado.

B) *Derechos reales.*

FRITZ BAUR, profesor de la Universidad de Tübingen, en su preciso alemán nos brinda el título de su trabajo: "*Das besitzlose pfandrecht als mittel der kreditsicherung*" que, trasladado con cierta alegría al castellano, viene a ser algo así como "El derecho de prenda sin posesión de muebles como medio de aseguramiento del crédito". Mientras la figura enunciada y prevista en el Derecho de la República Federal Alemana está prevista para casos especiales y con la necesaria publicidad en un Registro o por la declaración de la prenda en el Tribunal, la compra a crédito con reserva de dominio y la concesión de crédito con aseguramiento gozan de gran difusión, suponiendo una prenda sin posesión. La construcción dogmática se realiza a través de la figura de la expectativa de derecho.

C) *Obligaciones y contratos.*

EMILIO BETTI, profesor de la Universidad de Roma, ese eminente jurista ya fallecido, hace una brevísima aportación al homenaje sobre un punto concreto: La interpretación del artículo 782, último párrafo, del código civil italiano. El problema se reduce a la revocación de donaciones hechas a una persona jurídica mientras no se ha recibido la autorización gubernativa para la aceptación.

D) *Derecho de familia.*

GUILLERMO A. BORDA, profesor titular de Derecho Civil en las Universidades del Salvador y Católica de Argentina, ex-profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y ex-Ministro de la Suprema Corte de Justicia, brinda al lector un artículo sobre "Los aspectos de la reforma del código civil argentino relativos al régimen jurídico de la familia". Destaca las novedades de la separación conyugal por "presentación conjunta", la eliminación del casamiento de leprosos, ampliación de la oposición paterna para el casamiento de los menores, mayor amplitud en el régimen económico patrimonial llegando a la igualdad jurídica de los conyuges, consentimiento conjunto para disponer de los gananciales, calificar de bienes propios los derechos intelectuales o patentes de invención, aunque sus productos sean gananciales, etc...

JULIEN D. PAINE, Senior Research Fellow, University of Manchester (England) y profesor of Law, University of Western Ontario (Canadá), ofrece bajo el título originario "Statutory promotion of reconciliation in matrimonial causes in Australia and New Zealand" el panorama del aumento de diversos motivos de divorcio, contrapesado por la introducción de diversas medidas encaminadas directamente a lograr a promover la reconciliación (diferimiento del proceso de disolución, ayudas financieras, consejos ofrecidos por instituciones reconocidas al efecto, reforma de los conceptos de perdón y confabulación, etc.).

E) *Derecho de sucesiones.*

FRANZ GSCHNITZER, profesor de la Universidad de Innsbruck, escribe un singular artículo lleno de sugerencias bajo el originario título "Formloser letzter wille" que vertido a nuestra lengua provoca la interrogación de si es variable la última voluntad sin forma. Todo el estudio, referido al derecho austriaco, gira en torno a si debe o no mantenerse el sistema de la forma testamentaria ante la admisión del ológrafo sin solemnidad y testigos y ante los avances de la vida moderna.

PAUL PROTET, profesor de la Universidad de Lausanne, bajo el título "Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse" expone la problemática que plantea el derecho suizo al admitir el pacto sucesorio que contiene una o varias disposiciones por causa de muerte, pudiendo estas disposiciones estar en una relación de cambio con pretaciones entre vivos (o disposiciones por causa de muerte) de la otra parte. Para la determinación de cuándo estaremos ante un caso de esos, se hace preciso acudir al sistema de presunciones que facilita el artículo 245 del código al someter al derecho de sucesiones a las donaciones cuya ejecución está fijada a la muerte del donante.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO: *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras.*

El notariado es en España una institución tremendamente viva, y viva ha de continuar si quiere conservar el alto significado jurídico que hoy tiene en el país. Uno de los escritores asiduos de "Cuadernos para el diálogo" ha hablado de que los Notarios y Registradores estamos moldeados por un proceso de "Castanización". La palabra la emplea el autor en sentido peyorativo, pero ahora que la muerte del profesor CASTÁN le coloca por encima de las pequeñeces humanas, creo que Notarios y Registradores podemos afirmar con orgullo que en algunos aspectos sí que estamos "castanizados" si entendemos la palabra como una vocación y un amor por el derecho vivo, por el derecho practicado, por el derecho planteado como un quehacer de la vida para hacerla comprensible, normada y llevadera.

En algunos momentos en que la explosión legislativa nos arroja a la cara la metralla de una legislación dispersa, incoherente y poco meditada, también los Notarios y los Registradores experimentamos a veces momentos de pesimismo. Pero como se dice "que hay que huir del pesi-

mista como de la peste" y rápidamente se reacciona contra esta bahúnda de normas que tienden a la confusión y empiezan a aparecer obras meditadas que huyendo de peligrosos dogmatismos, con un sentido claro de la realidad y eminentemente prácticas, es decir, auténticamente "castanizadas", aclaran las ideas y ayudan a trabajar con seguridad, pronto y bien, que es la misión que le incumbe al Notariado.

Plenamente inserta en este orden de ideas se encuentra la obra que comentamos del doctor Lucas Fernández, notario de Madrid, editada por la "Revista de Derecho Privado" y que en unas simples trescientas seis páginas más un interesante índice alfabético de materias se convierte en uno de los libros que hay que tener encima de la mesa debidamente subrayado y digerido por todos cuantos profesionales del Derecho se ven obligados a tratar de la compleja problemática de la contratación con extranjeros.

He dicho repetidas veces e insisto sobre ello que la política de atracción de capitales extranjeros, sea por vía de inversión en empresas, directa o indirectamente, sea por vía de explotación del turismo, falta en nuestro país de una dirección unitaria ya que cada organismo competente trata de "arrimar el ascua a su sardina" sin darse cuenta de que los extranjeros no constituyen una plantación de alfalfa, de la que se obtienen varias cosechas al año, sino un bosque de encinas que hay que arraigar, mimar y cuidar y verlo crecer con paciencia hasta obtener de él el máximo fruto: con el turismo, permitaseme la comparación, hemos de pretender comernos un gran buey perfectamente criado, sea bajo el actual régimen político, sea bajo su continuación. Es un error pretender hacer del turismo un pequeño frito "de un pollo tomatero" para comérmolo inmediatamente.

El libro de Lucas Fernández que estoy comentando tiene la enorme ventaja de poner al día con criterio recopilador toda la legislación vigente sobre la materia, muy claramente comentada y sistematizada, constituyendo un valiosísimo instrumento de trabajo, y de trabajo inmediato, que sería muy encomiable que fuera un ejemplo imitado por los que acusan al notariado de estar "castanizado".

La obra se compone de tres partes muy desiguales en su extensión y en su importancia medular.

La primera parte se titula "Introducción" y está destinada a la definición de los conceptos de "extranjero", con especial referencia a las entidades eclesíásticas; "apátrida", "personas con doble nacionalidad", con una amplia referencia a los tratados de doble nacionalidad que tiene suscritos España con los países hispanoamericanos; "residentes en España y residentes en el extranjero". Esta primera parte no es la medular de la obra, pero viene a recordarnos y auxiliarnos en una serie de conceptos previos para evitar una marcha flotante en el resto de la obra. Incluso diré que se desciende a detalles de tipo administrativo, de indole muy valioso dado que la inflación burocrática del país y la proverbial inteligencia, amabilidad y espíritu de colaboración de los funcionarios situados detrás de las ventanillas de la administración pública nos llevan rápidamente a zonas kafkianas y bajo la tutela imperativa de los bienaventurados gestores administrativos.

La segunda parte de la obra se titula "Comparecencia del extranjero ante el notario" y tiene una serie de apartados que unos son de gran interés y otros de menos. Se ocupa de los medios de identificación de las personas físicas extranjeras, tema en el que no aporta ninguna novedad importante, a mi juicio, así como tampoco en materia de identificación de personas jurídicas extranjeras. En cambio, es muy interesante, creo, la opinión del autor cuando dice "que el notario debe

apreciar la capacidad conforme a la Ley nacional del otorgante de acuerdo con el artículo noveno del Código civil. El reenvío deberá ser aceptado en aquellos casos en que lo imponga la finalidad del negocio de acuerdo con la legislación del país en que haya de surtir efecto. Si el negocio ha de surtir efecto en España se aceptará el reenvío cuando sea la única forma hábil para conseguir que el negocio despliegue todos los efectos". Es decir, entiendo que el autor se muestra partidario de no aceptar el reenvío de buenas a primeras y estoy de acuerdo con él porque estimo que el reenvío puede conducir a situaciones de grave confusión. Recientemente Simó Santonja nos ha convencido en su libro sobre Derecho Sucesorio Comparado de la necesidad de aplicar el reenvío en ciertos casos del Derecho Sucesorio. Pero es que el fenómeno sucesorio se desencadena con la muerte del causante. En materia de contratación el problema es mucho más grave. Imaginemos que un matrimonio inglés domiciliado en España y contratado sobre inmuebles, por aplicación de la Ley personal inglesa, que admite el reenvío, fuéramos inducidos a pensar que deberían regirse respecto de este inmueble por el sistema de gananciales. Pero si el matrimonio se había contraído antes de establecer su domicilio en España, estaría regido casi seguramente por el sistema de absoluta separación de bienes. Y aun por vía de reenvío habría que aceptar la vigencia del artículo 1.320 del Código civil español, que impone la inalterabilidad del régimen patrimonial del matrimonio. Entonces, con reenvío o sin él, me parece que habrá que seguir aceptando el régimen de separación absoluta de ese matrimonio inglés y en materia de contratación dicho matrimonio deberá regirse por la ley material sustantiva inglesa.

Parece ser, según el proyecto de reforma del título preliminar del Código civil, que va a admitirse la doctrina del reenvío y estimo que se restará claridad, precisión y automatismo a la contratación. Mucho más interesante sería hacer esfuerzos para tender a unificar el derecho de la contratación y de los regímenes matrimoniales dentro de nuestro país y con miras a una ulterior integración en un amplio contexto europeo.

Esta parte de la obra contiene una breve referencia sobre los regímenes matrimoniales de cuarenta y ocho países que empiezan por África del Sur y terminan con Yugoslavia. No es particularmente interesante esta parte de la obra, en primer lugar, por lo sucinto de la exposición del régimen de cada uno de los países y, en segundo lugar, porque siempre se tiene la incerteza de la vigencia actual de lo expuesto en el libro.

Las indicaciones que hace sobre materia de sociedades y la exposición de conclusiones del Noveno Congreso Internacional del Notariado Latino no es tampoco particularmente importante.

Es interesante la atención que presta al problema del idioma. Sin embargo, omite el estudio de un tema absolutamente candente, quizá porque al ser el autor notario de Madrid no ha vivido las dificultades que existen en las pequeñas Notarías turísticas para hallar un intérprete de ciertos idiomas raros. Ha omitido tratar el problema de la traducción del instrumento público a los otorgantes mediante un tercer idioma que no sea ni el castellano ni el de los otorgantes, sino uno común conocido por uno y otro. Es prácticamente imposible en ocasiones encontrar un intérprete para el finés o el sueco, y, en cambio, muchos notarios hablamos francés, inglés o alemán y casi todos los otorgantes escandinavos hablan perfectamente francés, inglés o alemán. Hay que pensar en una reforma del Reglamento Notarial que permita la traducción del instrumento público por el notario a los otorgantes, bajo la responsabilidad del primero y a través de un tercer idioma, por

ejemplo, de uno de los idiomas que pueden considerarse básicos para poder llegar a una integración europea: francés, alemán e inglés.

La tercera parte de la obra es la más extensa, ocupando dos tercios de la paginación total del libro, y es la más importante por la naturaleza de los problemas que aborda y por la gran claridad con que los expone, plantea y resuelve. Tiene el mérito de su extraordinaria actualidad y viene a ponernos al corriente de estas materias después del ya lejano en el tiempo libro de Garcés Brusés y de los trabajos de Pelayo Hore y Vallet de Goytisolo.

Estudia de un modo muy claro y sistemático la cuenta corriente bancaria tanto en cuanto a su naturaleza, es decir, cuenta normal, cuenta extranjera en divisas convertibles, cuenta extranjera en pesetas convertibles y cuenta extranjera en pesetas interiores, estudiando quiénes son los posibles titulares de dichas cuentas, el modo y forma de disposición de las mismas y la necesidad o no de la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera. Es aquí interesante incluso para los españoles que no contratan en España con extranjeros sino que se limitan a comprar algún objeto en el extranjero, como libros, o hacer viajes. Sigue con el estudio del contrato de arrendamiento a favor de extranjeros, distinguiendo entre los arrendamientos rústicos y los urbanos, estudiando el problema de la reciprocidad del artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Con poca extensión trata del contrato de arrendamiento otorgado por arrendador extranjero.

Continúa con un magnífico estudio de los contratos traslativos del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, distinguiendo con toda nitidez las normas establecidas por razón de defensa nacional (operaciones en territorios de interés militar), las normas establecidas como protección a nuestra economía agraria (límites de extensión de fincas agrícolas que pueden adquirir los súbditos extranjeros) y las normas establecidas como protección a nuestra moneda, es decir, el tipo de dinero a invertir y de autorizaciones a obtener para la adquisición de inmuebles en España por extranjeros, con una referencia especial a las zonas o centros de interés turístico nacional.

Estudia también los contratos traslativos del dominio y derechos reales sobre buques, sobre aeronaves y sobre minas, con especial referencia a los permisos de investigación y concesiones de explotación de hidrocarburos. También estudia los contratos sobre concesiones de aprovechamientos de aguas públicas a favor de extranjeros.

Clarifica bastante las particularidades del contrato de préstamo, que nunca ha sido muy diáfano cuando se han planteado problemas de moneda extranjera, y hace una especial referencia a los préstamos especiales de financiación para la construcción y venta de viviendas a extranjeros en zonas turísticas.

Estudia la contratación de seguros y la contratación de obras del Estado por extranjeros.

Una de las zonas del libro más interesante para los profesionales del Derecho es el amplio estudio que dedica a los problemas de las sociedades en relación con los extranjeros, distinguiendo entre las sociedades en las que el extranjero no puede tener ninguna participación, aquellas en que puede tener una participación minoritaria, las sociedades en que la participación puede ser al 50 por 100 y las sociedades sin límite de participación, estudiando en general las aportaciones dinerarias, las aportaciones de bienes inmuebles sitos en España y las aportaciones de equipo capital de origen extranjero con todas las dificultades que esto lleva consigo, mostrándose el autor partidario en este último caso o bien de la fórmula de la "sociedad piloto" o bien de la sociedad constituida bajo condición suspensiva.

Dentro de los problemas de sociedades contempla también los que se refieren a la adquisición de títulos valores de sociedades españolas por extranjeros, profundizando en la transmisión "mortis causa" de estos títulos y en el ejercicio del derecho de suscripción preferente. También se refiere a la administración de sociedades españolas por extranjeros.

Por último, estudia el contrato de trabajo, incluyendo los contratos artísticos y taurinos, algunos convenios taurinos con países hispano-americanos, contratos deportivos, contratos de asistencia técnica y el importantísimo problema del régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros. Este es uno de los puntos cruciales de la obra, ya que, en realidad, al extranjero lo que hay que responderle siempre con precisión es cómo, cuándo y cuánto podrá reexportar de sus inversiones en nuestro país.

Nos encontramos, en conjunto, ante un magnífico libro de una ayuda y utilidad extraordinarias para la vida práctica del Derecho, para la agilidad y seguridad de los despachos profesionales en los que, si bien es cierto no se puede prescindir de una profunda formación teórica y dogmática, tampoco es posible detenerse ya en ella. Es mucho más útil para el país este tipo de libro que una magnífica construcción doctrinal sobre, pongamos por caso, una profunda lucubración sobre cualquiera de los temas clásicos, que ya están suficientemente manoseados. Ha llegado el momento de crear instrumentos de trabajo y el libro que hemos comentado es uno de ellos y magnífico, como podía esperarse de un autor de la categoría de Lucas Fernández.

VICENTE ESPERT,

Doctor en Derecho Notario

RUBIO GARCÍA-MINA, JESÚS: *Introducción al Derecho Mercantil*. Madrid, 1969, Edic. Nauta, 627 págs.

El libro recientemente publicado por don Jesús Rubio García-Mina, "Introducción al Derecho Mercantil", es una de las más valiosas aportaciones a la doctrina mercantil española de los últimos tiempos. Escrita con la brillantez y elegancia que caracteriza a toda su obra, se proyecta en sus páginas no sólo la extraordinaria personalidad jurídica del autor, su fino sentido crítico, el acervo de sus conocimientos, sino también su capacidad de argumentación, que tiene su origen en la firme convicción de una doctrina defendida en todo momento con una rigurosa fundamentación científica.

La obra contiene cuatro temas fundamentales: el del concepto y significación del Derecho Mercantil, completado con la alusión al problema del método jurídico-mercantil. El de las fuentes del Derecho Mercantil, completado por la problemática de la delimitación de la materia mercantil en nuestro Derecho positivo. El de la empresa. Y, finalmente, el del comerciante individual y su régimen.

Cada uno de estos cuatro temas es objeto de un estudio sistemático, rigurosamente documentado, exponiéndose en todo caso la visión crítica y la visión personal del autor sobre los mismos. Fiel siempre, por otra parte, a una línea de pensamiento que hemos visto traducirse en sus abundantes trabajos anteriores a este libro.

La parte primera en sus tres capítulos viene dedicada al concepto y significación del Derecho Mercantil. No es la primera vez que el profesor Rubio García-Mina se ocupa del tema. Uno de los estudios más interesantes dentro de nuestra doctrina sobre el problema del concepto de Derecho Mercantil es el que publicara ya hace algunos años en la *Revista de Derecho Mercantil*, "Sobre el concepto de Derecho Mercantil".

En un momento histórico en el que la doctrina española se inclinaba casi totalmente por la sugestiva "moda" de una construcción del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa, Rubio permaneció inmune a la corriente y supo ya poner de relieve las quiebras de una teoría que a primera vista parecía incuestionable que venía a resolver el problema de la delimitación del Derecho Mercantil como rama especial del Derecho Privado. En su "Introducción al Derecho Mercantil", publicada en un momento en el que se ha iniciado el abandono de la teoría por algunos de sus más afortunados defensores, mantiene las directrices entonces expuestas, llevando a cabo un cuidadoso estudio del tema. Llegar a la definición de lo que sea el Derecho Mercantil exige responder a un diverso orden de cuestiones: la del porqué de la existencia de un conjunto separado de normas denominado Derecho Mercantil, la del criterio con el que se elaboraron esos cuadros que contienen una serie de relaciones cualificadas como mercantiles, la de las razones que imponen o aconsejan la existencia de una legislación independiente, de una ciencia jurídico-mercantil más o menos autónoma. A contestarlas dedica el autor esta parte primera de su obra.

Para ello lleva a cabo un riguroso análisis crítico de las distintas doctrinas conocidas sobre el concepto de Derecho Mercantil. Comienza con la concepción del Derecho Mercantil como Derecho del comercio, se detiene especialmente en la teoría del Derecho Mercantil como Derecho del acto objetivo de comercio y hace una documentadísima exposición crítica de la doctrina del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa.

Dentro de los sistemas denominados de delimitación subjetiva del Derecho Mercantil, el más relevante por la expansión que ha tenido es el de la construcción del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa. Una vez más, pues ya lo hizo en su trabajo "Sobre el Derecho Mercantil", el profesor Rubio lleva a cabo el análisis de las doctrinas de Wieland, Mossa, la reciente de Raisch—última de las aportaciones en defensa de la teoría—, las de Garrigues, Girón, Uria, Polo. Un análisis crítico del que caben destacar determinadas afirmaciones por su especial interés. El Derecho Mercantil no ha sido nunca íntegramente Derecho excepcional de los comerciantes. No se les ha aplicado fuera de su profesión y, en cambio—y esto es importante ponerlo de relieve—se ha extendido rápida y progresivamente, mucho antes del siglo XIX, a quienes formando parte de cualquier sector social se ocupaban "de mercancia". Cuando se intenta fundamentar nuestro sistema mercantil positivo como Derecho de la empresa, la doctrina señala la presencia de ésta en nuestro Código, olvidando que el legislador en ningún caso utilizó el término en el sentido técnico que tendría en nuestros tiempos. Polo destaca la "presencia de la empresa en las numerosas leyes que hoy rigen la materia mercantil", incurriendo, según Rubio, en una petición de principio, la de considerar leyes mercantiles las que se ocupan de reglamentar la empresa, para fundamentar después que el Derecho Mercantil es el que regula las empresas. Pero inmediatamente se advierte que no es así, porque se habla de la "nueva legislación económica, social, fiscal o mercantil". La empresa, como acertadamente subraya Rubio, es un fenómeno común a la economía moderna desde

cualquier ángulo jurídico que se la contemple. Polo cita como leyes decisivas en este terreno a las de Arrendamientos urbanos y a la de Hipoteca mobiliaria y es difícil que ningún profesional del Derecho se atreviera a calificarlas de mercantiles.

No es, por otra parte, el Derecho Mercantil un Derecho de todas las empresas, por que fuera del mismo quedan, por ejemplo, la empresa agraria, se propugna por la doctrina mercantilista la exclusión de la pequeña empresa y nos encontramos con la difícil clasificación de la empresa pública.

Queda fuera del Derecho Mercantil, y el argumento es grave, todo el aspecto laboral de la empresa, que es objeto de la regulación especial del Derecho del trabajo, fundado en principios bien lejanos a los que inspiran nuestro sistema mercantil positivo. El aspecto fiscal de la misma, etc.

No ha llegado a elaborarse un concepto de empresa único; hay tantos como tantos son sus aspectos. A este respecto señala Rubio que la misma vaguedad e imprecisión que caracterizaban al término empresa en 1947 siguen existiendo en nuestros días, cuando tantas páginas se han escrito en torno al tema.

Destaca el encaje, que los partidarios de la doctrina de la empresa subrayaron en su día, de la teoría del Derecho de la empresa con un régimen político de marcada intervención en la economía nacional. En un sistema presidido por un ordenamiento flexible—escribe el autor—, de naturaleza fundamentalmente privada, se corre el riesgo de agravar el predominio capitalista mediante la aplicación de un Derecho inspirado en la actividad y acaso en los intereses de las grandes empresas, frente a una masa no profesional, inarticulada y amorfa.

Una serie de interesantes aportaciones se debe, no obstante, al sistema; así, el que ha venido a poner de relieve la problemática de la actividad organizada sistemáticamente, problemática que resultará tanto más grave cuanto más grandes sean las dimensiones del organismo, afectando de modo inmediato a los intereses generales y poniendo en movimiento no tanto la contratación privada cuanto el Derecho público.

La conclusión a la que llega una vez más el profesor Rubio es la de que "el Derecho Mercantil no es ni debe de ser el Derecho de las empresas", sin que esto obste para reconocer la excepcional importancia de estas últimas dentro de la vida económica ni la de la necesidad de tener en cuenta su concepto y naturaleza cuando se trata de formular, interpretar y aplicar toda norma jurídica que pretenda ordenarla.

Hace también Rubio referencia a la doctrina de Hamel de un Derecho Mercantil como "Derecho de los negocios", intento de determinación "objetivista" de la materia mercantil, que pudiera resumirse así: para la realidad social presente, "comercio" en el sentido de los Códigos y del Derecho Mercantil equivale a "negocio". Es acto de comercio, y por tanto debe de quedar sometida al Derecho Mercantil, toda actividad, sea quien fuere quien la realiza, enlazada con la vida de los negocios. Tesis que logró cierta fortuna en Francia, hasta el punto que incluso los términos de "Derecho comercial" han llegado a ser sustituidos por los de "Derecho de los negocios". La teoría es objeto de una serie de fundadas objeciones, en las que no podemos detenernos en atención a los límites de este trabajo.

Finalmente, Rubio concluye que el Derecho Mercantil es "como cualquier otro Derecho positivo una categoría histórica, que sólo puede captarse y comprenderse históricamente".

Consecuente con esta idea lleva a cabo, en el capítulo III de esta Primera Parte, un detenido estudio del proceso histórico del Derecho

Mercantil, apoyado en una abundantísima información histórica de textos y doctrina, a través del cual va construyendo lo que por Derecho Mercantil se ha venido entendiendo en las diversas épocas. Dentro de este análisis apunta como causas de la crisis del Derecho Mercantil tradicional la mayor participación en beneficio de la colectividad, del Estado y del Derecho en territorios que normalmente estaban abandonados al libre juego de intereses económicos. Tres direcciones de esta crisis se proyectan en tres notas características del Derecho Mercantil: la libertad de formas, la impersonalización y el carácter individualista y jurídico-privado. Una nueva rama del Derecho y una nueva ciencia jurídica aparecen: el Derecho económico y la Ciencia del Derecho Económico. Rubio analiza las diversas corrientes de este Derecho, Derecho que está todavía lejos de afirmarse—dice—inequívocamente en la Ciencia jurídica contemporánea.

Del estudio llevado a cabo del Derecho Mercantil en la doctrina y del proceso evolutivo del mismo en la historia, va a sacar Rubio el concepto, naturaleza y contenido del Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil—escribe—no es sino el conjunto—el nuevo sistema—de normas nacidas de la mentalidad y de la “economía de las ciudades” y adecuadas a su desarrollo a través del proceso del capitalismo. Capitalismo inicialmente comercial y financiero, más tarde industrial, que va inspirando y sustituye, en la zona del Derecho patrimonial, en la disciplina de las relaciones económicas mobiliarias, el viejo Derecho común de origen romano y germánico.

Lo que no quiere decir en ningún modo que Rubio pretenda, según propia afirmación, equiparar el Derecho Mercantil al Derecho del capitalismo sin más. Equiparación que hoy, cuando el capitalismo goza de “tan mala prensa”, tiene en contra la oposición de una preocupada doctrina. El Derecho Mercantil ha existido antes de que existiera el capitalismo. No sólo la Codificación mercantil, sino también la civil se llevaron a cabo bajo el apogeo del capitalismo. Que el Derecho Mercantil aún en sus rasgos considerados más típicos ha quedado inmune al influjo capitalista. Que el Derecho Mercantil puede contener y contendrá en el futuro disposiciones contrarias a la ideología capitalista. (Así, leyes “anti-trust”, corrientes modernas del régimen de anónimas)

Concluyendo: el Derecho Mercantil supone una parte del Derecho Privado destinada a regular la vida económica. Es en tal sentido un Derecho especial. Mas en cuanto que significa una desviación respecto del Derecho patrimonial tradicional, precapitalista, civil, puede también calificarse de Derecho excepcional.

Se refiere al problema de tanta actualidad como interés: el de la unificación del Derecho privado. Doctrina y legislación son analizadas con detenimiento, para declararse partidario de un Código único de Derecho privado, “sin perjuicio de la posibilidad de leyes especiales” cuando una materia caracterizada lo exija.

Dentro del capítulo V hace referencia específica al Derecho Marítimo y al Derecho Aéreo. El primero de los cuales se habría de desgajar por sus peculiaridades antes del tronco del Derecho común. El segundo con un imperativo de especialidad que impone su autonomía.

Y finalizando la primera parte, el capítulo VI recoge el problema de la Metodología jurídico-mercantil, afirmando que, en principio, las direcciones metodológicas tienen que producirse de modo paralelo a su planteamiento en el Derecho Privado general.

La segunda parte de la obra—Estudio de las fuentes del Derecho Mercantil—contiene en primer lugar un resumen histórico de las fuentes y de la literatura mercantil, llevado a cabo con una cuidada selec-

ción bibliográfica. El Derecho Mercantil estatutario, capítulo I; El Derecho Mercantil nacional, capítulo II, y la Codificación, capítulo III.

A continuación, en la Sección segunda de esta parte, se contiene el estudio dogmático de las Fuentes de creación del Derecho Mercantil, la ley, los usos de comercio y otras fuentes.

El estudio dogmático de las fuentes del Derecho Mercantil recoge la espinosa temática que Rubio sistematiza en un primer orden de interrogantes: determinación y análisis de las fuentes del Derecho propiamente dichas, que son fuentes y formas de la manifestación de la "potestas normandio". Y el de de la jerarquía de las fuentes

En realidad, la doctrina general de las fuentes es materia del Derecho Privado general, pero en nuestra Patria, legislativa y doctrinalmente, por razones de la existencia de un sistema propio de fuentes del Derecho Mercantil, que incluso en cuanto fuere posible se pretende contrapuesto al del Derecho privado general, cabe hablar del problema de las fuentes en Derecho Mercantil.

Y todavía más, es bien sabida la divergencia de fuentes con arreglo a los dos sistemas, civil y mercantil. Civil, artículo 6, número 2.º, y mercantil, artículo 2.º del Código de Comercio.

Dentro de esta divergente posición, todavía viene a complicar la materia de las fuentes la alusión al Derecho común del artículo 2.º del Código de Comercio.

Rubio se cuestiona y responde a los interrogantes que se plantean: 1) El artículo 2.º habla de Código de Comercio, no de ley. ¿Es el Código la única ley aplicable? 2) Significado del uso mercantil, ¿es la costumbre mercantil o, en otro caso, cuál es la relación con la misma? 3) Sentido que debe darse al llamamiento al Derecho común que lleva a cabo el artículo 2.º del Código de comercio. Esta problemática, que califica de artificiosa, que no tiene fácil solución, es objeto de un detenido análisis, que busca fundamentar unas soluciones, pensadas en congruencia con la propugnada unificación del Derecho privado. Con la concepción del Derecho Mercantil como una parte del Derecho privado.

Dentro de este orden de ideas, Rubio afirma que el Derecho común no es fuente del Derecho propiamente, sino sistema de reglas que responden a una ordenación de fuentes ya señaladas, ley, costumbre, principios generales de Derecho. Son especialmente interesantes sus análisis de qué se entiende por ley especial, ley especial mercantil, y el de la aplicación analógica de las leyes mercantiles, en el que concluye la no admisibilidad de unos principios generales del Derecho Mercantil distintos a los principios generales del Derecho del artículo 6.º del Código civil.

Estudia a continuación los usos de comercio, proceso de formación de los mismos, usos interpretativos y usos normativos, verdadera costumbre mercantil a la que la doctrina atribuye la naturaleza de fuente del Derecho Mercantil. Distinción a la que ya en la Exposición de Motivos del Código se hace expresa referencia. Rubio, recogiendo la doctrina en torno al tema, califica de artificiosa la distinción y como Bolaffio y Garrigues concluye que tienen idéntica naturaleza. Requisitos del uso, etc. Análisis del uso en los Códigos de 1829 y 1885.

Hace referencia al Derecho común, al que dedicó en el preámbulo del estudio de las fuentes su atención, como hemos dicho, y del que había concluido que no es ni fuente principal ni subsidiaria, sino Derecho constituido. Que la "vocatio" del Código de comercio al Derecho común no tiene la virtud de convertirlo en Derecho Mercantil, sino en cierto modo al revés, porque el Derecho Mercantil no es si no una parte del Derecho general privado y al faltar la regla especial se le aplica

la común. Planteándose el problema del contenido de los términos "Derecho común" en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio. Finalmente hay una referencia a otras posibles fuentes del Derecho Mercantil, la potestad estatutaria, las condiciones generales de la contratación, ante las que adopta la posición negativa de no considerarlas fuentes del Derecho objetivo.

La tercera parte del libro viene dedicada al tema de la delimitación de la materia mercantil.

Tras un preámbulo histórico del tema, y de analizar los actos de comercio en el Código de 1829, estudia los actos de comercio en nuestro Código vigente blasonador de ser el Código del acto objetivo, preocupado por liberar de todo carácter profesional al Derecho Mercantil por él regido, deteniéndose en el problema de los actos ilícitos mercantiles, en el problema de los actos mercantiles unilaterales, recoge la jurisprudencia del T. S. en torno al problema de la calificación mercantil de determinados actos

La parte cuarta contiene un estudio sobre la empresa. Don Jesús Rubio, al recoger dentro de su "Introducción al Derecho Mercantil" la temática de la empresa, pone de relieve la consideración que el tema le merece, pese a su posición enemiga de reconocerla como criterio delimitador de la materia mercantil, lo que viene a demostrar una vez más cómo aquellas corrientes que rechazan esta doctrina no dejan por eso de reconocer el valor que la organización de la actividad mercantil tiene en la sistemática actual de nuestro Derecho.

Parte de la premisa de la ausencia de una noción de empresa en nuestro Derecho positivo. En la codificación ochocentista española cuando se utiliza el término empresa, artículos 1.903, 1.582, 1.056 del Código civil; 283, 285, 286, 67, 69, 70, 547, etc. del Código de Comercio, en ningún caso encontramos la idea de empresa como instrumento organizado, funcional y dinámico, en ciertos aspectos autónomo y transmisible del tráfico moderno. No sólo nuestra codificación privada no parte de la empresa como institución fundamental de la moderna economía ni la regla como tal, sino que ni siquiera nos ofrece de ella un concepto legal, bien como organización productiva, bien como complejo patrimonial. La construcción de un concepto de empresa dentro de nuestro Derecho, falta así de cualquier fundamentación legal es todavía más difícil que en otros Ordenamientos jurídicos. Y hemos de pensar que la complejidad del fenómeno económico de empresa ya de por sí dificulta extraordinariamente su construcción jurídica. Rubio pone de relieve que gran parte de las dificultades para una determinación del concepto de empresa en nuestro Derecho positivo hace del predominio de doctrinas que se esfuerzan por formular un concepto unitario de empresa en el que queden reunidos todos los elementos tanto personales como patrimoniales que ofrece su visión en el tráfico económico. Hay que pensar que a la vez que se pretende destacar la estructura de la empresa del empresario se comprende dentro de la empresa al empresario; para el autor del libro comentado, es necesaria la distinción entre el sujeto y el objeto de la empresa para una eficaz determinación de su concepto.

También, estima acertadamente Rubio, ha obstaculizado la construcción de un concepto de empresa el afán de aquéllos "que han intentado acotar al Derecho Mercantil como un Derecho de las empresas, que han querido monopolizar el concepto para el terreno de lo jurídico comercial". El concepto de empresa en sus repercusiones jurídicas—escribe Rubio García-Mina—hay que buscarlo sin duda en el Derecho comercial pero no sólo en el Derecho comercial.

Conclusión que no quiere decir que de la empresa hayan de haber

tantos conceptos como ordenamientos a ella referidos, ordenamientos que tienen en cuenta funciones o fines distintos de la misma, o aspectos distintos de la empresa.

Hay un sentido económico de la empresa, en el que tampoco se ha llegado a una concepción unitaria, pese a las afirmaciones optimistas de ciertos autores. Y hay un aspecto jurídico de la empresa, objeto de estudio de las páginas siguientes de la obra.

En el estudio de la teoría jurídica de la empresa parte el profesor Rubio de un hecho de extraordinario interés: en la empresa de forma social, que hoy predomina en el tráfico, la figura del empresario se desdibuja al disolverse entre varios individuos. El fenómeno es esencial en la fórmula típica social de nuestros días, la Sociedad por acciones, y la de responsabilidad limitada. ¿Quién es en las S. A. el empresario, los accionistas, los administradores, o no hay verdadero empresario en una fórmula empresarial en la que se disocian los que ejercen las funciones de dirección y quienes soportan los riesgos de la empresa?

Rubio estima conveniente dejar sentadas como consecuencia, las premisas de las que parte en el análisis que lleva a cabo del tema, que el desarrollo de la empresa moderna se ha producido paralelamente al desarrollo de su estatuto como S. A. Que ha sido precisamente la empresa en forma de anónima la que ha producido la contraposición entre empresario y empresa, la deshumanización de la empresa y su emancipación del elemento personal en que ella colabora. Que los problemas que hoy se plantean alrededor de la empresa, no sólo desde el punto de vista jurídico mercantil, sino laboral o administrativo, e incluso social, giran casi exclusivamente alrededor de la empresa anónima.

Lleva a cabo a continuación el análisis crítico de las doctrinas generales acerca de la empresa: la empresa como sujeto de Derecho, doctrina que lleva en definitiva a una deshumanización del Derecho. Sujeto del Derecho es sólo el hombre, ya solo, ya reunido asociativamente con otros individuos. La empresa como patrimonio autónomo, en la que lleva a cabo una minuciosa crítica de una concepción de la empresa como objeto de derecho. La empresa como conjunto de bienes y actividades; teoría alrededor de la que giran las doctrinas unitarias o totalitarias de la empresa. El eje de las mismas es la actividad en torno a la que se estructuran los bienes. A juicio de Rubio, esta concepción totalitaria de la empresa apoyada en una unidad orgánica que pretende deducirse de la noción económica, encuentra una dificultad, a su juicio, insuperable, la de que no es posible un tratamiento jurídico uniforme cuando se manejan elementos personales, sujetos de Derecho y bienes y relaciones de hecho, objetos de derecho.

Analiza después al empresario y a la empresa como sujeto y objeto de la actividad empresarial, porque ésta es la idea que cabe extraer de nuestro régimen jurídico positivo, y porque responde al orden de ideas por él expresadas a través del estudio del tema.

Función económica del empresario; empresario en sentido jurídico, su problemática; el tema de la institucionalización del empresario. La empresa como establecimiento mercantil, estudio de los elementos de la empresa. Análisis de las doctrinas sobre la naturaleza de la empresa, doctrinas que acentúan el elemento material, —pandectismo italiano— doctrinas que consideran a la empresa como una "universitas"; teorías atomistas de la empresa. Doctrinas que acentúan el elemento espiritual, doctrina francesa de el *fonds de commerce*.

Para finalizar con la referencia a la doctrina española, Polo, Garrigues, Uriá Y análisis de la legislación y jurisprudencia españoles sobre la empresa. Finalmente Rubio se plantea la cuestión de definir qué es

la empresa en el sentido de establecimiento mercantil, concepto que entiende no puede construirse doctrinalmente, sino partiendo del derecho positivo, deduciéndose del mismo. En primer lugar la empresa es un bien, un objeto de Derecho. Objeto unitario de Derecho cuya titularidad lo son los bienes materiales o cosas en sentido estricto. Los objetos de los derechos del titular, que pueden ser, ya los servicios de su personal, ya los de otras personas que no formen parte de él, así como los objetos de los derechos de crédito del empresario, el dinero o las mercancías que constituyen el contenido de la prestación. Bienes inmateriales.

Lo que constituye el objeto propio ya no de la titularidad, sino de la propiedad en el sentido de derecho exclusivo y absoluto del empresario, la organización, que confiere un valor nuevo a la empresa. En realidad, la empresa es el resultado de la actividad organizadora. En consecuencia de todo ello, "la empresa es un bien en sí". La organización del conjunto de bienes de toda naturaleza ha originado un nuevo bien, con un nuevo valor en la vida del tráfico. Idea que Rubio afirma presente en nuestra jurisprudencia. "La empresa es la organización de los elementos coordinados por el empresario con vistas a su explotación productiva".

Hay finalmente en la parte quinta del libro un estudio sobre el comerciante individual, concepto legal del comerciante, problemas de capacidad y de habilitación; mujer casada comerciante. Y referencia al comerciante extranjero. Estudio en el que se recoge toda la problemática del estatuto jurídico del comerciante individual en términos de nuestro Derecho positivo.

Don Jesús Rubio García-Mina, uno de nuestros grandes maestros de Derecho Mercantil, lleva a cabo una vez más, desde las páginas del libro que hemos comentado, la exposición magistral de una serie de temas fundamentales para el Derecho Mercantil dentro de una sistemática de la materia y de una concepción de la misma que responde a una idea doctrinal claramente definida. Esperemos que a la "Introducción" sigan las páginas que hayan de integrar su obra completa sobre nuestro Derecho Mercantil.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho civil.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1969.

La separación de hecho y la Sociedad de gananciales, por Manuel de la Cámara Alvarez, págs. 263 a 312.

Preterición formal y material y nulidad de la institución, por Alfredo García-Bernardo Landeta, páginas 313 a 381.

El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos, por Luis Díez Picazo, págs. 383 a 404.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Septiembre de 1969.

El proyecto de divorcio en Italia, por José Beltrán de Heredia, páginas 625 a 640.

El crédito documentario, por Juan Latour Brotons. págs. 640 a 657.

Octubre de 1969.

La interpretación judicial en las orientaciones contemporáneas, por Valentín Silva Melero, páginas 731 a 739.

La determinación del momento de la responsabilidad "ex lege" de los gestores en el supuesto de falta de inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil, por Fernando Rubio Martínez, págs. 740 a 745.

Noviembre de 1969.

Régimen Fiscal de las Sociedades Inmobiliarias, por Narciso Amorós, págs. 821 a 836.

Matrimonio canónico y civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales, por Víctor de Reina, págs. 836 a 870.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre de 1969.

Propiedad urbana y planificación, por Ramón Martín Mateo, páginas 13 a 26.

Régimen Jurídico de las parcelas ineficaces, por Miguel Ángel Núñez Ruiz, págs. 27 a 69.

La acción popular en materia de urbanismo, por Alfonso Pérez Moreno, págs. 71 a 98.

Las normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planteamiento (Sic), por Pablo Arribas Briones, págs. 101 a 118.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Julio-agosto de 1969.

Estructura política y estatal en las nuevas perspectivas de la Europa del Este, por Jorge Uscatescu, páginas 11 a 41.

Las clases de filiación en el Código civil, por Francisco Sancho Rebullida, págs. 42 a 56.

La renuncia en el proceso, por José María Ramos González, págs. 57 a 69.

Septiembre-octubre de 1969.

La misión de juzgar, por Francisco Ruiz-Jarabo y Baquero, págs. 147 a 191.

La mujer casada y el Derecho de sociedades, por Manuel de la Cámara Alvarez, págs. 192 a 293.

Noviembre de 1969.

Conceptos sociales, morales y jurídicos de la de Teilhard de Chardin, por Francisco Miguel Sánchez Gamborino, págs. 345 a 372.

Los alimentos debidos a la viuda en cinta (análisis y revisión del artículo 964 del Código civil), por Mariano Alonso Pérez, págs. 373 a 419.

La cosa juzgada, por Juan Gómez Calero, págs. 420 a 477.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Septiembre de 1969.

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria: Legitimación de inscripción amparada en el artículo 205, por Carmelo Díaz González, págs. 810 a 816.

Octubre-noviembre de 1969.

Los fundamentales Derechos humanos y su Protección Jurídica en caso de conflicto armado, por Juan Gómez Calero, págs. 923 a 933.