

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Septiembre-Octubre 1967 * Núm. 462

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

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 Contiño.

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.

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

Depósito legal: M. 968.—1958

S U M A R I O

ESTUDIOS:	Págs.
«Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal», por FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ	1233
«El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», por LUIS DIEZ PICAZO	1263
«Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA	1291
«La conservación de la concentración parcelaria y el tema de las nuevas estructuras», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1341
NOTAS:	
«El nuevo Código civil polaco», por ERNESTO JIMÉNEZ ASTORGA.	1381
LEGISLACION:	
«Crónica legislativa», por FRANCISCO DE COSSÍO	1397
JURISPRUDENCIA:	
I.—Jurisprudencia comentada:	
1. Civil: «La construcción con material translúcido y la regulación de luces y vistas del Código civil», por JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA	1415
III —Resoluciones y sentencias:	
D) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	1423
II) Sentencias del Tribunal Supremo:	
1) Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ	1427
2) Jurisprudencia mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	1441

LIBROS :Págs.

«Raglione e volontà nella legge», de GIORGIO CAMPANINI, por MARIANO ALONSO PÉREZ	1445
«La decadência del contrato», de NÉSTOR DE BUEN LOZANO, por VICENTE ESPERT SANZ	1451
«La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania», de ALVARO GARRALDA VALCÁRCEL, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS	1458
«La función social de la posesión», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por VICENTE ESPERT SANZ	1462

REVISTAS :

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1469
-------------------------------------	------

ESTUDIOS

Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal (*)

I

PREAMBULO

La Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 plantea el problema del carácter imperativo de sus normas, o, dicho en otra forma, ¿cuáles de sus preceptos admiten pacto en contra? La cuestión es de especial importancia en la redacción de las escrituras que constituyen o modifican la propiedad horizontal y en la calificación de las mismas para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El último párrafo del artículo 396 del C. c. dice: «Esta forma de propiedad se rige por las *disposiciones legales especiales* y, en lo que las mismas permitan, por la *voluntad* de los interesados». Tenemos, pues, aquí consagrada una prelación de fuentes distinta de la establecida en el artículo 392, párrafo 2.º, del Código civil, ya que en este último tiene preferencia la voluntad privada, después las disposiciones especiales, y, por último, las normas generales sobre la propiedad.

En la propiedad horizontal se aplican, en primer lugar, las disposiciones legales, especialmente los artículos 396 y 401 del C. c., la citada Ley de 1960, y los artículos 8.º, números 3.º, 4.º y 5.º

(*) Siendo urgente la publicación de este trabajo, se ha prescindido de cualquier alteración o complemento del texto original de la conferencia pronunciada por su autor en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el día 28 de abril de 1967.

y 107, número 11, de la Ley Hipotecaria, y solamente en lo que no contradiga tales disposiciones, la voluntad de los interesados. Hay que afirmar, pues, un cierto carácter general imperativo de la legalidad vigente. Así lo ha reconocido la sentencia del T. S. de 10 de mayo de 1965, que en su primer Considerando afirma: «Destacando en el actual y vigente Ordenamiento positivo su carácter de derecho necesario al preceptuar que esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y sólo en lo que las mismas permitan por la voluntad de los interesados.»

No son muy numerosas las sentencias ni las Resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre la materia que estudiamos, dado el escaso plazo de vigencia de la Ley. Pueden citarse las sentencias del T. S. de 5 de marzo y 2 de mayo de 1964, 20 de abril, 10 de mayo, 7 y 28 de octubre y 11 de diciembre de 1965; 28 de abril, 17 de octubre y 3 de diciembre de 1966. Varias de ellas, aunque posteriores a la Ley de 1960, se refieren a situaciones producidas antes de su entrada en vigor.

La Dirección General de los Registros ha dictado las Resoluciones de 7 de junio de 1963, y 19, 21 y 23 de julio de 1966, 20 de abril y 16 de septiembre de 1967, resolviendo algunos puntos concretos y que estudiaremos más adelante.

Podemos, pues, partir de la afirmación general de que estamos ante una normativa de carácter fundamentalmente imperativo, pero que deja, indudablemente, un considerable margen a la voluntad privada. Este será el tema de nuestra conferencia.

Vamos a prescindir del estudio de antecedentes históricos y de posiciones doctrinales, para exponer únicamente los problemas prácticos que plantea nuestro Derecho positivo, siempre bajo el prisma de su carácter imperativo o dispositivo.

II

LO IMPERATIVO Y LO DISPOSITIVO EN RELACION
CON LA INSTITUCION MISMA

Cabe examinar fundamentalmente los siguientes puntos:

1. *El concepto mismo de la institución.*

La institución en sí viene definida en forma descriptiva en el artículo 396 del C. c., y en el artículo 3.º de la Ley de 1960, en el sentido de destacar el derecho privativo sobre el piso o local de cada propietario y la copropiedad en los elementos comunes, debiendo considerarse estos preceptos, como en general todos los que contienen definiciones, como de derecho imperativo.

2. *Posibilidad de prohibir o excluir este régimen de propiedad.*

Nos referimos al supuesto de que los comuneros de un edificio convengan libremente en excluir entre ellos para el futuro esta clase de comunidad, o bien al caso de que la misma sea prohibida por el transmitente en una donación, testamento, etc. Cabe, pues, distinguir:

A) El pacto de no pedir la división por pisos, admitida en el artículo 401 del C. c., reformado, parece que puede convenirse en la misma medida en que puede pactarse la no división de la comunidad, es decir, por plazo que no exceda de diez años, que pueden prorrogarse por nueva convención (art. 400, párrafo 2.º del C. c.), ya que siendo la constitución en propiedad horizontal una de las formas de división de la comunidad, el problema se reconduce al de la interpretación del citado artículo 400 del C. c.

Esta es la tesis que consideramos más viable, aunque el paralelismo con el párrafo 2.º del artículo 400 del C. c. no sea total, ya que no es lo mismo convenir, en forma absoluta, no dividir una comunidad, que excluir tan sólo una de las formas de división. Qui-

zá pudiera valer, indefinidamente, el pacto de no constituir propiedad horizontal, cuando se dé una razón suficiente (por ejemplo, la de que desmerezca el valor del edificio por la existencia de esta clase de propiedad).

B) La posibilidad de imponer la indivisión en propiedad horizontal en el acto de transmisión de un edificio, creemos que equivale a una prohibición de disponer, que se rige por el artículo 781 del C. c. y por los artículos 26 y 27 de la L. H., y que sólo puede ser impuesta en la medida en que son válidas y eficaces cualesquiera otras prohibiciones de disponer.

C) Posibilidad de pactar algún otro tipo de división por pisos distinto del regulado en la Ley.

Nos encontramos ante el sugestivo problema de si cabe que las partes configuren libremente algún tipo de comunidad sobre pisos o edificios distinto del regulado por la Ley. Creemos que ello no es posible, dado el carácter imperativo general de la legislación. Lo que sí será posible, en algunos casos, es constituir propiedades totalmente separadas mediante el sistema de segregación, siempre que no existan elementos comunes. Puede ser el caso de lo que pudiéramos llamar «propiedad vertical», siempre que entre los dos pisos o edificios, una vez separados, no haya más elemento común que la medianería que ordinariamente suele existir entre edificios contiguos, o incluso, la posibilidad de segregar la planta baja de un edificio aunque sobre ella cargue el resto del mismo, desglosándola de la posible propiedad horizontal de éste. Creemos que esta figura podría construirse a través de un derecho de superficie, siempre que la propiedad del suelo fuese íntegramente para la planta baja, pues si quedase dividida entre ésta y el resto del edificio, parece que no habría más posibilidad que constituir la propiedad horizontal.

Esta tesis tiene su base legal en el artículo 16, 1.º, R. H., que permite la inscripción del derecho de superficie, incluso cuando tenga por objeto levantar nuevas construcciones sobre el vuelo, sin constituir propiedad horizontal, a diferencia del número 2.º de dicho artículo, que exige siempre la propiedad horizontal cuando se trata de derecho de vuelo.

No puede considerarse excepción a la regla general de la no existencia de otro posible régimen de división por pisos que el legal, el que los copropietarios convengan un régimen jurídico distinto, con resultados parecidos. Así, por ejemplo, dentro de la copropiedad ordinaria cabe dar un estatuto (art. 392 C. c.) en el que se diga que cada comunero ocupará un piso, que la administración se llevará en determinada forma, etc. Pero lo que no podrá hacerse es separar la propiedad de un piso. Otro ejemplo puede ser el de aportación del edificio a una sociedad civil o mercantil, con unos estatutos similares a los de la propiedad horizontal. Tampoco cabe aquí propiedad separada.

III

EL NACIMIENTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. La propiedad horizontal nace a través de un negocio jurídico constitutivo de la misma, que puede ser, desde el punto de vista civil, un documento privado o un simple convenio verbal, pero que para su eficaz inscripción en el Registro de la Propiedad ha de constar en escritura pública. Parece que estamos ante un verdadero negocio de disposición unilateral o plurilateral, que tiene por objeto transformar una propiedad o copropiedad ordinaria en propiedad horizontal.

Precisamente en este título constitutivo y en su redacción y posterior calificación es donde Notarios y Registradores se enfrentan con los numerosos problemas que plantea el carácter imperativo de la legislación.

2. *Requisitos del título constitutivo.*

En líneas generales la escritura pública, para poder inscribirse, ha de contener la descripción hipotecaria del inmueble; la descripción hipotecaria de todos los pisos o locales, con número correlativo y con su respectiva cuota, y puede contener, además.

estatutos y ordenanzas de régimen interior (arts. 5 y 6 de la L. P. H. y art. 8.º de la L. H.).

Aunque la descripción de los pisos o locales ha de ajustarse a las normas hipotecarias, ello no ha de entenderse en un sentido tan literalista que dé lugar a repeticiones inútiles. Si la descripción de un piso se repite en forma idéntica en diversas plantas, no se ve inconveniente en que, después de la descripción completa de uno de ellos, se indique que existen X pisos idénticos, en cuya descripción no varía más que el número de la planta.

Así lo ha declarado la reciente Resolución de 20 de abril de 1967, relativa a un supuesto de pisos exactamente iguales, en los que no variaba más que la planta de su situación. No parece admisible, en cambio, el omitir la descripción cuando varía algún otro elemento (un lindero o la superficie), pues ello convertiría la escritura en un verdadero jeroglífico.

3. *¿Puede prescindirse del título constitutivo?*

En las propiedades horizontales posteriores a la Ley no puede prescindirse de este título, que, según hemos sostenido, constituye un negocio jurídico autónomo que transforma una clase de propiedad o copropiedad en otra.

Sin embargo, cabe que existan propiedades horizontales anteriores a la vigencia de la Ley de 1960 que, aun rigiéndose por ella, se han originado sin necesidad de un título constitutivo, generalmente por sucesivas segregaciones, y que tan sólo tienen obligación de adaptar sus estatutos en todo aquello que contradiga a la nueva Ley (Disposición transitoria primera).

4. *Propiedad horizontal, total o parcial.*

Nos referimos al problema de si cabe la posibilidad de constituir una propiedad horizontal parcial en un edificio, es decir, si cabe segregar algunos pisos de la misma constituyéndolos en propiedad horizontal, dejando el resto en régimen de propiedad o copropiedad ordinaria.

En principio debe afirmarse que la propiedad horizontal debe ser siempre total, según se desprende del artículo 5.º de la Ley. Ahora bien, lo que ya no es tan claro es hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en el derecho a señalar libérrimamente el número de pisos o locales que se constituyen como propiedad separada.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de un edificio que tenga sus cinco primeras plantas dedicadas a Hotel, Banco o grandes almacenes y las últimas plantas dedicadas a viviendas. No se ve inconveniente en que las cinco primeras plantas constituyan un solo piso o local y, en cambio, cada una de las restantes otro piso o local independiente.

Pensemos también en el supuesto de que en una casa perteneciente a uno o varios propietarios y arrendada para vivienda, queda libre de inquilinos un piso, interesando a los dueños su venta. Parece que en este supuesto sería excesivo exigir que se constituya en propiedad horizontal la totalidad de los pisos o locales, sin utilidad ninguna, y con el gravísimo peligro de que los inquilinos hagan uso del derecho de retracto que les confiere el artículo 47 de la L. A. U., y que examinaremos más adelante.

En el supuesto anterior, y en cualquier otro similar, es necesario, siempre, constituir la propiedad horizontal total, pero puede opinarse que el dueño o dueños determinan, libremente, el número de locales o pisos que la componen. Así, en el último ejemplo citado, el propietario podrá hacer tan sólo dos locales: uno de ellos sería el que, libre de inquilinos, se va a enajenar, y el otro, el resto del edificio.

Esta solución tropieza con el inconveniente de que el artículo 5 de la Ley y el número 4.º, párrafo 2.º del artículo 8.º de la L. H., exigen que se describan todos los pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente; pero tiene, en cambio, apoyo no solamente en razones de lógica y en necesidades prácticas evidentes, sino en el artículo 396 del C. c., que dice que los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, «podrán» ser objeto de propiedad separada. Es decir, que la norma es potestativa o permisiva en el sentido de que pueden ser objeto de propiedad separada

los pisos o locales que reúnan el doble requisito de ser susceptibles de aprovechamiento independiente y de tener salida a un elemento común o a la vía pública. A estos dos requisitos debe añadirse el de que el propietario o los copropietarios, libremente, decidan que el piso o local se constituya en propiedad separada.

El supuesto se plantea con gran frecuencia cuando durante la construcción de un edificio el propietario tiene oportunidad de vender el garaje o los bajos comerciales sin que aún se sepa exactamente cómo ha de quedar el resto de la edificación, por lo que describir todos y cada uno de los pisos proyectados resultaría algo ficticio y sometido, casi con seguridad, a rectificaciones posteriores.

Otro argumento más en apoyo de esta tesis se deriva del artículo 8.º de la Ley, que permite la agrupación de locales o pisos colindantes. Es decir, que parece totalmente ortodoxo que el propietario constituya todo el edificio en régimen de propiedad horizontal y después reagrupe todos los locales, menos uno, siempre que sean colindantes. ¿No sería mucho más sencillo que desde el principio se hagan tan sólo dos locales siempre que reúnan cada uno de ellos los requisitos de ser susceptibles de aprovechamiento independiente, de tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y de que sus elementos componentes sean colindantes entre sí?

Sin embargo, estos argumentos no son lo suficientemente poderosos para apoyar, sin reservas, la solución permisiva o potestativa en los casos en que los locales susceptibles de aprovechamiento independiente sean, además, efectivamente, utilizados en forma independiente. En cambio, en los casos en que constituyan una unidad económica, funcional o de destino (Hotel, grandes almacenes), sí parece evidente tal solución.

Se trata, pues, en definitiva, de una cuestión dudosa, no claramente resuelta en la Ley (*).

(*) Con posterioridad a esta conferencia se ha dictado la Resolución de 16 de septiembre de 1967, referente a un caso en que se había constituido en propiedad horizontal un edificio, dividiéndolo en tres fincas, que correspondían a los dos bajos y la tercera al resto del edificio, comprensiva de diversos pisos arrendados a doce inquilinos diferentes, declarando no inscribible la escritura por el argumento fundamental de que dicha tercera finca no constituía unidad física, ni tampoco económica, funcional o de destino (supuesto de hotel, almacenes, etc.).

5. *Nacimiento de la propiedad horizontal por división de cosa común al amparo del último párrafo del artículo 401 del C. c.*

Actualmente, al haberse introducido una nueva fórmula de división de la comunidad mediante la constitución de propiedad horizontal, cabe que cualquier comunero pida la división de la comunidad por este procedimiento.

Ello plantea algunos problemas de importancia, entre los que cabe señalar:

A) Que los demás comuneros deseen continuar en régimen de indivisión. En este supuesto, y aunque haya de constituirse la propiedad horizontal en forma plena sobre el edificio, no se ve inconveniente en que los restantes pisos o locales se adjudiquen en régimen de indivisión, o bien, si se admite la tesis potestativa, en lo relativo al número de locales, tal y como se ha apuntado antes, en que se hagan tan sólo dos locales, uno que se adjudica al comunero que ha solicitado la división y otros que se adjudica a los demás comuneros y que comprende el resto del edificio.

B) Otro problema muy agudo lo plantea la aplicación del artículo 47, número 3.º, de la L. A. U., que concede derecho de retracto al inquilino en caso de adjudicación de vivienda como consecuencia de división de cosa común, salvo que ésta hubiese sido adquirida por herencia o legado o antes de 1 de enero de 1947. Al dividirse la comunidad a petición de un comunero, constituyéndose en propiedad horizontal por aplicación del artículo 401 del C. c., en su párrafo final, parece que los inquilinos tienen derecho de retracto.

También parece que en este caso, y para evitar el retracto, que resultaría injusto, podrían adoptarse las soluciones que acaban de exponerse.

6. *Nacimiento de la propiedad horizontal por acto unilateral «inter vivos».*

Se trata de un supuesto muy frecuente de constitución de la propiedad horizontal, que se encuentra aludido en el párrafo 2.º

del artículo 5.º de la Ley. Plantea problemas similares a las otras formas de nacimiento de la propiedad horizontal.

7. Nacimiento de la propiedad horizontal por testamento.

Es muy frecuente en la práctica notarial la existencia de legados o actos particionales del testador en los que se adjudican pisos a determinados herederos o legatarios. Como no es frecuente que se constituya formalmente la propiedad horizontal en el mismo testamento, deberá hacerse así en la escritura de partición hereditaria, sin que se vea inconveniente en que lo haga el Contador-Partidor, pues parece que se trata de un acto puramente particional.

8. Nacimiento por laudo o por resolución judicial (art. 5.º, párrafo 2.º).

Aunque el artículo 5.º, párrafo 2.º, sólo se refiere a la fijación de la cuota, parece que por laudo o resolución judicial puede constituirse una propiedad horizontal completa, generalmente como consecuencia de litigios con motivo de división de cosa común.

Los problemas son similares a los planteados en los demás supuestos. Los laudos o sentencias deberán cuidar de contener todos los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Parece que tales requisitos pueden ser completados por actos posteriores, tales como escrituras aclaratorias o adicionales de la que contenga el laudo o por las resoluciones dictadas en trámites de ejecución de sentencia.

9. Aplicación de la legislación de propiedad horizontal a las urbanizaciones privadas.

Nos referimos al problema de la posible aplicación de la propiedad horizontal a urbanizaciones de poca altura (colonias de *chalets*, por ejemplo). Es frecuente que tales urbanizaciones ten-

gan elementos privativos (pabellones, *chalets*) y elementos comunes (piscinas, garajes, tiendas, parques, carreteras, embarcaderos, playas, etc.). Pueden aplicarse las reglas de la propiedad horizontal o, en caso contrario, acudir a las de la copropiedad ordinaria.

Aunque no vemos inconveniente en acogerse a la propiedad o copropiedad ordinarias, estimamos que los partícipes pueden, si lo desean, constituir la urbanización privada en propiedad horizontal, en cuyo caso se regulará el conjunto por la Ley especial.

La voluntad privada puede decidir aquí cuál régimen de propiedad o copropiedad se desea aplicar. (Téngase en cuenta que la aplicación de la legislación especial sobre propiedad horizontal exige siempre un acto libre de voluntad de constituir esta clase de propiedad.)

IV

ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES

1. *Elementos privativos.*

A) *Piso o local.*

El piso o local ha de estar suficientemente delimitado, ser susceptible de aprovechamiento independiente, tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y haber sido constituido como «propiedad separada» en el título de la Propiedad Horizontal (arts. 396 del C. c. y 3.º L.).

El artículo 3.º, párrafo 1.º, a), define descriptivamente el piso, diciendo: «En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil corresponde al dueño de cada piso o local: a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los

anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado».

Admite, pues, los anejos separados físicamente del piso. Pero caben los siguientes problemas:

a) ¿Cabe el piso en diversas alturas? Indudablemente, sí, siempre que se comuniquen interiormente los varios elementos o, al menos, exista unidad funcional.

b) ¿El piso o local puede ser discontinuo? Creemos que sí, siempre que tenga una unidad funcional, según se deduce de lo que se dirá sobre los anejos. (Pensemos, sobre todo, en urbanizaciones rurales, con poca elevación y varios posibles pabellones separados que, sin ser exactamente anejos, tengan unidad.)

B) *Los anejos.*

Son elementos privativos separados físicamente del piso y accesorios del mismo que suelen estar dentro del mismo edificio y a veces, incluso, separados también de éste.

Están aludidos en los artículos 3.º y 8.º de la Ley y se rigen por las mismas normas de los pisos de los que dependen.

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

2. *Elementos comunes.*

Son elementos comunes las dependencias o parte del edificio necesarias o útiles para su adecuado uso o disfrute.

La doctrina y la jurisprudencia suelen distinguir entre elementos comunes esenciales o por naturaleza, y accidentales o por destino:

a) Elementos comunes naturales son aquellos indivisibles por ley física y, por tanto, su inclusión en la copropiedad es imperativa (por ejemplo, el solar, las fachadas o las escaleras) y su negociabilidad separada está también excluida en forma imperativa (a ellos se refiere el artículo 396, párrafo 2.º, del C. c., al decir: «Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división, y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable»).

b) Elementos comunes accidentales son aquellos que se establecen como elementos comunes para la común utilidad de los partícipes, sin que ello sea necesario por ley física (como jardines, garajes, piscinas, etc.). Cabe, pues, que se dividan, enajenen, etcétera (no se puede considerarlos incluidos en la norma imperativa del párrafo 2.º del artículo 396 del C. c.), pero como ello supone una modificación del título constitutivo, se requiere unanimidad, según el artículo 5.º, párrafo final, y el artículo 16, regla 1.ª, de la Ley.

Se han ocupado algunas sentencias de tales elementos, siendo la más importante la de 10 de mayo de 1965, que resolvió el litigio entre una comunidad de propietarios y una inmobiliaria, al pretender aquélla que unos locales de negocio situados en los sótanos de un inmueble eran elementos comunes y no locales independientes, por lo que la inmobiliaria no podía enajenarlos a tercera persona. La sentencia resolvió la cuestión en favor de la sociedad por entender que tales sótanos no eran elementos comunes por naturaleza, diciendo: «Que integrando y armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del C. c. y 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960 respecto de los denominados "elementos comunes", cabe establecer una clasificación bipartita, a saber: "elementos comunes por naturaleza" como inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración *ad exemplum* en la propia Ley; y "elementos comunes por destino", cuales son aquellos que en concepto de anejos se adscriben especialmente al servicio de todos o de algunos de los propietarios singulares, siendo de señalar, en cuanto pueda tener influencia en el tema que se suscita en el presente recurso, que los sótanos no pueden concep-

tuarse, en principio, como elementos comunes por naturaleza dado que, incluidos con esa cualidad en el artículo 396 del Código civil en su redacción por Ley de 26 de octubre de 1939, han sido **objeto de supresión** en la modificación sufrida por tal precepto legal en la Ley de 21 de julio de 1960, artículo 1.º.

La sentencia de 5 de marzo de 1964 entendió que no era necesariamente elemento común la porción de terreno no edificado que rodeaba un edificio.

Puede concluirse en este sentido que, así como los elementos comunes esenciales o por naturaleza son imperativamente comunes, los accidentales o comunes por destino entran dentro del libre juego de la voluntad y pueden incluirse, libremente, entre lo común c entre lo privativo.

3. *La posición jurídico-personal del comunero.*

La propiedad horizontal es una fórmula intermedia entre la comunidad ordinaria y la sociedad. Se asimila a esta última en su forma de administración (Junta de condueños, presidente, administrador, etc.), y se diferencia de la misma en no habersele reconocido personalidad jurídica por la Ley, así como en que cada propietario tiene la propiedad independiente y separada de un piso o local.

Ello determina que cada comunero tenga una posición jurídico-personal parecida a la del socio de una sociedad mercantil o civil. Esta posición jurídico-personal se mide cuantitativamente por la cuota de cada comunero y tiene algunas manifestaciones típicas, como son:

a) Los detalles de la convivencia pueden regularse mediante normas de régimen interior (ordenanzas) que son independientes de los estatutos, según se desprende del artículo 6.º de la Ley. Esta materia es, eminentemente, de derecho dispositivo.

b) Se prohíbe al propietario y a los ocupantes del piso desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7.º, párrafo 3.º). Resulta dudoso el carácter imperativo o dispositivo de esta materia que parece puede

regularse con cierta amplitud en los estatutos. En nuestra opinión, no pueden autorizarse en éstos, por razones de orden público, actividades claramente inmorales, peligrosas o insalubres. En cambio, creemos que se pueden autorizar actividades incómodas o, incluso, dañosas para la finca. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1966, relativa a un caso en el que la Junta de propietarios decidió prohibir al titular de un piso la instalación en él de una casa regional y de un restaurante, por considerarlos incómodos para los comuneros, declaró que si bien es cierto que la propiedad horizontal no otorga un derecho absoluto e ilimitado a sus titulares, como los estatutos no prohíben tal instalación y no puede afirmarse que la casa regional sea por sí inmoral ni incómoda, debe admitirse la legitimidad de tales instalaciones.

c) La inspección de la propiedad privada a que se refieren los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 9.º, parece que puede regularse también con cierta amplitud en los Estatutos, sin que quepa, quizá, una exclusión total de la misma. La materia parece, pues, imperativa en líneas generales, pero susceptible de una amplia regulación dispositiva.

d) La contribución a los gastos comunes a que se refiere el número 5 del artículo 9.º, parece que tiene también carácter imperativo en cuanto que no puede excluirse en forma total la participación de ningún comunero; pero, en cambio, creemos que caben los siguientes pactos lícitos:

1.º Excluir a algunos comuneros de su participación en determinados gastos, como, por ejemplo, a los propietarios de bajos comerciales de los gastos de ascensor y escaleras que no utilicen.

2.º Establecer que la cuota de participación en los gastos no sea la misma cuota que los comuneros tienen en el total del inmueble. Esto puede resultar un tanto anómalo y parece contradecir incluso al artículo 3.º párrafo 2.º de la Ley, pero está permitido en el número 5 del artículo 9.º («contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo *especialmente establecido*») y, además, puede tener justificación práctica en el caso de que algún comunero haya participado con una aportación mayor a la que corresponda al valor de su piso, en el precio del solar

y en la construcción del edificio, y por ello se desee concederle una mayor participación en el solar en caso de la destrucción del edificio o en el de elevación de nuevas plantas, etc. Este comunero debe tener una cuota más importante que los otros en relación con el valor de su piso, pero, en cambio, no es justo que participe en los gastos comunes sino a través de una cuota reducida.

En nuestra opinión, pues, esta materia es eminentemente positiva.

e) Vinculación por los acuerdos de la Junta. La posición jurídico-personal del comunero, coincidiendo en esto con la del socio, se caracteriza por quedar vinculado por los acuerdos de la Junta adoptados por mayoría en los casos en que no es necesaria la unanimidad (art. 16, reglas 1.^a y 2.^a). Estos acuerdos requieren el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representan la mayoría de las cuotas de participación, es decir, que el sistema es doble por cuotas y por cabezas. Esta materia es imperativa, ya que, en nuestra opinión, no pueden sustraerse al acuerdo unánime las materias enumeradas en el artículo 16, regla 1.^a Puede resultar, en cambio, dudoso el que alguna otra materia pueda requerir también el acuerdo unánime por haberse pactado así en los Estatutos, pero creemos que tampoco aquí cabe ninguna clase de convenio, dada la tajante terminología legal. («Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas.»)

f) Carácter corporativo de toda la organización. En efecto, al existir una Junta de propietarios, con su presidente, administrador, etc., sin llegarse a la persona jurídica, se tiene una organización muy parecida a la de una sociedad. Esta materia también es eminentemente imperativa.

g) La facultad dispositiva se refiere a la posición jurídica total del comunero, según se deduce del último párrafo del artículo 3.º de la Ley cuando dice: «Cada propietario puede libremente disponer de su derecho sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad». Tampoco aquí parecen admisibles pactos en contra.

4. *Especial carácter del Derecho de vuelo.*

Según el artículo 11 de la Ley, la construcción de nuevas plantas afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para la modificación del mismo. Parece, en principio, que el derecho de vuelo es elemento común, si bien no creemos que lo sea por naturaleza, por lo cual podría excluirse de los elementos comunes y concederse a persona determinada, especialmente al dueño del último piso (si se trata de elevar el edificio) o de la planta baja (si se trata de construir en profundidad), e incluso no vemos inconveniente en concederlo a favor de cualquier persona, aun ajena a la comunidad, por lo que toda esta materia resulta, en nuestra opinión, dispositiva.

Se plantean varios problemas interesantes en relación con el derecho del vuelo. Veamos:

a) Derecho de vuelo y derecho de superficie. Aunque el R. H. los distingue, no es fácil hacerlo realmente. Parece, en definitiva, que cuando se trata de construir edificios de nueva planta, el derecho es siempre de superficie (art. 16, 1.º, R. H.). En cambio, el de mayor elevación o de construcción bajo el suelo pueden constituirse, indistintamente, como derecho de superficie o derecho de vuelo (16, 1.º, 2.º, R. H.).

b) El derecho de elevar o de profundizar en edificio ya construido, cuando se le da el carácter de derecho de superficie, no concede al propietario de las nuevas edificaciones copropiedad sobre el solar y restantes elementos comunes, sino tan sólo un derecho real de superficie, por lo que parece que puede quedar excluido de la propiedad horizontal del resto del edificio. Si se tratare de varias plantas más de nueva edificación, los propietarios de ellas podrían constituir su propia e independiente propiedad horizontal, en la que el derecho real de superficie sería elemento común.

c) La concesión de derecho de vuelo, cuando ya existe un edificio (supuesto del artículo 11 L.), obliga siempre a constituir propiedad horizontal. Así resulta del número 2.º, artículo 16, R. H.

Conforme a esta norma, la propiedad horizontal debe quedar constituida con el titular del derecho de vuelo, incluso antes de la nueva edificación, al menos en la forma esquemática prevista en dicho precepto. Según la construcción reglamentaria parece que el titular del derecho de vuelo se convierte en el futuro, al edificar, en propietario pleno, no en titular de un derecho de propiedad sometido a resolución, como ocurre con el superficiario.

V

LA CUOTA

Por su especial importancia estudiamos en capítulo aparte las normas relativas a la cuota. Se refiere a ella el artículo 8.º, número 4 de la L. H. al decir que en la inscripción se describirán: «... y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble».

A su vez, en el artículo 3.º L. P. H., en su párrafo 2.º, se dice: «A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo».

El artículo 5.º, en su párrafo 2.º, al referirse al título constitutivo, dice que «en el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial».

A) *Características de la cuota:*

a) Su fijación es esencial y precisamente ha de hacerse con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Se nos plantea el problema de si la determinación se ha de hacer con alguna fórmula concreta o basta que quede suficientemente claro el señalamiento de la cuota. Creemos que basta esto último, tal y como tiene declarado la D. G. R. y N.

La materia ha sido abordada por las Resoluciones de 7 de junio de 1963, 23 de julio de 1966 y 20 de abril de 1967.

La primera de las citadas Resoluciones exige que la cuota no solamente exprese la participación en los elementos comunes, sino también, pasivamente, el módulo de cargas, por lo cual se ha de determinar poniendo en relación el valor proporcional del piso y cuanto con él estuviere unido, con el valor total del inmueble, exigencia que no puede reputarse cumplida cuando se hace una referencia imprecisa al valor de los elementos comunes.

La Resolución de 23 de julio de 1966, con un criterio menos literalista, entendió que la cuota en los elementos comunes, que se fijaba «a los efectos del artículo 396 del C. c. y párrafo 3.º del artículo 8 de la L. H.», siendo así que este último precepto se refiere a la cuota en relación con el inmueble, dejaba fuera de toda duda cuál fue la intención de los otorgantes que tan sólo habían dejado de ajustarse a los términos literales del precepto legal, pero no a su recto sentido.

La Resolución de 20 de abril de 1967 consideró correctamente fijada la cuota que se señalaba «con la naturaleza, el contenido y a los efectos de la Ley de 21 de julio de 1960».

Debe, pues, concretarse que aun cuando lo más correcto es el referir la cuota al valor total del inmueble, no estamos ante una frase sacramental, y basta que quede suficientemente clara la intención de los otorgantes de ajustarse a lo que la Ley preceptúa.

La fijación en centésimas es totalmente imperativa por exigirlo así el párrafo 2.º del artículo 3.º de la Ley.

b) Fijación inicial. La cuota ha de señalarse desde el primer momento y precisamente en el título constitutivo, según resulta del artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley, haciéndola constar en la inscripción (art. 8.º, núm. 4.º, L. H.). No cabe aplicar el criterio de la igualdad de cuota a que se refiere el artículo 393 del C. c. Parece apuntar una excepción a la norma de señalamiento inicial de la cuota, si bien sea muy discutible, el artículo 16, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

B) *Criterios de fijación.*

Los criterios señalados en el artículo 5.º, párrafo 2.º, de la Ley son meramente orientadores y, por tanto, dispositivos. Dice este precepto: «En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes».

C) *Persona encargada del señalamiento de la cuota.*

La cuota se determina, según acaba de decirse, por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Creemos que esta forma es imperativa y que no cabe que la fijación se haga por otras personas distintas. Así, por ejemplo, no parece posible que la fijación se haga por una simple mayoría de propietarios (lo que iría, además, contra la Regla 1.ª del artículo 16 de la Ley).

También es muy dudoso que pueda concederse la facultad de fijar alguna cuota a un comunero o que el propietario único del edificio, al constituir la propiedad horizontal, pueda reservarse la facultad de fijar determinadas cuotas. (Por ejemplo, las que puedan resultar de la división de un local en otros más pequeños, aun cuando ese local sea de la exclusiva propiedad del que va a fijar la cuota.) Parece que, todo lo más, estas reservas de facultades deben considerarse como apoderamientos revocables.

D) *Finalidad de la cuota.*

En líneas generales, la cuota sirve de módulo para fijar beneficios y cargas (art. 3.º, párrafo 2.º), para la adopción de acuerdos

por mayoría (art. 16, Regla 2.^a) y para medir plenamente la posición jurídico-personal del comunero en la colectividad.

Cabe plantearse el problema de la posibilidad del pacto en contra de la finalidad ordinaria de la cuota. Creemos que son válidos y, por tanto, de derecho dispositivo los pactos siguientes:

a) Los que excluyen al comunero de ciertos gastos que no le afectan (de ascensor a los dueños de los bajos).

b) Los que señalan una cuota especial para ciertos derechos como para participar en el solar en caso de que se destruya el edificio o en el derecho de vuelo si se elevan más plantas o se construye en profundidad.

c) No parece posible, en cambio, conceder un derecho de voto inferior o superior al de la cuota, y mucho menos un derecho de veto, ya que ambas cosas infringirían el artículo 16 de la Ley.

VI

LA ADMINISTRACION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

1. *Organos unipersonales.*

A) *Presidente.*

Los propietarios deben elegir entre ellos un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten (art. 12, párrafo 1.º). El presidente actúa como secretario y administrador si los Estatutos no determinan o los propietarios no acuerdan elegir a otras personas para desempeñar dichos cargos.

Sobre el presidente pueden plantearse los siguientes problemas básicos:

a) Parece imperativa la norma que exige que el presidente sea un copropietario. En cambio, parece admisible que la actuación concreta del presidente se haga a través de su representante, aunque éste no sea comunero.

b) La legitimación activa para los procesos incoados por la comunidad corresponde, sin duda, al presidente, pero la sentencia del T. S. de 28 de abril de 1966 declaró que todos los que sean titulares de la propiedad horizontal, bien en conjunto o bien aisladamente—y aun existiendo presidente designado—, podrán ejercitar toda clase de acciones contra terceros (en este caso, el constructor del edificio), tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les hayan irrogado, lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas, que con referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquéllas o en éstos les afectan a su derecho particular que requiere, necesariamente, la utilización de los elementos comunes. La resolución jurisprudencial está plenamente justificada si se tiene en cuenta que se refiere a litigios emprendidos en su propio nombre por los demandantes (no en el de la comunidad) y contra terceras personas.

B) El secretario y el administrador.

Su nombramiento se hace en los mismos Estatutos o en Junta de copropietarios (art. 12, párrafo 2.º, y art. 13, núm. 1, de la Ley), pudiendo existir o no tales cargos. Hay que hacer las siguientes observaciones:

a) Pueden ser o no copropietarios, siendo esta materia dispositiva.

b) El secretario no tiene contenido concreto, por lo que los Estatutos o la misma Junta establecerán, con carácter dispositivo, sus facultades.

c) El administrador tiene unas obligaciones señaladas en el artículo 18, pero parece que toda esta materia es dispositiva, ya que goza, además de «todas las demás atribuciones que se le confieran por la Junta» (art. 18, núm. 6, de la Ley).

d) El secretario y el administrador pueden ser una misma persona, según lo dispongan los Estatutos o la Junta.

C) *Otras características de estos cargos.*

a) El plazo de duración de estos cargos es materia dispositiva, ya que «salvo que en los Estatutos se disponga otra cosa, estos nombramientos se harán por un año prorrogable tácitamente por periodos iguales» (art. 12, párrafo 4.º, de la Ley).

b) La Junta extraordinaria convocada para ello, puede remover siempre estos cargos, por disponerlo así el artículo 12, párrafo 5.º, con carácter imperativo.

c) El acogerse al régimen de administración del artículo 398 del Código civil, cuando el número de propietarios no excede de cuatro, es materia dispositiva (art. 12, párrafo final, de la Ley).

2. *La Junta de condueños.*

A) *Es el órgano soberano con facultades variadas, que se pueden clasificar en:*

a) Legislativas: Aprobar y reformar los Estatutos y ordenanzas (art. 13, 4.º, de la Ley).

b) Administrativas: Nombrando y revocando los cargos de presidente, secretario y administrador (art. 13, 1.º, de la Ley), y determinando el contenido de los de administrador y secretario (artículo 18), aprobando los planes de gastos e ingresos (art. 13, 2.º de la Ley), etc.

c) Sancionadoras: Así resulta del artículo 19, que prevé el apercibimiento e incluso la privación del uso y el lanzamiento del titular u ocupante de un piso o local. Estas facultades son imperativas en el sentido de que no parece que pueda privarse de ellas a la Junta en los Estatutos; pero la Junta puede, discrecionalmente, utilizarlas o no.

d) Procesales: La sentencia del T. S. de 11 de diciembre de 1965 consideró mal planteada la demanda de una comunidad de propietarios contra tercera persona por no haber recaído acuer-

do de dicha Junta para la iniciación del pleito, teniendo en cuenta además, que «el legislador estableció un régimen especial regulador de la persona que debe representar en juicio a la comunidad» (el presidente).

La sentencia del T. S. de 28 de octubre de 1965 declaró que para iniciar el procedimiento judicial necesario para que fueran desalojados unos locales comerciales arrendados, basta el acuerdo adoptado con las mayoría del artículo 16, número 2, de la Ley.

La sentencia del T. S. de 7 de octubre de 1965 declaró que no podía procederse directamente por un comunero contra el presidente de la Junta de condueños, exigiendo rendición de cuentas, sin acudir previamente a la Junta de copropietarios, tal y como establece el número 1.º del artículo 13 de la Ley.

Consideramos, en general, que las facultades que la Ley confiere a la Junta tienen carácter imperativo y, por tanto, no se le puede privar de ellas en los Estatutos, pudiendo, en cambio, ampliarlas.

Lo que quizá sea factible es que la Junta pueda delegar en el presidente o en el administrador algunas de sus facultades, siempre que no las pierda y esta delegación sea revocable. (Así, en general, las enumeradas en los núms. 2.º y 3.º del art. 13 de la Ley.)

B) *Asistencia a la Junta.*

La asistencia a la Junta ha de ser personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta un escrito firmado por el propietario. Este sistema del artículo 14, párrafo 1.º de la Ley parece imperativo.

Asimismo parece imperativo el sistema de representación de los dueños proindiviso de algún piso o local (párrafo 2.º del art. 14 de la Ley).

Parece, en cambio, dada la terminología del párrafo 3.º del mismo artículo («salvo manifestación en contrario»), que la asistencia y voto en los casos de usufructo tienen carácter dispositivo, sin que la Ley sea demasiado clara. En realidad, la regulación del contenido del usufructo y nuda propiedad que hagan los Estatutos debe ser tan sólo supletoria de la que haga el título del usufructo, que debe prevalecer (art. 468 del C. c.).

C) *Reuniones.*

Sobre esta materia, regulada en el artículo 15, pueden hacerse las siguientes observaciones:

a) El número de reuniones señaladas en la Ley es mínimo y pueden pactarse más, pero no menos.

b) El número de socios que pueden pedir convocatoria de Junta puede pactarse que sea inferior, pero no superior al marcado en la Ley.

El resto del precepto parece imperativo.

D) *Acuerdos en la Junta.*

Esta materia, regulada en el artículo 16, tiene, a nuestro juicio, carácter totalmente imperativo, por lo que no cabe una regulación convencional.

E) *Documentación.*

Esta materia, regulada en el artículo 17 de la Ley, tiene también, a nuestro juicio, carácter totalmente imperativo.

VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARTICIPES

1. *Derechos.*

A) *Sobre la posición global o jurídico-personal de cada comunero.*

Sobre su posición global o total en la comunidad, cada comunero puede:

a) Disponer de ella. (El art. 3.º, párrafo final, habla de «disponer de su derecho sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad».)

b) Gravarla. Cabe la hipoteca, según el artículo 107, número 11, de la Ley Hipotecaria, y parece que caben cualesquiera otros gravámenes.

Las Resoluciones de la Dirección General de 19 y 21 de junio de 1966 admiten la hipoteca de un piso inscrito en el folio registral abierto a todo el edificio. Aun cuando sería conveniente, y en la práctica suele hacerse así, que cada piso o local se inscriba en folio independientes, al amparo del número 5.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, como también pueden estar inscritos, al amparo del número 4.º del mismo artículo, en el folio del edificio principal; si así sucede, los pisos son, evidentemente, hipotecables, según el artículo 107, número 11, de la misma Ley.

Parece que las facultades de disponer y gravar que tiene el propietario son imperativas en cuanto que no puede ser privado de ellas en los Estatutos.

B) *Sobre su propiedad privativa.*

Sobre el piso o local constituido en propiedad separada, tiene el comunero los siguientes derechos:

a) Derecho a ocuparlo o utilizarlo (así se desprende del artículo 396 del C. c. y del artículo 3.º, apartado a), de la Ley). La norma es imperativa.

b) Derecho a modificar los elementos arquitectónicos e instalaciones o servicios de cada piso o local cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras, previamente, a quien represente a la comunidad (art. 7.º, párrafo 1.º, de la Ley).

La norma a la que se ha hecho referencia tiene, a nuestro juicio, carácter eminentemente dispositivo y no vemos inconveniente en que en los Estatutos se regulen las facultades de los propieta-

rios para hacer modificaciones en sus pisos, siempre que no se les prive totalmente de tal facultad ni sea ésta tan amplia que interfiera los elementos comunes o el derecho de los demás copropietarios. Es decir, la facultad en sí tiene carácter imperativo, pero puede modalizarse en forma dispositiva.

c) Derecho a realizar alteraciones registrales. Los pisos o locales, o sus anejos, pueden ser objeto de división material, agrupación, etc. (art. 8.º, párrafo 1.º, de la Ley). Para ello basta el consentimiento de los titulares afectados, con aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas (párrafo 2.º, art. 8.º, de la Ley). Parece que la norma es imperativa en el sentido de que la decisión sobre estas operaciones corresponde tan sólo a los propietarios afectados, pero la fijación de las cuotas corresponde a la Junta, con la particularidad de que, por tratarse de modificación del título constitutivo, el acuerdo ha de ser unánime (regla 1.ª, art. 16, de la Ley). La norma nos parece desacertada, pues no se ve inconveniente en que los propietarios afectados modifiquen sus propias cuotas, lo que para nada afecta a los demás.

Por otra parte, resulta dudosa la validez de la agrupación de varios pisos o locales cuando no constituyan entre sí una unidad económica, funcional o de destino (ver antes III, 4).

C) *Sobre elementos comunes.*

a) Cada comunero tiene derecho a su utilización en la forma que se desprende del artículo 3.º, letra b), de la Ley.

b) No puede realizar alteración alguna en ellos (párrafo 2.º, artículo 7.º).

c) No puede exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble según su rango (párrafo 1.º, art. 10 de la Ley); si bien esta norma parece tener carácter dispositivo, pudiendo convenirse lo que se quiera acerca de ella en los Estatutos.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor de lo antes dicho y cuya cuota de ins-

talación exceda del importe de una mensualidad ordinaria de gastos comunes, el disidente no resultará obligado ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja (art. 10, párrafo 2.º). Resulta dudoso que quepa el pacto en contra de esta norma, imponiendo a algún partícipe la participación en estos gastos, aunque excedan del importe de una mensualidad.

Las innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio requieren siempre el consentimiento del propietario a quien se prive, por ello, de su uso y disfrute (art. 10, párrafo 4.º, de la Ley), norma que nos parece imperativa.

D) *Derechos corporativos.*

1. El derecho de asistir a las Juntas, votar, modificar estatutos y ordenanzas, etc., lo consideramos totalmente imperativo, por lo que no creemos pueda privarse de él, en ningún caso, a los comuneros.

2. *Deberes.* La regulación de esta materia, que se contiene principalmente en los artículos 7.º, 9.º y 10, es, en general, imperativa, si bien creemos que tienen carácter dispositivo y pueden regularse mediante pacto los siguientes extremos:

a) Regular en la medida antes indicada las actividades dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7.º, párrafo 3.º, de la Ley).

b) Lo relativo al estado de conservación del piso propio e instalaciones privativas (art. 9.º, regla 2.ª).

c) Regular, sin prescindir de ella totalmente, la materia relativa a reparaciones y servidumbres en el piso propio, siempre que sean requeridas por el interés general (art. 9.º, regla 3.ª).

d) Regular la entrada en el piso o local a los efectos de inspección, reparaciones, etc., en el sentido de detallar esta materia, sin excluir totalmente la entrada (art. 9.º, regla 4.ª).

e) Fijar la contribución a los gastos generales, que puede coincidir o no con la cuota de participación en el valor del inmueble (art. 9.º, regla 5.ª), tal y como antes se dijo.

VIII

LA EXTINCION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Las causas legales de extinción de la propiedad horizontal son:

1.^a Por destrucción del edificio, que admite pacto en contrario (art. 21, núm. 1).

2.^a Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias (artículo 21, núm. 2). Cabe, sin embargo, plantear algunos problemas:

a) El quedar todos los pisos en poder de un solo propietario no extingue la propiedad horizontal, puesto que el artículo 5.º, párrafo 2.º, admite que este régimen sea establecido por el propietario único del edificio.

b) El pasar al régimen de copropiedad ordinaria requiere acuerdo unánime de los propietarios por constituir modificación sustancial del título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 16, regla 1.^a), sin que parezca admisible ningún pacto en contra, como, por ejemplo, el que permitiese simple acuerdo mayoritario.

IX

CONSIDERACIONES FINALES

Como final de esta exposición hay que indicar que si bien la Ley de Propiedad Horizontal tiene un carácter eminentemente imperativo, no es menos cierto que caben múltiples pactos dentro del ámbito de sus normas y, en todo caso, la interpretación no debe hacerse con un carácter literalista o meramente ajustado al sentido gramatical de los preceptos, sino atendiendo fundamentalmente a la *ratio iuris* de la norma que se interpreta.

FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO
Notario.

El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación^(*)

I

SANTI ROMANO, en un libro extraordinario (1), nos ha hablado de los mitos jurídicos y de la mitología jurídica. El mito ha sido definido y estudiado particular y casi exclusivamente en relación con las creencias religiosas, que es donde ciertamente se ofrecen sus ejemplos más típicos y característicos. El mito, sin embargo, se encuentra también en otros campos diferentes, y en particular y de una manera extraordinariamente interesante, en el campo del Derecho. Se entiende por mito aquella explicación dada a problemas vitales de carácter fundamental que es alegórica o fantástica o que por lo menos no aparece racionalmente demostrada. Son los mitos, explicaciones capaces de suscitar la credulidad o, si se prefiere, la credibilidad de las gentes, porque lo característico del mito es precisamente el ser creíble y el ser creído.

En muy estrecha relación con esta idea de los mitos jurídicos, TEODORO VIEHWEG nos ha hablado recientemente de los tópicos jurídicos (2). Los tópicos son ideas o proposiciones que constituyen auténticos *loci communis* y que se legitiman por su general aceptación. Justo es reconocer que lo que nosotros los juristas denominamos la ciencia del Derecho es, en muy buena medida, una actividad intelectual que se sirve de estos tópicos o lugares comu-

(*) Conferencia pronunciada en el Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad el 24 de febrero de 1967.

(1) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, 1953. páginas 126 y sigs.

(2) T. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. castellana, Madrid, 1964.

nes. En nuestro tiempo la expresión tópico, mito o lugar común ha adquirido una evidente carga de sentido peyorativo, y solemos considerar a estas ideas y proposiciones tópicas como algo desdénable. Una actitud semejante, a más de irreflexiva es injusta. Las ideas y las proposiciones que se legitiman por una general aceptación pueden encontrarse y normalmente deben encontrarse llenas de sentido. Lo necesario es contraponer el hombre que piensa al hombre que cree. Esta distinción parte del esbozo que ORTEGA estableció cuando distinguía entre ideas y creencias (3). La creencia, dice ORTEGA, es algo en lo que se está. El hombre se instala en la creencia y vive conforme a ella. La idea, en cambio, es algo a lo que reflexivamente y sólo a través del penoso camino de un razonamiento se puede llegar. El hombre que cree se servirá de los mitos y de los tópicos jurídicos, construirá su propia vida jurídica con arreglo a ellos y decidirá conforme a ellos las cuestiones que le sean planteadas. El hombre que piensa tratará, en cambio, de convertir los tópicos y los lugares comunes en ideas jurídicas actuantes.

Vivimos—es cierto—una época de desmitificación, pero con ello no se trata de decir que los mitos deban ser destruidos, sino que deben ser los problemas que subyacen bajo ellos racionalmente explicados: los mitos deben ser destruidos sólo en cuanto mitos.

II

Quiero referirme a algunos de estos tópicos o mitos jurídicos, que en particular son los mitos hipotecarios. Entre el cúmulo inmenso de mitos o de tópicos que contiene nuestro Derecho hipotecario me ha parecido conveniente seleccionar tres de ellos para tratar de convertirlos en ideas jurídicas actuantes.

Entre los mitos hipotecarios seleccionaré—como decía—tres que aparecen íntimamente relacionados entre sí: el mito del consentimiento formal, el mito de que el consentimiento de cancelación constituye negocio abstracto y el mito de que el consentimiento de cancelación constituye un negocio de disposición.

El intento de tratar de encontrar una explicación racional a

(3) ORTEGA Y GASSET, *Ideas y creencias*, Madrid, 1965, págs. 15 y sigs.

estos *loci communia* de nuestro Derecho hipotecario nos permitirá probablemente encarar con mayor rigor alguno de los problemas prácticos que en fecha reciente han sido planteados (4). En los últimos años se ha discutido con bastante ardor la posible aplicación del artículo 1.413 del Código civil a la cancelación de los créditos hipotecarios de naturaleza ganancial. Se trataba de saber si, consentida la cancelación únicamente por el marido, debe el Registrador denegar el asiento solicitado, en tanto que no preste su consentimiento la mujer. Partiendo de la premisa que la cancelación constituye un acto dispositivo, la aplicación del artículo 1.413 del Código civil debía ser una lógica conclusión. La Dirección General de los Registros, sin embargo, en varias resoluciones, a partir de 1964 (5), ha estimado lo contrario, probablemente por razones de orden práctico. En buena lógica, la explicación sólo puede ser buscada mediante un replanteamiento de las premisas. ¿Qué sentido tiene el llamado principio del consentimiento formal? ¿Es el consentimiento de cancelación un negocio abstracto y dispositivo?

III

El llamado «principio del consentimiento» se introdujo en nuestra técnica hipotecaria merced al influjo que en ella ejerció durante muchos años la doctrina alemana. ANGEL SANZ (6) lo considera como «creado por el Código civil alemán», añadiendo que

(4) El problema en la práctica se ha planteado sobre todo en relación con los negocios de disposición sobre bienes de naturaleza ganancial. La literatura sobre el tema es ya muy abundante. Vid. CÁMARA, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en Anuario de Derecho Civil. XII, 2, 1959, págs. 451 y sigs.; BORRACHERO, *La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas*, R. C. D. I., 1959, págs. 243 y sigs.; LA RICA, *La mujer casada y la cancelación de créditos hipotecarios gananciales*, R. C. D. I., 1965, págs. 245 y sigs.; LACAL, *La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas*, R. C. D. I., 1959, págs. 39-41; AZPIAZU, *Más sobre el artículo 1.413*, R. C. D. I., 1966, pág. 95; LA RICA, *El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales consentidos sólo por el marido*, R. C. D. I., 1966, páginas 1.185 y sigs.

(5) Cfr. las Resoluciones de 23 de mayo y 3 y 8 de junio de 1964, así como la de 23 de febrero de 1966. Las dos primeras están anotadas por CÁNOVAS en R. C. D. I., 1965, pág. 915. Sobre el tema, cfr. también LA RICA en los dos trabajos antes citados.

(6) SANZ FERNÁNDEZ, Angel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953, tomo II, págs. 3 y sigs.

tiene su origen en la doctrina científica elaborada en aquel país a lo largo del siglo XIX. No me parece demasiado aventurado sostener que entre nosotros introdujo la idea don JERÓNIMO GONZÁLEZ en dos trabajos, publicados ambos en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en la década de los años veinte: el primero de ellos trataba de manera específica sobre el principio del consentimiento (7); el segundo versaba sobre la renuncia en el Derecho inmobiliario (8). En los programas de oposiciones a Registros la cuestión se introdujo probablemente por aquellas mismas fechas (9) y provocó algunas dosis de perplejidad en los primeros autores de contestaciones al programa que debieron dar respuesta al tema (10). Es muy curioso constatar, en cambio, que los tratadistas anteriores de la disciplina no habían mencionado tal principio y, además, que habían estudiado siempre la cuestión de la cancelación, sin hacer referencia al llamado «consentimiento formal». Preocupaba a estos autores cuál había de ser la capacidad para consentir la cancelación, si la cancelación podía o no ser condicionada y la exégesis pormenorizada de los preceptos de la Ley y del Reglamento, pero nada más (11).

(7) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *Principio del consentimiento*, publicado en R. C. D. I., 1926, pág. 519, y reimpresso en los Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil, Madrid, vol. I, págs. 406 y sigs.

(8) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo: *La renuncia en el Derecho Inmobiliario*, R. C. D. I., 1931, págs. 35 y sigs., y en los Estudios citados, vol. II, páginas 17 y sigs.

(9) La referencia es del propio don Jerónimo, a quien puede suponerse autor o, al menos, coautor del Programa. Entre los primeros autores que enfocaron el problema por exigencias de los cuestionarios de las Oposiciones, cita a LÓPEZ PALOP y CAMPUZANO en el *Apéndice a la Legislación Hipotecaria*, de Reus. Se contentaron, dice don Jerónimo, con citar el precedente alemán y el suizo. En el programa de oposiciones vigente en aquellas fechas el «principio del consentimiento» se incluía en el tema V, dedicado en general a los «principios hipotecarios». Este tema no existía en el programa de la década anterior. Cfr. GAYOSO ARIAS, *Nociones de Legislación Hipotecaria* (Contestaciones a los temas de esta materia contenidos en el Programa para las Oposiciones a Registros de la Propiedad, publicado en la *Gaceta* de 7 de febrero de 1918), Madrid, 1918.

(10) Vid. BERAUD y RÍOS MOSQUERA, *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1928, tomo I, pág. 48. Una prueba de la perplejidad de la doctrina puede constituir la el hecho de que hacia 1930 la terminología no se encuentra todavía firmemente asentada. Por ejemplo, ROCES, al traducir el libro de NUSSBAUM habla de un «principio formal del consentimiento»; cfr. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, trad. de la 2.ª edic. alemana, con prólogo de W. ROCES, Madrid, 1929.

(11) Cfr. MORELL y TERRY, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo III, Madrid, 1917, pág. 380; GALINDO Y DE VERA, ESCOSURA y ESCOSURA, Co-

El llamado «principio del consentimiento», como he dicho, lo introdujo don JERÓNIMO GONZÁLEZ y se consolidó en las obras de los maestros ROCA SASTRE (12) y ANGEL SANZ (13). Se suele definir diciendo que para transmitir el dominio y para constituir, modificar o extinguir un derecho real, así como para producir una modificación en los asientos del Registro, es necesaria la prestación de un consentimiento (14). Se distinguirá entonces entre un consentimiento material o sustantivo, que es el constituido por el acuerdo conjunto de transferente y adquirente, dirigido precisamente a producir la modificación jurídica real, y un consentimiento formal, que es el consentimiento del titular inscrito, dirigido exclusivamente a permitir la modificación de los asientos del Registro (15). Por lo general, se entiende que nuestro sistema positivo no ha admitido el llamado consentimiento sustantivo—en su forma pura: acuerdo real abstracto—, pero que, en cambio, ha hecho algunas importantes aplicaciones del llamado principio del consentimiento formal. Entre estas últimas, aparte de otras en que la cuestión resulta discutida—como ocurre con la llamada modificación de entidades hipotecarias, con la constitución unilateral de la hipoteca o con la posposición—, la doctrina, con rara unanimidad, suele mencionar el supuesto contenido en el artículo 82 de la Ley hipotecaria, según el cual la cancelación de los derechos inscritos o anotados en virtud de una escritura pública ha de hacerse mediante otra escritura o documento auténtico en que preste su

mentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar, 2.^a ed., Madrid, 1891, tomo III. págs. 26 y sigs.; CAMPUZANO, *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1926, págs. 430 y sigs.; DÍAZ MORENO, *Legislación Hipotecaria* (Contestaciones), Madrid, 1911, tomo II, págs. 300 y sigs.; ARAGONÉS Y CARSI, *Compendio de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1909, tomo I. págs. 259 y sigs.; LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1918, pág. 150; MARTÍNEZ MOREDA, *Comentarios y Jurisprudencia a la Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1906, págs. 343 y sigs.

(12) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I. Barcelona, 1954, págs. 726 y sigs.

(13) SANZ FERNÁNDEZ, op. y loc. cit., págs. 26 y sigs.

(14) ROCA, op. y loc. cit., págs. 726 y sigs.; SANZ, op. y loc. cit., pág. 26; LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, páginas 215 y sigs.

(15) El llamado «consentimiento formal» es la declaración jurídica de voluntad unilateral dirigida directa y exclusivamente a consentir que en el Registro de la Propiedad se practique un determinado asiento, sin necesidad de apoyarse en ningún acuerdo, acto o título de derecho material inscribible (ROCA SASTRE, op. y loc. cit., pág. 726).

consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos. Esta idea, según la cual el artículo 82 de nuestra Ley hipotecaria constituye un fiel reflejo del llamado principio del consentimiento formal, creo que es el primero de los tópicos hipotecarios que debemos hoy someter a revisión.

En primer lugar, la idea casa muy mal con los antecedentes históricos del precepto (16), que no aparece como una consecuencia del llamado principio del consentimiento elaborado por la técnica hipotecaria alemana, sino como el resultado de nuestra propia tradición hipotecaria (17). El precedente más antiguo que conozco del artículo 82 de la Ley hipotecaria se encuentra en el proyecto de Código civil de 1851. Este proyecto de Código, que, como es sabido, se debió en buena medida a la autoridad de GARCÍA GOYENA, contiene en su última parte una serie de preceptos dirigidos a instaurar un Registro Público y a establecer los principios de publicidad y especialidad en materia de hipotecas y de trans-

(16) Es preciso confesar que los antecedentes históricos de nuestra Ley Hipotecaria nos son muy mal conocidos, ya que no se ha hecho el necesario estudio de confrontación de la labor de los legisladores de 1861—estudio que parece absolutamente necesario—, con los precedentes que en aquel momento ofrecía el Derecho comparado. Es de interés la obra de PANTOJA Y LLORET. *Ley Hipotecaria concordada con las Leyes y Códigos extranjeros*, tres volúmenes, Madrid, 1861. Para el Derecho extranjero consúltese la obra de SAINT JOSEPH, *Concordance entre les Lois Hypothécaires étrangères et françaises*, París, 1847.

(17) Es cierto, como afirma SANZ, que el llamado «principio del consentimiento» fue una creación de la dogmática alemana que cristalizó en el Código civil de aquel país. En la Legislación registral alemana anterior al llamado «principio del consentimiento» no aparece consagrado. Es de particular interés tomar en consideración la Legislación prusiana, que, según se ha venido diciendo, influyó en nuestra primitiva Ley Hipotecaria. Pues bien, la Ley de 5 de mayo de 1872—posterior, curiosamente, a nuestra primera Ley Hipotecaria—no contiene aún formulación alguna del llamado «principio del consentimiento formal». La inscripción se practica a demanda de la parte interesada, que debe hacerse por escrito y *acompañando las piezas justificativas de la solicitud* (artículo 33). A la demanda se acompaña el *título* en que se funda (art. 39).

Para las cancelaciones se establece que: deben hacerse siempre a instancia del propietario (art. 92), y que el propietario, si se trata de las inscripciones comprendidas en la segunda sección, *basta* con que acompañe a su demanda un consentimiento de cancelación emanado del titular del derecho o de sus sucesores o causahabientes (art. 93). Para la cancelación de las inscripciones de la tercera sección (hipoteca y deuda inmobiliaria) debe acompañar: un recibo o un consentimiento de cancelación del acreedor; una sentencia definitiva condenando al acreedor a consentir la cancelación; la prueba de que el derecho a cancelar se ha extinguido por confusión o consolidación (cfr. *Annuaire de Legislation étrangère*, París. 1873, tomo II).

misión del dominio. Se debe aquella parte del proyecto a CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, del que se dice que se inspiró en la legislación prusiana (18). Según el artículo 1.864 del proyecto de 1851, «la cancelación puede hacerse por *allanamiento* de las partes interesadas en la inscripción, siempre que tengan capacidad para enajenar sus bienes y conste su unánime consentimiento en escritura pública». El precepto añade que «si el allanamiento es condicional no se cancelará la inscripción hasta que se cumpla la condición» (19). GARCÍA GOYENA (20) explica los motivos del proyectado precepto del siguiente modo. La inscripción—dice—es un acto íntimamente adherido al título constitutivo del derecho inscrito, pero no por eso dejan de ser dos cosas distintas. Si los constituyentes convienen en que se tome la inscripción por un tiempo determinado, entonces debe extinguirse a la expiración de este plazo. En los demás casos, la inscripción, en sí misma considerada, es imprescriptible. Por ello, para que pueda ser opuesta a un tercero de buena fe la extinción del derecho debe procederse a cancelar la inscripción. Si el Registro ha de servir de garantía para el crédito territorial, conviene que sea la única pauta de los prestamistas para simplificar la confianza que les mueve a entregar su dinero. Se trata entonces de fijar una forma expedita y nada costosa para obtener y registrar las cancelaciones. Así, el proyecto procura

(18) Sobre la influencia decisiva de LUZURIAGA en el Proyecto de 1851, en orden a la consagración de los principios de publicidad y especialidad en materia de transmisiones del dominio y de constitución de hipotecas, así como en orden a la instauración de un sistema de Registro, vid. CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, págs. 209 y sigs. Sobre la figura de don Claudio Antón de LUZURIAGA, como un precursor de nuestro sistema registral, vid. VILLARES PICO, *Recordemos en este centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo*, R. C. D. I., 1961, págs. 910 y sigs.

(19) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, Madrid, 1852. El Proyecto de 1851 añadía, sin embargo, en el artículo 1.866 que «el tenedor del Registro hará de oficio la cancelación, aunque no sea unánimemente consentida por las partes, ni ordenada por los Tribunales, en los casos siguientes: 1.º Al mismo tiempo que se inscriba la mutación de propiedad en favor del que la adquiere, se cancelará la inscripción del que enajena. 2.º La inscripción de las hipotecas legales comprendidas en los números 1, 2 y 3 del artículo 1.787 se cancelará, si se acreditare en forma auténtica el pago o la consignación hecha legalmente. 3.º Todas las inscripciones del Derecho hipotecario y de cualquiera de los comprendidos en el artículo 1.831 se cancelarán cuando se presente un título auténtico que justifique la confusión de propiedad de los bienes gravados y del derecho inscrito sobre ellos en la misma persona».

(20) GARCÍA GOYENA, op. cit., IV, págs. 227 y sigs.

dar estas facilidades, declarando que para la cancelación basta el allanamiento de las partes (21).

He traído a colación esta cita de GARCÍA GOYENA para dejar establecidas dos bases de razonamiento: una, que lo que al legislador de mediados del siglo XIX le preocupaba era que aquel Registro fuera la única pauta segura de los prestamistas; la otra, que de lo que se trató fue de simplificar el procedimiento para la cancelación de inscripciones, dando una serie de facilidades que pueden llamarse de economía procesal: el allanamiento de las partes interesadas en la inscripción.

El artículo 82 de la primitiva Ley hipotecaria, es decir, la de 1861, en su originaria redacción decía que «las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura publica no se cancelarán sino mediante otra escritura en la cual manifieste su consentimiento la persona a cuyo favor se haya otorgado la primera, su causahabiente o representante legítimo, o en virtud de providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación». No hay en la luminosa Exposición de Motivos de esta Ley ninguna explicación concreta de las razones del precepto, pero me parece lícito pensar que encuentra su fundamento en los mismos principios que habían inspirado el artículo 1.864 del proyecto (22).

(21) GARCÍA GOYENA, op. y loc. cit., pág. 227.

(22) Es muy probable que el origen del artículo 82 de la Ley Hipotecaria obedezca más a la influencia francesa que a la influencia alemana. PANTOJA y LLORET le señalaron como antecedente el artículo 2.157 del Código civil francés. Según este precepto, «les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée». Hay que reconocer la gran similitud del artículo 2.157 del Código civil francés con el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria. La diferencia sustancial estriba en que en el Derecho francés la norma se refiere a las inscripciones, que son únicamente asientos en que se publican hipotecas y privilegios, ya que respecto de los demás títulos el sistema registral francés, como es sabido, es un sistema de transcripción. Nuestra Ley Hipotecaria extendió el ámbito de aplicación de la norma al someter a ella toda clase de inscripciones de derechos reales de todo tipo.

El artículo 2.157 del Código civil francés fue recogido por los Códigos de Bolivia (Código de 1843, art. 2.193) y de las Dos Sicilias (art. 2.051), por la Ley Hipotecaria griega de 1836 (art. 77), por el Código civil holandés (artículo 1.239), por el de la Luisiana (art. 3.335), etc. Vid. SAINT JOSEPH, op. cit.

Puede, por consiguiente, admitirse que el artículo 82 de nuestra Ley Hipotecaria, lejos de tener antecedentes germánicos, se inspiró en precedentes franceses, si bien ampliando una norma inicialmente prevista sólo para la cancelación de las inscripciones de hipotecas y de privilegios.

La primera reforma de la Ley hipotecaria, que se introdujo por la Ley de 21 de diciembre de 1869, modificó ya el artículo 82. En el texto reformado, el artículo 82 decía «que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino en providencia ejecutoria contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico en el cual exprese su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos». Continuaba diciendo el precepto que las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarian sino por providencia ejecutoria que tuviera las circunstancias prevenidas en el párrafo anterior. El resto del precepto se dedicaba a establecer un especial mecanismo cancelatorio para las inscripciones de hipotecas constituidas con el objeto de garantizar títulos transmisibles por endoso o títulos al portador, que hoy se encuentra recogido en forma muy similar en el artículo 156 de la Ley hipotecaria (23).

En rigor, el artículo 82 de la Ley quedó modificado desde su origen por el 72 del Reglamento (24). Disponía el Reglamento que era título bastante para la cancelación la misma escritura en cuya virtud se hizo la inscripción, si de ella o de otro documento suficiente resultaba que el derecho se había extinguido o había caducado, añadiendo que la nueva escritura no era necesaria para cancelar con arreglo al artículo 82 de la Ley sino cuando, extinguido el derecho por voluntad de los interesados, debía esta voluntad acreditarse.

Señala ESCOSURA (25) que, con el plausible fin de fijar la inteligencia del artículo 82 respecto a las dudas surgidas acerca de

(23) Ver *Ley Hipotecaria reformada y Reglamento general para su ejecución*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870.

(24) «La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción de una obligación será título suficiente para cancelar, si resultare de ella o de otro documento fehaciente, que dicha obligación ha caducado o se ha extinguido» Op. cit., pág. 177.

«Sólo será necesaria la nueva escritura para la cancelación, con arreglo al artículo 82 de la Ley, cuando extinguida la obligación por la voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción». Ibid., pág. 177.

(25) GALINDO y ESCOSURA, op. cit., vol. III, 2.^a ed., por ESCOSURA, páginas 35 y sigs.

los casos en que era o no indispensable acreditar el consentimiento de la persona interesada para la cancelación de las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de escritura pública, se dictó el Real Decreto de 20 de mayo de 1880. Este Real Decreto, según el autor citado, atrajo (26) y casi absorbió durante muchos días la atención, fue calurosamente discutido en las Cortes, en la Prensa política, en la profesional y hasta en particulares conversaciones. La idea motriz del Real Decreto fue clasificar en dos grupos las inscripciones hechas en virtud de escritura pública para los efectos de determinar si para su cancelación se había de exigir o no el consentimiento expreso de la persona a cuyo nombre se hallaban extendidos los asientos. En el primer grupo se comprendían las inscripciones de derechos, cuya existencia depende de la voluntad de las partes. Para la cancelación de estas inscripciones había de exigirse por el Registrador la escritura o documento auténtico en que constara el consentimiento del interesado. En el segundo grupo, en cambio, figuraban las inscripciones de aquellos derechos cuya existencia tiene unos límites determinados por las leyes. Para la cancelación de estas inscripciones no era necesario el consentimiento del interesado, porque ello equivaldría, decía ESCOSURA (27), a dar más importancia que a la ley que declara fenecido el derecho a la voluntad del que lo adquirió al amparo de ella. De esta manera, para la cancelación sólo es necesaria una nueva escritura en que exprese el interesado el consentimiento de cancelación cuando, extinguido el derecho por la voluntad de las partes, deba acreditarse esta circunstancia.

La Ley hipotecaria de 1909 dejó prácticamente intacto el texto del artículo 82 en el punto que aquí nos ocupa, modificando tan sólo su redacción en lo relativo a la cancelación de las inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. Lo que ESCOSURA llamó el «saludable principio» del Real Decreto de 20 de mayo de 1880, que había sido antes recogido en la Ley hipotecaria de Ultramar, cristalizó en el artículo 150 del Reglamento. Se decía en él que las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrían cancelarse sin que prestara su consentimiento la persona a cuyo favor se

(26) ESCOSURA, op. y loc. cit., págs. 35 y sigs.

(27) ESCOSURA, op. y loc. cit., pág. 36.

hubieran hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga providencia ejecutoria, cuando el derecho queda extinguido por orden de la ley o resulta así de la misma escritura inscrita.

Llegamos así al actual artículo 82, que, como es sabido, dice así: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos. Pueden, no obstante, ser canceladas sin dicho requisito cuando el derecho inscrito o anotado queda extinguido por declaración de la ley o resulta así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.»

He tratado de seguir lo más minuciosamente posible la pauta de los precedentes históricos del actual artículo 82 porque creo que no deben perderse de vista a la hora de tratar de comprender y calibrar todo su sentido. Me parece suficiente el recuerdo de estos antecedentes para llegar a la conclusión de que el artículo 82 de la Ley hipotecaria no refleja la idea rectora del llamado principio del consentimiento formal.

Para comprender adecuadamente el llamado principio del consentimiento en el Derecho registral es necesario volver a los autores alemanes (28). Entre los presupuestos necesarios para practicar una inscripción en el Registro, junto al principio de rogación (*Antragsprinzip*) y al principio de previa inscripción (*Voreintragong*) existe el denominado (*Bewilligungsgrundsatz*). Según el párrafo 19 GBO, una inscripción se practica en el Registro cuando la aprueba o da su conformidad la persona cuyo derecho se ve

(28) BAUR, Fritz: *Lehrbuch des Sachenrechts*, München-Berlin, 1963, página 122. Vid. también HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*, trad. cast. de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y Díez PASTOR, Madrid, 1955, pág. 96; WOLFF, *Derecho de cosas*, vol. I, en el *Tratado* de ENNECERUS, Barcelona, 1936, página 214, y la 10.ª edic. alemana de WOLFF y RAISER, Tübingen, 1957; SEUFFERT, Günter, *Sachenrecht*, Kommentar zum BGB de STAUDINGER, III, 1.º, Berlin, 1956; ERMANN, *Handkommentar zum BGB*, Munster, 1952, pág. 1.222; MEIKEL-IMHOF-RIEDEL, *Grundbuchrecht*, Kommentar zur Grundbuchordnung, 6.ª ed., Berlin, 1965.

(29) BAUR, op. cit., págs. 122 y sigs.

afectado por ella (29). Esta regla es la que contiene el llamado principio del consentimiento formal—quimicamente puro—, y significa que el funcionario encargado del registro se contenta con la declaración de conformidad del afectado por el asiento, sin tener que examinar y ni siquiera conocer la declaración de voluntad negocial necesaria desde el punto de vista del derecho material para que se produzca la modificación jurídico-real (*Einigung* o principio del consentimiento material). Una concepción semejante sólo es posible mediante una dislocación entre los efectos jurídicos sustantivos, por una parte, y la inscripción, por otra. Exige, además, que sea posible que la inscripción se practique, aunque los efectos jurídicos sustantivos no se hayan producido todavía, permitiendo así una posible desarmonía entre el Registro, que publica, como ya producida, la mutación jurídica real, y la realidad jurídica extrarregistral, donde aquella mutación no se ha producido todavía. Un ejemplo puede contribuir a aclarar esta idea. Si Ticio, titular registral del dominio de una finca, manifiesta al Registrador su conformidad en que se inscriba en favor de Cayo una servidumbre de paso sobre su fundo, en el Registro se practicará la inscripción de constitución de la servidumbre. Y ello aunque, en rigor, la servidumbre no haya sido todavía constituida porque no se haya llevado a cabo el negocio jurídico real entre constituyente y adquirente de la servidumbre. Dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene, la inscripción es un elemento más del supuesto de hecho de formación progresiva del derecho real, pero en sí mismo puede producirse con independencia.

Puntualizadas así las cosas en torno al llamado principio del consentimiento formal, creo que se comprende en seguida por qué he dicho con anterioridad que en el artículo 82 de la Ley hipotecaria no existe ni asomo de tal principio. Las razones para pensar así son de muy variado signo. En primer lugar, no puede olvidarse que, como frase gráfica y certera, ha dicho entre nosotros el profesor LACRUZ BERDEJO (30), en nuestro Registro de la Propiedad se inmatriculan fincas, se inscriben títulos y se publican derechos. Retengamos ahora el segundo miembro de esta trimembre expresión. En nuestro Registro de la Propiedad se inscriben títulos. Ello

(30) LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª edición, Zaragoza. 1957.

quiere decir que mientras el título—entendido como el mecanismo idóneo para producir la modificación jurídico-real—no se haya producido, no se puede practicar la inscripción. No es posible entonces la dislocación entre el consentimiento formal determinante de la inscripción, por un lado, y por otro, el consentimiento material, que con la inscripción determina la mutación jurídico-real. En nuestro Derecho positivo—esto, para nosotros, es algo tan natural, que no caemos siempre en la cuenta, pero que, por ello mismo, hace falta que sea destacado—la inscripción es siempre el trámite final de un supuesto complejo de formación sucesiva que determina la mutación jurídico-real. Los artículos 1.º y 2.º de nuestra Ley hipotecaria son en este punto claros y terminantes. En nuestro Registro de la Propiedad se inscriben los *títulos* por los que se constituyen, reconocen, transmiten, modifican o extinguen los derechos reales. Para el tema que a nosotros ahora nos interesa del artículo 2.º, 2 de la Ley hipotecaria debe retenerse esto: que en el Registro se inscriben los *títulos* por los que se *extinguen* los derechos reales. Creo que esta clara enunciación de un principio general es suficiente para comprender que el artículo 82 no establece el llamado principio del consentimiento formal. El Reglamento hace una coherente aplicación de la idea matriz de la Ley cuando dice, en el artículo 173, que para practicar la cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas es necesario—necesario, pero también suficiente—presentar en el Registro los *títulos* o documentos que acreditan la extinción de la finca o derecho o los títulos o documentos en que se declare la nulidad del título inscrito o de la inscripción. Queda con ello claro que en materia de cancelación no rige el llamado principio de consentimiento formal, sino la regla general de que en nuestro Registro se asientan títulos: para practicar una cancelación se toma razón del título que acredita la extinción del derecho.

Si el artículo 82 de la Ley hipotecaria no fuera el producto de una penosa evolución histórica, creo que se entendería muchísimo mejor acuñándolo así: 1.º Cuando la extinción del derecho real inscrito resulta del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, la cancelación podrá operarse sin más trámites; 2.º Cuando la extinción del derecho real inscrito se haya producido por declaración de la Ley, la cancelación podrá operarse jus-

tificando en el Registro en debida forma dicha extinción; 3.º En los casos no comprendidos en los apartados anteriores, la cancelación tendrá que operarse presentando en el Registro una escritura o documento auténtico en el que preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación. El primero de estos supuestos, es decir, que resulta del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, la extinción del derecho real inscrito no plantea mayores dificultades. Piénsese que en el título consta que el derecho se establecía por un plazo de tiempo determinado (por ejemplo, veinte años) y que los veinte años han pasado. Mayores dificultades presenta, sin embargo, determinar el alcance que tiene en el artículo 82 la expresión «derecho extinguido por declaración de la Ley», porque del alcance y contenido que se le dé depende en muy buena parte el funcionamiento del artículo 82. Efectivamente, los supuestos del párrafo primero y del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley hipotecaria son complementarios. Cuando el derecho se ha extinguido por declaración de la Ley, la cancelación se opera con unos requisitos. En otro caso, se opera con otros requisitos distintos (escritura o documento en que ha de prestarse el consentimiento para la cancelación). ¿Qué debe entenderse por derecho «extinguido por declaración de la Ley»? A fuerza de ser tan vago en sus términos, la expresión resulta confusa. En rigor, todo derecho que se extingue, se extingue por declaración de la Ley, en el sentido de que es la Ley la que liga a un determinado supuesto de hecho—el supuesto normativo—una determinada consecuencia jurídica—el efecto extintivo—. Sin embargo, es obvio que cuando el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley hipotecaria habla de derecho «extinguido por declaración de la Ley» está presuponiendo una hipótesis concreta y específica—la expresión «declaración de la Ley» parece una traducción de la tradicional expresión lingüista *ope legis*, utilizada jurídicamente para indicar un efecto jurídico que se produce con independencia de la voluntad de las partes o, por decirlo de otra manera, automáticamente. Siguiendo esta idea, un derecho se extingue «por declaración de la Ley» en todos aquellos casos en que en el supuesto de hecho extintivo no tiene una directa participación la voluntad de los sujetos. En este sentido, no cabe duda alguna que debe entenderse

como un caso de extinción de los derechos reales por declaración de la Ley, la consolidación o reunión en una misma persona de la titularidad dominical y de la titularidad del derecho real *in re aliena* (cfr. arts. 513, 529, 546, etc.). ¿Quiere ello decir que siempre que la voluntad de los interesados tiene alguna participación en el supuesto de hecho extintivo no puede hablarse de extinción del derecho «por declaración de la Ley» en el sentido del artículo 82 de la Ley hipotecaria? A nuestro juicio, no debe llegarse a una tan radical conclusión. Por contraposición a la extinción de la Ley, un derecho se extingue por voluntad de las partes cuando las partes emiten una o varias declaraciones de voluntad precisamente dirigidas a conseguir el efecto de extinguir el derecho. En este sentido, un derecho puede decirse extinguido «por declaración de la Ley», aunque el supuesto de hecho extintivo hubiere sido inicialmente previsto por obra de la voluntad de las partes (por ejemplo, plazo o condición resolutoria). De la misma manera, la plena satisfacción del derecho (por ejemplo, pago) determina una extinción del derecho, que en rigor de conceptos es también una extinción por declaración de la Ley, aunque el acto sea un acto voluntario.

Ahora bien, si ello es así, queda, a mi juicio, claro que en el párrafo primero del artículo 82 (consentimiento de cancelación) deben incluirse solamente de modo necesario los supuestos de voluntaria extinción del derecho, que son únicamente la hipótesis de renuncia y la hipótesis de convenio extintivo (redención, etc.), mientras que, en cambio, todos los demás casos de extinción de los derechos reales tienen al menos la posibilidad de encontrar cabida en el párrafo segundo del referido artículo 82.

IV

Nuestro tema actual lo debe constituir exclusivamente el último de los supuestos de hecho previstos por la Ley como circunstancias justificativas de la cancelación: la «escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación o sus causahabientes o representantes legítimos».

Es claro que en el supuesto del artículo 82 nos encontramos en presencia de un acto por virtud del cual una persona, que es el titular del derecho publicado por el asiento, es decir, del derecho inscrito o anotado, manifiesta su voluntad o su conformidad en que el asiento se cancele. Obviamente, se trata de una declaración de voluntad que es «unilateral», pues es claro que el acto jurídico se forma por una única prestación de consentimiento. Hace falta que exprese su voluntad únicamente la persona favorecida por el asiento que se va a cancelar. Aunque los declarantes fueran varios, no por esto pierde el acto su carácter de unilateral, porque estos declarantes, los cancelantes, asumen la posición de una única parte. Así, por ejemplo, cuando sean varios los titulares del derecho publicado por el asiento (vgr.: los coherederos).

En la doctrina ha suscitado alguna perplejidad la naturaleza jurídica de esta declaración de voluntad cancelatoria. Entre los autores alemanes tiene una amplia acogida la opinión según la cual esta declaración de voluntad cancelatoria constituye un acto jurídico procesal o por lo menos un negocio jurídico de carácter procesal (31). Tiene su fundamento esta idea en el hecho de que la declaración de voluntad cancelatoria se dirige a un órgano del Estado o a una autoridad administrativa o funcionario público, y se presenta dentro de un procedimiento: entre nosotros el profesor LACRUZ (32) ha entendido que en nuestro Derecho positivo la declaración de voluntad cancelatoria, aunque se presta ante Notario—que da fe de ella, pero que, sin embargo, no la recibe—tiene por término y por destino exclusivamente el Registro. Por esta razón no parece que se trate, a su juicio, de un negocio jurídico de Derecho privado.

Nosotros, en cambio, creemos que a la declaración de voluntad cancelatoria le conviene perfectamente la calificación de negocio jurídico de Derecho privado. Ante todo, y esto es lo esencial y lo relevante, es una declaración de voluntad de una persona, de un particular. Todo el centro de gravedad del problema radica precisamente en esta declaración de voluntad, que es, en definitiva, la productora y la ordenadora de los efectos jurídicos. Estos efectos

(31) BAUR, op. cit., pág. 123; HEDEMANN, op. cit., págs. 96 y sigs.; LENTSCHWAB, *Sachenrecht*, München-Berlin, 1964, págs. 82 y sigs.

(32) LACRUZ, op. cit., págs. 178 y sigs.

jurídicos son sustancialmente unos efectos jurídicos de Derecho privado. Obsérvese que en nuestro Derecho positivo es posible distinguir entre la prestación del consentimiento del titular del derecho inscrito o anotado, realizada en una escritura pública o en un documento auténtico (art. 82), y la instancia o solicitud (rogación) dirigida al Registrador para que extienda el asiento de cancelación. Este último acto—la instancia o la solicitud—puede ser considerado como un acto procesal, en la medida en que obra y se inserta en un proceso de naturaleza especial—acto de jurisdicción voluntaria o proceso administrativo *sui generis*—. Pero este acto, que es el dirigido al Registro, es independiente del consentimiento cancelatorio: entre otras cosas, porque los sujetos de ambos actos deben ser normalmente sujetos distintos. El consentimiento cancelatorio lo presta el favorecido con la inscripción y perjudicado por la cancelación, mientras que la solicitud o demanda la formulará el perjudicado con la inscripción y favorecido con la cancelación. Por esto, el efecto jurídico básico de la declaración de voluntad cancelatoria es un efecto jurídico de puro Derecho privado, y consiste en que el titular de un derecho inscrito facilita a otra persona el presupuesto básico necesario para que ésta pueda pretender o demandar la modificación registral. Creo que puede hablarse, por ello, de un negocio jurídico cancelatorio, entendiendo esta expresión en el sentido de que existe un negocio jurídico que da base y sirve de fundamento a la cancelación.

El negocio jurídico cancelatorio es, como hemos dicho, un negocio jurídico unilateral. Debe, además, ser considerado como un negocio jurídico de carácter recepticio. Con ello se quiere significar que la declaración de voluntad se emite con dirección a un determinado destinatario o declaratorio, que debe recibirla para que sea eficaz. Este destinatario de la declaración de voluntad cancelatoria debe considerarse que es normalmente la persona favorecida con la cancelación.

V

En nuestra doctrina ha sido frecuente (33) considerar el negocio jurídico cancelatorio como un negocio jurídico de carácter abstracto (34). Sin embargo, creo que este pretendido carácter abstracto del negocio cancelatorio requiere alguna meditación y algún análisis. Adelanto que la caracterización del negocio como negocio abstracto adolece probablemente de la tradicional falta de claridad de esta categoría entre nuestros autores. Piensan algunos que un negocio abstracto es aquel negocio que no tiene causa (35). Esta manera de pensar debe rechazarse sin mayores cavilaciones, pues un negocio jurídico sin causa es un absurdo lógico total. El negocio jurídico no se realiza sin razón alguna, sino que se celebra para cumplir determinadas finalidades empíricas, y son estas finalidades empíricas las que conocemos como causa del negocio. *Prima facie*, el titular de un derecho real inscrito o anotado puede consentir la cancelación del asiento porque piensa que con ello realiza un beneficio patrimonial en favor de

(33) Cfr. especialmente las notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER a la traducción del *Derecho de cosas*, de WOLFF, en el *Tratado* de ENNECERUS, op. cit., págs. 218 y sigs. El carácter abstracto del consentimiento cancelatorio fue sostenido también por don Jerónimo GONZÁLEZ: cfr. *Estudios*, cit., I, págs. 406 y sigs., y II, págs. 17 y sigs. Con mayores cautelas se produce ROCA SASTRE (op. y loc. cit., pág. 730), quien dice que «el consentimiento de cancelación, en su configuración estrictamente formal, no contiene expresión de su causa justificativa, pero no por esto es un acto o negocio propiamente abstracto, ya que tal consentimiento, para que sea eficaz, incluso inicialmente, debe apoyarse en una causa cierta e idónea», aunque admite—pág. 731—que no es necesario que la causa se exprese. Una posición diversa mantiene SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones*, cit., pág. 31), para quien es abstracto el consentimiento de cancelación de las anotaciones preventivas, y en cambio, es causal el consentimiento de cancelación de las inscripciones. Por su parte, LACRUZ sostiene que la prestación de este consentimiento—se refiere al del art. 82 L. H.—«puede ser un acto causal y bilateral, pero también una declaración abstracta y unilateral (aunque recepticia)». Vid. LACRUZ BERDEJO, *Lecciones*, cit., pág. 336.

(34) La calificación del consentimiento cancelatorio como una declaración de voluntad abstracta se recibe de la doctrina alemana, sin apercibirse debidamente de que en aquel sistema jurídico es perfectamente coherente con la construcción del llamado «consentimiento formal». Cfr. BAUR, op. cit., pág. 123; LENT-SCHWAB, op. cit., págs. 86 y 87.

(35) Sobre los negocios abstractos, vid. recientemente DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en A. D. C., 19, 2, 1966, págs. 369 y ss., y allí bibliografía. Es de interés el estudio de COHN, *Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte*, en «Archiv f. d. civilist.», Praxis, 1932, páginas 67 y sigs.

otra persona (*causa donandi*) o porque cumple una previa obligación que sobre él pesa, ya que el derecho se encuentra previamente extinguido (*causa solvendi*) o porque ha celebrado un convenio con la otra parte y espera recibir de ella una contraprestación (*causa credendi*). Cuando se caracteriza el negocio cancelatorio como un negocio abstracto, no se significa que sea un negocio sin causa. Lo que está en juego en la calificación de un negocio abstracto es la manera como la causa influye en la suerte y en régimen jurídico del negocio.

Por negocio abstracto han entendido también algunos autores aquel negocio jurídico que no requiere la expresión de su causa (36). Si esto fuera así, tendríamos que convenir en que, efectivamente, el negocio cancelatorio puede ser en ocasiones un negocio abstracto, pues el artículo 82 no exige que en el consentimiento de la cancelación sea expresada la causa por la que se emite. El acreedor hipotecario puede limitarse a declarar que consiente la cancelación del asiento de inscripción de su derecho real de hipoteca y no decir más. La hipoteca puede extinguirse porque su titular renuncia a su derecho, porque el crédito garantizado se encuentra íntegramente satisfecho o porque el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario se han puesto previamente de acuerdo para sustituir la garantía de este último por otra distinta (vgr.: se prescinde de la hipoteca y se otorga en favor del acreedor un aval bancario liberando a la finca del gravamen). Si la escritura en que el acreedor hipotecario presta su consentimiento para la cancelación no expresa la causa por la que aquél se emite, es cierto que producirá sus efectos cualquiera que esta causa haya sido. Sin embargo, esta consecuencia no constituye un efecto especial del negocio cancelatorio, sino que es un efecto general que para todos los negocios jurídicos está previsto y admitido por el artículo 1.277 del Código civil, según el cual, aunque la causa no se exprese en un contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. La falta de expresión de la causa no hace sin

(36) Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, 8.^a ed., tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1952. Define los negocios abstractos como «aquellos en que la causa no está incorporada al negocio, sino separada de él. de tal modo que hay que buscarla fuera del negocio, en otra relación entre las partes, y los efectos del negocio se producen, en principio, con independencia de ella» (op. y loc. citados, pág. 471).

más abstracto a un negocio. Podría hablarse en estos casos, como hacen los civilistas italianos (37), de una abstracción procesal o puramente formal, cosa radicalmente distinta de un genuino negocio abstracto. Por otra parte, una concepción semejante nos llevaría a pensar en la necesidad de admitir dos tipos distintos de negocios cancelatorios, uno abstracto y otro causal. Este último se daría en el caso—normal en nuestra práctica jurídica—de que el cancelante exprese la causa de la cancelación (vgr.: el acreedor hipotecario otorga escritura de carta de pago, manifestando que en virtud del pago consiente la cancelación de la hipoteca).

Para que pueda hablarse en rigor de un negocio abstracto es menester que el negocio jurídico haya quedado integramente desligado de su causa (38). Los negocios llamados causales tienen un nexo o cordón umbilical que los liga inexorablemente con su causa, de tal manera que un defecto o una irregularidad de la causa produce la invalidez o la ineficacia del negocio. Si la causa no existió (vgr.: se realiza una promesa para pagar una deuda y no se debía nada) o si la causa es ilícita (vgr.: contraria a la moral o a la ley), el negocio es nulo y el declarante dispone de una excepción para impedir su exigibilidad o de una acción para reclamar la restitución de lo que hubiese perdido. En el negocio abstracto este cordón umbilical que liga el negocio con su causa está roto. De esta manera, el negocio vive y surte sus efectos con independencia de la existencia o de la irregularidad de su causa. Los defectos o las vicisitudes de la causa no afectan al negocio. Si la causa no existe o es ilícita, el obligado debe cumplir y realizar la prestación, y la otra parte está legitimada para recibir la atribución, sin perjuicio de la posible existencia de una acción de enriquecimiento injusto. Cuando se plantea el problema del carácter abstracto de la cancelación debe marginarse el tema de la expresión o de la falta de expresión de la causa en el negocio cancelatorio para centrar la indagación en la repercusión que la causa tiene en el negocio. Centrado así el problema, nuestra Ley hipotecaria cobra un sentido antes no sospechado. Ante todo hay que recordar

(37) GIORGIANNI, *Causa*, en «Enciclopedia del Diritto».

(38) Cfr. LANGE, *BGB Allgemeiner Teil*, München-Berlin, 1964, págs. 256 v sigs.; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des BGB*. También FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin, 1965, págs. 152 y sigs.

que los artículos 79 y 80 establecen un repertorio de «causas de cancelación» que carecería por completo de sentido si estas causas fueran a ser por completo intrascendentes (39). Estas causas de cancelación se pueden reducir a tres fenómenos: 1.º La extinción del derecho inscrito o anotado; 2.º La invalidez de la base documental del asiento del derecho inscrito o anotado (nulidad del título); y 3.º La nulidad de la inscripción.

Podría objetarse que este repertorio de causas funciona en todos aquellos casos en que la cancelación no se produce por la declaración de voluntad del interesado, sino por resolución judicial. Sin embargo, para que esto fuera así, sería menester admitir la posibilidad de desligar la pérdida de vigencia de un asiento registral de la extinción del derecho publicado por dicho asiento. Es cierto que en nuestro sistema inmobiliario hay, como sabemos, una cierta independencia entre la realidad jurídica extrarregistral y la realidad jurídica del registro, que es consecuencia de la peculiar manera de producirse que tienen la mecánica formal y los procedimientos registrales. Puede ocurrir que un determinado derecho real (vgr.: un usufructo) se halle extinguido y que continúe, no obstante, como vigente el asiento de inscripción. El fenómeno inverso, en cambio, es el que, a nuestro juicio, nos debe preocupar, porque es el que se relaciona íntimamente con nuestro tema ahora. ¿Hasta qué punto es posible que pierda vigencia un asiento registral y que, sin embargo, continúe subsistiendo la situación jurídica extrarregistral? Los artículos 206, 12 y 208 del Reglamento permiten que la persona a cuyo favor esté constituida o extendida una anotación preventiva renuncie a ella. La renuncia a la anotación parece así como un fenómeno independiente de la subsistencia del derecho anotado. Este fenómeno de la renuncia a la anotación preventiva como evento independiente de la subsistencia de la situación jurídica anotada encuentra, sin embargo, su fundamento más profundo en la especial naturaleza que la anotación preventiva tiene como peculiar asiento registral. En un pequeño artículo que publiqué en la *Revista de Derecho Notarial* en 1964 (40), tratando de estudiar las anotaciones preventivas, las

(39) El argumento fue empleado por VÁZQUEZ CAMPO, *La cancelación y la técnica hipotecaria española*, en R. C. D. I., 1930, págs. 690 y sigs.

(40) *Las anotaciones preventivas*, en «Rev. Der. Notarial», XII, núm. 44, abril-junio 1964, págs. 7 y sigs.

define como «asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles». Por medio de las anotaciones preventivas, el Ordenamiento jurídico otorga a través del Registro una determinada eficacia o una especial protección, que por una parte es limitada temporalmente—limitada a la duración o vigencia del asiento, que nunca excede de cuatro años (41)—y que, por otra parte, es limitada en cuanto a su contenido, pues se reduce a enervar la eventual fe pública de los terceros. En un tipo de asiento así construido es posible la renuncia de la anotación con subsistencia de la situación jurídica anotada. El demandante, el acreedor embargante, el heredero, el legatario, el acreedor refaccionario o el solicitante de una inscripción pueden renunciar a esa provisoria y limitada protección que el registro les concede, conservando los derechos, pretensiones o situaciones que la anotación publicaba. Las razones de un modo de proceder semejante pueden ser de signo muy variado y, en definitiva, plausible.

El problema parece, sin embargo, más complejo por lo que se refiere al asiento de inscripción. ¿Cabe pensar como posible que por voluntad del titular del derecho real inscrito se cancele una inscripción, pero manteniendo vivo y subsistente el derecho real que el asiento publicaba? ¿Cabe pensar como posible en lo que se ha llamado la negociabilidad o la disponibilidad de la entidad o posición registral? (42). En favor de una solución afirmativa cabría argumentar sobre el artículo 97 de la Ley hipotecaria. Según este artículo, de todos conocido, «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere». El efecto de la cancelación es, pues, una *presunción* de extinción del derecho y la creación de una situación jurídica registral que permite a los terceros la confianza—fe pública—en que el derecho se ha extinguido. Esta presunción que el artículo 97 establece parece que es, como por regla general lo son todas las presunciones, relativa o *iuris tantum*. Una presunción relativa admite la prueba en

(41) El tiempo máximo de duración es de ocho años, de acuerdo con la posibilidad de prórroga que concede el artículo 86 L. H.

(42) Vid. sobre el tema últimamente CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, Madrid, 1963, pág. 267.

contrario. Cabe, por consiguiente, que, no obstante la cancelación del asiento, se pueda probar que el derecho no se ha extinguido. Naturalmente, esta prueba no podrá en ningún caso perjudicar los derechos adquiridos por los terceros que han contratado fiándose de la apariencia registral. Es cierto que el artículo 97 permite una cierta separación o independencia entre la realidad jurídica extrarregistral y la realidad jurídica del registro.

A mi juicio, el problema de la admisibilidad de una cancelación de los asientos registrales que no vaya unida a una correlativa extinción de los derechos inscritos es un problema al que no puede darse una única respuesta de carácter general, sino que debe encararse realizando las necesarias distinciones y matizaciones. Creo que estas distinciones podrían ser tres: la primera, referida a las inscripciones de dominio; la segunda, referida a las inscripciones de derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva; la tercera y última, referida a aquellos derechos reales, como la hipoteca, en que la inscripción es constitutiva.

Sentado así el tema, podríamos establecer con carácter muy provisional las siguientes conclusiones:

1.^a Respecto de las inscripciones de dominio, no parece posible admitir una cancelación del asiento de inscripción que no vaya acompañada al mismo tiempo de la desaparición del derecho publicado por el asiento. Piénsese que en una hipótesis como la descrita tendríamos que llegar a una de estas dos conclusiones: o bien la cosa queda inscrita como *nullius*, al desaparecer registralmente el derecho de dominio, o bien cancelada la adquisición inscrita, el derecho que el Registro publicaría sería el del tramitante, anterior propietario.

2.^a Respecto de aquellos derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva, creo que es posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedaría limitada a las partes de la relación jurídica (por ejemplo, usufructo, servidumbres, etc.).

3.^a Respecto de aquellos derechos reales, como la hipoteca, para los cuales la inscripción es constitutiva, debe entenderse que la

cancelación es constitutiva también. El carácter constitutivo de la cancelación comporta dos consecuencias en el terreno en que ahora nos movemos. La primera es que cancelado el asiento, el derecho queda extinguido. La segunda es la inversa de la anterior. Sólo se extingue el derecho por su cancelación. Esta afirmación plantea el problema de determinar qué contenido tiene el derecho real de hipoteca subsistente en el Registro cuando el derecho de crédito garantizado ha sido plenamente satisfecho, en cuanto al principal interés y costas. Es claro que entre las partes se trata de una pura entidad hipotecaria vacía de contenido, pero parece posible imaginar que frente a los terceros protegidos por el artículo 34 es una entidad hipotecaria capaz de despertar los efectos de la fe pública registral.

Con las conclusiones anteriores no ha quedado resuelto todavía el problema del carácter abstracto o causal que en nuestro Derecho tiene el negocio cancelatorio. Hace un rato habíamos llegado a la conclusión de que los supuestos del artículo 79 de la Ley hipotecaria (extinción del derecho, extinción del inmueble; declaración de nulidad del título y nulidad de la inscripción) funcionan como auténticas causas de la cancelación. Por rebote hemos conseguido ampliar este repertorio de causas de cancelación en supuestos muy concretos (situaciones jurídicas anotadas y derechos reales *in re aliena* en que la inscripción no es constitutiva) con una quinta causa de cancelación, que puede configurarse como la renuncia a la protección registral. El problema del carácter abstracto o causal del consentimiento cancelatorio continúa, sin embargo, en pie y su resolución sigue presentando dificultades (43).

El nudo del problema donde radica de verdad es en averiguar qué repercusión produce un defecto causal sobre el negocio cancelatorio y, consiguientemente, sobre la cancelación en sí misma considerada. Si la declaración de voluntad cancelatoria tuvo como causa, por ejemplo, la extinción del derecho, y el derecho no se

(43) Cabría recordar aquí el artículo 173 R. H., según el cual «para practicar la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas en los casos a que se refiere el artículo 79 de la Ley, será necesario presentar en el Registro los títulos o documentos que acrediten la extinción de la finca o derecho, o en que se declare la nulidad de los títulos inscritos o la nulidad de la inscripción». Si para practicar la cancelación es necesario acreditar en el Registro la *extinción del derecho*, ello es porque, al menos en línea de principio, la extinción del derecho opera como causa de la cancelación.

había extinguido en realidad, ¿qué eficacia debe producir el negocio cancelatorio? Esta es la pregunta a que debemos responder para decidir si la cancelación es abstracta o no lo es. Si el negocio cancelatorio funcionara como un verdadero negocio abstracto, la cancelación debería ser considerada como plenamente eficaz y al perjudicado no le quedaría otro camino que el de intentar una acción por enriquecimiento sin causa.

Personalmente creo que no es éste el esquema de nuestro Derecho positivo. Un negocio cancelatorio sin causa o con una causa falsa o con una causa ilícita es un negocio jurídico ineficaz. La posible invalidez del negocio cancelatorio queda reconocida desde el momento en que el artículo 99 manda que los registradores califiquen los documentos en cuya virtud se soliciten las cancelaciones en los mismos términos previstos para las inscripciones en el artículo 18 de la Ley. Es cierto que la función calificadora, por lo menos literalmente, tiene una amplitud mayor en el artículo 18 que en el artículo 99. En el artículo 18 la calificación se extiende a la legalidad de las formas intrínsecas, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras, mientras que en el artículo 99 la calificación se refiere a la legalidad de los documentos y a la capacidad de los otorgantes. No creo, sin embargo, que ello signifique que el Registrador en la cancelación no deba calificar la validez del acto dispositivo. Cabe, por ello, admitir una invalidez del negocio cancelatorio y una invalidez del asiento de cancelación. Es posible que, como consecuencia de la cancelación nula, la finca haya sido adquirida por un tercero que de buena fe la haya considerado como libre de cargas. Aquí entrarán en juego la presunción del artículo 97 y, por analogía, el efecto previsto en el artículo 31. Frente al tercero de buena fe no podrá jugar la nulidad de la cancelación. Pero ésta es ya una cuestión distinta. Para nuestro tema lo importante es constatar que la causa influye y repercute, aunque otra cosa parezca, en el negocio cancelatorio, que no es nunca en nuestro Derecho un negocio abstracto, sino, por el contrario, de acuerdo con los principios generales de nuestro sistema, un negocio causal. La causalidad del negocio cancelatorio la constata nuestra práctica jurídica, en la cual es norma siempre hacer referencia a la causa de la cancelación. En la cancelación de las

hipotecas, que es estadísticamente el fenómeno más frecuente, lo normal es que el acreedor hipotecario dé al deudor carta de pago de la deuda garantizada y preste, por ello, su consentimiento a la cancelación de la hipoteca. Cabe admitir—es cierto—por vía excepcional que la causa no aparezca mencionada en la declaración de la voluntad cancelatoria; pero en este caso nos encontraremos en presencia de un supuesto de aplicación del artículo 1.277 del Código civil, y se presumirá que la causa existe y que es lícita. En el Registro el asiento de cancelación podrá practicarse. Pero si la causa no ha existido o ha sido falsa o ilícita, el perjudicado por la cancelación podrá pretender la nulidad ejercitando una acción de rectificación del registro, que no podrá nunca perjudicar a los terceros adquirentes de buena fe.

VI

Nuestra doctrina hipotecarista, con rara unanimidad, ha configurado el negocio cancelatorio como un negocio de disposición (44). La cancelación—dicen las resoluciones de 25 de octubre de 1932 y 22 de junio de 1936, entre otras muchas—es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a una enajenación. Este mismo criterio lo mantienen en el fondo la Ley y el Reglamento en materia de capacidad para cancelar, que es donde mayor influencia ejerce esta calificación de la cancelación como negocio dispositivo. Es un negocio dispositivo—dice el maestro Roca (45)—, pues la cancelación tiene por objeto eliminar o hacer desaparecer un ente registral y puede implicar la extinción de una entidad pública inmobiliaria.

También en este punto las cosas son, si se profundiza en ellas, algo más complicadas de lo que superficialmente contempladas parecen. En la teoría general del Derecho se denomina negocio de

(44) Cfr. por todos ROCA SASTRE, op. y loc. cit., pág. 730.

(45) ROCA SASTRE, ibid. La calificación del negocio cancelatorio como negocio de disposición es enteramente lógica si se le califica como negocio abstracto. En nuestro ordenamiento jurídico esta concepción parece haber presidido la redacción del artículo 178 R. H., que ordena que se obtengan las autorizaciones y se observen las formalidades legales exigidas para las enajenaciones, aunque con las desviaciones y excepciones que el propio precepto establece.

disposición (46) aquél por virtud del cual el titular de un derecho lo modifica o extingue por un acto de su propia voluntad. Los actos de disposición son actos de transmisión, actos de gravamen o actos de renuncia. ¿Cabe pensar que es en este sentido un negocio de disposición el negocio en el cual el titular de un derecho real inscrito presta su consentimiento por la cancelación del asiento registral? Es evidente que hay disposición cuando la cancelación se realiza por haberse extinguido por extinción voluntaria simultánea el derecho real escrito por vía de renuncia; pero es claro que la disposición está entonces en la renuncia y no en la prestación del consentimiento para la cancelación. Imaginemos por un momento que el titular registral hubiera renunciado en escritura pública a su derecho real. Si con posterioridad—pasadas unas semanas, o unos meses o un año—el propietario del inmueble le pidiera que manifestara en otra escritura pública su consentimiento para la cancelación y el renunciante accediera a ello, no estaría entonces realizando un acto de disposición.

Por la misma razón y más claramente todavía, no puede decirse en rigor que haya un verdadero acto de disposición cuando una hipoteca se cancela por pago íntegro del crédito garantizado, un usufructo vitalicio por fallecimiento del usufructuario o una servidumbre por la llegada del día. Esto nos induce a pensar que para calificar rigurosamente un negocio jurídico cancelatorio como dispositivo o no dispositivo será necesario volver a buscar su causa, indagar cuál sea ésta. Sólo conocida y examinada la causa podrá decirse si hay o no verdadera disposición. Contemplada la causa, cabe distinguir dos tipos de negocios cancelatorios. El primero de ellos está formado por aquellos negocios que envuelven una declaración de voluntad extintiva del derecho y una declaración de voluntad cancelatoria del asiento. Estos negocios son genuinamente dispositivos. El segundo tipo está constituido por aquellos negocios en los cuales el titular de un derecho real que debe considerarse extinguido consiente la cancelación del asiento. En estos

(46) Cfr. LANGE, op. cit., pág. 255; FLUME, op. cit., págs. 140 y sigs.; RAAPE, *Zustimmung und Verfügung*, en *Archiv Civilist, Praxis*, 121. 1929, páginas 257 y sigs.; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova, 1936, págs. 115 y sigs.; PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, en «Annali Messina». I, 1927, y ahora en «Studi sulla rappresentanza», Milán, 1965.

casos nos encontramos en presencia de un negocio que no es nunca dispositivo, sino que, por el contrario, merece la consideración de «acto debido» (47). El declarante al prestar su consentimiento se limita a cumplir una obligación: la obligación de facilitar el ajuste entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral.

LUIS DÍEZ PICAZO.

(47) Sobre el concepto de acto debido, cfr. CARNELUTTI *Teoría general del Derecho*, trad. esp., Madrid, 1941.

Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Régimen legal. El Apéndice Foral Aragonés y el Anteproyecto de Compilación.—3. Concepto, naturaleza y características fundamentales de la sucesión contractual altoaragonesa.—4. Sus modalidades.—5. Elementos personales, reales y formales.—6. Fórmula tipo de la escritura de institución de heredero y, en su caso, de capitulaciones matrimoniales.—7. Efectos.—8. Extinción.—9. Repercusiones registrales.

I

INTRODUCCION

No pretende este trabajo abordar toda la problemática que plantea la sucesión contractual. Su propósito, de acuerdo con las limitaciones del autor, es mucho más modesto: el estudio de la sucesión contractual, tal como vive actualmente en las comarcas del Alto Aragón, a la luz de la doctrina tradicional, de las normas legales y de la práctica diaria. No obstante, por vía de introducción, y para buscar un buen enfoque al tema, es preciso examinar, si quiera sea con extremada concisión, la situación actual de la sucesión contractual en nuestro Derecho civil, y en un triple aspecto: teórico o doctrinal, legislativo y práctico.

En el plano teórico puede afirmarse que dos son las fuentes primarias de la relación jurídica sucesoria: la voluntad (unilateral o concordada) del causante y la Ley, que suple—y en ocasiones corrige—los defectos de esa voluntad. De ahí que se distinga entre sucesión testamentaria, contractual y legal, instituciones a las que

algunos autores añaden un cuarto término, la sucesión vincular, estatutaria o excepcional (derivada de vinculaciones, mayorazgos, patronatos, reservas, fideicomisos, etc.), que, no obstante, en último análisis, no constituye categoría independiente y puede subsumirse en alguna de las anteriores.

El fundamento de la sucesión contractual, o sea, la deferida por vía de contrato, estriba en la combinación de la idea de contrato con la de sucesión hereditaria, pues, como señala CASTÁN, teóricamente no hay duda de que el acuerdo de voluntades puede ser una forma adecuada para que el hombre determine y regule las relaciones jurídicas que han de sobrevivirle, ya que es misión del Derecho no restringir, sino proporcionar a los ciudadanos el mayor número posible de fórmulas o soluciones jurídicas para la satisfacción de sus lícitos intereses. Aparte de este fundamento de tipo teórico se señalan otros de tipo práctico (favorecer las uniones matrimoniales y la aportación a la «casa» de una dote importante; fomentar el arraigo en el campo de las familias campesinas, etc.), que, en realidad, pertenecen más al campo del origen y finalidades a satisfacer por la sucesión contractual que a su verdadera entraña fundamental. Con todo, ayudan a explicar el amplio y actual movimiento doctrinal en favor de este tipo de sucesión, si bien, hasta la fecha, la bibliografía sobre esta figura es, en nuestro Derecho, todavía escasa, y su tratamiento normativo parcial e insuficiente, según pasamos a examinar.

En el terreno legislativo, el criterio de nuestro Código civil —consagrado en el principio general prohibitivo del artículo 1.271, 2.º, con muy escasas excepciones (artículos 174, 2.º; 825 y siguientes; 1.331, etc.)—es francamente hostil a la sucesión contractual. En cambio, resulta abiertamente admitida por las legislaciones forales y, concretamente, por las recientes Compilaciones, así como por la Ley Hipotecaria vigente, que en su artículo 14, párrafo 1.º, establece que «el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judicial de herederos *ab intestato*», con lo cual, paladinamente, admite, como título sucesorio normal, el contractual.

La posición de nuestro Código civil en esta materia es de difícil, por no decir de imposible, defensa. Los objeciones tradicionales al contrato sucesorio (mengua de la libertad de testar, favorecimien-

to de los *captatores hereditatem*, ingratitud posible del favorecido, etc.) tienen escasa importancia y han sido fácilmente rebatidas por la doctrina; por otra parte, la práctica diaria de las regiones en donde desde hace siglos se practica—singularmente en Aragón y Cataluña—no demuestra la existencia de los múltiples y graves peligros que sus detractores achacaron al contrato sucesorio, y el fundamento teórico, plenamente conforme al Derecho natural, de la sucesión contractual es evidente, según lo antes dicho. Todo ello explica que, aparte los foralistas, exista en nuestra Patria un sector doctrinal—que cada día va tomando incremento y al que deseamos el mejor éxito—que propugna la admisión franca y amplia, si bien con los temperamentos que se juzguen oportunos, de la sucesión contractual en el anunciado nuevo Código civil nacional, llamado a recoger la savia jurídica que inspira tanto al Derecho civil común como al foral.

En el terreno práctico es frecuente la afirmación de que, estadísticamente, la sucesión contractual sigue vida decreciente, aun en las regiones donde más vigencia tuvo, como Aragón y Cataluña, y algunos autores, como CASTÁN VÁZQUEZ (*Notas sobre sucesión contractual en el Derecho español*, «Anuario de Derecho Civil» abril-junio de 1964, págs. 367 y sigs.), apuntan como posibles razones de esta situación «un fundamento económico (la extensión del regadío permite la distribución de los patrimonios agrícolas y hace innecesario económicamente el que queden en una sola mano) y un fundamento social (la familia campesina evoluciona, pierde sus costumbres patriarcales y deja de mirarse como justo el que uno solo de los hijos se lleve todo el patrimonio)».

Tales afirmaciones son, en general, exactas. Cabe, sin embargo, formular algunas observaciones. En primer lugar, es cierto que la sucesión contractual estuvo tradicionalmente muy ligada al agro y su finalidad fundamental (posibilitada por un flexible sistema de legitimas) fue la de asegurar la unidad y permanencia de la «casa» campesina y la sucesión en la jefatura doméstica a favor del descendiente más capacitado para seguir rigiendo sus destinos. En la actualidad, el aumento del nivel de vida, el éxodo a las grandes ciudades, etc., han provocado sustanciales alteraciones en la tradicional situación de la familia campesina y, por consecuencia, la innecesidad, en muchos casos, de recurrir al contrato sucesorio

para lograr aquella finalidad primordial de asegurar la «casa» (denominador común, como ha dicho LACRUZ, de todas las instituciones forales). Ahora bien, el que la sucesión contractual no sea ya necesaria a estos efectos no quiere decir que no pueda ser un medio muy apto y lícito para cumplir otras finalidades; piénsese, por ejemplo, en la situación del padre titular de un pequeño establecimiento mercantil que desee que a su muerte éste continúe bajo la dirección del hijo más capaz para ello, de acuerdo con los intereses familiares y previendo para los demás herederos forzosos las oportunas compensaciones, sea mediante la entrega de otros bienes, sea posibilitándoles, con cargo a la familia, la obtención de una situación profesional; tal evento está previsto, por cierto, en el artículo 1.056 de nuestro Código civil, pero la solución legislativa es parcial e insuficiente, por dos razones fundamentales que apunta PALÁ MEDIANO (*El patrimonio rural vinculado*, publicado en el volumen dedicado a la Primera Semana de Derecho Aragonés, celebrada en Jaca en 1942, págs. 58 y sigs.): primera, porque no siempre el heredero tendrá medios para abonar a los legitimarios en metálico su porción hereditaria y, tratándose de pequeños patrimonios, puede asegurarse que nunca será eso viable, y segunda, porque la solución presupone disposición testamentaria y no resuelve el problema en los casos de fallecimiento *ab intestato*. En cambio, a través de un contrato sucesorio, en el que aparte la institución de heredero se estableciesen las oportunas fórmulas de compensación a los demás legitimarios, aceptadas por éstos, se daría, a nuestro juicio, más adecuada satisfacción a la necesidad sentida que la prevista por el artículo 1.056 del Código civil.

Esto constituye un simple botón de muestra que da pie para afirmar, con las naturales reservas, que si fuese admitida con amplitud en nuestro Derecho común la sucesión contractual, posiblemente aumentaría en alto grado su aplicación práctica, para cubrir todas esas finalidades o necesidades a las que por vía testamentaria (y mucho menos por el cauce del *ab intestato*) es imposible dar satisfacción. Además, el instituyente tendría en vida la posibilidad de comprobar el funcionamiento práctico de sus disposiciones, e incluso la de establecer, sin mengua del principio de irrevocabilidad del contrato sucesorio, las oportunas correcciones, a través de la reserva hecha en el mismo de la facultad—natural-

mente limitada—de testar, de la fijación de causas de revocación (por ingratitud, incumplimiento de condiciones, etc.), de reservas de disposición en cuanto a determinados bienes, etc.

Aparte lo antedicho, y descendiendo al tema concreto de este trabajo, frente a la frase tan conocida de GIL BERGÉS, en su Exposición de Motivos al Proyecto de Apéndice de 1904, afirmando que en toda la provincia de Huesca y en los partidos confinantes con la de Zaragoza, lo normal, lo corriente, lo que a diario se practica desde hace más de cinco siglos es la regulación contractual de las sucesiones, hasta el punto de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en este sentido están, en relación con los testamentos, en la proporción de diez a uno, cabe oponer las estadísticas recogidas en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La situación que éstas reflejan en el año 1965—último del que conocemos datos—es la siguiente: En todo el Colegio Notarial de Zaragoza se otorgaron en dicho año 3.211 «actos de última voluntad» frente a sólo 174 «contratos por razón de matrimonio», distribuidos del modo siguiente: en Teruel, ocho (donde, por tanto, los capítulos son escasamente utilizados); en Zaragoza, 54 (casi todos ellos en la propia capital), y en Huesca, 112 (repartidos casi por igual en los antiguos partidos judiciales de Barbastro, Bena-barre, Boltaña, Huesca y Jaca, siendo prácticamente inexistentes en Fraga, Sariñena y Tamarite de Litera). Frente a estas 112 capitulaciones se otorgaron en Huesca 647 actos de última voluntad, con lo cual la situación actual resulta muy distinta a la señalada por GIL Y BERGÉS en su célebre frase antes transcrita. No obstante, frente a esta lógica fría de los números estadísticos cabe formular dos observaciones: 1.ª Que en la casilla estadística «actos de última voluntad» no se recogen sólo los testamentos, sino que también vienen incluidos, en proporción que no conocemos, las instituciones contractuales de heredero pactadas fuera de capitulaciones matrimoniales—supuesto posible y frecuente en Aragón, como veremos—que, al implicar disposiciones *mortis causa* y otorgarse por escritura pública, vienen comprendidas en las tarjetas notariales enviadas al Registro General de Actos de Última Voluntad, con lo cual la proporción entre contratos sucesorios y testamentos se altera, aumentando el número de los primeros, aunque todavía estén en franca minoría, por regla general. Y decimos por regla general

porque en algunas zonas el contrato sigue siendo el título sucesorio normal; concretamente en Benabarre, en donde hace más de dos años desempeñamos el cargo de Registrador de la Propiedad, hemos podido observar que de cada diez títulos hereditarios presentados a inscripción, nueve son contractuales y sólo uno testamento o declaración judicial de herederos *ab intestato*. 2.^a Y la segunda observación, de carácter más fundamental, es la de que la bondad de una institución jurídica no debe medirse nunca cuantitativamente, según su frecuente o excepcional aplicación. La sucesión contractual, tan arraigada en el Derecho de las regiones, admitida asimismo por el Derecho comparado y plenamente justificada por el Derecho natural, debe ser recogida con amplitud por el legislador, en igual plano que los otros tipos de sucesión, independientemente de que en la práctica se practique en mayor o menor número de casos y de acuerdo con la idea básica de que el Derecho debe proporcionar para cada supuesto el mayor número de fórmulas o soluciones jurídicas posibles, entre las cuales los particulares escogerán las que resulten más adecuadas a su idiosincrasia, circunstancias y necesidades.

Y hecha esta breve introducción, pasamos a examinar la sucesión contractual en el Alto Aragón, verdadero objeto del presente trabajo.

II

REGIMEN LEGAL. EL APENDICE FORAL ARAGONES Y EL ANTEPROYECTO DE COMPILACION

Aunque el Apéndice vigente admite expresamente el contrato sucesorio, en sus artículos 34 y 58, que más adelante tendremos ocasión de examinar, se abstiene de regularlo; es una de las instituciones consuetudinarias que conforme al artículo 60—que explícitamente se refiere al «heredamiento», denominación, por cierto, muy poco usual en Derecho aragonés—«deberán interpretarse y... [sus omisiones] suplirse con arreglo al uso local respectivo». Por criticables que sean, en general, las omisiones del legislador,

en cuanto provocan una laguna normativa, no dejan de existir casos como el presente, en que tienen cierta justificación; en efecto una institución nacida de y para la vida, ajustada al modo de ser de la localidad y comarca, corre el peligro, al ser encasillada en artículos, de perder todo su carácter, eficacia y utilidad.

Reconociendo la necesidad de cohonestar ambas exigencias, por un lado, la técnico-jurídica de contar con una regulación precisa que facilite la aplicación del Derecho, y, por otro, la práctica de que dicha regulación sea lo suficientemente flexible para adaptarse a las distintas circunstancias de hecho, el reciente Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia, dedica once artículos—los números 55 a 65 del capítulo IV, título III («De la sucesión *mortis causa*»)—a la regulación de la sucesión contractual que, por su interés, y pese a que el citado Anteproyecto todavía se halla en estudio en las Cortes, reproducimos literalmente, sin perjuicio de comentar después, a lo largo del presente trabajo, algunos de sus puntos esenciales:

Artículo 55. Los pactos sobre la sucesión futura, otorgados por la persona de cuya sucesión se trata, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal que consten en escritura pública.

En igual forma serán válidos, sin el consentimiento del causante, los pactos que sobre la porción legítima de su herencia otorguen todos los parientes legitimarios a que se refiere el artículo 67.

Artículo 56. El disponente y el renunciante a una herencia futura habrán de ser mayores de veintiún años.

Serán, sin embargo, válidas la disposición o renuncia del menor de dicha edad en capítulos matrimoniales.

Artículo 57. Para el disponente, el otorgamiento de un pacto sucesorio es acto personalísimo. Se admitirá la representación cuando el poder contenga íntegramente las estipulaciones del pacto.

Artículo 58. Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustitu-

ciones, modalidades, reservas, cargas y obligaciones que se estipulen.

Artículo 59. Las cláusulas del contrato sucesorio se interpretarán e integrarán conforme a la costumbre del lugar.

La donación universal de bienes habidos y por haber se presume, salvo prueba en contrario, institución contractual de heredero.

La donación *mortis causa* de bienes singulares se presume irrevocable.

Artículo 60. Si el favorecido en pacto sucesorio por un ascendiente muere antes que éste y dejando descendientes legítimos transmite a ellos su derecho.

Cuando los descendientes del favorecido premuerto fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero o encomendar la designación a fiduciarios si no lo hubiere hecho ya el premuerto.

Artículo 61. Salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido.

Podrá disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas al haber y poder de la casa.

Artículo 62. Las estipulaciones contractuales válidas sólo pueden modificarse o revocarse por otro contrato sucesorio o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado.

Las disposiciones dejan de ser contractuales cuando el favorecido es indigno, o incurre en causa de desheredación, aunque no sea legítimo.

El disponente podrá revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre revocación de liberalidades, y asimismo cuando el instituido incumpla de modo grave, según parecer de la Junta de parientes, las obligaciones pactadas en el contrato o impuestas por la costumbre.

Artículo 63. La nulidad, revocación o resolución de una disposición hereditaria contractual lleva consigo la de las que le son correspondientes.

Artículo 64. La renuncia a la legítima no comprenderá, salvo expresión en contrario, los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante.

Artículo 65. En lo no previsto por los artículos anteriores o por la costumbre, serán aplicables a los pactos sucesorios las normas generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.

* * *

Con posterioridad a la redacción del presente trabajo se ha publicado la Ley de 8 de abril de 1967, que aprueba la *Compilación del Derecho civil de Aragón*, la cual, si bien no implica diferencia alguna esencial con respecto a la legislación anterior, si entraña algunas diferencias de matiz que el paciente e inteligente lector de estas notas sabrá apreciar. Para su comodidad, insertamos a continuación el texto literal de los artículos que la nueva *Compilación* dedica a la sucesión paccionada, y que es del tenor siguiente:

«Artículo 99. 1. Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se pacten, en escritura pública, por mayores de veintiún años que sean parientes consanguíneos o afines en cualquier grado, o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.

2. La costumbre determinará el alcance de tales pactos.

Artículo 100. Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen.

Artículo 101. 1. La donación universal de bienes, habidos y por haber, equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario.

2. La donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio.

Artículo 102. 1. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el «señorio mayor» u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que, para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1 del artículo 39 (muebles con consideración de sitios), es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa.

2. No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento.

Artículo 103. 1. Las estipulaciones contractuales sólo pueden modificarse o revocarse por pacto sucesorio celebrado con las mismas personas o sus herederos o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado.

2. Afectan, sin embargo, al favorecido, aun no siendo legítimo, las causas de indignidad o deshederación.

3. Podrá también el disponente revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre donaciones; pero el incumplimiento de condiciones o cargas habrá de ser grave, según parecer de la Junta de Parientes.

Artículo 104. La nulidad, revocación unilateral o resolución de una disposición hereditaria paccionada, lleva aparejada la de aquellas que, en el mismo documento, se hallen recíprocamente condicionadas.

Artículo 105. 1. Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido por un ascendiente que premuera a éste, dejando descendientes legítimos, transmite a ellos su derecho.

2. Si tales descendientes fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero, o encomendar la designación a fiduciarios, si no lo hubiere hecho ya el primer favorecido.

Artículo 106. La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que le provengan de disposiciones testamentarias del causante.

Artículo 107. Cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria deberá aquel interpretarse e integrarse con arreglo al uso u observancia de tal institución. Como supletorias, se aplicarán las normas generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.

Artículo 108. 1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando el premuerto haya dejado hijos de anterior matrimonio.

2. Habiendo hijos comunes a la disolución del matrimonio el pacto equivale a la ccesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.

3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.

Artículo 109. 1. Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa.

2. No habiendo acuerdo sobre fijación de dote, ésta será determinada por la Junta de Parientes.»

III

CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DE LA SUCESION CONTRACTUAL ALTOARAGONESA

Por vía de principio, y sin pretensiones dogmáticas, puede definirse la sucesión contractual, tal como vive en la práctica altoaragonesa como «aquel acuerdo bilateral por el cual, con carácter irrevocable, en principio, se elige al heredero de la casa y se regula la situación familiar y patrimonial de ésta, de conformidad con las normas legales y el uso local respectivo».

Esta definición resulta muy general, pero es difícil concretarla

más, por las diversas modalidades que en Aragón puede revestir el contrato sucesorio, y que examinaremos más adelante.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la sucesión contractual, y frente a las teorías que ven en ella un testamento con renuncia contractual a revocarlo (completamente superada, pues la revocabilidad es tan de esencia al testamento que un testamento irrevocable no es tal testamento) o la más moderna, que la considera como una declaración unilateral de voluntad, pero que necesita ser aceptada (seguida por gran parte de la doctrina alemana y en España, entre otros, por el ilustre profesor aragonés LACRUZ BERDEJO), la doctrina que goza de mayor aceptación la considera un verdadero contrato o negocio jurídico bilateral, si bien modalizado por el fin primario de la sucesión, lo cual impone sensibles desviaciones en relación con la teoría general de las obligaciones y contratos.

Esta parece ser también la opinión del vigente Apéndice aragonés, que en su artículo 34 se refiere expresamente al «contrato» destinado a regular la sucesión del causante, y asimismo es también el criterio del Anteproyecto de Compilación, según los artículos antes transcritos.

Esta es, sin duda, la doctrina más exacta, si bien se puede observar en el contrato sucesorio un cierto aspecto institucional: no se limita a la simple designación de un heredero; tal cualidad es aceptada por el favorecido, adquiere carácter irrevocable y da lugar a una especie de *status*, puesto que en la persona del heredero vienen a articularse todos los derechos y obligaciones «de casa». Por eso dice Roca (*Estudios de Derecho privado*, tomo II, pág. 347) que en la sucesión contractual es fácil advertir un aspecto de acto fundacional. Sucede algo parecido a lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales, las cuales, si bien vienen coconsideradas generalmente como contrato, para muchos autores mejor les cuadra el calificativo de convención, o bien el de acto reglamentario, que da lugar a un estatuto (BONET).

Como características fundamentales del contrato sucesorio pueden señalarse:

- 1.ª Ser un verdadero contrato; de ahí que, en principio, sea irrevocable, salvo determinadas excepciones que después examinaremos.

2.^a Venir modalizado por el fin primordial de la sucesión; de ahí que vuelva ineficaz el testamento anterior del causante en todo lo que esté en contradicción con él (véase Resolución de 7 de enero de 1927) y que suponga una limitación a la facultad testamentaria del causante, pues una reserva absoluta (no limitada a ciertos bienes) y *ad libitum* (no restringida a casos especiales) de la facultad de disponer *mortis causa*, lo desnaturalizaría y resultaría totalmente contraria al espíritu del Derecho Aragonés.

3.^a Responder a un interés familiar, característica ésta normal, pero no esencial, del contrato sucesorio aragonés, pues si bien en la mayoría de los casos responde a la necesidad de mantener la unidad de la Casa y asegurar su subsistencia (de ahí que generalmente tenga ligado a los capítulos matrimoniales del heredero o amo joven), en ocasiones tal finalidad familiar puede estar ausente, o no ser considerada con carácter preferente, aunque siempre el contrato sucesorio responderá a otras finalidades prácticas.

IV

SUS MODALIDADES

Es bien conocida la distinción entre contrato o pacto sucesorio y sucesión contractual. Concepto mucho más amplio el primero, pues abarca todo pacto o contrato que se refiera a materia sucesoria y comprende las tres manifestaciones típicas o diferenciadas de contrato de institución—o legado—(*pacta de succedendo*), contrato de renuncia (*pacta de non succedendo*) y contrato sobre la herencia de un tercero (*pacta de hereditate tertii*). En cambio, la sucesión contractual propiamente dicha se ajusta sólo al primer tipo de contrato, es decir, sólo comprende una de esas tres modalidades de contratación sucesoria: la institución de heredero o la asignación de un legado hecha por vía de contrato entre el *de cuius* y el beneficiario.

Proyectando esta clasificación sobre el Derecho aragonés, cabe asegurar que la forma usual o corriente del contrato sucesorio es el contrato de institución, denominado típicamente en el país «nombramiento de heredero», pues la palabra «heredamiento» es

peculiar de Cataluña y no se usa en Aragón, como advierte PALÁ MEDIANO, aunque aparezca utilizada por el artículo 60 del Apéndice. El contrato de asignación de legado es prácticamente desconocido en Aragón, al menos en forma independiente. El de renuncia no se suele dar tampoco con carácter independiente, si bien es frecuente encontrar—sobre todo en escrituras de capitulaciones—pactos de renuncia de derechos legitimarios, según veremos posteriormente. Y en cuanto al contrato sobre la herencia de un tercero, también es casi desconocido por la doctrina y la práctica tradicional; no obstante, es interesante destacar que el artículo 55 del Anteproyecto de Compilación, antes transcrito, lo admite, si bien en forma muy limitada, referida exclusivamente a la porción legítima.

Concretándonos, pues, a la forma usual y corriente en Aragón de la contratación sucesoria, el contrato de institución de heredero, y atendiendo a los efectos, es importantísima la distinción entre institución de heredero *post mortem* (o sea, para después de los días de los instituyentes, y no antes) e institución de herederos que llamaremos «de presente» (o sea, que no reviste el anterior carácter). La primera sólo es frecuente en el partido judicial de Jaca, y resulta prácticamente desconocida en las demás comarcas del Alto Aragón, como afirma BATALLA (*Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1944. páginas 351 y sigs.) y confirma la práctica diaria. En la primera de estas modalidades, el instituido adquiere la cualidad de heredero contractual, pero es el instituyente quien conserva—si bien limitadas—las facultades dispositivas sobre los bienes comprendidos en la institución. En la segunda y más frecuente forma de institución, el instituido, además de la cualidad de heredero contractual, adquiere un derecho actual sobre los bienes, perdiendo el instituyente en el acto la facultad de disponer de los mismos, aunque es normal que, por pacto, conserve el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes de la casa, como después veremos con detalle al ocuparnos de los efectos de la institución.

Finalmente, y por razón de la forma, es interesante distinguir entre instituciones de heredero pactadas en capitulaciones matrimoniales, supuesto, sin duda, el más frecuente, e instituciones de

heredero pactadas fuera de capitulaciones, en otra escritura pública.

La posibilidad de pactar el contrato sucesorio fuera de capítulos ha sido negada por algunos autores, como Roca—cuya opinión, fundamentalmente apoyada en el Derecho catalán, ha sido consagrada por el artículo 63 de la Compilación del Derecho civil catalán de 21 de julio de 1960—. En cambio, en el Derecho aragonés, es más fundado sostener la opinión contraria. En efecto, el artículo 34 del Apéndice, al permitir que la sucesión sea ordenada «por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial», contrapone el contrato de institución simple o aislado al que forma parte de capítulos, y por tanto, implícitamente admite la posibilidad del primero, y en igual sentido cabe interpretar el artículo 58. Por otro lado, como afirma SAPENA (*Dinámica de los bienes en la sociedad conyugal aragonesa*, trabajo publicado en esta REVISTA, año 1952, pág. 553), aparte este argumento legal, «siempre serían válidos tales heredamientos aislados en el Alto Aragón, donde los protocolos notariales demuestran la existencia de los mismos como arraigada costumbre, hoy bajo la tutela del artículo 60 del Apéndice, pues aunque el mismo parezca referirse únicamente a estipulaciones de los capítulos matrimoniales, no hay razón para mantener una costumbre o desampararla jurídicamente, según su expresión formal». En efecto, existe arraigada costumbre de hacer nombramientos de heredero fuera de capitulaciones, costumbre lógica y plenamente justificada si se tiene en cuenta que, en ocasiones, el instituido heredero está todavía soltero y no puede, por unas u otras razones, contraer matrimonio en breve plazo, mientras que la avanzada edad del o de los instituyentes aconsejan verificar ya la institución para prevenir un posible *ab intestato*, para evitar que el hijo abandone la casa, etc. Y la existencia de tan arraigada costumbre es afirmada también por otros ilustres profesionales del Derecho en Aragón, como PALÁ MEDIANO, SOLANO NAVARRO, BATALLA GONZÁLEZ, etc. Y reconociéndolo así, el artículo 55 del Anteproyecto de Compilación, antes transcrito, sólo exige que el pacto sucesorio conste en escritura pública, pero sin especificar que ésta haya de ser capitulaciones.

Las expuestas son las modalidades o variantes fundamentales de la institución contractual de heredero aragonesa, tal como vive

en la práctica diaria. Posteriormente, al ocuparnos de la fórmula tipo de la institución, señalaremos otras variantes y pactos sucesorios que pueden acompañarla.

V

ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

Elementos personales del contrato de institución son, en esencia, dos: el instituyente o disponente y el instituido o beneficiario.

Decimos «en esencia», pues, por ejemplo, en el caso de «agermanamiento» o «casamiento al más viviente» (que, como se sabe, consiste en la recíproca institución de herederos verificada por ambos cónyuges en capitulaciones, a favor del supérstite y para el caso de fallecer sin descendencia), no se puede precisar desde un principio quién sea uno y otro (es cuestión que se dilucidará, en el caso contemplado, en el momento de la disolución del matrimonio, por muerte de uno de los cónyuges y sin descendencia). Asimismo, en el caso muy frecuente de que la institución se verifique en capitulaciones otorgadas para el matrimonio del heredero, aparte del instituyente (o instituyentes) e instituido, elementos personales esenciales al contrato de institución, intervienen también otras personas, ajenas a dicho contrato en sus estrictos términos, pero que formulan otras declaraciones de voluntad que vienen a articularse en el todo orgánico de las capitulaciones—verdadero Código familiar—. Así: el contrayente o capitulante «forastero», que aparte su postura esencial en el plano capitular, suele aportar una dote a la casa del heredero con quien contrae, y que es entregada por el padre, la madre viuda o el hermano heredero de su casa de origen, quienes también suelen comparecer en la escritura de capitulaciones; a cambio de tal dote, el dotado suele renunciar a sus derechos legitimarios, pero se estipula la reversión a favor de dicha casa originaria para el caso de fallecer sin descendencia; todo ello implica un pacto sucesorio, distinto del de institución contenido en la misma escritura.

Y es que en las escrituras de capitulaciones se entremezclan complejos intereses: por un lado, los de la casa de los instituyen-

tes; por otro, los de los propios contrayentes, subordinados a los primeros; y finalmente, los de la casa de origen del contrayente «forastero». Todo ello puede dar lugar a la intervención de numerosas personas en la escritura, las cuales formulan declaraciones de voluntad distintas, pero dirigidas a armonizar los distintos intereses en contacto.

Entrando en la concreta materia de los elementos personales del contrato de institución, conviene descender al estudio particularizado de los siguientes aspectos:

a) *Carácter familiar de la institución.*—Normalmente, el contrato sucesorio se celebra entre los padres e instituyentes y el hijo considerado más apto para ser nombrado heredero, elección que se hace libremente sin prejuicios—al menos, graves—de masculinidad o primogenitura.

En defecto de hijos—o nietos—(recuérdese que en Aragón sólo son herederos forzosos los descendientes legítimos), y no teniendo lugar el «agermanamiento», los instituyentes pueden nombrar heredero a otro pariente o, incluso, a un extraño. Esto último, desde luego, no es normal, e incluso se aparta de la estricta tradición foral, pero creemos que es perfectamente posible. Admitida la licitud y utilidad del contrato sucesorio, no tiene éste que subordinarse en todo caso a una necesidad familiar; sigue siendo igualmente lícito y útil para regular la sucesión de quienes no tienen descendencia directa. El propio Apéndice, si bien en el artículo 58, parece limitarse a los pactos sucesorios de carácter familiar, en el artículo 34 adopta fórmula más amplia, admitiendo el contrato como forma de ordenar la sucesión de una persona, abstracción hecha de que deje o no descendencia.

Este parece ser también el criterio del Anteproyecto, que en los artículos antes transcritos (singularmente los números 55 y 58) no exige que el instituido sea descendiente, ni siquiera pariente del disponente, y, es más, en el artículo 62, párrafo 2.º, admite explícitamente que el favorecido por el pacto sucesorio «no sea legítimo»...

b) *Carácter personalísimo del contrato.*—Dada la sustancia *mortis causa* que impregna el contrato sucesorio, la doctrina, uná-

nimemente, entiende que ha de comparecer personalmente al otorgamiento, sin utilizar mecanismo representativo alguno.

Nuestro Ordenamiento no contiene precepto expreso sobre el particular, a diferencia del Código alemán (art. 2.274), pero la opinión doctrinal consignada está plenamente justificada si se tiene en cuenta que el instituyente verifica una manifestación de voluntad dispositiva de alcance sucesorio, que debe regirse, por tanto, por las reglas de las disposiciones *mortis causa*, en las que, como es sabido, impera el principio personalista. Y así ha venido a reconocerlo expresamente el artículo 57 del Anteproyecto citado, al decir que «para el disponente, el otorgamiento de un pacto sucesorio es acto personalísimo. Se admitirá la representación cuando el poder contenga integramente las estipulaciones del pacto»; en este último supuesto la representación viene tan limitada, que más bien aparece la figura de un simple *nuntius*.

En cambio, sí constituye una importante excepción a este carácter personalísimo el supuesto de fiducia, en virtud de la cual el cónyuge supérstite—o el Consejo de parientes, en su caso—puede nombrar heredero, tanto respecto de sus bienes, como de los comunes y de los del premuerto, siempre respetando los límites que éste haya fijado, y bien en forma autónoma, bien con la asistencia de determinadas personas. La fiducia testamentaria está expresamente reconocida y regulada por el artículo 29 del Apéndice vigente; pero tales facultades fiduciarias también pueden, al amparo del artículo 58, concederse en capitulaciones; caso, sin duda, el más frecuente, pues rarísimos son los capítulos en que, previendo el posible fallecimiento de uno o ambos cónyuges sin disponer de sus bienes, no se establecen tales facultades a favor del viudo o de un Consejo de parientes. Posibilidad expresamente reconocida también por el Anteproyecto de Compilación, que dedica todo un capítulo (arts. 48 a 54) a la regulación de la fiducia sucesoria, la cual puede ser establecida «tanto en escritura pública como en testamento».

Finalmente, cabe también que en el contrato sucesorio se contengan estipulaciones a favor de tercero, posibilidad también prevista por el artículo 58 del Anteproyecto, antes transcrito.

c) *Capacidad de los otorgantes*.—Por regla general, la capacidad para otorgar el contrato sucesorio no es la propia para testar

o suceder, sino la capacidad negocial, o sea, la propia para todo negocio jurídico bilateral. Así lo afirma la doctrina general, siguiendo la pauta marcada por el Código francés, que exige la capacidad para contratar, y por el alemán, que exige en el disponente la capacidad para el ejercicio de los derechos. Así lo confirma también el artículo 56 del Anteproyecto, antes transcrito.

Esta exigencia está plenamente fundada si se tiene en cuenta, respecto del instituyente, la finalidad dispositiva en vida que envuelve el contrato sucesorio, y respecto del instituido, que la aceptación contractual de herencia es una declaración de voluntad no meramente recepticia, sino declarativa, que vincula la voluntad del propio heredero (como afirma PALÁ MEDIANO), que implica onerosidad y no una donación (como enseña ROCA).

Como reglas especiales en esta materia hay que tener en cuenta:

1.^a Que si el contrato sucesorio se otorga dentro de capitulaciones, habrán de tenerse en cuenta las reglas especiales de capacidad de éstas. Así lo confirma el párrafo 2.º del artículo 56 del Anteproyecto, antes transcrito.

2.^a Que en los casos de que el instituido carezca de la capacidad para contratar, el defecto podrá suplirse por los cauces legales oportunos, pero siempre teniendo en cuenta que, como dijimos, al implicar la aceptación contractual de herencia onerosidad y no simple gratuidad (dadas las obligaciones que para el aceptante entraña), no es posible la aplicación analógica de las amplias normas de capacidad que respecto a las donaciones establecen los artículos 625 a 627 del Código civil.

3.^a Especial consideración merece la situación de la mujer casada, en orden a la licencia marital, situación que debe examinarse en un doble aspecto, según intervenga en el contrato sucesorio como instituyente o como instituida.

En el primer caso, parece fuera de toda duda que cuando la mujer se limite a formar parte, como fiduciaria, de un Consejo de parientes, al objeto de instituir heredero según las normas de la fiducia, no necesita licencia marital, por tratarse de un asunto puramente familiar, al que sólo se llama a los parientes consanguí-

neos, y en el que la mujer no dispone ni se obliga de ningún modo respecto de sus bienes, tanto privativos como comunes.

Fuera de este aspecto, cuando la mujer casada actúa como efectiva instituyente, respecto de sus bienes propios, parece también innecesaria la licencia marital, siempre que la institución se realice en la modalidad «para después de sus días», sin transmisión actual de bienes; así lo afirma, entre otros, SAPENA TOMÁS basándose en la analogía de esta disposición con el testamento (confróntese el artículo 63, párrafo 1.º, del Código civil), habida cuenta, además, que la incapacidad de la mujer casada es cuestión de interpretación restringida, según reiterada jurisprudencia. Ciertamente es, sin embargo, que la mujer se obliga por tal contrato sucesorio a no revocar, cuando menos, y a no enajenar ni gravar sin el consentimiento del heredero electo, si así se pacta; por ello, el marido, o sus herederos, podrían impugnar la institución así realizada, al amparo del artículo 65 del Código civil, evento que difícilmente se dará en la práctica, pues ¿va a promoverse un pleito cuando, aun ganándolo, la mujer queda libre para disponer de sus bienes propios por testamento?

En el supuesto de que la institución de heredero se ajuste al tipo que hemos llamado «de presente», por el contrario, hay que afirmar que en tal caso sí es de todo punto necesaria la licencia marital. Así lo entiende la doctrina más general, y así se practica en el uso diario, siendo rarísima la escritura de institución en que el marido no comparece al doble efecto de disponer de sus bienes propios y, a la vez, prestar su licencia a la disposición otorgada por su mujer.

Cuando la mujer actúe en la institución de heredero como aceptante o instituida, el artículo 44, párrafo 2.º, del Apéndice vigente expresamente preceptúa que «la mujer casada no necesita licencia de su marido para aceptar una sucesión; pero sí para repudiarla». Norma idéntica estatuye el artículo 86 del Anteproyecto. A la vista de este precepto (fundado, sin duda, en que por la aceptación de la herencia ningún perjuicio puede seguirse a la sociedad conyugal, toda vez que, en Aragón, la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, conforme al párrafo 1.º del mismo artículo), parece no ser necesario la licencia marital para que la mujer casada pueda aceptar el contrato sucesorio

otorgado a su favor. No obstante, si se tiene en cuenta la regla general antes citada de que para otorgar el contrato sucesorio es necesaria la capacidad para contratar, lo dispuesto en el artículo 61 del Código civil y el hecho de que por la aceptación contractual de herencia la mujer se vincula y adquiere obligaciones, parece más prudente adoptar la opinión contraria. Y en esta misma línea de prudencia se colocan algunos autores como SAPENA (*Ineficacia del negocio jurídico en el Apéndice al Código civil vigente en Aragón*, separata del «Anuario de Derecho Civil», tomo IX, fascículo I, págs. 119 a 172, Madrid, 1956), el cual, interpretando restrictivamente el citado precepto legal, afirma incluso que hay algunos casos en que la aceptación por mujer casada es anulable por faltar la venia marital (por ejemplo, en caso de aceptar disposiciones que perjudiquen sus derechos legitimarios). Bien es cierto que en la práctica estos problemas no suelen plantearse, pues lo normal y corriente es que la mujer verifique la aceptación asistida y con licencia del marido.

Por lo que respecta a los *elementos reales*, el fondo real del contrato sucesorio viene constituido por el nombramiento o institución de heredero. Ahora bien, dadas las normales finalidades que con tal contrato se pretenden cumplir, aparte esta estipulación fundamental (y, sobre todo, si la institución se realiza con ocasión de capitulaciones), también se incluyen en el contrato otras estipulaciones, relativas al compromiso de vivir juntos, prestándose instituyentes e instituidos mutua ayuda, asistencia y alimentos, a la obligación de trabajar todos en pro de la casa, al pago de legítimas a los no instituidos, etc., las cuales deben considerarse también materia propia del contrato de sucesión. Y este contenido amplio del contrato sucesorio viene también reconocido, siguiendo la doctrina tradicional, por el artículo 58 del Anteproyecto de Compilación, antes transcrito.

En la doctrina se ha discutido si, además, el contrato sucesorio podrá extenderse a otras materias, como la tutela o el albaceazgo. En general, y entre otros autores ROCA y PUIG PEÑA, se entiende que tales materias están excluidas del contrato. No obstante, es necesario hacer notar que algún autor, como LACRUZ, sostiene que, de incluirse en el contrato, tales estipulaciones, a pesar de no ser contractuales, han de tenerse en todo caso como declaraciones de

última voluntad. Y en esta misma línea parece colocarse el Anteproyecto de Compilación, que en relación con la tutela, establece en su artículo 17 que «la tutela se defiende en la forma establecida por el Código civil y también por instrumento público distinto del testamento».

Desde otro punto de vista, el de los bienes comprendidos en la institución, ésta tiene, por lo normal, carácter universal y abarca todos los bienes presentes y futuros del instituyente; puede, no obstante, y aunque no sea muy frecuente, revestir otras modalidades. Así, por ejemplo: puede establecerse la reserva de ciertos bienes o ciertas cantidades para testar; puede ser también parcial, o sea, referida sólo a bienes concretos y determinados del instituyente, etc.

En cuanto a los *elementos formales*, el contrato de institución de heredero exige forma pública *ad solemnitatem*; ha de otorgarse necesariamente en escritura pública, sea ésta o no de capitulaciones matrimoniales, según lo antes dicho. Incluso hay que descartar en Aragón, tratándose de capitulaciones, el supuesto excepcional previsto en el artículo 1.324 del Código civil. Así lo preceptúa el artículo 58 del Apéndice, el 55 del Anteproyecto y lo afirma unánimemente la doctrina, siendo interesante destacar que a pesar de que en el Derecho aragonés anterior al Apéndice no se exigía legalmente la forma pública para las capitulaciones, reiterada costumbre acabó por imponer la escritura pública.

Esta exigencia es tan clara, lógica y práctica (concorde además con otros preceptos—1.321, 177, 1.331 Código civil, 14 Ley Hipotecaria, etc.—), que es totalmente innecesario detenernos por más tiempo en su examen.

VI

FORMULA TIPO DE LA ESCRITURA DE INSTITUCION DE HEREDERO Y, EN SU CASO, DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Por lo que respecta a la *comparecencia*, y como vimos al tratar de los elementos personales, comparecen los instituyentes (o sus fiduciarios) y el instituido, con carácter necesario. Pero suelen

comparecer además otras personas: el contrayente forastero, el dotante del mismo (el padre, la madre viuda o el hermano heredero de la casa), etc.

En cuanto a la *intervención*, pueden intervenir los comparecientes en nombre propio, o bien:

a) Si el instituyente obra por sí y, además, como fiduciario-comisario de su difunto esposo o esposa, en uso de facultades conferidas en anteriores capitulaciones o en testamento, la fórmula usual es la siguiente: «Don A. comparece por sí y como fiduciario de su difunta esposa doña B., en virtud de lo estipulado en el pacto 6.º de la escritura de capitulaciones que para regir su matrimonio otorgaron ante el Notario de ... el día ..., y que testimoniado parcialmente, dice... (véase después tal pacto), sin que en lo omitido haya nada que modifique o contradiga lo transcrito».

b) Si han muerto los padres del heredero y lo nombra el Consejo de parientes, en uso de facultades capitulares o testamentarias, o bien, si se precisa la intervención de dichos parientes para que el padre o madre viudos puedan nombrar heredero (al no estar facultados para hacerlo por sí solos), la fórmula usual es: «Intervienen todos en nombre propio, haciéndolo don X. en su calidad de sobrino carnal del fallecido don A. (padre) y don Y. como hermano de la difunta doña B. (madre), y ambos conjuntamente como parientes consanguíneos más próximos, varones y demás edad residentes en la provincia de Huesca e integrantes del Consejo de parientes establecido en la escritura de ...» (véase después esta cláusula).

c) En ambos supuestos anteriores, como lo que legitima la actuación de los fiduciarios es el fallecimiento del cónyuge o cónyuges sin disponer de sus bienes, suele incluirse a continuación la fórmula siguiente: «Don A. (y doña B., en su caso) falleció el día ... sin disponer de sus bienes, como se acreditará donde proceda con los correspondientes certificados del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, por lo que los comparecientes don X. y doña Y. pueden disponer de ellos y proceder al nombramiento de heredero, como lo hacen en la presente, conforme al pacto transcrito».

En cuanto a la *fe de conocimiento y calificación*, no presentan especialidad alguna.

Por lo que respecta a la *exposición*, se comprende en la misma la descripción de las fincas y demás bienes, su valoración, título de adquisición, inscripción y cargas. En este último apartado se suelen relacionar con detalle los posibles usufructos ya reservados sobre los bienes, solicitándose su cancelación si están ya extinguidos por fallecimiento de sus titulares, o respetándose, si todavía están vigentes, en la forma que después veremos. Asimismo es muy frecuente solicitar la cancelación de las hipotecas dotalas a que pueden estar afectos algunos bienes, bien por haberse consumido ya la dote en atenciones de la casa, bien por confusión de derechos en el heredero que se nombra.

El último apartado de la *exposición*, cuando se trata de escritura de institución otorgada con ocasión del matrimonio del heredero, y en la que se incluyen además sus capitulaciones, suele ser éste: «Don C. y doña D. tienen convenido contraer matrimonio, para el cual se otorgan estos capítulos y cuya efectividad se subordina (o se condiciona suspensivamente) a la celebración del mismo».

En materia de estipulaciones o pactos conviene distinguir los siguientes:

1.º *Institución de heredero*.—Reviste las siguientes variantes:

a) En el supuesto normal de que sea «de presente», implica la transmisión actual de los bienes al heredero y la fórmula usual es la siguiente: «Don A. y doña B. (y en su caso los parientes fiduciarios, tal como vimos al tratar de la intervención) instituyen heredero universal de todos sus bienes a su hijo, don C., con transmisión actual de los bienes presentes, y en especial de las fincas antes descritas y con sujeción a las siguientes normas...»

b) En el supuesto menos frecuente de que la institución no sea de presente, la fórmula usual es: «instituyen heredero universal para después de sus días, y no antes, a su hijo...»; más perfectas y completas son, por resolver ya el problema de la posible premoriencia del instituido, otras fórmulas aplicables en el mismo supuesto, como: «que esta institución de heredero, aunque irre-

vocable y con efectos de transmisión desde el momento, ha de entenderse hecha para después y no antes de los días de los instituyentes», con lo cual, produciendo efectos de transmisión desde el momento, el heredero transmitirá sus derechos hereditarios a los suyos, aun premuriendo a los instituyentes; o bien esta otra fórmula: «que la institución, aunque irrevocable y con efectos a transmitir sus derechos a la herencia en favor de sus hijos, se entiende verificada para después de los días de los instituyentes», con lo cual el derecho de transmisión, en caso de premoriencia, viene limitado a los descendientes directos del instituido.

c) En el supuesto de que se quiera sólo transmitir al instituido el llamado «patrimonio labrador» (fincas rústicas, la casa habitación, muebles, aperos y animales destinados a la explotación agrícola), pero no los demás bienes, la institución puede limitarse a través de la siguiente fórmula, desde luego poco frecuente: «Todos los demás bienes de los instituyentes, incluido el metálico, el dinero y demás bienes depositados en el Banco o Entidades similares, los créditos de todas clases, incluso los hipotecarios y las fincas compradas con pacto de retro, no comprendidas anteriormente, se transmitirán al heredero a la muerte del último de aquéllos pudiendo ambos y el sobreviviente disponer libremente de ellos por cualquier título, pues para ello se facultan dichos instituyentes mutuamente».

2.º *Reglas de la institución de heredero:*

a) Es muy frecuente en las instituciones «de presente» hechas por los padres, la reserva de usufructo: «los instituyentes se reservan, para ambos y para su sobreviviente, el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes objeto de esta institución, pero con obligación de invertir sus rentas y productos en las necesidades y atenciones de la casa y familia». En el supuesto de que exista todavía en la casa algún señor mayor (por ejemplo, el abuelo del heredero), sus derechos se respetan así: «Los instituyentes, para después de los días del actual señor mayor y usufructuario don ..., respecto a los correspondientes bienes, cuyos derechos se respetan íntegramente, se reservan el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes...» Del alcance de la

reserva del señorío mayor y administración, que como se observa en la fórmula indicada vienen casi siempre unidos al usufructo, trataremos posteriormente.

b) También se encuentran en ocasiones otras reservas: «Los instituyentes se reservan para testar la cantidad de ... pesetas cada uno, cantidades que recaerán en el heredero por falta de disposición», o bien, «asimismo se reservan los instituyentes, para los dos y el supérstite, la facultad de disponer por actos *inter vivos* y a título oneroso de la finca...»

c) En orden a la disposición de los bienes es muy frecuente el siguiente pacto: «Para enajenar o gravar bienes objeto de esta institución se requerirá el consentimiento conjunto del heredero y los instituyentes o su sobreviviente mientras vivan».

d) Siempre suele establecerse la obligación de vivir en común: «El heredero, con su esposa e hijos, deberá vivir en compañía de los instituyentes, a una sola mesa y hogar, bajo la dirección de éstos y prestándose todos ayuda y respeto mutuo».

e) Asimismo se estipula la obligación de mantener y dotar a los demás hijos: «El heredero queda obligado a mantener, sanos y enfermos, con todo lo necesario para la vida conforme al rango de la casa, a sus hermanos..., mientras en ella permanezcan solteros y en su pro trabajen conforme a sus condiciones de edad, sexo y salud, y a dotarlos, entregándoles en pago de sus derechos legítimos la cantidad de ... pesetas a cada uno, el día en que respectivamente se casaren o aquel en que, habiendo cumplido ... años, quisieran marchar de la casa, renunciando a sus derechos a la misma»; en el supuesto frecuente de que la dote se señale, no en cantidad fija, sino al haber y poder de la casa, la fórmula suele ser: «Y a entregarles en pago de sus derechos legítimos, el día en que ... una dote, según el haber y poder de la casa, que, en caso de desavenencia, será fijada por los instituyentes, su sobreviviente. o en defecto de ambos, por el Consejo de Parientes».

3.º *Revocabilidad de la institución.*—La institución de heredero es, en principio, irrevocable, como después veremos; no obstante, en previsión de situaciones anómalas que pueden plantearse,

en algunos casos se establece la siguiente cláusula: «Esta institución será revocable en los casos de indignidad del heredero e ingratitud del donatario previstos en el Código civil, y además, cuando el heredero o quien represente sus derechos abandonare a los instituyentes por término de ... meses, probado que fuere tal hecho por acta de notoriedad, información judicial o por el dicho ante Notario de los señores cura párroco, Alcalde y Juez de paz de ..., juntos o en su mayoría, revirtiendo los bienes a los instituyentes o al sobreviviente de ellos que ejercitare la revocación».

Este supuesto de abandono por el instituido también puede prevenirse concediendo a los instituyentes una especial facultad de disposición, estableciendo, por ejemplo, que «si el heredero o quien represente sus derechos abandonase a los instituyentes, éstos o su sobreviviente podrán disponer en caso de necesidad de bienes de la institución, siempre que se probase el abandono por ...», o bien, «siempre que diere para ello su consentimiento la mayoría de un Consejo integrado por ..., mayoría que deberá concurrir al otorgamiento de la correspondiente escritura».

4.º *Reversión de los bienes objeto de la institución.*—Viene dirigida a mantener el patrimonio familiar dentro de la casa, en el supuesto de que el heredero nombrado fallezca sin hijos, o con tales que fallezcan antes de poder testar o sin hacerlo, y su fórmula suele ser la siguiente: «Fallecido el heredero sin descendencia que de sus bienes disponga, los de esta institución revertirán a los instituyentes o sobreviviente de ellos, o, en su defecto, a ...» (otro hijo, otro heredero que nombrará en su día el Consejo de Parientes). Otra fórmula más perfecta: «Fallecido el heredero sin dejar sucesión, han de poder los instituyentes o el que de ellos sobreviva nombrar heredero a quien les plazca; pero si aquél fallece sin disponer y dejando sucesión, podrán los instituyentes hacer el indicado nombramiento, en unión de la esposa del heredero fallecido, si se conservase viuda, y, de lo contrario, por sí solos, en favor de uno de sus nietos, hijos del matrimonio de que se trata, aquel o aquella que mejor les parezca, y con las condiciones que tengan a bien imponerle, sin perjuicio de los derechos que competan a doña ... (la esposa del heredero premuerto)».

5.º *Aceptación*.—«El heredero acepta agradecido la anterior institución, aportando (en su caso) los bienes que comprende a su (proyectado, en su caso) matrimonio con doña ...»

6.º *Capitulaciones del instituido heredero*.—En el supuesto muy frecuente, de que la institución se verifique con ocasión del matrimonio, celebrado o proyectado, del heredero, en la escritura se incluyen, aunque con cierta separación, las capitulaciones de los contrayentes, y como pactos más destacados del régimen capitular cabe señalar los siguientes:

a) El relativo a la dote de la contrayente: «La contrayente aportará al enlace, además de la ropa y ajuar, que constarán en lista aparte, una dote en metálico de ... pesetas, que ingresará en la casa de su marido el día de la boda, de las cuales ... pesetas son de su propio peculio y el resto se lo entrega su padre, compareciente, en pago de sus derechos por ambas legítimas, aceptándolo así la donataria (o renunciando a sus derechos en la casa paterna). Fallecida la contrayente sin descendientes que de sus bienes dispongan, su ropa y ajuar, en el estado que se hallen, y su total dote en metálico (previa deducción del reconocimiento al marido, en su caso) serán adquiridos por su padre dotante, por su madre en defecto de él o por el heredero de ellos a falta de ambos, siendo satisfecho el dinero en ... (dos o tres) plazos iguales de un año cada uno y consecutivos a contar desde el día en que pueda ser exigido. En garantía de tal dote los instituyentes y herederos constituyen hipoteca sobre la finca o fincas..., que responderán por...» (En ocasiones no se constituye de momento la hipoteca, aunque siempre se reserva el derecho a pedirla y se establece la obligación de prestarla).

b) El relativo al reconocimiento (donación mutua para el caso de no haber hijos, que implica prácticamente un aumento o disminución de dote), poco frecuente en la actualidad: «El contrayente, para el caso de premorir a su esposa, la reconoce en la cantidad de ... pesetas, y ésta a él, para el caso contrario, en la de ... pesetas» (generalmente, la mitad de lo que promete el marido, salvo el caso de que ella sea la heredera, en que entonces suele hacerse el reconocimiento por igual).

c) El relativo al «agermanamiento» o casamiento al más viviente (reciproca institución de heredero que se hacen los contrayentes para el caso de fallecer sin hijos, que suele sólo pactarse en el matrimonio de «solteros»—no cuando uno de los contrayentes es heredero—, y que si se pacta hace innecesario estipular garantías para la dote, ordenar el reconocimiento, establecer la reversión, etcétera.); suele establecerse así: «Los contrayentes pactan 'agermanamiento', esto es, se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales para el caso de morir sin hijos o con tales que fallezcan antes de la edad de poder testar, o que, rebasándola, mueran a su vez sin descendencia y sin disponer. El sobreviviente dispondrá libremente (o sólo *inter vivos* y a título oneroso) de los bienes de ambos consortes, y si muriese sin hacerlo los bienes que quedaren se distribuirán así...» (o «serán adquiridos por ...»).

d) El relativo al casamiento en casa: «Viuda la contrayente con hijos todos incapaces o menores de ... (catorce o dieciocho) años, podrá casar de nuevo sobre la casa y bienes de su difunto marido, si lo consienten los instituyentes, su sobreviviente o el Consejo de Parientes a falta de ambos. En tal caso se prorrogará el usufructo de viudedad en favor de la contrayente binuba y de su nuevo esposo, las aportaciones de éste podrán ser aseguradas sobre los bienes de la casa y los hijos del posterior enlace podrán ser dotados al haber y poder de la misma, si en su beneficio trabajaren».

e) El relativo al supuesto de «convolar» (contraer nuevas nupcias fuera de la casa): «Si viuda la contrayente con hijos, casare de nuevo sin las condiciones del pacto anterior, perderá todos sus derechos y aportaciones; pero si no hubiese hijos, podrá llevarse su ropa y ajuar como se hallaren y su dote en metálico».

f) Los relativos al régimen conyugal propiamente dicho y a la concesión de viudedad: Es muy frecuente que los cónyuges se acojan al régimen consuetudinario de gananciales, distinto de la sociedad tácita del Apéndice y también del sistema de gananciales del Código civil (confróntese SAPENA, *El consorcio consuetudinario de gananciales*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1953-1954, páginas 147 y sigs.); asimismo es frequentísimo que los cónyuges se concedan viudedad universal, estipulando que «los contrayentes se

acogen al régimen consuetudinario de gananciales y se conceden mutua y reciprocamente viudedad universal, relevándose de la obligación de hacer inventario y prestar fianza, derecho de viudedad que tendrá carácter preferente a las reversiones establecidas».

g) Finalmente, es muy frecuente, y resulta muy práctico conceder al viudo facultades dispositivas a través del siguiente pacto admitido por la jurisprudencia de la Dirección General de Registros (véanse las Resoluciones de 29 de mayo de 1921 y 19 de julio de 1927): «Viuda la contrayente (o el contrayente) con hijos todos menores de edad o incapacitados, podrá disponer de los bienes comunes y de los de su difunto esposo (o esposa), en caso de necesidad o de mera conveniencia, siempre que para ello presten su conformidad o consentimiento los instituyentes, su sobreviviente o el Consejo de Parientes, a falta de ambos» (intervención ésta que posibilita la puesta en práctica de tan extraordinarias facultades, según la doctrina de las Resoluciones antes citadas).

7.º *Normas sobre futura sucesión de los contrayentes.*—Muy prácticas y que no faltan nunca en una escritura de capitulaciones; generalmente, la fórmula es, con ligeras variantes, la siguiente: «Será en su día heredero de los contrayentes un hijo o hija del matrimonio para el cual se otorgan estos capítulos, el único que exista o aquel que fuera designado por ambos cónyuges de común acuerdo (sobre la importancia de este común acuerdo, véase la interesantísima sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1965), por el sobreviviente, si el otro hubiese fallecido, o por el Consejo de Parientes en defecto de ambos, señalando los derechos de los demás hijos en quienes no recaiga la institución al haber y poder de la casa, e interviniendo, en caso de discordia, el señor cura que lo sea de ...» Esta posibilidad de que sean fiduciario-comisarios los parientes, fallecidos ambos cónyuges, parece chocar con lo dispuesto en el artículo 29 del Apéndice vigente, en cuanto tal precepto parece limitar la posibilidad de nombramiento de fiduciario-comisario sólo en favor del cónyuge supérstite, «solo» o «con asistencia» de determinados parientes. Y en este sentido parece producirse también la Resolución de 16 de junio de 1965 (que puede consultarse, junto con los interesantísimos comentarios de CÁNOVAS

COURTÍÑO a la misma, en el número 448-449 de esta REVISTA, páginas 1200 y sigs.).

No creemos acertada esta orientación y afirmamos, en nuestra modesta opinión, la licitud y eficacia de tal cláusula, en cuanto posibilita la designación de heredero por los parientes fiduciarios, una vez fallecidos ambos cónyuges, con sucesión y sin haber dispuesto de sus bienes, por las siguientes razones:

1.^a Porque el artículo 29 del Apéndice se refiere a la fiducia encomendada en testamento, mientras que la cláusula de referencia forma parte de unas capitulaciones matrimoniales (amparadas en el clásico principio *standum est chartae*), supuesto muy distinto y sometido a distinta regulación (los artículos 58 a 60 del Apéndice, que en definitiva se remiten al uso local). La distinción entre ambas clases de fiducia es expresamente recogida por la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1965 (cuya lectura nos permitimos recomendar), que en uno de sus considerandos expresamente afirma «la diferencia de la fiducia sucesoria del artículo 29 del Apéndice, de la pseudo-fiducia que resulta de los artículos 58 y 60 del mismo, al integrar la primera una figura directamente entroncada con el poder testatorio, o el testamento por comisario, por virtud de la cual el cónyuge sobreviviente ordena la sucesión del premuerto en virtud de las atribuciones que éste le confirió, la cual se aparta del supuesto de ser encomendada a ambos esposos, o sólo al sobreviviente o a otras personas, la designación de heredero común, o mejor de la persona que haya de asumir la jefatura familiar, constituyendo la fiducia propia del citado artículo 29 una institución de Derecho privado, muy semejante al mandato, que lleva implícita la obligación del fiduciario de no contradecir la voluntad de quien se la confirió..., mientras que la segunda está regida por la libertad de pactos que establece el artículo 58 del Apéndice foral, unida a la alusión al heredamiento contenida en el artículo 60, y encuadran la cuestión en la designación de herederos dentro del contrato de capitulaciones matrimoniales, al que concurren no sólo los futuros cónyuges, sino que, actuando como intervinientes, lo hacen otras personas». Siendo distintas, pues, las figuras, añadimos nosotros, no hay por qué aplicar a esta cláusula las limitaciones del artículo 29 pensadas para supuesto distinto.

2.^a En segundo lugar, esta cláusula se establece por quienes tienen facultad para ello, con ánimo de señalar el destino de los bienes de casa y prevenir un posible *abintestato*—tradicionalmente muy mal visto en Aragón—, estableciendo normas de futura sucesión y concediendo a los fiduciarios facultades de carácter reglado. Negar a los interesados la posibilidad de establecerla supondría negar el ejercicio de una facultad lícita y justificada (tan lícita y justificada, por vía de ejemplo, como la del testador de establecer una sustitución fideicomisaria), que responde a una necesidad realmente sentida y a una finalidad lógica y protegible: la de prevenir el *abintestato*, con todas sus secuelas—no siempre justas—. Por otro lado, la actuación de los fiduciarios viene encuadrada dentro de límites muy precisos; así: sólo actuarán en caso de falta de disposición o designación de los cónyuges; únicamente pueden designar el heredero dentro de los hijos o descendientes del matrimonio; la facultad de dotar o legitimar a los demás herederos forzosos se ejercita «al haber y poder de la casa»; en caso de discordancia, se prevé la intervención de una persona imparcial, generalmente el Párroco, etc.

3.^a Finalmente, la intervención de los parientes fiduciarios viene avalada por reiteradísima costumbre, que no puede en modo alguno reputarse contraria al Derecho natural ni al orden público (véase, por ejemplo, el artículo 116 de la vigente Compilación catalana, que expresamente reconoce y regula la costumbre existente en el Pallars Sobirà y otras comarcas de poder el testador instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos). De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1965, tan repetidamente citada, en uno de sus últimos Considerandos, después de afirmar la eficacia de la cláusula capitular, y la nulidad por oponerse a la misma, de la institución testamentaria de heredero hecha por el marido y de la verificada posteriormente por acto *inter vivos* y ante Notario por su viuda (contradictorias entre sí y, por tanto, vulneradoras ambas del común acuerdo que debía presidir la designación, según la cláusula capitular), apunta como solución posible al problema, bien el que la viuda confirme en vida la voluntad manifestada testamentariamente por el marido, bien el que, una vez fallecida ésta, sean los

parientes, con la facultad dirimente del Párroco, quienes verifican la designación del heredero de la casa.

Como colofón a todo lo antedicho, es de destacar que el artículo 48 del Anteproyecto de Compilación, tantas veces citado, expresamente establece que: «*Tanto en escritura pública como en testamento* podrán nombrarse uno o varios fiduciarios para ordenar y regular la sucesión entre descendientes y parientes consanguíneos dentro del cuarto grado.

Teniendo hijos de un cónyuge y sólo de él, no podrá excluirsele de la fiducia, salvo en caso de separación.

Los fiduciarios han de ser mayores de edad al tiempo de cumplir su cometido.

El cónyuge viudo perderá su condición de fiduciario si contrae ulteriores nupcias, salvo disposición expresa del causante».

8.º *Ordenación del Consejo de Parientes.*—La fórmula más frecuente suele ser la siguiente: «El Consejo de Parientes quedará integrado, en cada caso, por un consanguíneo de cada contrayente, de los más próximos en grado que residan en la provincia de Huesca y puedan ser habidos con relativa facilidad cuando su intervención se precisare, dirimiendo la cuestión, en caso de discordia, el voto del señor Cura Párroco de ...».

9.º *Remisión a las normas legales y a la costumbre.*—Las escrituras suelen terminar remitiéndose, en todo lo no estipulado, en lo no previsto por la legislación aragonesa, así como para la interpretación de los capítulos, a la costumbre comarcal y local.

Para terminar esta exposición de las fórmulas empleadas en las escrituras de institución de heredero y de capitulaciones matrimoniales altoaragonesas—quizá un poco larga, pero que juzgamos muy interesante por recoger el Derecho vivo en los usos jurídicos—sólo cabe decir que, respecto a las otras partes de la escritura pública no mencionadas, esto es, el *otorgamiento* y *autorización*, no presentan especialidad alguna.

VII

EFECTOS

En este punto es preciso tener siempre bien presente la distinción, ya apuntada al tratar de las modalidades de la institución, entre institución de heredero *post mortem* o «para después de los días del instituyente», e institución de herederos «de presente», o sea, que no reviste el anterior carácter, y cuyos efectos, muy distintos, pasamos a examinar por separado:

A) *Institución de heredero «post mortem».*

Es necesario distinguir dos fases o periodos: antes de abrirse la sucesión del *de cuius*, o sea, el instituyente contractual, y después de dicho momento.

a) *Antes de abrirse la sucesión*, el instituido, por virtud del contrato sucesorio, adquiere la cualidad de heredero electo del instituyente: tiene la seguridad de llegar a ser heredero efectivo, continuador del instituyente y señor de la casa. Su posición jurídica recuerda, como dice PALÁ MEDIANO (*Los señores mayores en la familia altoaragonesa*, Segunda Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1943), a la figura del *rex designatus* del Derecho franco de los siglos XI y XII, o a la del Obispo Coadjutor con derecho de sucesión del Derecho canónico.

El tránsito de la condición de heredero electo a la de heredero efectivo viene marcado por el hecho del fallecimiento del o de los instituyentes; ahora bien, este hecho ¿supone condición o término?

Parte de la doctrina, fijándose más que en el hecho en sí, en los bienes que puedan quedar al fallecimiento, o sea, en el *quantum* económico de la herencia, afirma que existe una condición suspensiva. Creemos más acertada la opinión de quienes, como SOLANO NAVARRO (*Mi contribución a la sucesión contractual en el Alto Aragón*, «Anuario de Derecho Aragonés», 1944, págs. 335 y

siguientes), afirman que no hay tal condición, ni suspensiva ni resolutoria, porque la muerte de los instituyentes es un acontecimiento futuro, sí, pero no incierto, pues necesariamente ha de ocurrir, aunque no se sepa cuándo.

En concreto, en esta fase o periodo los efectos o consecuencias que se derivan de la institución son los siguientes:

1.º Por lo que respecta a la institución de heredero en sí misma, ésta tiene carácter irrevocable y vincula a los otorgantes como todo contrato (art. 1.256 del Código civil). Esta irrevocabilidad surge del propio contrato, que, naciendo de la voluntad de las partes, las vincula de tal modo que sólo esa misma voluntad concordada puede dejarlo sin efecto, salvo en los casos de excepción que después estudiaremos, al ocuparnos de la extinción del contrato sucesorio.

De este efecto fundamental de vinculación e irrevocabilidad se derivan, a su vez, las consecuencias siguientes:

— La de que el testamento hecho por el instituyente antes de otorgado el contrato sucesorio queda automáticamente ineficaz en todo cuanto esté en contradicción con él, sin necesidad siquiera de revocación expresa. Así se deduce de la Resolución de 7 de enero de 1927, y lo afirma la generalidad de la doctrina, si bien se advierte que la ineficacia del testamento anterior no es absoluta, s.no que afecta sólo a lo incompatible o contradictorio, lo cual puede dar lugar a graves problemas de interpretación en cada caso concreto, salvo si al estipularse el contrato sucesorio se tuvo ya en cuenta dicho testamento anterior y se determinaron las disposiciones del mismo que han de continuar vigentes.

— La de quedar limitada y, en ocasiones, según los términos del contrato, prácticamente suprimida, la facultad del instituyente de disponer *mortis causa*, pues, en efecto, éste no puede instituir nuevo heredero por contrato o testamento, y si lo hiciere, esta nueva institución quedará ineficaz, menos en aquella parte limitada de bienes que, al otorgarse el contrato, el instituyente se reservó expresamente para disponer. Es de advertir que en la actualidad cada vez se prescinde con mayor frecuencia de dicha reserva parcial de bienes, que antiguamente era bastante frecuente. Aun existiendo dicha reserva para testar hasta cierta cantidad o de

determinados bienes, la posible ordenación de legados por el instituyente queda limitada estrictamente a la misma. Finalmente, la enumeración taxativa de las cargas y condiciones que gravan la institución no permiten al instituyente la imposición de nuevas cargas sobre los bienes de la herencia.

2.º En orden a los bienes, el o los instituyentes conservan, en principio, la facultad de disponer de los mismos por actos *inter vivos*. No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones:

— La facultad de disponer *inter vivos* y a título oneroso de los bienes comprendidos en la institución sigue correspondiendo al instituyente, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que, en esta modalidad del contrato, el instituyente se limita a designar heredero en los bienes que deje al fallecer, atribuyendo al heredero un título o condición de tal, pero no un derecho real y actual sobre los bienes; el título de heredero está ya constituido en firme, pero es incierto su contenido económico. Ahora bien, por pacto suele limitarse la disposición, exigiendo para la misma el consentimiento del heredero instituido; este pacto, que ya transcribimos al tratar de la fórmula tipo de la institución, tampoco es menos lógico, y resulta muy útil, por venir a tutelar eficazmente los derechos del heredero electo; es, además, tan frecuente que puede decirse que constituye una cláusula de estilo en todas las escrituras de institución. Incluso, el Anteproyecto de Compilación, avanzando un paso más en este camino, lo eleva al rango de elemento natural de la institución, al establecer en el párrafo 1.º del artículo 61, que, «salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido».

Aparte todo lo dicho, hay que afirmar, con la doctrina más general y la jurisprudencia (confróntense sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1918 y 4 de febrero de 1927), que aun no existiendo tal pacto limitativo de las facultades del instituyente, éste no puede disponer de sus bienes en fraude de la institución pactada, si bien el instituido no podrá impugnar tales enajenaciones fraudulentas hasta la apertura de la sucesión.

Por lo que respecta a las donaciones, la doctrina, casi por unanimidad, entiende que, en defecto de pacto expreso que lo auto-

rice, no tiene el instituyente facultad para verificarlas por si solo, excepto los regalos módicos, las donaciones remuneratorias proporcionadas, o las que tengan un fin piadoso o para sufragios, o sea, aquellas cuya finalidad y cuantía dejan prácticamente intacta la herencia. Principio lógico y correlativo al anteriormente examinado en materia de disposiciones a título oneroso, pues si éstas requieren, normalmente, el consentimiento del heredero, a pesar de que no disminuyen el valor del patrimonio hereditario, aunque alteren su contenido, con mucha mayor razón ha de establecerse un principio limitativo en las disposiciones a título gratuito, que suponen una efectiva disminución o empobrecimiento patrimonial.

Esto no obstante, es interesante destacar que el párrafo 2.º del artículo 61 del Anteproyecto de Compilación establece que el instituyente «podrá disponer por donación o testamento para asignar dotes y legítimas al haber y poder de la casa». Este es un problema distinto, y generalmente viene resuelto por pacto, pues la facultad de dotar o legitimar a los demás hijos, entendida sin limitaciones, puede resultar muy perjudicial al heredero. Por ello, al realizarse la institución, es muy frecuente señalar cantidad fija para tales dotes y legítimas, o, en otro caso, de quedar «al haber y poder de la casa» y como obligación del heredero, el estipular que en caso de desavenencia en orden a su cuantía, sea fijada ésta por la Junta o Consejo de Parientes.

3.º En orden a la posición jurídica del instituyente, y aparte todo lo antedicho, conserva éste el «señorío mayor de la casa». La interpretación de esta vaga y un tanto ampulosa frase ha dado lugar a abundante polémica (véanse los trabajos de PALÁ MEDIANO, BATALLA y SOLANO NAVARRO, anteriormente citados). Sin ánimo de entrar en ella, si puede afirmarse, aceptando en parte, para esta modalidad de institución de que venimos tratando, la opinión de PALÁ MEDIANO, que la reserva del «señorío mayor» comprende la jefatura de la familia (autoridad sobre todos los consortes) y la titularidad dominical sobre los bienes comprendidos en la institución; señorío que es compatible con las limitaciones a la facultad de disponer del instituyente, ya examinadas. Ahora bien, y como dice BATALLA, «la titularidad del dominio, con la facultad de disponer a título oneroso, la conserva el instituyente para después de

sus días, precisamente porque ella es condición esencial de tal institución, siendo necesario para que esta facultad de disposición del instituyente quede compartida con el heredero, pacto expreso en este sentido, que en la práctica se da siempre, como única garantía de que no quede reducida a la nada la herencia, cuando la institución tenga efectividad por defunción del instituyente. Es por tanto, titular del dominio el instituyente cuando dispone para después de sus días, por el hecho de hacerlo para tal momento, pero no porque, innecesariamente, se reserve el señorío, sin que quepa decir que para algo se habrá consignado esta reserva, porque también se decía en las antiguas capitulaciones que aportaban al matrimonio su persona los contrayentes—conocemos un caso en que el marido aportaba su carrera—y no creemos que esto responda a nada práctico».

Al lado de los derechos que entraña esta posición de «señor mayor», se encuentran sus obligaciones, entre las que destaca la de convivencia, sustento y mutua ayuda, trabajo en pro de la familia y destino o inversión de los frutos, rentas y productos de los bienes en las necesidades y atenciones de la casa y familia, que casi nunca dejan de especificarse entre las condiciones de la institución.

4.º Finalmente, por lo que respecta a la posición jurídica del heredero instituido, y aparte las consideraciones hechas anteriormente, es interesante destacar los siguientes aspectos:

— En primer lugar, la doctrina, unánimemente, afirma la imposibilidad de negociar la titularidad de heredero contractual; la razón de ello es sencilla: el instituido no puede negociar su título o condición de heredero electo, porque ello supondría un contrato sobre la herencia futura de un tercero, prohibido en nuestro Derecho, tanto común como regional, según ya dijimos. No obstante, el reciente Anteproyecto de Compilación establece en el párrafo 2.º del artículo 55 que «serán válidos, sin el consentimiento del causante, los pactos que sobre la porción legítima de su herencia otorguen todos los parientes legitimarios a que se refiere el artículo 67 (los que descienden directamente del causante sin mediación de persona capaz para heredarle)». Este precepto, entendido literalmente, parece sembrar alguna duda; sin embargo, creemos que debe

ponerse en relación con los artículos 64 y 67 y entenderlo referido únicamente a los supuestos de renuncia o transacción sobre la legítima futura.

— ¿Quid respecto a la transmisibilidad hereditaria, sobre todo en caso de premoriencia del instituido? La doctrina, casi con unanimidad, adopta la opinión favorable a la transmisión, por la razón de que los derechos del instituido derivan de un verdadero contrato, o sea de algo ya aceptado, no en virtud de una delación, que, si existiera, sería futura. Esta es también la posición de algunos Códigos extranjeros y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (si bien en sentencias muy antiguas, basadas en textos del Corpus, como las de 13 de febrero de 1892 y 27 de octubre de 1894, entre otras), y, en concreto, en Aragón, del artículo 60 del Anteproyecto, según el cual «si el favorecido en pacto sucesorio por un ascendiente muere antes que éste y dejando descendientes legítimos, transmite a ellos su derecho. Cuando los descendientes del favorecido premuerto fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero o encomendar la designación a fiduciarios si no lo hubiere hecha yo el premuerto».

Ahora bien, este precepto contempla sólo el caso de que el instituido premuera con descendientes, y deja sin resolver el supuesto de que fallezca sin ellos. Claro es que, *a sensu contrario*, podría deducirse de tal precepto que en este último caso no se dará el derecho de transmisión a favor de los posibles herederos *abintestato* (o testamentarios) del instituido, al menos en cuanto a los bienes del instituyente. Pero estas interpretaciones *a sensu contrario* son siempre muy peligrosas y sería de desear que el supuesto se regulase con precisión, dada la importancia que puede tener el problema. Bien es cierto que, generalmente, tal problema viene resuelto por los usos convencionales; en efecto, es rara la escritura de institución en que, con admirable previsión, no se tiene en cuenta la posible premoriencia del instituido, y se pacta para tal supuesto, en alguna de las formas que ya hemos examinado al tratar de la fórmula tipo, que el instituyente recobre la facultad de disponer *mortis causa*, bien totalmente, cuando el heredero nombrado no deja sucesión, bien limitadamente, si la deja. Aun no existiendo tal pacto, la doctrina aragonesa más general entiende que

premuerto el heredero sin dejar sucesión, el instituyente recobra entonces sus facultades dispositivas.

— Finalmente, y como contrapartida de los derechos que el instituido adquiere, viene obligado a cumplir las obligaciones que por el contrato contrae y que específicamente se hayan estipulado como cargas y condiciones de la institución. Por otro lado, y con carácter general, viene obligado a mantener una conducta de gratitud frente al instituyente y su familia.

Es difícil determinar *a priori* los efectos que produce el incumplimiento de estas obligaciones, que tienen su principal asiento en el campo de la moral; será cuestión a examinar en cada caso concreto, si bien, como vimos al tratar de la fórmula tipo, generalmente, y para los casos graves de abandono del instituido, incumplimiento de la obligación de convivencia y mutua ayuda, o la de trabajar en pro de la casa, etc., ya se prevén en el propio contrato las oportunas sanciones, y singularmente la muy grave de revocación de la institución

b) *Una vez abierta la sucesión del instituyente*, el instituido se convierte en heredero efectivo, normal y corriente. El procedimiento de designación empleado ha sido distinto, pero una vez fallecido el *de cuius*, se trata de un heredero normal, como cualquier otro. Como dice Roca, «no hay diferencia en cuanto a la *successio* o *subrogatio* del heredero en la misma posición jurídica del causante; pero, en lugar de un testamento, con su juego de delación y aceptación, media un contrato, con su juego de vinculación simultánea y anterior».

De ello se derivan las consecuencias siguientes:

1.^a En primer lugar, y por la misma fuerza vinculante del contrato sucesorio, no es necesario que el instituido acepte de nuevo la herencia, pues ya la aceptó al contratar; por la misma razón, no es posible la repudiación, como afirma la doctrina más general en nuestra patria (entre otros autores, Roca y PUIG PEÑA), en contra de la doctrina francesa, la cual distingue entre el título de heredero, o sea, el llamamiento o vocación, y la herencia en sí, afirmando que lo que el instituido ha aceptado no es la herencia misma, sino el título de instituido y su llamamiento como tal a la

sucesión del instituyente; distinción sutil, pero que llevada a sus últimas consecuencias, desnaturalizaría el contrato sucesorio. En cuanto al problema de la aplicación del beneficio de inventario, viene resuelto en Aragón por el artículo 44 del Apéndice (con el cual concuerda el artículo 85 del Anteproyecto), de acuerdo con el cual las deudas hereditarias no afectan personalmente al heredero.

2.^a En segundo lugar, y respecto de las enajenaciones realizadas por el instituyente o las deudas contraídas por el mismo, con posterioridad al contrato y en fraude de la institución, es de advertir que el problema es de difícil planteamiento en Aragón, toda vez que, aun conservando el instituyente sus facultades dispositivas, vienen éstas generalmente limitadas por el pacto que exige el consentimiento formal del heredero a la disposición, como antes vimos. No obstante, de producirse alguna situación de este tipo, cabe afirmar que el instituido podrá impugnar tales deudas o enajenaciones hechas con el fin de burlar la efectividad de la institución, una vez abierta la sucesión por el fallecimiento del instituyente (y no antes, como ya dijimos), sin que le afecte la doctrina de los actos propios, pues su posición jurídica no se basa en un testamento, sino en un contrato, en una causa vinculante anterior.

B) *Institución de heredero «de presente».*

Al tratar de los efectos de la misma es necesario distinguir también dos distintos momentos: los que produce antes de abrirse la sucesión, y los que tienen lugar fallecido el *de cuius*.

Ahora bien, para evitar repeticiones innecesarias, únicamente examinaremos aquellos efectos que son peculiares de esta modalidad de institución, y que la diferencian de la institución *post mortem*, antes examinada. Tales peculiaridades afectan especialmente a los bienes comprendidos en la institución, mientras que los efectos derivados directamente del título de heredero y de carácter más personal que patrimonial son prácticamente comunes en ambas modalidades de institución. Por ello, vale todo lo antedicho en materia de irrevocabilidad de la institución, limitación de las faculta-

des testamentarias del instituyente, no negociabilidad de la condición de heredero, etc.

a) En concreto, *antes de la apertura de la sucesión*, el heredero nombrado en esta forma de institución que hemos denominado «de presente» adquiere no sólo la titularidad de heredero contractual, sino también la titularidad actual sobre los bienes, un derecho real sobre los mismos, casi siempre asimilable a la figura de la nuda propiedad (dada la reserva del señorío mayor, usufructo y administración que generalmente se pacta a favor de los instituyentes). Por eso, y aunque en pura técnica cabría señalar algunas diferencias, los efectos de la institución de heredero «de presente» se asemejan a los de la donación (con reserva del usufructo, en su caso). Ambos figuras, excluido el aspecto puramente sucesorio, producen el mismo efecto traslativo del dominio. Por eso es muy frecuente que esta institución se realice bajo la fórmula: «Don ... y doña ... instituyen heredero universal a su hijo don ..., donándole de presente todos sus bienes, presentes y futuros, y, en especial, los descritos en esta escritura, pero reservándose ambos, para si y el sobreviviente de los mismos, el señorío mayor, usufructo y administración...». Y de ahí también la frase, corriente en el país, de que «testamentos, muchos; donaciones, una sola». Aceptando esta misma íntima relación entre donación y herencia, el párrafo 2.º del artículo 59 del Anteproyecto de Compilación establece que «la donación universal de bienes habidos y por haber se presume, salvo prueba en contrario, institución contractual de heredero».

Consecuencia de esta titularidad actual que la institución atribuye al heredero, es que el instituyente pierde en el acto la facultad de disponer de los bienes comprendidos en la institución, no sólo por actos *mortis causa*, como ocurría ya en la institución *post mortem*, sino también por actos *inter vivos* y a título oneroso. Dicha facultad pasa al instituido, si bien, por pacto, y como ya vimos, está generalmente limitada, al requerirse para la enajenación o gravamen el consentimiento de los instituyentes o su sobreviviente. Y es que, en realidad, como señala BATALLA en el trabajo antes citado, «el dominio está compartido por instituyente e instituido, sin que pueda hablarse de exclusivismos, y siendo preciso

en casi todos los casos, y práctico siempre, el concurso de ambos para todo acto de enajenación o gravamen».

Los instituyentes, por su parte, suelen reservarse el señorío mayor, usufructo y administración. El señorío mayor, frase muy ambigua, como antes dijimos, no implica en absoluto, en esta modalidad de institución, titularidad dominical, ni, por tanto, facultades dispositivas, pues éstas quedan transmitidas al heredero, como acabamos de decir. Pero, entonces, ¿qué significa? Es difícil asignarle un alcance definido y concreto, sobre todo si se le considera aisladamente; en realidad, y de acuerdo con la doctrina más general, cabe afirmar que lo que viene a significar es la autoridad familiar del instituyente, su condición de jefe de la casa, la suprema jerarquía de la sociedad familiar que se constituye con la reunión de dos familias (la del instituyente y la del heredero), pero refiriéndose más a este orden puramente familiar que al patrimonial o económico.

b) Una vez *abierta la sucesión del instituyente*, el instituido se convierte en heredero efectivo, normal y corriente, produciendo entonces la institución los mismos efectos que ya hemos examinado al tratar de la modalidad *post mortem*, y que damos por reproducidos en aras de la brevedad.

Conviene, no obstante, destacar los siguientes aspectos:

1.º En primer lugar, que a los bienes que en la escritura de institución se hayan descrito—generalmente, los inmuebles más importantes del patrimonio familiar—, han de adicionarse todos los que el o los instituyentes hayan adquirido con posterioridad a la institución, por cualquier título, y que a su fallecimiento estén en el patrimonio. Respecto a cuándo se entienden adquiridos tales bienes por el instituido, trataremos posteriormente.

2.º En segundo lugar, por lo que respecta a la disposición de los bienes, una vez fallecido el instituyente y gozando su cónyuge sobreviviente, como es normal, del usufructo de viudedad, y a pesar de la prohibición establecida en el número 2.º del artículo 108 de la Ley Hipotecaria (unida al hecho de que el artículo 73 del Apéndice no incluye la venta de los bienes entre las causas de extinción del derecho de viudedad), la doctrina, confirmada por

la práctica diaria, estimó siempre que lo que dicho precepto prohíbe es sólo la hipoteca aislada del derecho de viudedad, pero que es perfectamente posible la enajenación o gravamen del pleno dominio de los bienes sujetos a usufructo viudal, siempre que se otorgue conjuntamente por usufructuario y nudo propietario. Y así ha venido a confirmarlo expresamente el artículo 151 del Anteproyecto de Compilación, al establecer en su párrafo último que «concurriendo (el cónyuge viudo) con el nudo propietario, pueden ambos enajenar la plena propiedad de tales bienes, pero quedando automáticamente subrogados el precio o la cosa nuevamente adquiridos en lugar de lo enajenado».

VIII

EXTINCION

De acuerdo con la naturaleza propia del contrato sucesorio, cabe distinguir dos grandes grupos de causas de extinción del mismo: 1.º Las que se derivan de su propia naturaleza contractual; y 2.º Las derivadas de la voluntad de las partes, según pasamos a examinar.

1.º Por lo que respecta al primer grupo de causas, cabe afirmar que siendo el contrato sucesorio un verdadero contrato, esto es, un negocio jurídico bilateral, le es aplicable la *doctrina general de extinción de los contratos*—singularmente, por causa de nulidad—, a la cual nos remitimos.

2.º En cuanto a la *extinción por voluntad de las partes*, hemos de distinguir los siguientes supuestos:

a) En primer lugar, y de acuerdo con los principios generales de la contratación, cabe que la institución realizada quede sin efecto mediante el otorgamiento de un nuevo contrato en la misma forma que el anterior. No se trata en tal supuesto de revocación, sino de mutuo disenso y al nuevo acuerdo deben concurrir las mismas personas que intervinieron en el contrato pri-

mitivo. Por ello, el párrafo 1.º del artículo 62 del Anteproyecto, antes transcrito, establece que «las estipulaciones contractuales válidas sólo pueden modificarse o revocarse por otro contrato sucesorio o, siendo entre cónyuges, por testamento mancomunado».

En el caso, muy frecuente, de que la institución se verifique dentro de capitulaciones, y aunque se trate de dos cosas distintas, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 58 del Apéndice en orden a la modificación de las mismas, así como la importante salvedad establecida en su párrafo último, relativa a los derechos adquiridos al amparo del pacto anterior. Ratificando lo dispuesto en este precepto (salvo lo relativo a la intervención de los parientes, ajeno a la estricta tradición foral), el artículo 93 del Anteproyecto establece que «los ascendientes que hayan concurrido al otorgamiento de unos capítulos para dotar, hacer donaciones o legados o nombrar herederos a los contrayentes o a sus hijos, habrán de concurrir, si viven, o la novación de dichos capítulos en cuanto afecte a los bienes y derechos recibidos de aquéllos».

b) En segundo término, el instituyente puede privar de eficacia a la institución de heredero válidamente otorgada con anterioridad, mediante alguno de los expedientes siguientes:

— Ejercitando la facultad de testar, en virtud de la oportuna reserva, en la forma y condiciones pactadas, tal como hemos visto anteriormente;

— haciendo uso de la facultad de disponer *inter vivos* de los bienes, también en la forma pactada y que ya hemos examinado al tratar de los actos que suelen acompañar a la institución;

— ejerciendo la facultad de revocación, bien por indignidad o incapacidad para suceder del heredero, bien por ingratitud o incumplimiento de condiciones o cargas pactadas en la institución. Facultad que también habrá de ejercitarse conforme a lo pactado, en primer término, y, en su defecto, de acuerdo con las normas legales oportunas, que prescindimos de examinar, para no alargar en demasía el presente trabajo y por pertenecer a la doctrina general. Únicamente interesa destacar que conforme establecen los párrafos 2.º y 3.º del artículo 62 del Anteproyecto, «las disposiciones (del contrato sucesorio) dejan de ser contractuales cuando el favorecido es indigno, o incurre en causa de desheredación, aun-

que no sea legitimario. El disponente podrá revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre revocación de liberalidades, y asimismo cuando el instituido incumpla, de modo grave, según parecer de la Junta de Parientes, las obligaciones pactadas en el contrato o impuestas por la costumbre».

IX

REPERCUSIONES REGISTRALES

Las instituciones contractuales de heredero son actos perfectamente inscribibles, comprendidos en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y 8.º de su Reglamento.

Ahora bien, es necesario precisar el modo y tiempo de su inscripción, de acuerdo con las distintas modalidades que reviste el contrato sucesorio.

En primer lugar, si se trata de *institución «post mortem»*, y antes del fallecimiento del instituyente, no es frecuente solicitar la inscripción. No obstante, hay que considerarla perfectamente inscribible, por implicar una importante alteración de las facultades dispositivas del instituyente. Así lo confirma el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, que considera inscribible todo acto que «modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», y el artículo 80 del mismo Reglamento, el cual, en materia de sucesión contractual, se refiere no sólo a la inscripción de los bienes ya adquiridos en virtud de ella, sino también de los que «hayan de adquirirse en lo futuro».

Una vez fallecido el instituyente, se producen los efectos propios de toda sucesión, excepción hecha de aquellas especialidades que impone su origen contractual y que ya hemos examinado, y la institución, del mismo modo que si se tratase de un testamento, se inscribe sobre los bienes registrados a nombre del instituyente. En el supuesto, no muy frecuente, de que se hubiese ya inscrito con anterioridad, se transformará la inscripción de la titularidad de

heredero contractual en inscripción del dominio sobre los bienes, a título de institución de heredero.

En segundo lugar, cuando se trata de la modalidad que hemos llamado *de presente*, la institución, aun antes del fallecimiento del *de cuius*, tiene un indudable carácter traslativo de bienes, conforme antes examinamos, y viene comprendida en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, como cualquier acto traslativo del dominio. Por tanto, no plantea problema alguno en orden a su inscripción, que suele solicitarse entonces inmediatamente, sin esperar al fallecimiento del instituyente, y que generalmente se refiere a la nuda propiedad de los bienes, dada la frecuente reserva de señorío mayor, usufructo y administración.

Donde sí se plantean problemas es en cuanto a los bienes futuros comprendidos en la institución, o sea, los adquiridos por el instituyente con posterioridad al otorgamiento del contrato sucesorio. La opinión dominante entiende que la institución (o donación) universal sólo comprende de momento los bienes presentes —concretamente relacionados y descritos en la escritura—, quedando en suspenso respecto de los bienes posteriormente adquiridos por el instituyente, hasta el momento de su fallecimiento, en que se proyecta con plena eficacia sobre los mismos. Cabría, no obstante, sostener que la institución proyecta su eficacia sobre los bienes futuros en el momento mismo de su adquisición, en el sentido de transmitir los bienes adquiridos, o, al menos, su nuda propiedad, al instituido. Pero en defecto de pacto que resuelva esta cuestión (a través, por ejemplo, de la fórmula «respecto de los bienes futuros, el instituido sólo los adquirirá al fallecimiento del instituyente, y en el estado en que entonces se hallen», o de la contraria: «respecto de los bienes futuros, el instituido los adquirirá en nuda propiedad a medida que el instituyente los vaya logrando»), creemos preferible acogerse a la opinión dominante.

Fallecido el instituyente, la inscripción, lo mismo que en la modalidad anteriormente examinada, no plantea problemas; cabe destacar, no obstante, que respecto de los bienes ya inscritos a favor del instituido, en nuda propiedad, lo que procede es cancelar el usufructo reservado por el instituyente, haciendo constar la consolidación del pleno dominio en la persona del heredero, en la forma prevenida por el artículo 192 del Reglamento Hipotecario.

Claro es que si el usufructo se mantiene vigente en favor del cónyuge del instituyente que goce de la viudedad, no procede tal consolidación, sino únicamente la cancelación del usufructo en cuanto al instituyente y la inscripción del mismo, si no estuviese ya inscrito con anterioridad, a favor del sobreviviente.

En cuanto al *título* necesario para practicar estas inscripciones, el título fundamental es la escritura de institución (sea o no a la vez de capitulaciones, como antes vimos). En el supuesto de que la inscripción tenga lugar con posterioridad al fallecimiento del instituyente, como es lógico habrá que presentar el oportuno certificado de defunción, y también el del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, si por existir una reserva para testar o disponer de ciertos bienes, u otra circunstancia análoga, resulta necesario. Según los casos, habrá que presentar además otros documentos: por ejemplo: la escritura de capitulaciones en que se contenga el pacto de futura sucesión de los capitulantes en cuya virtud verifican la institución los fiduciarios, de no constar ya del Registro; el certificado de matrimonio del heredero; escritura de inventario o solicitud privada que describa los bienes, si la escritura de institución o capitulaciones no los describe, como es corriente, etc.

Finalmente, por lo que respecta a las *circunstancias* que deben contener estas inscripciones por título sucesorio contractual, aparte las generales del artículo 9.º de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, establece el artículo 80 del mismo que «en la inscripción de bienes adquiridos o que hayan de adquirirse en lo futuro, en virtud de contrato sucesorio, se determinarán las estipulaciones pertinentes de la escritura pública, y si ésta fuese de capitulaciones matrimoniales, se consignará, además, la fecha del matrimonio, y, en su caso, la fecha del fallecimiento de la persona o personas que motiven la transmisión contenida en la certificación del Registro General de Actos de Ultima Voluntad, cuando fuere necesaria su presentación, y las particularidades de la escritura, testamento o resolución judicial en que aparezca la designación del heredero.

Si no constare la fecha de la celebración del matrimonio, podrá tomarse anotación preventiva por defecto subsanable, que se convertirá en inscripción cuando se acredite aquélla, por medio

del oportuno certificado, aunque el matrimonio fuere posterior a la fecha de las capitulaciones matrimoniales».

Respecto a estas «estipulaciones pertinentes de la escritura pública», es interesante destacar que, en la práctica, y sobre todo cuando se trata de institución de heredero pactada en capitulaciones, se consignan en la inscripción prácticamente todos los pactos de la escritura, sin distinguir de momento los que tengan trascendencia real de los simplemente obligacionales. Esta práctica parece chocar con lo dispuesto en los artículos 9.º y 51, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, pero resulta muy conveniente y está justificada si se tiene en cuenta que estas escrituras contienen un verdadero Código o Estatuto familiar, en el que todos los pactos han de interpretarse en el sentido que resulte del total contexto, dado el íntimo enlace que existe entre lo familiar y lo sucesorio, y la subordinación de lo puramente patrimonial a más altos intereses de la casa y familia, muy hondamente sentidos por el pueblo altoaragonés.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad.

La conservación de la concentración parcelaria y el tema de las nuevas estructuras

NECESIDAD DE LA NUEVA ESTRUCTURACIÓN RURAL.

Existe, no cabe duda, una transformación tal y tan rápida de la agricultura en los últimos años que no se trata, como alguien ha dicho, de que se haya puesto de moda de pronto el hablar de la reforma de las estructuras, ni de un apresurado intento regulador que no responda a una realidad. Por el contrario, se ha pasado repentinamente de una simple economía de subsistencia, en la que bastaba producir lo necesario para el consumo de los hombres y animales de la casa o del pueblo, a una economía de mercado de ámbito no sólo nacional, sino internacional, en la que para competir se precisan medios totalmente distintos de producción. De tener como factor casi único a la tierra, se ha pasado a tener que contar también con el capital, porque la propiedad ha de explotarse al máximo, y ello lleva consigo muchos gastos que exigen las nuevas técnicas. En pocas palabras, que para explotar una finca se necesita dinero, y si no se tiene, hay que buscarlo a crédito.

He aquí el fenómeno sorprendente que da la medida del profundo cambio acaecido en la mentalidad rural. Antes lo importante era tener mucha tierra y era más rico en el pueblo «el mayor contribuyente», rancia y significativa expresión. Ahora, la propiedad de la tierra apenas significa nada económicamente, si no hay dinero para explotarla. Lo importante, cada día más, para

el agricultor ya no es la tierra en sí, sino el dinero. No cabe pensar en un cambio más radical, pues si en las comarcas evolucionadas se acude con mucha frecuencia al crédito, el vivir a crédito es, precisamente, el modo de vivir que el campesino antiguo consideraba como lo más deshonesto del mundo. El labrador que guardaba unas monedas como oro en paño, literalmente en muchos casos, ahora las hace circular porque la empresa agrícola, como también la misma familia del agricultor, antes tan austera, son insaciables consumidores de ese dinero. Esta evolución ha sido puesta en marcha por la técnica, necesaria para competir y no faltar, y ya no parará hasta transformar por completo la vida rural.

Con el doble juego de la adecuada estructuración de la finca y de la empresa agrícola, se hace acudir el capital al campo por la vía del crédito. Si se persiste en la trituration fundiaria, en la carencia de titulación de las fincas y en la absurda explotación individual de trozos inlabrables, se producirá inexcusablemente el desplazamiento del agricultor clásico, que pasará a ser carne de suburbio, para ser sustituido por el capitalismo, entendido en su sentido peyorativo.

Hay, pues, que cuidar la nueva estructuración de la finca, de ese trozo de superficie de la tierra que es sustento del derecho más firme, de la propiedad. En la concentración parcelaria se ha centrado, en España, la tarea de recomponer los retazos a que la partición igualitaria del sistema sucesorio común y otras complejas causas han dado lugar. Pero esta labor, encomiada en el Informe del Banco Mundial, ha de ser complementada con la debida estructuración de la explotación agrícola. En efecto, puede ocurrir que aun después de concentradas las varias parcelas de un propietario en una sola finca, esto siga siendo insuficiente para llevar adelante su hacienda de modo viable; de aquí la necesidad de metas más lejanas, que se traslucen en la ordenación rural.

Como dice GARCÍA DE OTEYZA, si después de practicada la concentración parcelaria se observa en algún caso que las explotaciones no alcanzan viabilidad económica por no llegar a una dimensión adecuada y carecer los empresarios de los conocimientos profesionales necesarios para llevar el negocio agrícola, se deberá perseguir con la ordenación rural el logro del mayor número de

explotaciones agrícolas económicamente viables, sean de carácter individual o asociativo. Y haciendo referencia a los expresivos gráficos en los que se reseñan los resultados de la concentración parcelaria con el número de parcelas «antes» y «después», dice que los resultados de la ordenación rural habrán de expresarse en síntesis por la comparación entre el número de explotaciones económicamente viables «antes» y «después» y el número de explotaciones marginales desaparecidas.

En España, el Plan de Desarrollo Económico y Social, contenido en la Ley de 28 de diciembre de 1963, señala en los artículos 10 a 14 la acción del Estado en el sector agrario, que en lo referente a nuestro estudio se concreta en la forma de las estructuras agrarias para el establecimiento de empresas con las debidas condiciones sociales y humanas y suficientemente dotadas de capital, técnica y medios mecánicos de producción, la intensificación de la concentración parcelaria, facilitar la creación o ampliación de las explotaciones para conseguir las dimensiones adecuadas, fomento de la asociación de agricultores para explotación en común, conservación de explotaciones, impidiendo su divisibilidad por debajo de los límites convenientes, facilitando igualmente la creación de explotaciones con dimensiones mínimas adecuadas, y por último, la concesión de préstamos por el Banco de Crédito Agrícola a los agricultores que deseen adquirir voluntariamente las tierras precisas para completar sus explotaciones hasta alcanzar las condiciones mínimas. Se trata, según LAMO DE ESPINOSA, de originar un giro en la mentalidad de los agricultores que va a exigir la adopción de aquellas normas necesarias para que la apertura de nuevos estímulos actúe por sí sola y dé como resultado una transformación masiva de las empresas agrarias españolas.

El 2 de enero de 1964 se dictó el Decreto de Ordenación Rural, con nuevo texto de 11 de septiembre de 1965, en cuyo primer artículo se determina su finalidad básica, que es elevar el nivel de vida de la población agraria, mediante la transformación integral de las zonas y la concesión de estímulos adecuados para la mejora de las estructuras agrarias. Y en el artículo 3.º, a título enunciativo, se detallan las medidas a adoptar para conseguir tal ordenación: redistribuir la propiedad para conseguir explotaciones viables, llevar a cabo la concentración parcelaria, promover la agri-

cultura de grupo, fomentar la mejora y mecanización de las explotaciones, planificar y realizar las obras o mejoras territoriales requeridas para el mejor aprovechamiento de los recursos naturales y, en general, elevar el nivel profesional y cultural de los agricultores.

Con esto se ve que, según la propia expresión de GARCÍA DE OTEYZA, la ordenación rural acabará por reemplazar a la concentración parcelaria, que no será sino una fundamental parte, pero sólo una parte de la ordenación rural. Se considera paso inicial el de la concentración parcelaria, pero al propio tiempo de realizarse la concentración, se han de llevar a cabo otras acciones ligadas a la reforma de las estructuras que permitan y estimulen la mejora integral de la zona sometida a ordenación. Y además, y esto es realmente importante, se cuenta con la participación de los propios agricultores, a los que se les implica en la tarea, colocándoles en la precisión de adoptar una serie de decisiones referidas a la esencia misma de la libertad empresarial, en la que el Estado debe abstenerse.

Ante la inaplazable crisis del campo, que ha de resolverse, las tareas de la ordenación rural precisan de la colaboración de todos, pero más de los hombres cuya vida está implicada en el mismo. De igual modo que no nos valen aquellos cuyas reacciones son negativas y entienden que se hallan en una inferioridad insuperable frente a los trabajadores urbanos, que les lleva a emigrar a la ciudad, tampoco son aprovechables los que lo esperan todo de «arriba», los que claman para que la Administración les sirva en bandeja lo que ellos se consideran incapaces de conseguir porque jamás lo han intentado. Interesan los que saben «arrimar el hombro», los enamorados de su tierra y su trabajo, que pondrán todo el empeño en colaborar y que serán en definitiva los que lleven las pocas explotaciones viables que deban crearse o mantenerse en el futuro.

Claramente se advierte que si la cuestión aparece tintada de términos económicos, entraña a la vez un cúmulo de relaciones jurídicas indudables, ya que se juega con la propiedad de la tierra, que es de Derecho natural, planteándose los problemas de su regulación y aseguramiento para que pueda servir a los fines que se perfilan como inaplazables. Es preciso reafirmar que no cabe

pensar en una ordenación del campo si no se cuenta con una base jurídica sólida que facilite la movilidad del valor de la tierra, que haga ésta idónea para toda operación crediticia. No se puede seguir dejando en manos de zurupetos y usureros la lánguida vida jurídica rural. El documento público y una inscripción registral fuerte y concorde con el Catastro son pilares fundamentales a los que debe tenderse, no ya sólo como simples protectores de un derecho individual, sino en base a una concepción de auténticos servicios públicos destinados al bien común.

Por ello, problema importante es el de conservar la concentración parcelaria, no sólo por lo que supone de ingente e ilusionada labor, que ya lo merece, ni por los gastos que lleva consigo, cuyo despilfarro sería insensato. El aspecto más importante de esta conservación estriba en no frustrar las fundadas esperanzas de haber conseguido por fin una determinación clara, agronómica y jurídica, de la propiedad de las zonas concentradas.

Con esta base resultará mucho más fácil tender a nuevas estructuras económicamente viables. Y aquí entra de nuevo el papel del jurista, para estudiar y determinar las formas de agrupación más aceptables, la regulación de las mismas, el encuadre de las líneas clásicas del derecho de propiedad en las nuevas directrices, posibilidad de aplicar la expropiación forzosa, sistemas de compras para aumentar superficies insuficientes y tantos otros aspectos en los que el Derecho debe prestar su ayuda a la Economía y la Técnica.

Así, estudiaremos someramente la conservación de lo ya hecho, de la concentración parcelaria, y después las nuevas tendencias sobre la estructuración precisa para obtener explotaciones viables.

LA CONSERVACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

Podrá discutirse si se trata de un problema más financiero que agronómico o jurídico. Pero lo que queda fuera de toda discusión es que se precisa tomar medidas con el fin de que, como gráficamente se ha dicho, la concentración no venga a ser una nueva tela de Penélope en la que manos ignorantes deshagan lo que se

ha realizado con tanto esfuerzo y, ¿por qué no decirlo?, con tan ilusionado afán por los técnicos y juristas dedicados a ella.

La creencia de que no se trata de una cuestión grave ni urgente, porque la opinión común es adversa a volver al minifundio y más bien tiende a liberarse de este mal, si bien es válida en general, no lo es tanto que no se haya mostrado contradicha en la práctica en numerosas ocasiones, las suficientes para tener que revisar las medidas de conservación existentes y tratar de buscar otras más efectivas, abordando decididamente el problema.

El hecho de que otros países con más experiencia de la concentración parcelaria hayan tratado de defender la obra realizada es más elocuente que cualquier predicción benevolente.

La legislación más efectiva es, por supuesto, la alemana, donde el sistema hipotecario, que atribuye carácter constitutivo a la inscripción registral, supone un tamiz invulnerable a todo intento de disgregación de las unidades agrarias. En Francia toda partición de parcelas concentradas debe someterse anteriormente a la autorización previa de la Comisión de Concentración del respectivo Departamento. Marruecos ha calcado la misma norma en su propia legislación. Suiza prohíbe la subdivisión de fincas, con la excepción de añadir las porciones a las colindantes o si se destinan a la construcción, preocupando también la defensa de las zonas colindantes con las ciudades. En Austria no se autorizan los actos que puedan destruir la configuración favorable dada a una propiedad rural obtenida por concentración o reagrupación de parcelas. En Holanda no se concede autorización para las transmisiones de propiedad de tierras comprendidas en una concentración, sobre todo cuando originen su troceo o den lugar a explotaciones de inferior dimensión a las existentes. En Dinamarca se exigen requisitos especiales de superficie, forma y valor en las fincas para poder dividirlos. En Chipre se declaran ilegales los actos de división y subdivisión por bajo de cierta extensión. Y, en general, en todos los países donde se ha realizado la mejora de la concentración parcelaria se han tenido que dictar las naturales medidas legislativas para proteger su conservación.

En España, desde el mismo momento en que la concentración parcelaria se puso en marcha, ya se sintió la preocupación por conservarla, y casi con unanimidad, en cuantos autores han tra-

tado el tema. Así, BENEYTO SANCHÍS expresaba que no es posible malgastar los millones que cuesta la concentración para que la propiedad vuelva al estado que antes tenía. MORENO TORRES se lamenta de que la magna obra realizada pueda quedar desvirtuada, y para ello propone mantener un servicio dedicado a conservar la concentración, entendiendo certeramente que no es preciso aumentar para ello la burocracia, pues la solución es tan simple como la de establecer la inscripción constitutiva al menos en las zonas concentradas, lo que bastaría para impedir el temido fraccionamiento de la tierra. MARTÍNEZ DE BEDOYA también critica que la legislación presente en este punto una grave fisura que puede acarrear la ruina y el hundimiento de todo el edificio trabajosamente construido, temiendo que en la concentración se produzca el simil antes citado de la famosa tela de Penélope. BALLARÍN entiende también que el órgano más idóneo para controlar el cumplimiento de las disposiciones ordenadoras de la propiedad rústica es el Registrador de la Propiedad. SANZ JARQUE, abundando en el mismo sentido, opina que en el título público, debidamente inscrito y concorde con el Catastro, está el ideal de la propiedad concentrada que debe mantenerse. GÓMEZ JORDANA dice que si el Estado emplea recursos y energías en sus programas de concentración parcelaria, deben adoptarse medidas para que esos esfuerzos no resulten estériles y evitar que los beneficios de la concentración queden anulados por actos de los particulares; por ello entiende que es natural imponer la norma de que la división de las fincas resultantes de la concentración será nula si no es autorizada por el Estado, en cual podrá exigir el reembolso de los gastos que realizó para integrar la finca cuya división se pretende; o sea, que, según él, se trata de un problema más financiero que agrario. VIDAL FRANCÉS aspira rotundamente a dar la batalla para que de una vez se resuelva el problema de la atomización y la dispersión parcelaria en su doble aspecto agronómico y jurídico, evitando que vuelva a renacer, y para ello propugna establecer en las zonas concentradas, al menos, la inscripción constitutiva con todas sus consecuencias, y para el caso de que el tracto se interrumpa, hallar un modo adecuado de reanudarlo, y MARCELINO PIÑEL insiste en los mismos términos, que luego ampliaremos.

Nuestra legislación, que pecó desde el principio de vacilaciones y

de una incomprensible timidez, ha recibido un teórico refuerzo con el artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962, que contendría base suficiente, si se aplicase, para salvaguardar cualquier obra de concentración realizada. Sin embargo, bajo el título de «Conservación de la Concentración» en la Ley de Concentración Parcelaria sólo se comprenden los artículos 72 a 76, que miran la indivisibilidad de las fincas concentradas, pero olvidan la conservación jurídica.

De las opiniones antes expuestas, como de la simple reseña legal, se deduce que el sistema conservatorio de la concentración parcelaria no merece elogio, tanto en su aspecto intrínseco, pues se le achaca escasa efectividad, como desde el punto de vista sistemático.

A nuestro modo de ver, deben conjugarse debidamente los dos aspectos: el agronómico y el jurídico, y además ponerlos concordes con las nuevas tendencias. De ellos, el primero aparece tratado bajo el prisma de la legislación de las unidades mínimas de cultivo, que se encuentra prácticamente moribunda, porque la técnica la supera día a día, con claras directrices a sustituir las unidades objetivas de cultivo por las unidades de explotación subjetivas. Y el aspecto jurídico de la concentración, cuyo retoque se ha mostrado inefectivo, precisa de un tratamiento decisivo, aceptando de modo tanjante el sistema de inscripción constitutivo, remedio que se presenta como inaplazable tras el suficiente período evolutivo ya corrido por la concentración en España.

Estudiemos por separado ambas facetas del sistema de conservación de la concentración parcelaria: la agronómica y la jurídica.

A) Conservación agronómica de la concentración parcelaria.

La norma general contenida en el artículo 1.061 del Código civil, que, en base al principio individualista y liberal, establece que en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma calidad o especie, se ha llevado a efecto tan al pie de la letra en la inmensa mayoría de los casos, que, en

varias generaciones, se han destrozado fincas y haciendas enteras, subdividiéndolas hasta porciones increíbles que las han convertido en harapos.

Y el principio ha cuajado de tal modo, que aunque el Código, como dice BALLARÍN, permita al testador, que tenga propósito de mantener indiviso su patrimonio familiar, que pueda hacerlo, maniobrando hábilmente con los tercios de mejora y libre disposición y la cautela «Socini» del artículo 820, 3.º, la experiencia demuestra que esto no es corriente, salvo la mejora del «Petrucio» en Galicia. En estos casos, paradójicamente, el individualismo del labrador castellano es donde está más rabiosamente arraigado.

Evidentemente, la tendencia a dividir la herencia entre los hijos por partes iguales, sobre todo en la sucesión *abintestato*, seguirá siendo el más grave peligro que amenaza la integridad de las explotaciones agrícolas, no sólo en las zonas concentradas, sino en todo el país.

De modo aislado cabe encontrar en el Código civil algunos preceptos que puedan favorecer esa conservación de las fincas o explotaciones agrarias: el artículo 1.056, párrafo 2.º, que permite hacer la partición de la herencia sin sujetarse al principio de igualdad *in natura*, cuando el padre, en interés de su familia, quiere conservar indivisa una explotación agrícola; el artículo 401, que impide la división de cosas tenidas en condominio, cuando de hacerlo resulten inservibles para el uso a que se destinan; el artículo 1.062, que autoriza a realizar la partición de la herencia adjudicando a un solo heredero la cosa indivisible. Y por último, el precepto más importante que podemos encontrar en el Código, tendente a rehacer las fincas deshechas, es el artículo 1.523, que otorga el derecho de retracto a los propietarios colindantes cuando se venda una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea, dando a entender que se trata de una entidad incompleta que debe ser absorbida por el predio vecino.

Pese a estos detalles, lo cierto es que la concentración parcelaria, más que recibir ayuda, puede esperar fuertes ataques del sistema hereditario del Código civil. Naturalmente, la solución sería alterar tal sistema sucesorio común, según fué estudiado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS; pero es preciso mirar con serenidad toda innovación legislativa, si sólo está inspirada en razones puramente

económicas, que pueda enfrentarse a tradiciones e ideas arraigadas.

Quizá el problema no se presentaría con tanta acritud si se adoptase el sistema de la explotación comunitaria o asociativa de la tierra, pues entonces no habría inconveniente alguno en distribuir de modo igualitario las participaciones entre los herederos, sin afectar para nada a la unidad superior orgánica de la explotación, siendo perfectamente adaptable el símil de las sociedades mercantiles.

La legislación especial tendente a conservar las fincas en su integridad física está formada en España por la Ley de Concentración Parcelaria, la de Unidades Mínimas de Cultivo, la de Permuta Forzosa de fincas rústicas de 11 de mayo de 1959 y algunas otras.

Estudiamos especialmente las dos primeras:

La Sección 3.^a del Capítulo III de la Ley de Concentración Parcelaria, que lleva el título «Conservación de la Concentración», comprende los artículos 72 a 76, que en síntesis dispone:

1.º Consideración de indivisibles, como regla general, de las fincas inferiores al doble de la unidad mínima de cultivo.

2.º Nulidad de los actos por cuya virtud se diera lugar a fincas indivisibles.

3.º Necesidad de autorización del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria para alterar nombres en las oficinas fiscales a consecuencia de divisiones y segregaciones en documento privado.

4.º Necesidad de presentar en el Registro un croquis para que tenga acceso a él los títulos que impliquen alteración del perímetro de fincas concentradas.

5.º Personalidad del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural. para pedir judicialmente la declaración de nulidad de los actos y contratos que lo sean conforme a lo antes dicho.

Además rige, aunque de manera parcial y supletoria, la legislación sobre unidades mínimas de cultivo.

En esquema, los conceptos empleados por nuestras leyes son los siguientes:

a) *Unidades minicas de cultivo*.—Es el primordial que contempla la Ley de Concentración Parcelaria. Está regulada esta materia por la Ley de 15 de julio de 1954, definiendo la unidad mínima de cultivo como aquella cuya extensión sea, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como superficie del huerto familiar (art. 1.º de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, reproducido en el art. 27 de la Ley de Concentración Parcelaria).

En el artículo 2.º se prescribe la indivisibilidad de las parcelas que no alcancen tal medida, excepto si las porciones divididas se unen a terrenos colindantes formando nuevas fincas superiores a la unidad mínima o si se destina la parcela segregada a la edificación. Igual se dice en el artículo 72 de la Ley de Concentración Parcelaria.

Se crea un derecho de adquisición en favor de las colindantes cuando se viola el principio de indivisibilidad (art. 3.º), aunque con cierta modalidad en caso de división hereditaria, manteniendo el principio de conservación de los bienes de la familia (art. 4.º).

El Decreto de 22 de septiembre de 1955 permitía que se autorizaran notarialmente y se inscribiesen en el Registro las segregaciones y particiones antes vetadas por la Ley, quedando reducida su eficacia a la posibilidad de ser ejercitado el derecho de colindancia.

Para seguir en la escala descendente, por la Orden de 24 de noviembre de 1955 se enmendaba la plana al anterior Decreto, dejando a salvo la aplicación íntegra de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo en las zonas sujetas a concentración parcelaria.

La Orden de 27 de mayo de 1958, en cumplimiento del Decreto de 25 de marzo de 1955, fija las respectivas superficies, en secano y regadío, de las unidades mínimas de cultivo para cada uno de los términos municipales de las distintas provincias españolas.

Debe señalarse, por último, que en los títulos de las fincas de reemplazo adjudicadas a los propietarios por virtud de las operaciones de concentración, se hace constar claramente la indivisibilidad, en su caso, de acuerdo con la unidad mínima de cultivo establecida para cada zona.

b) *Unidades tipo de aprovechamiento agrícola.*—Con independencia de la básica unidad mínima, puede fijarse por el Ministerio de Agricultura la extensión de las unidades tipo de aprovechamiento agrícola, es decir, aquellas en las que el laboreo se hace con los medios modernos de explotación según las características de cada zona concentrada.

La Ley vigente da el concepto en el artículo 27, y establece como efecto fundamental, en el párrafo 3.º del artículo 72, el de la indivisibilidad de las unidades-tipo de aprovechamiento agrícola, siéndoles de aplicación el párrafo 1.º del artículo 4.º de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954, aunque se prevé la posibilidad excepcional de que el Consejo de Ministros autorice su división en casos particulares.

Como incentivos para los que soliciten y obtengan la adjudicación de unidades-tipo de aprovechamiento, el artículo 28 de la Ley de Concentración Parcelaria los declara exentos del recargo transitorio del 5 por 100 en la contribución territorial rústica (que, por cierto, sólo se aplica en la provincia de Burgos) y con derecho a disfrutar de los beneficios señalados en el artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1952, sobre Explotaciones Agrarias Ejemplares.

c) *Explotaciones familiares.*—En la Ley de 15 de julio de 1952 se inicia el antecedente de considerar básica para mantener como indivisible, no ya a la unidad finca, sino a la explotación agraria respecto a los llamados «Patrimonios familiares», creados por el Instituto Nacional de Colonización. Constituye una unidad integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, granjas y en general los bienes y derechos inherentes a la explotación, siempre que la producción sea económicamente suficiente para satisfacer, dentro de un decoroso nivel de vida, las necesidades de una familia campesina, después de atendidas las exigencias de una buena explotación. El patrimonio familiar se

considera indivisible, salvo autorización del Ministro de Agricultura, estableciéndose unas normas para su transacción que chocan abiertamente con el sistema sucesorio del Código civil y no siempre se adaptan a los forales.

La Ley de 14 de abril de 1962 extiende el sistema a unos ámbitos más generales, definiendo la explotación familiar mínima, que será determinada por el Ministerio de Agricultura a propuesta del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, como aquella superficie que teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos permita un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo, que cuente con dos unidades permanentes de trabajo y que cultive directa y personalmente. Se establece la indivisibilidad de dichas explotaciones, no sólo en cuanto a su titularidad, sino también por lo que se refiere a su cultivo se prohíbe la cesión en arrendamiento o aparcería, salvo que medie autorización del Servicio si da lugar a que se divida el cultivo por debajo del límite señalado para la explotación familiar.

El incumplimiento de estas prohibiciones lleva consigo, no el derecho de adquisición de los colindantes, sino la posibilidad por parte del Ministerio de Agricultura de proceder en término de tres años a expropiar la explotación familiar indebidamente dividida.

El artículo 8.º de esta Ley propugna la paulatina sustitución de los preceptos de la de unidades mínimas de cultivo de 1954 a medida que se vaya determinando en las distintas provincias la superficie correspondiente a las explotaciones familiares, con lo que, no habiéndose aún verificado tal determinación, nos encontramos con un tambaleante sistema compuesto por una Ley condenada a muerte y otra en situación de «nascitura» y con pocos síntomas de llegar a feliz parto; como indica GÓMEZ-JORDANA, es muy posible que la Ley se modifique y hasta que quede inoperante por falta de desarrollo, como ha ocurrido en Italia con la llamada unidad mínima cultural.

Teniendo en cuenta el sistema legal expuesto, cabe concluir que, teóricamente y sobre el papel, es el aspecto agronómico el más cuidado, con una trama de prohibiciones y nulidades protectoras que por sí solas bastarían para mantener la intagibilidad física de las fincas concentradas.

Son necesarias las medidas legales que amparen esta integri-

dad agronómica de fincas y explotaciones. Bien es cierto que en algún caso la prohibición directa rigurosa de dividir las fincas resultantes de concentración puede resultar injusta, porque el interés particular que obliga a la partición es a veces más respetable que el interés público en cuyo nombre se prohíbe. Pero esto podría fácilmente corregirse con establecer una norma igual a la existente en Francia; que el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural conceda o deniegue en cada caso, en atención a las circunstancias, la división que se pretenda y con ello se salva la objeción. Y el argumento de que cuando los agricultores quieran dividir una finca concentrada siempre encontrarán medios directos o indirectos para hacerlo, siendo casi imposible que el Estado descubra la infracción, ya que la transmisión de los inmuebles no está sujeta en España a formalidades especiales, también puede salvarse con algo tan simple como imponer la inscripción constitutiva de las fincas concentradas.

Pero esto último será desenvuelto en la parte dedicada al estudio de las medidas jurídicas para conservar la concentración parcelaria.

De momento hay que reafirmar la idea de que es preciso mantener la entidad física, la integridad agronómica de las estructuras obtenidas con la concentración, ya como fincas por sí solas, para no recaer en el atomismo, ya como explotaciones familiares, y así tendremos el escalón inicial para tender, a través de la agricultura de grupo, a las explotaciones viables que permitan no sólo una vida digna al agricultor, sino un nivel de competencia y una economía de mercado, que es a lo que debe tenderse.

La meta puede parecer quimérica, pero hay que intentarla.

B) *Conservación jurídica de la concentración parcelaria.*

La ordenación jurídica de la propiedad de la tierra no tiene menos importancia que la ordenación agronómica de la misma, pues si ésta hace aumentar directamente la producción y la renta, aquélla hace posible la seguridad jurídica, las inversiones y la capitalización, todo lo cual ha de contribuir eficazmente a la transformación de la vida del campo y de los pueblos.

Es preciso, por lo demás, señalar que el tema está unido a otros puntos de carácter económico o social, por lo que no resulta siempre fácil aplicar a las dificultades que puedan presentarse soluciones rigurosamente adaptadas a las normas ordinarias del Derecho civil. Mucho menos si se tiene en cuenta que nuestro ordenamiento común responde a una indudable tónica liberal.

Bien está el principio de libertad de forma que el Código civil establece para la perfección de los contratos, siempre que entre las partes haya una concordancia de consentimiento, objeto y causa, con tal que sea sólo el interés privado de los contratantes el que está en juego. Pues si cada uno de ellos, pudiendo hacerlo, no compele a la otra parte a llenar los requisitos de forma, sean simplemente probatorios o constitutivos, que completen la perfección jurídica del negocio realizado, presupone la aceptación de los riesgos que puedan derivarse de su propia incuria.

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 señala, con frases un tanto ampulosas, pero indudablemente certeras, la conveniencia y aun necesidad de articular un sistema más seguro para la constitución, modificación y extinción de los derechos sobre bienes inmuebles, aunque dándole un aspecto limitado de protección respecto de terceros. Con ello se apunta claramente la ineptitud del sistema abierto de libertad de forma, declarándolo inoperante cuando se trata de proteger a los intereses extraños, aunque sean simplemente particulares.

Cuando el interés es público, cuando se trata de evitar daños a una realización común, la exigencia de formalidades claramente determinadas, aunque puedan parecer molestas, se hace imprescindible.

Por fortuna, en España contamos con dos instituciones de rancia solera y reconocida eficacia, no sólo en las lides probatorias, sino en la propia constitución de los derechos. La Notaria y el Registro de la Propiedad han demostrado sobradamente que son piedras inamovibles en la defensa del orden jurídico privado y pueden ser igualmente piezas claves del mantenimiento de realizaciones públicas.

Junto a ellas, el Catastro, si se lograra su concordancia con la realidad, sería la tercera razón de un magnífico engranaje desti-

nado a conservar jurídicamente la obra de la concentración parcelaria.

Casi unánimemente se entiende que el título público, la inscripción en el Registro de la Propiedad y el control del Catastro son los mejores medios, conjuntamente, para evitar que la nitidez jurídica de las fincas concentradas vuelva a la antigua confusión de las parcelas refundidas.

a) *Titulación pública.*—Si al nacer las nuevas fincas la Ley de Concentración Parcelaria se encarga de establecer la protocolización del Acta de reorganización de la propiedad de la zona por el notario que haya formado parte de la Comisión Local (art. 57), también es cierto que no toma parte en el asunto para las transmisiones sucesivas de dichas fincas. El artículo 70 parece presuponer la intervención notarial en los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas, pues si han de ser inscritos de modo inexcusable en el Registro de la Propiedad, el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria exige la escritura pública como regla general.

Pero lo cierto es que la imperatividad de tal norma no supone una garantía total y, por tanto, se hace preciso establecer de modo claro la titulación notarial en las fincas concentradas para perpetuar en lo posible la eficacia de la concentración, ya que en ella entran en juego evidentes razones de carácter común y público, como igualmente derechos privados de índole tan importante y básica como la propiedad y los derechos reales constituidos sobre la misma, cuya conservación tendrá una base más segura en la institución notarial, como fuente acrisolada en la dación de fe y la autenticación, que en otros organismos o funcionarios no especializados peculiarmente responsables, pese a la opinión distinta de GONZÁLEZ PÉREZ. No será preciso recordar la lapidaria sentencia de JOAQUÍN COSTA: «Notaría abierta, Juzgado cerrado».

La necesidad de conservar la concentración parcelaria mediante el título público se reafirma más si se piensa que la mejora se lleva a cabo normalmente en zonas pobres donde el comercio jurídico es incipiente y se reduce a herencias *abintestato* y pequeñas compras, y el crédito apenas en algún caso aislado acude a

la hipoteca, desarrollándose más bien por la vía de la venta con pacto de retro, por supuesto en documento privado y en condiciones leoninas. En bastantes casos la Notaría se halla vacante en largos períodos a causa del poco expeditivo sistema de las convocatorias de las oposiciones, y todo ello supone una inercia, de la que sólo resulta favorecido el zurupetismo inepto y dañada la paz jurídica. De esto bien podrían hablarnos los Letrados de Concentración Parcelaria, que encuentran múltiples litigios en el período de investigación de la propiedad, casi siempre originados por el documento privado.

Por ello, al obtenerse fincas mayores desaparece el argumento de que no merece la pena ir al Notario para vender terrenos inapreciables. Incluso tal argumento de la economicidad del documento privado es falso si se tiene en cuenta que el recargo del 20 por 100 en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales rebasa con mucho en ocasiones lo que en el caso señala el Arancel notarial; y nada digamos de las ventas simuladas de padres a hijos, frequentísimas, gravadas con el 7,40 por 100 de la base, más el 20 por 100 de recargo, mientras que por donación sólo tributan el 3, al 4, al 6 por 100, gradualmente, y por tramos.

Por último, la razón más importante es que el Notario respeta y hará respetar siempre las disposiciones sobre unidades agrarias indivisibles y supone una garantía insustituible de prueba y seguridad jurídica.

En definitiva, múltiples razones, privadas y públicas, económicas y sociales, votan de modo rotundo por la necesidad de titulación pública de las fincas concentradas en los posteriores actos o negocios jurídicos que les afecten.

b) *Inscripción en el Registro.*—Es tan clara y unánime la idea de que el Registro de la Propiedad es la institución clave que puede utilizarse para conservar la concentración parcelaria que casi no precisa de explicaciones.

Ya está inscrita de modo inexcusable la propiedad concentrada. ¿Vamos a permitir el disparate de dejar que se destruya tan formidable y costoso resultado? El Registro no es un simple burladero que ampare al propietario de las tarascadas ajenas; no es tan sólo, y ya es mucho, la pieza clave de una situación jurídica

firme de la propiedad para su comercio y para utilizarla en el crédito. Aquí el Registro no ha de mirarse como defensa del *ius privatum*, sino en sus más importantes aspectos de servicio público, estudiado por LÓPEZ MEDEL.

Mi compañero MARCELINO PIÑEL, conocedor del problema por Registrador de la Propiedad y por Jurista de la Concentración Parcelaria, se ha preguntado si la conservación de tan hermosa obra debe dejarse a la voluntad de los particulares o ha de imponerse coactivamente. Y con argumentos cargados de razón expone: «La contestación en este último sentido se impone a todas luces: tenemos un siglo de experiencia hipotecaria y no podemos ser por ello tan optimistas como lo fue GÓMEZ DE LA SERNA cuando hace cien años vaticinaba que las ventajas que proporciona la inscripción darían como resultado que al cabo de veinte años estaría inscrita toda la propiedad de España; conocemos que todo lo "nuevo", por excelente que sea, no es bien recibido por el campesino, cuya resistencia a admitir las innovaciones viene estimulada por los "zurupetos" locales, que tanto abundan...; sabemos, en suma, que, no obstante las excelencias del sistema hipotecario, un 60 por 100 ó más de la propiedad inmobiliaria vive fuera del Registro, como dijo la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de la Hipotecaria de 1944. Y por todo ello hemos de afirmar rotundamente que la conservación de la concentración parcelaria, que tanto trabajo representa y tantos gastos ha causado al Erario público, debe ser conservada *coactivamente* contra la voluntad de los propietarios, por medio de medidas articuladas al efecto. De otra suerte, las tierras volverán a dividirse, el Catastro reflejará sólo en pequeña parte la realidad y las fincas volverán al documento privado que los "zurupetos" saben redactar con el empaque e incluso el formato de escrituras públicas, y a la consiguiente clandestinidad».

Estudiando las disposiciones que la Ley de 1955 dedicaba a la conservación de la concentración parcelaria, dice que «estas medidas legales son insuficientes, y la corta experiencia que poseemos sobre materia tan nueva lo demuestra; conocemos ya varios casos en que las fincas de reemplazo han vuelto a caer en el engaño del documento privado e incluso alguno en que se han realizado divisiones o segregaciones, no sabemos si legales o no. Es

preciso por ello articular medidas más enérgicas y eficaces, hacer pasar todos los títulos sucesivos que tengan por objeto fincas de reemplazo por un órgano de "control" que vigile el exacto cumplimiento de la Ley y asegure así la conservación de la concentración parcelaria. Y este órgano no puede ser otro, a nuestro juicio, que el Registro de la Propiedad».

Y sigue diciendo: «Debe establecerse en orden a las fincas de reemplazo el sistema de *inscripción obligatoria*, entendiendo por tal aquel en que la inscripción, constitutiva o no, se impone coactivamente por el Estado y cuya efectividad se procura lograr con medidas sancionadoras de diverso orden que se aplican al particular que incumple la obligación legal de inscribir».

La Ley de 1962 parece que ha recogido esta idea, y en su artículo 70, regla segunda, introduce la norma de la inscripción obligatoria para las operaciones sucesivas de carácter real sobre fincas concentradas. Así dice que «los posteriores actos y contratos de trascendencia real que tengan por objeto fincas de reemplazo o derechos reales constituidos sobre las mismas, se inscribirán igualmente, de modo inexcusable, en el Registro de la Propiedad».

Y la regla cuarta del mismo artículo intenta reforzar tanto la idea de la obligatoriedad de la inscripción que ordena a los Notarios el envío de oficio de las copias auténticas de los documentos autorizados al Registrador competente para que proceda a practicar los asientos pertinentes. Esto parece incluso una excepción al artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, que, en razón del principio de rogación, exige que la inscripción haya de pedirse por el que transmite un derecho, el que lo adquiere, o quien tenga interés en asegurarlo. Sin embargo, es preciso convenir que en esta norma hay más ruido que nueces, pues si, según se ha visto antes, el peligro está precisamente en que se rehuye a veces el documento público para eludir las normas legales, no habrá ocasión para que el Notario cumpla este deber. Por lo demás, es práctica corriente, casi general, entre compañeros bien avenidos que las escrituras se envíen directamente de la Notaría al Registro, por lo que no precisa imponerse como obligación lo que se viene haciendo gustosamente.

De cualquier modo, ya tenemos, pues, en la Ley la norma de inscripción inexcusable—obligatoria—no sólo al inmatricularse las

fincas de reemplazo, sino en los negocios jurídicos reales que *a posteriori* les afecten.

Pero ¿cuál ha sido en la realidad el resultado de esta innovación legal? Tan sólo han transcurrido cinco años desde que entró en vigor la norma, y las cosas no han variado en absoluto. Sabemos de casos en los que se ha seguido descuidando por completo toda la formalidad exigida y, lo que es peor, la predisposición de sus autores a continuar en su obra, toda vez que el precedente les ha sido permitido.

La letra de la Ley es tajante, pero la sanción por su incumplimiento es insuficiente. Se establece en el mismo precepto que estamos estudiando que «no podrán ser admitidos en los Juzgados, Tribunales y Organismos administrativos los documentos en que consten dichos actos o contratos, si no hubiesen sido previamente inscritos, cuando el objeto de la presentación sea el ejercicio de derechos o la defensa del titular según los mismos». Su redacción está casi calcada del artículo 313 de la Ley Hipotecaria, y ya es sabido que este precepto ha dado mucho que decir y poco o nada que hacer; es de temer que también la norma segunda del artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria quede en letra muerta.

No hay ineficacia, hay una simple inadmisibilidad. Y entonces, ¿cómo compaginar esto con lo que dispone el artículo 41 del todavía aplicable Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, o sea, que se liquidarán en todo caso, cerrando los ojos, cualquier acto o contrato «prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia»? Una vez más, un simple Reglamento administrativo tumba por los suelos una disposición legal. Porque es sabido que en las comarcas rurales la frase «pasar la escritura por el Registro» es pura y simplemente presentar el documento privado a la liquidación del Impuesto. Y todo Registrador de la Propiedad, que además es Liquidador del Impuesto, se verá entre la espada y la pared, repugnándole el ataque al Registro por un lado, pero sin poder eludir el documento que ha de liquidar imperativamente. Sólo le queda, y esto me consta que se hace siempre, el intento de disuadir a los interesados de la consumación del desaguisado, consiguiéndolo a veces; pero si el presentante es el propio «zurupeto», entonces

rehuye tales consideraciones, procurando acudir a oficinas no regentadas por Registradores, donde, al parecer, hay menores dificultades. Con su nota liquidatoria y su carta de pago, «como se ha hecho siempre», el hombre de campo se siente tranquilo, inconsciente del daño que se ha causado a la economía nacional y a la suya propia. Por ello, hay que imponer no la simple inscripción obligatoria, que puede ser ignorada olímpicamente, sino la auténtica inscripción constitutiva, de indudable efectividad. Son dos conceptos de clara distinción: la hipoteca, el embargo, pueden hacerse constar o no en el Registro, libremente, pues a nadie se obliga a hacerlo. Pero si no se hace, el derecho no existe, no ha nacido. Hagamos igual con el comercio jurídico que recaiga sobre las fincas de concentración parcelaria, y entonces sí que habremos reafirmado el especial estatuto jurídico de la propiedad concentrada.

Creemos, por tanto, que deberían hacerse los siguientes retoques para que el sistema resulte efectivo:

1.º Inscripción constitutiva de todos los actos y contratos sobre las fincas concentradas y los derechos reales que los afecten. De este modo sólo tendrán validez, sólo habrán nacido, las transmisiones o divisiones que el Registrador, en su facultad calificadora, encuentre ajustadas a Derecho.

2.º Que el sistema se extienda a todas las fincas comprendidas en el término municipal. Las parcelas que a tenor del artículo 17 de la Concentración Parcelaria resultan excluidas de la concentración por no beneficiarse de ella, por la importancia de las obras o mejoras incorporadas a la tierra, por su naturaleza o emplazamiento, deberían ser incluidas, en cambio, en el beneficio indudable de la nueva titulación e inmatriculación en el Registro. Con ello se evitaría la dualidad en el término, entre fincas concentradas y excluidas. Y el esfuerzo para obtenerlo es mínimo, pues de hecho en el período de la investigación de la propiedad se identifican tales parcelas, con lo que sería facilísimo extender a ellas la normativa de la concentración.

3.º Es preciso poner fin al evidente confusionismo que produce la entrada en el Registro de fincas, quedando otras fuera, man-

teniendo, en cambio, las inscripciones antiguas. Ya DELGADO ROLLÁN señaló que podrían presentarse los siguientes casos:

1. Fincas ya inscritas, que se vuelven a inscribir con la concentración parcelaria, que tendrá, por tanto, dos inscripciones.
2. Fincas que se inscriben por primera vez con la concentración parcelaria.
3. Fincas inscritas antes, excluidas de la concentración, con lo que sus inscripciones se mantienen en todo su valor.
4. Fincas no inscritas antes, que no se han afectado por la concentración parcelaria, con lo que están totalmente fuera del Registro.

Por ello se impone, previa la inclusión de todo el término municipal en la sistemática, al menos jurídica, de la concentración, la cancelación total de los asientos antiguos y el traslado de todas las cargas y situaciones jurídicas existentes, pues de otro modo no habrá forma humana de saber con certeza la situación vigente de una finca.

4.º Que para el caso de interrupción del tracto se arbitre un medio sencillo, que tomara como base los datos y procedimientos del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria para conseguir la reanudación sin tener que acudir a los lentos y costosos establecidos por la Ley Hipotecaria

5.º Adoptar el plazo de la suspensión de efectos respecto de terceros por dos años establecido por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria como norma general; ni el largo de cinco años de la Ley antigua, ni el cortísimo de noventa días de la actual, que prácticamente priva de defensa a todo tercero dañado.

6.º Adoptar al lado de la tacha de inexistencia un sistema de sanciones que ya proponía PRÍEL, y que consiste en que si el documento privado se presentase a satisfacer el Impuesto de Transmisiones o Sucesiones, se girarán las liquidaciones que procedan, pero en la nota al pie del documento el Liquidador hará constar, si apareciese que la finca está afectada por la concentración, la obligación del contribuyente de presentar en el plazo de tres meses el documento público debidamente inscrito en el Registro de

la Propiedad, y su falta determinará liquidaciones complementarias del 10 por 100 de la cuota liquidada y sus correspondientes honorarios de liquidación, recargos por impago e intereses de demora, se girarán al vencimiento del primer período trimestral y los sucesivos hasta tanto se acredite el hecho de haberse verificado la inscripción del acto o contrato.

c) *Concordancia con el Catastro.*—Es la tercera etapa para una eficaz conservación de la concentración parcelaria, una vez que se haya obtenido la entrada y mantenimiento de las fincas concentradas, en el Registro de la Propiedad.

La doctrina ha coincidido siempre en considerar deseable la concordancia del Registro de la Propiedad y el Catastro, porque en definitiva se trata de las dos facetas, jurídica y física, de la base objetiva de los derechos reales inmobiliarios.

Los dos instrumentos destinados a la función de mejor determinar la finca, como trozo de terreno y como objeto de derechos, indudablemente deben ir unidos.

En el mismo sentido se ha pronunciado la literatura oficial existente sobre la materia. Así, el preámbulo de la Ley de reforma hipotecaria de 1909 dice que teniendo el Gobierno por base la descripción física o material de los inmuebles y constituyendo el Registro la historia jurídica de los mismos, ambas instituciones se auxilian y complementan recíprocamente. Al prepararse el proyecto de Ley del Catastro de 1906, se indicada en el dictamen la conveniencia de que sean instituciones hermanas. También se pronunciaba en este sentido el preámbulo del Real Decreto-Ley de 3 de abril de 1925, que estableció nuevas bases para el Catastro, y en todas las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia se incluyen preceptos tendentes a esa coordinación. Quizá el texto más expresivo pueda leerse en el preámbulo del anteproyecto de 1924, que decía: «Es necesario que el Registro y el Catastro se comuniquen, que vivan en armonía y que cada uno dé al otro lo que según su naturaleza pueda darle: el Catastro al Registro, sustancia física, material, corporal; el Registro al Catastro, sustancia jurídica, derechos de pertenencia en las parcelas. Si pudiéramos llegar a una institución única o capaz de producir todos los

efectos estadísticos, tributarios y jurídicos bajo un solo nombre, tal sería el ideal».

Pero según CHINCHILLA y GONZÁLEZ PÉREZ, el mayor obstáculo que el legislador ha podido encontrar para esta coordinación ha sido la existencia de diversos Catastros que dependen de organismos diferentes y que responden a características distintas.

En efecto, tenemos de un lado el Catastro Topográfico Parcelario, que lleva a cabo el Instituto Geográfico Catastral, dependiente de la Presidencia del Gobierno, y que reúne indudablemente las mayores garantías por la técnica con que se desenvuelve. De otro lado, el llamado Catastro de Rústica, dependiente del Ministerio de Hacienda. Como el Catastro Topográfico falta en gran parte del territorio nacional, es preciso acudir al de Rústica, teniendo en cuenta los avances catastrales, los trabajos de renovación y los amillaramientos. Con razón afirman los autores citados que con tal baraúnda catastral hay pocas posibilidades de coordinación con el Registro. Señalan que las alteraciones contributivas son un problema que hoy se resuelve deficientemente por la simple aportación de datos que los servicios municipales facilitan a las oficinas de Hacienda, y tienen frecuentes fallos en la realidad, abogando por que sea el propio Registro el que facilite los datos correspondientes al Catastro, supuesta la previa inscripción, para que la coordinación sea perfecta; y que esa coordinación no sea sólo inicial, sino que debe ser mantenida y conservada.

La legislación hipotecaria, que ya contaba con el Catastro en las certificaciones exigidas en expedientes de dominio y actas de notoriedad, ha intentado un mayor acercamiento en la reforma introducida en el Reglamento Hipotecario por el Decreto de 17 de marzo de 1959. En el artículo 51 se ha añadido a los datos identificadores de la finca los referentes al polígono y la parcela, que se consignará en la inscripción si constara en el título. Y el artículo 298 ensancha las posibilidades de inmatriculación del título público siempre que se justifique que la finca se halla catastrada o amillarada a nombre del transmitente, o, en su defecto, que se haya tomado para ello la nota correspondiente.

Se comprende que la concentración parcelaria haya sido generalmente elogiada por haber conseguido en bloque la triple y deseada concordancia entre la realidad física, el Catastro y el Re-

gistro, y es de notar que la Ley de 1962 se preocupa no sólo del momento inicial, sino también de los cambios posteriores al establecer en el artículo 71 que «la ordenación de la propiedad resultante de la concentración y sus sucesivas alteraciones serán inexcusablemente reflejadas en el Catastro de Rústica, y éste habrá de coordinarse o guardar paralelismo con el Registro de la Propiedad», y en la norma segunda del artículo 70 se sienta rotundamente que «en ningún caso podrá realizarse alteración contributiva alguna si el documento en que conste el hecho, acto o negocio jurídico que deba producirla no ha sido previamente inscrito en el Registro de la Propiedad».

La Orden de la Presidencia del Gobierno de 13 de julio de 1960 dicta normas para coordinar la actuación de los Servicios de Catastro y Concentración Parcelaria, que, en lo referente al objeto de este estudio, se concreta a los puntos siguientes:

1. Remisión al Catastro de una relación de las parcelas excluidas de concentración en cada zona, una vez que sean firmes las bases.

2. Remisión también al Catastro, inmediatamente de ser firme el proyecto (hoy Acuerdo) de concentración, de un plano de la zona concentrada y una relación de propietarios en la que se indiquen las fincas asignadas a cada uno y su superficie.

3. Exigencia de escritura pública, con los requisitos señalados en el artículo 73 de la Ley de Concentración Parcelaria, para que puedan llevarse a cabo anotaciones de altas y bajas relativas a las fincas resultantes de la concentración, en virtud de actos o contratos por los que se realicen divisiones o segregaciones de dichas fincas. Las oficinas de la Hacienda Pública, sin perjuicio de denegar efectos a los demás documentos que no cumplan dicha exigencia, lo pondrán en conocimiento del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural para que éste pueda ejercitar la acción de nulidad según el artículo 76 de la Ley de Concentración Parcelaria.

Sin embargo, esta exigencia queda desdibujada en la Orden, que parece permitir altas y bajas por actos o contratos concluidos en documento no público si mediare autorización del Servicio de Concentración Parcelaria. Claro que con esto no hace más que

recoger la sorprendente disposición del artículo 74 de la Ley, en abierta contradicción con los demás concordantes de la misma, de un modo muy especial con el artículo 70. Si ya parecía extraña esta anomalía en la Ley de Concentración Parcelaria de 1955, siendo duramente criticada por VIDAL FRANCÉS en su tesis doctoral, ahora, introducidas por la Ley de 8 de noviembre de 1962 las normas segunda y cuarta del artículo 70, el contenido de este artículo 74 resulta incomprensible y debió suprimirse por su abierta incompatibilidad.

Vemos, pues, que el magnífico medio de conservar la concentración parcelaria que es el Catastro, puede resultar ineficaz si dejamos que la polilla del documento privado pueda también tener acceso al mismo. Porque otra de las creencias más arraigadas en el ambiente rural que conocemos es la de que el tener catastrada una finca significa una prueba casi plena de dominio sobre ella. El labrador castellano podrá balar, séanos permitido el símil, pero da fielmente su lana, por el respeto casi mítico que siente hacia la Hacienda Pública.

La Contribución Territorial Rústica y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (los clásicos «derechos reales»), que componen el entramado del vocabulario contributivo de cada día, están basados en el Catastro, y ello hace que los hombres de campo lleven a límites cuidadosísimos la cuestión de estar al día en las altas y bajas cotastrales.

Fácilmente se comprende que si en las zonas concentradas se cumpliese en todos sus términos la exigencia de título público e inscripción en el Registro como requisitos imprescindibles para toda alteración contributiva, se habría obtenido, junto con la concordancia plena, un medio magnífico de conservar la obra de la concentración parcelaria.

Por desgracia, la propia legislación muestra la fisura que hemos señalado. Y en la práctica las alteraciones se realizan por medio de simples papaletas que se remiten desde las respectivas oficinas de cada Municipio muy frecuentemente redactadas por los propios «zurupetos» que confeccionaron el documento privado. Con tan escasa garantía, se procede en el Catastro a efectuar los cambios, sin investigar poco ni mucho si éstos se han producido mediante los más elementales requisitos jurídicos.

Por otro lado, no se nos oculta la dificultad de distinguir entre parcelas incluidas y excluidas de las operaciones de concentración, a la hora de exigir requisitos formales en las posteriores alteraciones. Porque si bien siempre se envía la relación de parcelas excluidas al Catastro, según dispone la letra a) de la norma cuarta de la Orden citada, la identificación sólo será fácil cuando en los trabajos de concentración se hayan utilizado los planos del Catastro Topográfico Parcelario. Pero ya se ha dicho que tal Catastro sólo existe en contados términos municipales, y por ello el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural tiene que recurrir con frecuencia a confeccionar planos nuevos mediante la fotografía aérea, retintada en el campo y restituida en el laboratorio. Tales planos llevan una numeración en polígonos y parcelas completamente distinta, como es lógico, de la existente en los croquis o avances del Catastro de Rústica. Y por ello las relaciones de parcelas excluidas de la concentración parcelaria tienen un valor inaplicable a la hora de la identificación. En este caso, aunque se ponga muy buena voluntad, ¿cómo podrán las Oficinas Fiscales aplicar el distinto tratamiento establecido en la Ley de Concentración Parcelaria en cuanto a las alteraciones físicas o de titularidad de las parcelas, si no puede saberse con certeza cuáles son las excluidas?

Concluimos entendiendo que la concordancia obtenida entre realidad Registro y Catastro por la concentración parcelaria debe mantenerse, no sólo en el momento inicial, sino más bien para etapas sucesivas. De este modo el Catastro, a su vez, puede ser un magnífico y efectivo medio de conservar la concentración parcelaria cumpliendo las reglas legales reseñadas.

Los defectos prácticos antes señalados podrían salvarse con estas medidas:

1.ª No debe practicarse en el Catastro ninguna alteración física de fincas afectadas por la concentración parcelaria sin que se presente la correspondiente escritura, en la que conste nota de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.ª Que para evitar fraudes legales se extienda el régimen a todas las parcelas del término municipal, aunque hayan sido excluidas de las operaciones de concentración, pues según se ha di-

cho al tratar del Registro, a ellas debe extenderse el beneficio jurídico de expedirles título inscrito y, por tanto, merecen la conservación posterior mediante el sistema catastral esbozado.

LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA Y LAS LLAMADAS NUEVAS ESTRUCTURAS.

A) *La idea de la explotación viable.*

Hemos visto cómo, por imposiciones de la técnica, van entrando en el campo nuevas ideas sobre la estructura básica que debe adoptarse para tratar de solucionar, o de paliar al menos, el problema rural.

En principio se tendió a recomponer fincas mediante la concentración parcelaria, procurando evitar su nuevo fraccionamiento mediante un sistema de conservación contenido en diversas disposiciones antes estudiadas. Se habló de unidades de cultivo fijándose en la finca, en el aspecto objetivo. Después, ya vimos el giro introducido por la *nonnata* Ley de Explotaciones familiares de 1962 y en la que se contempla el aspecto subjetivo de la explotación. Y por último, ha saltado al ruedo, entre otras muchas, la idea de la viabilidad. El concepto de explotación viable ha tenido éxito no sólo en la doctrina, sino en varios textos legales, pero se ha temido dar una definición doctrinal o cerrada, dejándola a las circunstancias y necesidades de cada caso. No cabe menos que reconocer la fundamental importancia que la concentración parcelaria supone, como paso básico para las nuevas ideas. Según apunta GÓMEZ-JORDANA, «la concentración parcelaria reagrupa las parcelas dispersas de un mismo propietario, da una nueva estructura, más racional, a su explotación, sustituyendo los antiguos trozos de tierra dispersos, a los que el agricultor aplicaba su trabajo, por nuevas fincas cuya mayor superficie, cuyo emplazamiento y forma permiten utilizar maquinaria agrícola, emplear medios modernos de cultivo, intensificar éste, realizar mejoras, ensayar nuevas modalidades de explotación cooperativa y reducir espectacularmente los gastos de explotación. La concentración

constituye, pues, una mejora sensacional—esta es la palabra—de la base territorial de la empresa agrícola. Más aún, es el presupuesto y el punto de partida para la solución de los problemas de estructura».

Una vez sentada esta idea previa, queda claro el interés enorme en que la concentración parcelaria se realice y se conserve con miras a la ordenación rural, uno de cuyos objetivos es precisamente la creación de explotaciones viables.

Así se señala en el Plan de Desarrollo Económico y Social, en los artículos 10 a 14, en los artículos 3 y 4 del Decreto de Ordenación Rural y en los Decretos declarando la ordenación rural de las distintas comarcas.

La viabilidad económica se alcanza cuando la explotación tiene una dimensión suficiente para proporcionar, dados los sistemas de precios y de explotación vigentes, una renta mínima, socialmente aceptable, a los agricultores.

Pero eso no quiere decir que la explotación «cuanto más grande, mejor»; como dice BALLARÍN, hay que alejarse del peligro del gigantismo, ya manifestado en Francia, entendiendo que el canon de oro de toda estructura agraria es la explotación familiar viable.

Bajo este prisma, SANZ JARQUE considera viable a una explotación cuando sea capaz de asegurar a la familia que se dedica a su cultivo una renta suficiente para cubrir sus necesidades, sin que haya de recurrir a la ayuda de una fuente exterior, fundándose en la renta que obtienen en ese momento las personas que ejercen ocupaciones no agrícolas en los demás sectores.

En las comarcas de ordenación rural de la provincia de Guadalajara, que más de cerca conocemos, o sean, las de La Campiña (cuencia del río Henares) y Atienza, ya se han redactado los informes previos, y en ellos se estima que la expropiación familiar económicamente viable, que absorbe dos unidades de trabajo y un tractor de 40 ó 50 C. V. con sus aperos, es para La Campiña, de unas 150 hectáreas en secano y de 50 hectáreas para el regadío. En Atienza, comarca de clima frío y casi carente de riegos, se estima que teóricamente las dos unidades de trabajo podrían atender 157 hectáreas de secano sobre la base de 600 jornales; pero considerando el desfase estacional de los trabajos y los imponderables, tanto de tipo meteorológico como averías mecánicas, se

reduce al 60 por 100, estimándose, por tanto, que el tamaño adecuado de la explotación está en las 120 hectáreas. Todo esto, naturalmente, referido a la situación actual, que puede variar.

Es una cuestión puramente técnica, pues, la de la extensión, que debe considerarse óptima. Y mientras un agricultor la tenga bajo su mano, poseyendo además medios adecuados de cultivo, el Estado hará bien en ayudarle con los incentivos de la ordenación rural, respetando su autonomía por completo.

Cuando esto no ocurra, que será el caso más frecuente, habrá que buscar medios que remedien la cuestión, acudiendo a compras de tierras, voluntarias o por expropiación, y también, normalmente, a la llamada agricultura de grupo. Porque el problema de la reforma de estructuras agrarias es uno de los quehaceres de carácter político, social y jurídico más importantes del mundo de hoy.

Y es entonces cuando se nota de nuevo el fundamental papel de la concentración parcelaria, porque si ésta ha introducido claridad agronómica y jurídica en el campo, delimitando la propiedad como derecho básico, se podrá avanzar con la suficiente seguridad por los caminos de la ordenación nueva del medio rural.

Claro que, aun con estos desbroces, surgirán problemas jurídicos y sociales, tales como la determinación de los tipos de explotación que deben fomentarse, posibilidades de su creación, servicios cooperativos más convenientes, aumento de la capitalización de las empresas, posibilidades de desaparición de las empresas marginales, canalización de los excedentes de mano de obra agrícola hacia otras actividades no agrarias y otros que exigirán siempre un cuidadoso estudio.

ERNESTO CALMARZA, en su informe sobre la comarca de La Campiña, ya citado, señala que en la zona de Azuqueca de Henares, donde existe una gran factoría, se da la especialidad de que los antiguos propietarios, que han acudido a esta industria no se han desprendido de sus tierras, sino que las siguen cultivando en las horas libres del trabajo en la fábrica, para lo cual alquilan tractores y maquinaria. Esto es lógico que siga ocurriendo en las zonas industrializadas, pues el apego a las tierras es tan grande que no las abandonan, consiguiendo de paso más ingresos complementarios. Pero en otras zonas este caso no se dará fácilmente, y

entonces, canalizada la mano de obra excedente, estos propietarios dispondrán de sus tierras, vendiéndolas, o crearán agrupaciones que se encarguen de cultivarlas.

El esquema, tan fácil aparentemente, tropezará no pocas veces con la especial idiosincrasia del agricultor.

Entonces, es cuestión de política social y de estricta justicia respetar la autonomía individual, tanto más que el derecho de propiedad es el más arraigado y protegible. Pero hay que encauzar, con los máximos incentivos, la voluntad de los propietarios, con el fin de que se vayan creando explotaciones viables y haciendo desaparecer las marginales. Incluso, si tal camino no diese resultado, habría que pensar en medidas de otro tipo con tal que no supongan abierto ataque a la propiedad.

Así lo reconoce el ingeniero CALMARZA, considerando que no es fácil el camino a seguir para la creación de estas explotaciones, pero, como se estiman necesarias, habrá que intentarlo, cualesquiera que sean las dificultades para alcanzar estas metas. Es el único método para controlar el éxodo de la población y el establecimiento de normas para elevar el nivel de ingresos de las empresas, consiguiendo que éstas sean auténtica y económicamente viables.

B) *Posibles soluciones para obtener explotaciones viables.*

Dada la naturaleza de este trabajo, las expondremos en esquema:

1. *Venta voluntaria de tierras* por sus propietarios para su redistribución, formando, con otras, una reserva en las zonas sujetas a ordenación, según se determina en los artículos 4.º, b), y 3.º, a), del Decreto de Ordenación Rural, en cuyos casos el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural podrá conceder preferencias y ventajas. Entre ellas está la posibilidad de que el Banco de Crédito Agrícola, directamente o a través del Servicio, conceda préstamos a los agricultores, cooperativas, grupos sindicales o asociaciones, con tal finalidad. En el Decreto de las comarcas de Guadalajara se ha concretado en préstamo del 80

por 100 de la inversión, y además el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural podrá adquirir tierras en la comarca, redistribuyéndolas para completar las explotaciones, mediante cesión a los propietarios de la comarca, con un descuento máximo del 20 por 100 de su valor de adquisición; igual beneficio podrá conceder el Servicio en caso de adquisición directa por los agricultores [art. 5.º, b)]. Un anticipo de estas disposiciones puede verse en el artículo 81 de la Ley de Concentración Parcelaria.

Es un sistema bastante generalizado, parecido a las llamadas SAFER, organizadas en Francia, y cuyo objeto es comprar las tierras que se ofrecen libremente en el mercado para revenderlas, una vez mejoradas, en su caso, a los agricultores que las soliciten; a la vez controlan algunas ventas a través del derecho de preferencia de que gozan. Las SAFER son auténticas sociedades anónimas, aunque no tienen finalidad lucrativa y funcionan con la ayuda de capitales proporcionados por el Estado.

2. *Asociación voluntaria.* — Es la constitutiva de la llamada «Agricultura de grupo», mediante la cual los medianos y pequeños agricultores, bajo diferentes formas o grados de asociación, pretenden superar los defectos estructurales de sus explotaciones para obtener por este camino un aumento de la productividad.

Los motivos que aconsejen esta unión pueden ser múltiples, pero entre los más corrientes están la dificultad de mecanizarse en forma individual, falta de mano de obra familiar o asalariada, vejez de los empresarios de la comarca, existencia de un porcentaje elevado de propietarios femeninos, emigración a zonas urbanas y otros varios.

En el Derecho español la agricultura de grupo tiene las siguientes diversas posibilidades que señala BALLARÍN:

a) Los grupos que se apoyan en la *comunidad familiar*, nacidos de los vínculos de sangre y basados en la casa; el grupo familiar se convierte en productivo, que evita, nada menos, que los inconvenientes terribles de la división hereditaria.

b) La *comunidad municipal o parroquial*, estudiada por COSTA y ALTAMIRA, que dió lugar históricamente a los aprovechamientos

colectivos o comunales de montes y pastos. Tiene como base una comunidad histórica o de fuertes sentimientos religiosos.

c) La *Cooperativa*, que constituye actualmente, desde el punto de vista legislativo, el instrumento por excelencia para llevar adelante la agricultura de grupo, gozando de gran predicamento en los ambientes doctrinales. Es conocido su concepto de reunión de personas, naturales o jurídicas, que se obligan a aunar sus esfuerzos con capital variable y sin ánimo de lucro, al objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, contenido en el artículo 1.º de la Ley reguladora de 2 de enero de 1942. En España la figura de la Cooperativa está cada vez más extendida y ha obtenido intensidades variables, alguna de ellas muy acusada, como la de Zúñiga. Ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales y legislativos tendentes a completar y reformar la Ley de 1942, ciertamente anticuada en algún aspecto, cuestión tratada en las Primeras Jornadas de Estudios de Cooperación, en enero de 1965.

d) Las *sociedades civiles o mercantiles*, cuya posibilidad es evidente en la agricultura, dada la amplitud de los preceptos contenidos en los Códigos Civil y de Comercio. Pero la sociedad civil, de hecho, no es practicada en el campo como fórmula de agricultura de grupo. En cuanto a las sociedades mercantiles, algunas veces se utiliza la fórmula de la sociedad anónima, aunque en alguna ocasión se emplee con fines indirectos fiscales; también es cierto que se constituye no pocas veces con la finalidad de evitar la división entre los hermanos y unificar la gestión cuando se trata de explotar fincas extensas; la de responsabilidad limitada puede decirse que carece de aplicación a la realidad campesina.

e) La *simple asociación*, de hechura notarial y miras prácticas, sin personalidad jurídica ni inscripción en el Registro Mercantil. Es un sencillo acuerdo de colaboración redactado por el Notario, como asesor jurídico que vive en el mundo rural, y que puede a la vez dar autenticidad al acto, haciéndolo merecedor de la protección oficial. Es un auténtico medio nuevo de formular tipos específicos, en los que la Notaría puede llegar a crear normativas, como ocurrió con las sociedades de responsabilidad limitada.

f) Los *grupos sindicales de colonización*, que no están regulados en España por vía legal estricta de un modo sistemático, pero tienen gran aplicación en la práctica a los efectos de ser objeto de los beneficios e incentivos destinados a la agricultura.

La concentración parcelaria ha considerado de tal importancia las fórmulas cooperativas o asociativas en general, que en el artículo 34 de su Ley reguladora manda tener en cuenta tal circunstancia a la hora de conceder prioridad a las zonas en los programas de actuación del Servicio. Y, a la inversa, la concentración supone una magnífica base para impulsar el desarrollo cooperativo en las zonas donde se ha verificado la mejora, no sólo por el efecto físico o agronómico de las nuevas fincas, sino más bien por el psicológico del cambio de mentalidad de los campesinos.

Y si pasamos al campo de la ordenación rural, todas las disposiciones existentes hasta la fecha consideran a la fórmula asociativa como básica para la obtención de los fines propuestos.

3. *Expropiación forzosa*.—Si los medios voluntarios antes apuntados no diesen resultado y la situación angustiosa de las comarcas sujetas a ordenación rural lo exigiese, no hay duda que sería adecuado y concorde con la legislación especial utilizar este medio para obtener explotaciones viables.

Lo curioso es que mientras en la Ley de Concentración Parcelaria de 1962 se regula ampliamente la posibilidad expropiatoria [véanse artículos 10, c), 35 a 38 y especialmente el artículo 89, que incluso autoriza el procedimiento de urgencia], el Decreto de Ordenación Rural parece tratar la expropiación con bastante timidez en el apartado e) de su artículo 4.º Sin embargo, como es natural, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la Ley de 16 de diciembre de 1954, podrá acudir a este medio, ya que pocas veces habrá un interés social más justificado para limitar la propiedad. Tiene inconvenientes de monta, como la impopularidad evidente y la limitación de medios económicos de la Administración.

4. *Asociación forzosa*.—Esta solución, a la vez tan atractiva como peligrosa, pudiera concebirse como híbrida o intermedia entre la fórmula asociativa y la expropiación forzosa.

Para soslayar el inconveniente de que la indemnización resulte injusta por insuficiente y, de otro lado, que la Administración no pueda disponer de la ingente suma necesaria para una expropiación tan amplia que consiguiera la ordenación rural en plazo aceptable, cabría articular esta figura, que en síntesis consiste:

1.º Requerimiento previo a los titulares de explotaciones insuficientes para que se asocien voluntariamente hasta conseguir estructuras viables, como reconocimiento respetuoso a la voluntad de cada cual y a su derecho de propiedad.

2.º En otro caso, ya en vías de un interés común, proceder a la expropiación; pero no con pago en metálico, sino en participaciones en la comunidad, calculada de acuerdo con el valor relativo de las parcelas de cada uno, conocido por las bases de la concentración parcelaria llevada a cabo o a realizar de modo inmediato en la zona.

3.º Aportar tales elementos de cultivo a una asociación o explotación comunitaria, cuya dirección habria de corresponder precisamente a los componentes de la misma, con el asesoramiento técnico y económico necesario que les sería prestado gratuitamente.

4.º Aplicación, en el momento inicial, de las normas que establece la Ley de Expropiación, para los casos especiales de expropiar por zonas o grupos de bienes (arts. 175 a 186), y por causa de incumplimiento de la función social de la propiedad (artículos 187 a 191), como, por analogía, las disposiciones que utiliza en su función el Instituto Nacional de Colonización. En su funcionamiento posterior serian aplicables las normas de las asociaciones cooperativas, todo con las debidas adaptaciones. Claro que estos son simples esbozos, que necesitan ser perfilados y madurados.

Y para no caer en los peligros de las colectividades que se llevaron a cabo en la zona republicana durante la guerra, fracasadas en gran parte por falta de preparación del cuadro dirigente y por su carácter forzoso, sería aconsejable, según ideas de BALLARÍN, mucha prudencia, tomar como base comunidades con fuerte sentimiento religioso o grado notable de educación media, poner en común sólo la gestión sin involucrar cuestiones de propiedad.

combinar la participación comunitaria con explotaciones de tipo ganadero, avícola u hortícola, y, por supuesto, cuidar la formación de dirigentes.

Ya se ve que en cualquiera de las soluciones apuntadas, la concentración parcelaria, como presupuesto antecedente o como medida complementaria, resulta imprescindible. De ahí la necesidad de llevarla a cabo en las zonas rurales a ordenar y conservarla cuidadosamente si no queremos que las metas propuestas queden inalcanzables o que se hundan inmediatamente después de haberlas conseguido.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- APOSTOLADO RURAL DE A. C.: *Presencia cristiana en la asociación para el trabajo rural*. Folleto editado en 1965.
- AJAMIL FERRANDO, Manuel: *Informe previo de la O. R. de la comarca de Atienza (Guadalajara)*.
- BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Derecho Agrario. Nuevas fórmulas asociativas para la Agricultura*. En la publicación monográfica número 10 del S. N. de C. P. y O. R.
- BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Informe.
- BENEYTO SANCHÍS, Ramón: *La Ordenación Rural en España*. Monografía número 6 del Servicio.
- BUENO GÓMEZ, Miguel, y CRUZ CONDE, Fernando: *Estudio de la Cooperativa de Zúñiga*. Monografía núm. 2. del Servicio.
- BUENO GÓMEZ, Miguel; LAMO DE ESPINOSA, Jaime, y BAZ IZQUIERDO, Fernando: *Explotación en común de la tierra y C. P.* Monografía núm. 13 del Servicio.
- CRUZ CONDE, Fernando: *Estudio de las explotaciones agrarias en las zonas de O. R.* En el Boletín de Información del Servicio núm. 12.
- CALMARZA DALDA, Ernesto: *Informe previo de la O. R. de la comarca de La Campiña (Guadalajara)*.
- CHINCHILLA RUEDA, Rafael, y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Concordancia entre Registro y Catastro*. Ponencia del Congreso de Derecho Registral, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.
- DELGADO ROLLÁN, Isidoro: *C. P. Problemas*. En R. C. D. I.
- GARCÍA DE OTEYZA, Luis: *C. P. y O. R.* En la Monografía núm. 8 del Servicio.
- GARRIDO EGIDO, Leovigildo: *C. P. y O. R.* Monografía núm. 8 del Servicio.
- GÓMEZ Y GÓMEZ-JORDANA, Francisco: *Problemas jurídicos de la C. P. y Formas jurídicas de las agrupaciones agrícolas de explotación en común*. Monografías números 3 y 10 del Servicio.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *La C. P.* En Anuario de Derecho Civil.
- JUAN XXIII: Encíclica «Mater et Magistra».
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio: *La Agricultura y el Plan de Desarrollo*. Conferencia en la Escuela Diplomática. R. E. A. S., núm. 45.

- LÓPEZ MEDEL, Jesús: *La C. P. como empresa política*, editada por el Servicio; *Modernas orientaciones del Registro de la Propiedad y Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, editadas por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.
- LEAL GARCÍA, Alejo: *La legislación agraria de los cinco últimos lustros*. En R. E. A. S., núm. 50, y separata 1965.
- MADEC, L.: *Las SAFER y el problema de las estructuras agrícolas en Francia*. En el núm. 4 de la revista «Fatis».
- MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio: *Observaciones a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo*. En R. C. D. I.
- MORENO TORRES, Manuel: *La C. P. y el Registro de la Propiedad*. En R. E. A. S., número 16.
- ORGANIZACIÓN SINDICAL: *Jornadas de Cooperación. Ponencias*. Folleto número 5; *I Conversaciones Franco-Españolas de Derecho Agrario*. Folleto número 9.
- PIÑEL MIGUEL, Marcelino: *La C. P. y el Registro de la Propiedad*. Ponencia en el I Congreso de Derecho Registral, editada en 1961 por el Servicio Nacional de C. P. y O. R., y en 1965, por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*.
- SANZ JARQUE, Juan José: *Régimen de C. P.*, 1959; *La C. P. y la O. R. como partes esenciales del Derecho Agrario* (libro en preparación); *Naturaleza y fines de la C. P.*, en R. E. A. S. de 1961; *C. P., Registro y Catastro*, conferencia editada por el Servicio; *Legislación y procedimiento de C. P.*, monografía núm. 5 del Servicio; *La C. P. como base del desarrollo cooperativo de las zonas rurales*, conferencia editada en 1963 por el Servicio; *Normativa de la C. P. y de la O. R.: Reformas de estructuras agrarias*, separata de la «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 9, 1965.
- SERVICIO NACIONAL DE C. P. Y O. R.: *1953-1963: A los diez años de su creación*.
- VIDAL FRANCÉS, Pablo: *La C. P. en el régimen jurídico español*. Tesis doctoral, publicada en R. E. A. S.
- ZABALA LEZAÚN, Jaime: *Zúñiga. Amasando Cooperativas*, Pamplona, 1965.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Letrado del Servicio Nacional de Concentración
Parcelaria y Ordenación Rural en Guadalajara
y Registrador de la Propiedad.

NOTAS .

El nuevo Código civil polaco

SUMARIO: I. Sentido y características del Código civil: a) Socialización del Derecho civil. b) Regulación de las lagunas de la Ley.—Sistemática del Código civil: a) Sujetos. b) Materia excluida. c) Materia incluida. 1. Parte general. 2. Propiedad y otros derechos reales. 3. Obligaciones y contratos. 4. Sucesiones.—III. Conclusión.

El Código civil polaco de 1964 constituye la primera codificación completa de esta rama jurídica en la historia de Polonia, nación en la que su evolución legislativa corre pareja con la política. Según fuese el país vencedor así era el precepto aplicable. Rigió, pues, en su territorio el Derecho prusiano, el húngaro, el ruso, el Código civil austriaco y el Código civil francés.

Lograda la unidad política tras la primera guerra mundial, se buscó, sin éxito, la unificación del Derecho privado. Los resultados sólo fueron parciales, consiguiéndose la aplicación en todo el territorio nacional de un Código de obligaciones y otro de comercio, subsistiendo, no obstante, la disparidad en la legislación civil con los antagónicos sistemas del siglo XIX. El año 1945 va a significar por muchas razones un cambio total en la evolución de Polonia, y una de las metas del nuevo régimen se encamina a la unificación legislativa, que trata de lograrla mediante sucesivas e insuficientes reformas. Se crea entonces, en 1947, la Comisión de Codificación del Derecho civil, que en el propio 1947, en 1951 y 1954 elaboró sendos proyectos que resultaron fallidos. Durante el período 1957-1962 se discutió el proyecto definitivo que, sometido a vasta discusión pública, fue votado por la Dieta el 23 de abril de 1964, entrando en vigor el 1 de enero de 1965.

SENTIDO Y CARACTERISTICAS DEL CODIGO CIVIL

a) *Socialización del Derecho civil.*

Si las relaciones de Derecho privado se han visto en los últimos tiempos, en lo que llamamos mundo occidental, limitadas por normas de interés social y orden público que restringen la autonomía en la esfera privada, especialmente en materia de propiedad y contratos, es fácil comprender en los países cuyo derecho está basado en la propiedad social de los medios de producción, el marcado carácter socialista de su Ordenamiento. Se niega la diferenciación del Derecho civil con el Derecho comercial por considerarla fruto de la presión capitalista, recogiendo el Código civil todas las instituciones mercantiles, aunque deje subsistir algunas otras cuya supresión no sería oportuna, puesto que su estructura es aconsejable para determinadas empresas y establecimientos estatales, por ejemplo, los Bancos. Recordemos que DAVID y HAZARD (1), estudiando el Derecho ruso, hacen notar que las soluciones prerrevolucionarias son abandonadas, pero que los cuadros en los cuales estaban articuladas han subsistido; es decir, los juristas exponen las reglas de derecho utilizando la terminología, las categorías y marcos del derecho antiguo, si bien en la mayoría de las veces con diferente contenido. Sin embargo, es preciso señalar, refiriéndonos al Código civil polaco, que este marcado carácter socialista no le ha impedido conservar la estructura de la relación privada, desarrollando el principio de la autonomía de la voluntad, según se deduce de la lectura de determinados artículos referentes a materia de obligaciones, contratos y derecho sucesorio.

Sorprende que el Código civil polaco, al enfrentarse con la legislación civil especial excluya gran parte de la misma de su sistemática, puesto que si recordamos otro Código civil reciente, el portugués de 1966, uno de sus objetivos ha sido recuperar las

(1) *Le Droit Soviétique*, par R. DAVID et J. N. HAZARD. Paris, 1954. Tomo I, páginas 9-10.

materias que salieron de él para ser reguladas por Leyes especiales y aquellas otras normas que, civiles por su contenido, nacieron para resolver problemas inexistentes en el antiguo texto legal de 1867. Tal vez los redactores del Código civil polaco no carezcan de razón al afirmar que al llevar esta reglamentación especial al Código civil se correría el peligro de desintegrarla. El fin, por otra parte, de la codificación civil se logra cuando esta Norma legal comprende los principios de la legislación civil. Pensemos que otra cosa es una mera utopía, dado que avanza más rápidamente la realidad social que la jurídica.

b) *Regulación de las lagunas de la Ley.*

Se echa de menos en el Código civil un precepto semejante al artículo 6.º del Código civil español. No obstante, de la norma interpretativa del artículo 4.º, que afirma que «las disposiciones de Derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas conforme a los principios del sistema socio-económico y a los fines de la República Popular de Polonia», se puede deducir la existencia de lagunas. Creemos que ante una situación nueva el juzgador buscará la aplicación analógica de preceptos allí contenidos, o que se inspirará en los principios directivos del texto, y que sólo en último lugar se acudirá a la anómala y arbitraria situación establecida en el artículo 2.º al decir: «En los casos en que las necesidades particulares de los intercambios entre las unidades de economía socializadas lo exijan el Consejo de Ministros u otro órgano superior de la Administración del Estado, habilitado por aquél, podrá regular las relaciones resultantes de estos intercambios de manera que deroguen las disposiciones del presente Código», artículo injusto por la inseguridad que establece, quedando, en parte, mitigado este peligro por referirse únicamente a sujetos estatales, cuestión que veremos en el siguiente apartado.

SISTEMATICA DEL CODIGO

La sistemática del Código civil recuerda a la de los textos de los países occidentales, puesto que, en definitiva, el derecho polaco es un derecho continental y con soluciones clásicas para muchos de sus problemas. Se divide el texto legal en cuatro Libros, correspondientes a la Parte General (arts. 1.º a 125), al derecho de propiedad y demás derechos reales (arts. 126 a 352); el tercero a las Obligaciones y Contratos (arts. 353 a 921), y el último está dedicado a las Sucesiones (arts. 922 a 1.088), amén de las correspondientes disposiciones introductorias, derogatorias y transitorias.

El Código civil no regula el derecho de familia, con lo que se separa de la sistemática de GAYO y de la de SAVIGNY, reflejadas en algunos textos europeos, ausencia que, teniendo en cuenta la concepción de la familia en estos países puede fácilmente justificarse. Argumentan los redactores del Código citado que gran parte de las relaciones económicas se encuentran fuera de la esfera jurídica de los individuos y del estricto marco familiar; de ahí su aconsejable exclusión del Código civil. Realidad ésta que se aprecia en todos los países sometidos a la influencia soviética, nación que por primera vez promulgó un Código de la Familia y de la Tutela.

a) *Sujetos.*

Es necesario para comprender el Código civil, y en particular el mencionado artículo 2.º determinar quiénes son sus destinatarios. El artículo 1.º establece en su párrafo primero que: «El presente Código regula las relaciones de Derecho civil entre las unidades de economía socializada de un lado y de las personas físicas por otro.» Sus párrafos segundo y tercero consideran sujetos también a las personas jurídicas que no tengan el carácter de unidades de economía socializadas. Luego los sujetos son: 1) las personas físicas, y 2) las persona jurídicas, las cuales pueden ser unidades de economía socializada, o personas jurídicas *strictu sensu*, enu-

meradas estas dos categorías en los artículos 33 y 35, que, a su vez, se remiten a las Leyes especiales que otorgan la nota de unidad de economía socializada.

b) *Materia excluida.*

Antes de adentrarnos en el desarrollo de los diferentes Libros del Código civil conviene hacer alusión a la materia excluida del mismo, pues a través de diferentes artículos se obtienen algunas conclusiones, como, por ejemplo, lo referente a la situación jurídica de la mujer y del matrimonio. Se admite el principio denominado de equiparación jurídica de los sexos, hoy con vigencia en casi todos los países europeos.

En materia de tutela, los artículos 13 y 16 recogen los conceptos romanos clásicos de tutela y curatela, es decir, la diferenciación entre *autoritas interpositio* y la *gestio negotio*. A la primera están sometidos los incapacitados absolutos; en redacción del Código civil polaco, «los que se encuentran en tal estado que no pueden controlar su conducta», incluyéndose dentro de este grupo los ebrios y toxicómanos habituales. La curatela, por el contrario, sujeta únicamente a aquellas personas que requieren asistencia jurídica en sus actuaciones patrimoniales.

La relación matrimonial produce la emancipación de los menores de edad, pero la anulación de aquél no produce la de ésta.

De los artículos 936 y 937, incluidos el Libro de Sucesiones, se deduce la existencia de dos tipos de adopción, ya que según revista una u otra forma así serán los efectos hereditarios. En cierto modo, recuerda a las figuras de adopción plena y menos plena del Código civil español.

Además de la materia familiar ya mencionada, la Disposición final XII excluye las relaciones sociales y de trabajo del Código civil, admitiendo, no obstante, la aplicación analógica de sus preceptos a supuestos laborales, con la salvedad, aquí lo paradójico, de que «los principios del Código civil sean contrarios a los establecidos por la práctica jurisprudencial laboral», precepto de difícil comprensión, pues resulta ilógico que los Tribunales creen una jurisprudencia contraria a los principios y directrices que impone el

Código civil, menospreciando la jerarquía existente en materia de fuentes legales.

c) *Materia incluida.*

1. Libro primero.—Parte general.

Dividido en seis Títulos, que comprenden: Disposiciones generales, Personas, Bienes, Actos jurídicos, Plazos, Prescripción de las pretensiones.

Esta parte general está dedicada a la exposición de verdaderos tópicos jurídicos, tales como: la Ley no tiene efectos retroactivos (art. 3.º); la interpretación de las normas debe hacerse conforme a los principios socio-económicos y los fines de la República Popular de Polonia (art. 4.º); la carga de la prueba incumbe a quien la alega (art. 6.º); se presupone la buena fe en las obligaciones (art. 7.º).

Respecto a las personas físicas, su carácter está determinado por el nacimiento y se presume persona a todo nacido vivo, regla mucho más sencilla que la contenida en el artículo 30 del Código civil español.

La mayoría de edad legal es a los dieciocho años, aunque desde los trece se adquiere una capacidad de obrar restringida. Se protegen, también, los derechos inherentes a la personalidad. Según el artículo 28, sólo se puede tener un domicilio: «aquel lugar donde la persona se encuentra con intención de establecerse».

La muerte civil se declara a los diez años, a contar desde la desaparición de la persona, siempre que el desaparecido sea mayor de veintitrés años. A este principio se establecen algunas excepciones en caso de catástrofes y accidentes. En tales supuestos, el plazo para instar la declaración es de seis meses.

El artículo 32, importante en materia sucesoria, entiende que cuando perecen varias personas en un accidente común lo hacen al mismo tiempo.

Las personas jurídicas están enumeradas en el artículo 33, pero con una cláusula *numerus apertus*, que considera personas jurídicas a cualesquiera otras organizaciones representantes del pueblo

trabajador a las que la legislación especial le otorgue personalidad jurídica.

Diferentes artículos establecen otra serie de principios; así el 45, que considera sólo los objetos materiales cosas en el sentido del Código civil; el artículo 52 recoge la máxima «lo accesorio sigue a lo principal». La distinción entre frutos naturales y civiles, con su correspondiente definición, y la renunciabilidad de los derechos, se recogen también en el texto. El artículo 56, fiel parangón de nuestro artículo 1.258, afirma que el negocio jurídico produce los efectos que le son propios, «pero también los que resulten de la Ley, de las reglas de vida en sociedad y de las costumbres establecidas».

Se regula la declaración de voluntad, sus clases y sus efectos. En síntesis, esta parte general se asemeja a la de cualquier otro Código civil europeo.

2. Libro segundo.—El derecho de propiedad y otros derechos reales.

El Código distingue tres tipos de propiedad:

a) *Propiedad personal*, que «tiene por objeto las cosas destinadas a satisfacer las necesidades personales, materiales, culturales del propietario y de sus allegados».

b) *Propiedad individual de los medios de producción*.

c) *Propiedad social o estatal* (arts. 126-128).

La diferencia entre estas dos últimas radica en su titularidad. En la propiedad socialista, el sujeto es el Estado o las unidades de economía socializada, mientras que la titularidad de la propiedad individual de los medios de producción corresponde bien a las personas físicas o bien a las personas jurídicas que no estén sometidas a las disposiciones sobre las unidades de economía socializadas (art. 130).

De los tres tipos de propiedad, el más interesante es el último, teniendo en cuenta, además, que si el sujeto es el Estado, los efectos serán diferentes de si lo es una unidad de economía socializada. En sentido civil, el titular de esta propiedad sólo puede serlo una organización del pueblo trabajador en cuanto persona jurídica. Ahora bien, resultaría erróneo contraponerlas, puesto que son ma-

nifestaciones de una misma propiedad, la del Estado Popular. Ocurre simplemente que por razones de orden práctico y teniendo en cuenta la etapa actual del desarrollo del concepto de propiedad en Polonia, no convenia calificarla de estatal o socialista, sobre todo si consideramos que el carácter social de la misma viene determinado por su pertenencia a una organización del pueblo trabajador, a quien corresponden los medios de producción. En resumen, la diferenciación entre estas dos manifestaciones de la misma forma de la propiedad se determinará por su sujeto: si corresponde al Estado será la llamada propiedad socializada o estatal; por el contrario, si corresponde a una entidad de economía socializada, u organización del pueblo trabajador, será la propiedad social, manifestaciones ambas de la propiedad estatal.

La protección del Código civil a una u otra manifestación de propiedad social es diferente. La protección común a toda ella está enumerada en los artículos 127, 129 y 355, mientras que el artículo 128 enuncia una garantía especial a la propiedad social cuyo sujeto sea la nación, introduciendo el principio de «unidad de la propiedad de la nación», reflejo en la superestructura jurídica del centralismo en materia de gestión de los bienes de la nación y de la unidad del poder político del Estado socialista y de sus facultades como propietario. Se trata de responder a las cuestiones que plantea el centralismo en materia de planificación económica en su racional desarrollo y también para facilitar la distribución y redistribución del patrimonio estatal. Luego la propiedad socializada (social del Estado) se caracterizará porque su ejercicio puede consistir, no sólo en actuaciones de Derecho privado, sino también de actos de autoridad; por el contrario, el contenido de las otras formas de propiedad constituyen una categoría pura de Derecho civil.

La propiedad individual de los medios de producción es aquella cuya titularidad corresponde a un particular o a una persona jurídica no socializada. Su razón de ser radica en que más de un 85 por 100 de la superficie de las tierras cultivables pertenecen a agricultores que la explotan individualmente.

Característico de esta forma de propiedad son las limitaciones que los artículos 159 y siguientes establecen a su libre enajenación. Se sintetizan así:

Primero: el adquirente ha de tener aptitud y capacidad para explotar el establecimiento agrícola, aptitud que se determinará por un órgano estatal.

Segundo: sin permiso administrativo no se puede transmitir la propiedad rústica a las personas jurídicas.

Tercero: la superficie máxima de la que puede disfrutar una persona es de 15 hectáreas, incluyéndose en este cómputo las anteriores propiedades que tuviese el adquirente. Excepción a esta regla es la extensión de 20 hectáreas para los establecimientos agrícolas-ganaderos. Según el artículo 161, el incumplimiento de este requisito faculta al Estado para expropiar sin indemnizar y sin respetar ninguna carga, salvo la servidumbre ya constituida.

El Estado, por su parte, garantiza plenamente el ejercicio de esta propiedad (art. 139). Incluso la mayoría de las disposiciones de derecho sucesorio facilitan el desarrollo de la misma.

Distingamos, finalmente, entre la propiedad social y la propiedad individual de los medios de producción. La primera se caracteriza por estar determinado el objeto de esta actividad en el estatuto de constitución y por estar sometido directamente al plan económico y financiero del Gobierno; en tanto que en la propiedad individual de los medios de producción la acción planificadora se siente y se ejerce indirectamente.

El contenido del Derecho de Propiedad, en general, está establecido en el artículo 140 del Código civil, que usa de una fórmula más a tono con la realidad actual que el decimonónico artículo 348 del Código civil español, afirmando que, «de acuerdo con los límites establecidos por las Leyes y por las reglas de vida en sociedad, el propietario puede disfrutar de la cosa con exclusión de otras personas; conforme al destino socio-económico de su derecho, puede percibir los frutos y los demás beneficios de la cosa. Con iguales límites puede disponer de la cosa objeto de su propiedad».

Regula el Código civil, finalmente, dentro de este título la copropiedad, semejante en cierto modo a nuestra comunidad de bienes.

Los restantes Títulos de este Libro se dedican a la exposición de los *iura in re aliena* y la posesión. Respecto de los primeros, cabe hacer notar el llamado «usufructo perpetuo sobre los bienes del Estado», diferente del clásico usufructo, derecho igualmente regu-

lado en el Código civil. Se caracteriza el primero por permitir el desarrollo de la propiedad personal sobre los bienes estatales, siendo una categoría intermedia entre el derecho real absoluto, la propiedad, y los derechos reales limitados. El Estado lo concede a los particulares por un plazo de noventa y nueve años, con la posibilidad de prorrogarlo por otros noventa y nueve años. Su finalidad es que todos los terrenos estén cultivados. Salvando las distancias, recordaría la concesión administrativa del derecho español.

La Hipoteca y el Derecho registral son objeto de legislación especial.

3. Libro tercero.—Derecho de Obligaciones.

Es el Libro más largo del Código civil (art. 353 a 921). Se divide siguiendo la usual sistemática en Derecho de Obligaciones (Títulos del I al X) y contratos en particular (Títulos del XI al XXXVI), con la característica ya señalada de unificar el Derecho privado y recoger instituciones mercantiles, por ejemplo, el contrato bancario, el de corretaje, el de comisión, el de transportes, el de seguros, etc., etc.

Peculiariedad, también, de este Ordenamiento es su típico concepto sobre el Derecho obligacional, que permite la regulación de las relaciones que surjan entre las unidades de economía socializadas y las de éstas con las personas físicas. De ahí que cuando los sujetos de las obligaciones sean las mencionadas unidades se establezcan preceptos especiales, así en la compraventa entre unidades de economía socializadas, o el artículo 790, que establece una prenda sobre las mercancías transportadas en favor del transportista para garantizar su cobro, precepto que, sin embargo, no es aplicable cuando quien expida las mercancías sea una unidad de economía socializada. Algo semejante ocurre con el artículo 807 en materia de seguros. En resumen, el Título IV de este Libro contiene disposiciones especiales en materia de ejecución e incumplimiento de las obligaciones por estas unidades de economía socializadas.

Detengámonos un momento en la Parte General de las Obligaciones. Se insiste en que las obligaciones no gozarán de protección legal cuando sean contrarias a su fin socio-económico o a

las reglas de vida en sociedad. Nuestra expresión «diligencia de un buen padre de familia» se sustituye por la de «diligencia debida». Las obligaciones monetarias sólo pueden exigirse en moneda polaca. Se desarrollan las obligaciones solidarias, las divisibles y las indivisibles. Se define el enriquecimiento sin causa y la obligación de restituir o, en su defecto, de indemnizar. La responsabilidad por actos ilícitos exige la concurrencia, entre otros requisitos, de la culpa en sentido clásico, definida en el artículo 415, que dice: «Aquel que por su culpa causa daño a otro está obligado a indemnizar». Esta responsabilidad alcanza no sólo a las personas físicas, sino, también, a las jurídicas, e incluso al propio Estado, en el caso de que el daño fuese causado por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Los artículos 427 y 428 presumen la culpa *in vigilando* de los representantes legales de un menor o incapaz por los daños causados por sus representados.

La responsabilidad por riesgos se regula en el Título correspondientes a los actos ilícitos, en particular en los artículos 435, 436 y 437, afirmando este último que «la responsabilidad derivada de los dos artículos precedentes no puede ser excluida ni limitada de antemano». Este tipo de responsabilidad no exige culpa en el sentido clásico, sino, en expresión de BRINZ, refiriéndose al Código civil portugués, «culpa social» (2), basada en actividades voluntarias y lícitas, diligentes, pero susceptibles de lesionar derechos ajenos, en razón de lo cual se impone al que controla esas actividades la obligación de indemnizar. Se extiende a los daños causados por:

a) Las empresas accionadas por fuerzas de la Naturaleza (vapor, gas, carburantes, electricidad...).

b) Las empresas que utilicen y manejen explosivos.

c) El poseedor originario de un ingenio mecánico de comunicación, por ejemplo, un coche, una moto. La responsabilidad alcanza igual al poseedor derivado.

Muestran la pauta a los Tribunales en materia de indemnización algunos artículos, como el 440, que limita la indemnización en razón del estado de fortuna de la víctima y de la persona que causó el daño. El artículo 441, que establece la responsabilidad

(2) SANTOS BRINZ, *El nuevo Código civil portugués*. «R. D. P.», enero 1967, página 21.

solidaria en caso de que sean varios los causantes del daño. Finalmente, artículo muy interesante es el 448, puesto que permite al ofendido que se le indemnicen los daños causados en los derechos inherentes a su personalidad y además le faculta para exigir al ofensor que entregue una cantidad en metálico en beneficio de la Cruz Roja polaca.

La indemnización busca la restitución del estado anterior de las cosas, y en caso de no ser posible, la compensación económica.

Los restantes títulos del Código civil están dedicados a los contratos en particular, con la singularidad de tratar de unificar el Derecho privado regulando contratos e instituciones comerciales y civiles.

4. Libro cuarto.—Las Sucesiones.

Características de este Libro son las siguientes: Se excluyen los contratos y pactos sucesorios; sin embargo, se posibilita al heredero legal para renunciar a la herencia en vida del futuro *de cuius* (arts. 1.048-1.050).

Se llama a la sucesión por Ley y por testamento.

Las personas llamadas a la *sucesión por Ley* o *ab intestato* están enumeradas en los artículos 931-940. Son, por este orden, los descendientes, el cónyuge supérstite, los padres, los hermanos y sus descendientes, y, por último, el Fisco. El artículo 938 excluye a los abuelos de la sucesión intestada. No obstante, en caso de manifiesta indigencia, y siempre que la prueben, tienen únicamente derecho a alimentos.

Se admite el derecho de representación cuando, llamado un hermano con descendencia a la sucesión de otro, fallece antes de que se abra la herencia; sus hijos heredan al causante en representación de su padre fallecido.

De destacar también es la excelente situación en que se encuentra el cónyuge supérstite, que, conforme a la redacción del artículo 939, tiene derecho a todos los utensilios domésticos.

2. *Sucesión por testamento.*

La libertad de testar es el principio que impera en el Código civil, aunque no se admiten los testamentos llamados conjuntivos.

Los testamentos se clasifican (arts. 949-950) en ordinarios y especiales. Los primeros pueden ser: ológrafos, con la característica de que el error en la fecha no aparea su nulidad, siempre que pueda demostrarse por otros medios; notarial, y, finalmente, oral, en presencia de dos testigos y ante un funcionario permanente miembro del Presidium local. Los testamentos especiales pueden ser: marítimos, militares y otorgados en peligro de muerte ante dos testigos; pero su eficacia estará condicionada a su autenticación en un plazo de seis meses, una vez que haya desaparecido la circunstancia peligrosa.

Se admiten los legados, mas es preciso señalar que el concepto de legado en Derecho polaco se acerca bastante a la de legados particulares, propio del Código civil francés. Los conceptos de legado universal y a título universal se desconocen en el mencionado texto polaco.

CONCLUSIONES

Queremos poner punto final a los comentarios al Código civil polaco con unas ligeras consideraciones sobre la significación que, a nuestro modesto juicio, alcanza su promulgación en uno de los paises-piloto de más allá del telón de acero.

Debemos saludar con alborozo esta codificación del Derecho privado, porque, aparte los errores o aciertos que en su elaboración hemos ido señalando, vemos claramente en ella la tendencia a la concreción de un Estado de Derecho, idea ésta que para un hombre de formación jurídica sirve cual ninguna otra para diagnosticar el grado de madurez socio-política de un país, pues, en definitiva, el Derecho es el producto más valioso de la vida social.

Sin embargo, en base del artículo 2.º de aquel Cuerpo legal, que ya hemos comentado, y de algunos otros preceptos, hay que llamar la atención sobre el gran peligro que en nuestro tiempo va significando el principio de la apariencia introducido en el campo del Derecho, o sea el intentar cubrir una necesidad social con una simple etiqueta sin contenido.

Admitiendo, con los marxistas, que las relaciones económicas determinan en cada momento histórico una realidad social con-

creta que es regida por las mismas leyes que los fenómenos económicos y que con el tiempo producen, a su vez, determinadas formas de conciencia, es para nosotros evidente que el Derecho es algo más, ya que en la vida comunitaria la necesidad espiritual de la justicia se siente tan intensamente como cualquier necesidad física. Partiendo, pues, de la idea de este sentimiento innato del Derecho en los individuos y de que la formulación coactiva del mismo es la Ley, podemos considerar a ésta como el resultado de un acuerdo de voluntades que, en el Estado moderno, se traduce en la voluntad general, frente a la opinión de HOBBS y seguidores de que es la formulación de voluntad de quien o quienes ostentan el poder soberano. Pero si se duda que el sentimiento de justicia no es una fuerza activa en el alma humana no se podrá explicar jamás por qué hasta el poder político más arbitrario propende a disfrazarse de Derecho, tiende siempre a la apariencia legal. Incluso hasta en la guerra, negación misma de la convivencia, no deja de existir cierto Derecho en las normas de asistencia a los heridos, inviolabilidad de emisarios, respeto a prisioneros.

Recibamos, por tanto, con alegría la codificación (que siempre pretende reflejar un orden jurídico y reduce en último término la peligrosísima fronda legislativa); pero pidamos que sean los Códigos obra común, reflejo de la realidad social y popular y no tarea exclusiva de ideólogos, políticos o jurídicos, pues, como dice el neoescolástico NOEL (3), «de un gancho pintado en la pared no se puede colgar más que una cadena igualmente pintada». Es decir, el derecho positivo es tarea de toda la comunidad o no es nada; por eso carece de sentido la frase, bastante repetida, de crisis del derecho, frase en la que se confunden lastimosamente el Derecho con el Poder.

ERNESTO JIMÉNEZ ASTORGA.

(3) Citado por VALLET DE GOYTISOLO en *Panorama del Derecho civil*. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 67.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: *Modificación del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado:* 1. Sus finalidades. 2. Del deber de residencia. 3. De las sustituciones. 4. Del arancel notarial y del procedimiento de apremio. 5. De los concursos. 6. Del reparto de documentos. 7. De los requisitos generales formales de los instrumentos públicos. 8. De la intervención de los comparecientes en nombre propio o ajeno. 9. De la intervención de la mujer casada. 10. De la parte dispositiva, de la formalización mediante diligencia de adhesión en las matrices y ciertas notas al margen de la escritura matriz o al final de las matrices o de las copias. 11. De la identidad de las personas. 12. Del otorgamiento. 13. De las actas de notificación. 14. De las actas de notoriedad. 15. De los requisitos formales para la expedición de copias y testimonios. 16. De la legitimación de firmas de letras de cambio y otros documentos. 17. De los protocolos. 18. Del archivo de protocolos. 19. De las Juntas directivas de los Colegios Notariales.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 25 de septiembre de 1967 publicó el Decreto número 2310/67, de 22 de julio, por el que se modifican varios artículos del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

La reforma tiene carácter parcial y limitado alcance, y sus principales finalidades son las siguientes:

1.ª Dar adecuado cauce documental a los preceptos substantivos que admiten la aceptación de estipulaciones a favor de terceros, la ratificación del contrato en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal y la contratación entre ausentes.

2.ª Regular la comparecencia de la mujer casada sin la necesaria licencia marital, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Hipotecario.

3.ª Regular, asimismo, las actas de notoriedad, de conformidad con lo dispuesto en las normas procesales vigentes.

4.ª Aceptar el sistema del texto mismo de la Ley del Notariado en cuanto a las formalidades del otorgamiento.

5.ª Recoger las técnicas actuales en cuanto a los procedimientos gráficos de extensión y reproducción de documentos.

6.ª Simplificar las salvaduras de errores puramente materiales, y facilitar la legitimación de determinados documentos, la identificación de comparecientes y la constancia documental de la representación que puedan ostentar.

7.ª Crear el protocolo especial de protestos de documentos mercantiles.

8.ª Dar nuevo contenido y alcance al libro indicador, teniendo en cuenta sus efectos en relación con instituciones nuevas, como el Registro de Ventas de Bienes Muebles a Plazos.

9.ª Facilitar la contratación oficial sujeta a turno de reparto, admitiendo que puedan ser adscritos con carácter fijo Notarios determinados a cada Organismo.

10. Regular con amplio criterio las notificaciones.

11. Reforzar y ampliar las facultades de las Juntas directivas de los Colegios Notariales en lo que afecta a la instalación de los despachos u oficinas de los Notarios.

La modificación afecta a los artículos siguientes: 42, sobre el deber de residencia; 49 y 51, sobre sustituciones; 63, sobre arancel notarial y procedimiento de apremio; 96, sobre concursos; 126, 134 y 137, sobre reparto de documentos; 152, 153 y 154, sobre requisitos generales formales de los instrumentos públicos; 164 y 166, sobre la intervención de los comparecientes en nombre propio y ajeno; 169, sobre intervención de la mujer casada; 176 y 178, sobre la parte dispositiva, la formalización mediante diligencia de adhesión en las matrices y ciertas notas al margen de la escritura matriz o al final de las matrices o de las copias; 187, sobre identidad de las personas; 193, sobre el otorgamiento; 202, sobre las actas de notificación; 209 y 210, sobre las actas de notoriedad; 247, sobre los requisitos formales para la expedición de copias y testimonios; 263, sobre legitimación de letras de cambio y otros documentos; 272 y 283, sobre protocolos, y 322, sobre las Juntas directivas de los Colegios Notariales.

A continuación se recogen dichos preceptos legales, bajo las rúbricas propuestas.

2. Los Notarios deberán tener instalado su despacho u oficina en el punto de su residencia, en condiciones adecuadas y decorosas para el ejercicio de su ministerio, según las costumbres y necesidades de la respectiva localidad, teniendo allí centralizado, bajo su asistencia y dirección personal, el servicio de la Notaría, el trabajo de sus dependientes y la documentación general y particular que se les confíe.

Se les prohíbe tener más de un despacho u oficina en la población de su residencia ni en otra de su distrito; no obstante, la Junta directiva podrá autorizar algún despacho auxiliar en población distinta de aquella en que estuviere demarcada la Notaría, si lo aconsejan las necesidades del servicio.

No podrá haber más de un despacho notarial en un mismo edificio, salvo autorización de la Junta directiva del Colegio, oídos los Notarios que con anterioridad tengan establecido su despacho en aquél. También se exigirá autorización de la Junta para que un Notario establezca su despacho u oficina en el mismo edificio en que haya estado instalado, para vivienda o despacho, otro Notario, a menos de haber transcurrido tres años o tratarse de población donde exista demarcada una sola Notaría.

Para que en un mismo despacho u oficina actúe más de un Notario se requerirá siempre autorización de la Junta directiva.

El Notario deberá residir en el lugar en que esté demarcada su Notaría. Las faltas reiteradas al deber de residencia tienen carácter de hechos de notoria gravedad, a los efectos del artículo 347 del Reglamento.

Las decisiones de las Juntas directivas, concediendo o denegando las autorizaciones a que este artículo se refiere y resolviendo las dudas o las quejas que en esta materia se produzcan, serán inmediatamente ejecutivas, sin perjuicio de que contra ellas pueda interponerse recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

3. Los Notarios en los casos de ausencia, enfermedad temporal o cualquier otro supuesto similar, serán sustituidos por el de la

misma localidad que designe el titular, y siendo Notario único por el que designe entre los del mismo distrito o de otro colindante, y no mediando estas designaciones por el que corresponda, según el cuadro de sustituciones del Colegio, y, en su defecto, por el que designe la Junta directiva del Colegio Notarial.

Si la enfermedad que motivase la sustitución excediere de un año y el Notario o en su nombre quien le represente no pidiere la excedencia voluntaria, la Dirección General instruirá expediente de jubilación forzosa, previo el agotamiento de los plazos de ausencia y licencias reglamentarias.

Podrá designar quien le sustituya durante sus ausencias en la forma establecida para las sustituciones ordinarias, el Notario que sea miembro de alguna Cámara Legislativa, el que desempeñe Comisiones de servicios encomendadas por la Dirección General, o con autorización de ésta acepte cargos de la Administración no comprendidos en el artículo 115 de este Reglamento y el que ejerza cargos de la máxima representación del Notariado.

4. La retribución de los Notarios se regulará por el arancel notarial, sin que en ningún caso deba ser ésta inferior por folio al tipo establecido por el Estado para su percepción tributaria.

El arancel notarial se aprobará por el Gobierno mediante Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales y con audiencia de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Su revisión y actualización se llevará a efecto cada diez años, o antes si las circunstancias lo aconsejan.

Los honorarios y derechos y las cantidades suplidas por el Notario con relación a los impuestos generales sobre las sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, plusvalía o inscripciones y certificaciones del Registro de la Propiedad, podrán hacerse efectivas por el procedimiento de apremio que la legislación hipotecaria establece o establezca en lo sucesivo a favor de los Registradores de la Propiedad.

Se regulará, asimismo, por la legislación hipotecaria la fijación de las bases sobre las que haya de aplicarse el arancel.

El Notario podrá dispensar totalmente los derechos devenga-

dos en cualquier documento, pero no tendrá la facultad de hacer dispensa parcial, que se reputará ilícita.

5. Las vacantes de Notarías del lugar donde hubiera demarcada más de una no podrán ser solicitadas por los que desempeñen las otras Notarías en el mismo punto de su residencia, a no ser que se tratare de obtener la nueva categoría asignada a la misma, en virtud de la clasificación de la Notaría o en el supuesto de Notarios con residencia fija dentro de la misma población, por establecerlo así las normas especiales sobre demarcación.

No podrán concursar los Notarios que hubiesen cumplido la edad de setenta años, los que hubiesen permutado sus cargos hasta después de haber transcurrido dos años, contados desde la fecha de aprobación de la permuta, ni en el mismo período de tiempo: los que hubiesen sido trasladados forzosamente, no pudiendo éstos volver a Notaría del mismo distrito notarial ni a los colindantes, a no ser que desde la imposición hayan transcurrido diez años y durante este tiempo no hayan vuelto a ser corregidos con igual sanción.

6. De acuerdo con el precepto del artículo 3.º de este Reglamento, cuando en una población hubiese dos o más Notarios serán turnados entre ellos los documentos en que intervengan directamente o representados o los contratos por los que adquieran derechos u obligaciones el Estado, la Provincia, el Municipio, sus Organismos autónomos, los Bancos oficiales, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad o Instituciones similares a éstas, el Instituto Nacional de Previsión y demás Entidades gestoras de la seguridad social, la Organización Sindical y Entidades de ella dependientes, los Colegios oficiales, las Mutualidades y Montepíos Laborales, las Asociaciones de Beneficencia pública, las Empresas que gozan de monopolios concedidos por el Estado, la Provincia o el Municipio, Compañías de navegación y radiodifusión, subvencionadas por el Estado, explotadoras de puertos o concesionarios de zonas francas y las Empresas que disfruten de concesiones relativas a servicios públicos en los contratos que se relacionen con los mismos.

Las Juntas directivas determinarán las bases, manera o forma de llevar los turnos de reparto de documentos, dando cuenta para la aprobación del sistema que implanten a la Dirección General.

Si las circunstancias lo aconsejaren, las Juntas directivas, oídos los Notarios de la población, podrán acordar al establecer o modificar las bases del reparto la adscripción de Notarios determinados para cada Organismo oficial, que deberá ser consultado previamente, la distribución igual o desigual de documentos o de honorarios y el establecimiento de fórmulas de compensación de las posibles desigualdades que se produjeran, pudiendo incluso establecer que la entrega de las copias a los interesados y cobro de las minutas correspondientes se haga a través de quienes se encarguen de llevar el turno.

Los encargados de llevar los turnos de reparto serán los Decanos y los Delegados o Subdelegados, y, en su defecto, el Notario más antiguo de la población.

Se prohíbe a los Notarios estipular entre sí convenios de ninguna especie que tengan por objeto el reparto de documentos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores.

7. Los instrumentos públicos deberán extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, cuidando de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble. En la redacción de la matriz, el interlineado deberá hacerse siempre a mano.

En todo caso, los espacios en blanco deberán quedar cubiertos con escritura o, en su defecto, con una línea.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, por sí, o por medio de los Colegios Notariales, vigilará el cumplimiento de lo establecido en este precepto, practicando las visitas de inspección que estime oportunas y, en general, adoptando las medidas necesarias para uniformar la práctica y asegurar la buena conservación y legibilidad del texto.

Las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados existentes en un instrumento público, se salvarán, al final de éste, antes de la firma de los que lo suscriban.

Los interlineados se podrán hacer, bien en el mismo texto, bien mediante una llamada que haga referencia a la salvadura, al final de aquél.

Cuando después de la firma de un instrumento y antes de ex-

pedir su primera copia se advierta la existencia de algún error puramente material, sin perjuicio de su posible subsanación en la forma prevista en el artículo 146 de este Reglamento, si fuere de aplicación, el Notario podrá realizar la enmienda mediante diligencia a continuación de la matriz. Deberá quedar siempre constancia de la alteración introducida y de la forma en que con anterioridad estaba redactada la parte que se altera. En las copias no será necesario hacer constar el contenido de esta diligencia, y bastará transcribir la matriz en la forma en que haya sido redactada definitivamente.

Los instrumentos públicos se extenderán en el papel timbrado correspondiente, comenzando cada uno en hoja o pliego distinto, según se emplee una u otra clase de papel, y, en todo caso, en la primera plana de aquéllos. Al final del instrumento, y antes de las firmas, expresará el Notario la numeración de todas las hojas o pliegos empleados.

Cuando por tratarse de provincia exceptuada del uso de papel sellado o cuando por alguna circunstancia excepcional se emplee papel común sin señal o numeración que lo identifique suficientemente, los otorgantes y testigos, en su caso, deberán firmar en todas las hojas o pliegos.

No será necesaria la firma de otorgantes y testigos en las particiones y demás documentos que se protocolicen, aun cuando se hallen extendidos en papel común, debidamente reintegrado, si el instrumento público, mediante el cual se protocolicen, lo está en papel timbrado o que reúna las condiciones expresadas.

Además, deberán llevar numeración correlativa todas las hojas, incluso las en blanco, que constituyen el protocolo anual.

8. La intervención de los otorgantes se expresará, diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, y no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.

La voluntaria habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la forma

prevista en el párrafo 2.º del artículo 176 de este Reglamento. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente en el instrumento.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.

El Notario insertará en el cuerpo de la escritura en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación.

Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplie, restrinja, ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.

Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias.

El Notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan.

9. Las mujeres casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que, con arreglo al Derecho común civil o al Derecho foral, pueden realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o de dominio. Tampoco precisarán la autorización del marido cuando se trate de poderes otorgados a su favor o para entablar acciones contra el mismo.

En los demás casos, el Notario, como problema de capacidad, resolverá, si es o no indispensable, la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento.

Cuando se precisare la licencia marital y no se justificare, podrá otorgarse el documento, siempre que con ello estuvieren conformes los interesados. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente.

10. La parte contractual se redactará de acuerdo con la declaración de voluntad de los otorgantes o con los pactos o convenios entre las partes que intervengan en la escritura, cuidando el Notario de reflejar con la debida claridad y separadamente los que se refieran a cada uno de los derechos creados, transmitidos, modificados o extinguidos, como, asimismo, el alcance de las facultades, determinaciones y obligaciones de cada uno de los otorgantes o terceros a quienes pueda afectar el documento, las reservas y limitaciones, las condiciones, modalidades, plazos y pactos o compromisos anteriores.

La aceptación de la oferta a que se refiere el artículo 1.262 y de la estipulación a favor del tercero del artículo 1.257, la ratificación del párrafo 2.º del artículo 1.259, todos del Código civil, y, en general, la adhesión a todo negocio jurídico, cuando en las escrituras matrices no aparezca la nota que las revoque o desvirtúe y la Ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto, podrán formalizarse mediante diligencia de adhesión en dichas matrices, autorizadas dentro de los sesenta días naturales a contar desde la fecha de su otorgamiento, o en escritura independiente, sin sujeción a plazo.

Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo.

1.º La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código civil.

2.º Las de cesión de derechos o subrogación de obligaciones.

3.º Las de adhesión a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 176 anterior, cuando aquélla conste en escritura independiente.

4.º Los endosos que constan en la primera copia del instrumento público de actos o contratos no inscribibles en el Registro de la Propiedad.

El Notario que autorice alguna de las escrituras comprendidas en los tres primeros números anteriores, lo comunicará por medio de oficio al Nótario en cuyo poder se encuentre esta matriz, quien lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la

segunda escritura, y el nombre y residencia del Notario autorizante. La firma del Notario en el oficio deberá estar legalizada, si ha de producir efecto en distinto Colegio. Si la primitiva matriz obrase en el mismo protocolo del Notario autorizante del último documento, él mismo pondrá la nota.

Cuando el Notario que custodie el protocolo en el que obre la escritura matriz objeto de cualquiera de las notas previstas en los números 1.º al 4.º de este artículo se le presente una copia auténtica de dicha escritura y se le requiera para ello por persona interesada, se transcribirá por él, al final de dicha copia, la nota correspondiente.

11. La identidad de las personas podrá constar al Notario directamente o acreditarse por cualquiera de los medios supletorios previstos en el artículo 23 de la Ley.

Cuando la identificación se haga con referencia a carnets o documentos de identidad con fotografía, pero sin firma, en los que conste la huella digital, el Notario exigirá que ésta se imponga en el instrumento.

La fe de conocimiento afecta a la identidad del otorgante, pero no garantiza sus circunstancias de edad, estado, profesión o vecindad, que consignará el Notario por lo que resulte de la declaración del propio interesado o por referencia de sus documentos de identidad, sin perjuicio de que, en caso de duda, pueda exigir las certificaciones del Registro del estado civil y cuantos documentos estime necesarios o convenientes.

12. Los Notarios darán fe de haber leído a las partes, y a los testigos instrumentales, la escritura integra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento, lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Después de la lectura, los otorgantes deberán hacer constar su consentimiento al contenido de la escritura.

Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo, deberá leerla por sí; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario.

13. Las notificaciones, en el caso de no encontrarse la persona a quien vayan dirigidas en el domicilio o sitio designado por el requirente, se harán a cualquiera de las que encuentre el Notario en aquél, y, en su defecto, podrán hacerse al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo que se prestare a ello, y si la persona con quien se entiende la diligencia no quisiera firmar la notificación, se negare a dar su nombre o indicar su estado, ocupación o su relación con el requerido, se hará constar así.

Las expresadas diligencias pueden efectuarse mediante cédulas, que podrán extenderse en papel común, y deberán estar autorizadas con media firma o sello de la Notaría. En ellas se transcribirá íntegramente el contenido del acta o, al menos, aquellos extremos que deban ser notificados, indicando el plazo para la contestación. No es necesario dejar nota de expedición en la matriz, y al pie de la cédula bastará indicar que se expide con tal carácter, consignando la fecha.

Las cédulas se entregarán a la persona o personas con quienes se entienda la diligencia, advirtiéndoles, en el caso de que no fuera el mismo interesado, la obligación legal de hacer llegar a poder de aquél el documento que se les entrega. Consignará el Notario en la diligencia este hecho, la advertencia y la contestación que diere cada uno.

Los Notarios, discrecionalmente, y siempre que la Ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisito, por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado, con acuse de recibo y, en este caso, el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquéllas. Se hará por sucesivas diligencias la imposición en el correo y la devolución del acuse de recibo, reseñando siempre los datos o números que identifiquen el envío.

14. Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica.

En las actas de notoriedad se observarán los requisitos siguientes:

1.º El requerimiento para instrucción del acta será hecho al

Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretenda establecer, la cual deberá aseverar, bajo su responsabilidad, la certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público.

2.º El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario.

En el caso de que fuera presumible, a juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de su derecho, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número 5.º de este artículo.

3.º Constarán necesariamente en las actas de notoriedad todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones, los justificantes de citaciones y llamamientos, la indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia.

4.º El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará concluida el acta.

Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.

5.º La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditare el Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer. La interrupción se levantará, y el acta será terminada, a petición de requirente, cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme o cuando se haya declarado caducada a instancia del actor.

Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior.

Las actas de notoriedad no requieren unidad de acto ni de contexto, y se incorporarán al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación. Cuando se interrumpiere su tramitación en el supuesto del número 5.º del artículo anterior, se incorporarán, asimismo, al protocolo, sin perjuicio de que puedan terminarse, si procediere, en fecha y bajo número posterior.

15. Las copias y testimonios deberán extenderse en caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier medio de reproducción, sin otra limitación que la impuesta por la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación.

En su expedición se conservarán las disposiciones relativas a líneas y sílabas que para las matrices contiene el artículo 155 de este Reglamento.

16. Los Notarios podrán legitimar, asimismo, las firmas de letras de cambio y demás instrumentos de giro de pólizas de seguro y de reaseguro, talones de ferrocarril, y, en general, de los documentos utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, siempre que tales documentos reúnan las condiciones legales.

17. El protocolo notarial comprenderá los instrumentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año, contado desde 1 de enero a 31 de diciembre, ambos inclusive, aunque en su transcurso haya vacado la Notaría y se haya nombrado nuevo Notario.

Las Juntas directivas de los Colegios Notariales, dando cuenta a la Dirección General, podrán autorizar a los Notarios de aquellas

poblaciones en las que se autorice habitualmente un número de instrumentos elevado, para abrir, además del protocolo ordinario, uno especial de protestos de letras de cambio y de otros documentos mercantiles, con numeración propia y con apertura y cierre en las mismas fechas indicadas en el párrafo anterior. La Dirección General podrá dar instrucciones especiales sobre la conservación y encuadernación de este protocolo.

Los Notarios llevarán un libro indicador foliado, en cuya primera página pondrán nota de apertura y en la final otra de cierre, ambas autorizadas con firma entera.

Se abrirá un nuevo libro indicador, comenzando nuevamente la numeración, una vez terminado el anterior y sin periodicidad anual.

Los libros indicadores se numerarán correlativamente.

En este libro se anotarán:

a) Los testimonios de legitimidad de firmas de documentos que puedan tener acceso al Registro de Venta de Bienes Muebles a Plazos.

b) Los de legitimidad de firmas de los particulares y razones sociales en documentos que no se protocolicen con un instrumento público, y las legitimaciones, legalizaciones y testimonios por exhibición, que por el Notario o por el interesado se estimen pertinentes.

Los asientos se harán brevemente, y cada uno llevará un número diferente y correlativo, que se hará constar en el documento que lo hubiere motivado.

Bastará que los asientos sean autorizados por el Notario con media firma, consignándose siempre su fecha. Cuando a un mismo día se extendieren diversos asientos, podrán formalizarse bajo una misma rúbrica que exprese la fecha.

La Junta de Decanos y la Dirección General unificarán la práctica en esta materia.

18. Los protocolos de las Notarias amortizadas permanecerán en los respectivos archivos generales y sólo pasarán al archivo de las Notarías, creadas en la misma demarcación o en otra posterior, si, por razones de servicio, lo dispusiere así la Dirección General.

Cuando por virtud de una demarcación notarial, dentro de un mismo distrito notarial, se suprime alguna Notaria y se creen otras, si alguna de éstas fuese desempeñada por el Notario de las suprimidas, podrá conservar los protocolos que constituyan su archivo.

Cuando con motivo de una demarcación se traslade una Notaria de una población a otra distinta, dentro del mismo distrito, se trasladarán, asimismo, la totalidad de los protocolos que constituyan su archivo.

El Notario que solicite una vacante distinta de la que venga desempeñando, pero dentro de una misma población, con arreglo al párrafo 1.º del artículo 96 de este Reglamento, con el fin de obtener la nueva categoría asignada a la Notaria por haber sido modificada su clasificación, conservará los protocolos que constituyan su archivo y no se hará cargo de los de la Notaria solicitada.

Cuando se produzca la vacante de una Notaria, el que deba sustituirla, o el Archivero de Protocolos, en su caso, se harán cargo, por su cuenta y bajo su responsabilidad, de aquellos que respectivamente les corresponda custodiar.

19. Cada Colegio estará regido por una Junta directiva, que funcionará en la población que sea capital de dicho Colegio.

Las Juntas directivas constarán en todos los Colegios de un Decano-Presidente, dos Censores, un Secretario y un Tesorero, elegidos por todos los Notarios colegiados por mayoría de votos. La Dirección General, por razones de servicio, podrá autorizar la ampliación de la Junta de algún Colegio, aumentando el número de Censores hasta un total máximo de cinco. Podrá autorizar, asimismo, la elección de un Vicedecano, o la delegación permanente de algunas de las facultades del Decano en uno de los Censores, que actuará también como Vicedecano.

Al Decano le sustituirá el Vicedecano; a ambos, los Censores, por su orden; éstos se sustituirán mutuamente: al Tesorero, un Censor; al Vicedecano o al Decano o al Secretario, un Censor o el Tesorero.

Para desempeñar estos cargos son aptos los Notarios del Colegio que contaren con un año de antigüedad en el mismo. Para ser De-

cano o Secretario será necesario ser Notario de la capital del Colegio, pudiendo ser dispensado este requisito por la Dirección General.

Para ser elector bastará pertenecer al Colegio, cualquiera que sea la antigüedad en el mismo.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

I. Jurisprudencia comentada

1. CIVIL

La construcción con material translúcido y la regulación de luces y vistas del Código civil

(Comentario a la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 15 de noviembre de 1966)

1. Al construir un edificio, en el muro lateral (propio, no medianero) contiguo a un solar ajeno, se intercalaron cuadros de amplias dimensiones contruidos con material vitreo, que fueron considerados por la actora (propietaria del solar contiguo) como constitutivos de servidumbre de luces y vistas—dice la demanda—, por lo que solicita sean tapados o, en otro caso, reducidos y situados en la posición y dimensiones toleradas en el artículo 581 del Código civil, a lo que accedió el Juez de Instancia. La Sala (ponente, Ilmo. Sr. don Pedro Revuelta y Gómez-Platero) revoca esta decisión, considerando diversos argumentos esgrimidos en la *litis*, de los que transcribo aquí únicamente los relativos al tema enunciado en el título.

Considerando segundo. Lo que se discute es «si la intercalación de cuadros formados por ladrillos vitreos en el paramento divisorio de heredades contiguas supone gravamen jurídico o restricción del derecho de propiedad respecto al predio que lo soporta, o si, por el contrario, son obras toleradas por la Ley como derivadas de las relaciones de vecindad, lo que en Derecho positivo constituye un punto irregularo, aun cuando no nuevo en la

construcción, por haberse empleado desde la antigüedad alabastro translúcido, de iguales efectos, en obras de dignidad arquitectónica, sin que su empleo haya trascendido a la legislación, por lo que es preciso razonar la decisión que se adopte. Que tal material denunciado sólo permite recibir a través de él la claridad que existe en la finca vecina, sin otra percepción visual que el verdor de las plantas y el terreno del suelo—dice el reconocimiento judicial—y difícilmente la existencia de edificaciones, por lo que dada la extensión de la propiedad en sentido vertical, desde el subsuelo hasta el espacio, no se trata de una inmisión del predio del demandado en el del actor, sino todo lo contrario, constituye a lo sumo el aprovechamiento por aquél de bienes comunes de la naturaleza, que existiendo en la finca de éste, los desprecia y deja salir de ella, por lo que ninguna lesión patrimonial se causa al predio del actor. Tampoco se ataca a ningún otro bien jurídico ni patrimonial o, al menos, no se denuncia, cual sería la intimidación de la vivienda, circunstancia que hace pensar que dicho silencio de la Ley no constituye laguna, sino que responde al deseo del legislador de no dictar disposición especial a este respecto; mas el uso frecuente y posterior de tales materiales translúcidos tampoco ha merecido precepto especial, por lo que aplicando la legislación general, es de estimar que la percepción de la sola claridad a través de losetas de vitrocemento, o sustancia similar no constituye restricción del derecho de propiedad, ni su uso puede implicar por sí solo el ejercicio de ninguna servidumbre, sino relaciones de vecindad toleradas, las que pueden ser impedidas edificando contiguamente, como previene el párrafo final del artículo 581 del Código civil, y cuantos temores provengan de la protección que el Derecho otorga a las apariencias jurídicas deben quedar desvanecidas por tales consideraciones, que ha generalizado la doctrina, de la que ya han hecho uso los Tribunales patrios y extranjeros» sobre Leyes de concepción más o menos romana en tema de propiedad.

Considerando tercero: «Continuando el razonamiento, la construcción denunciada no puede constituir verdadera servidumbre en el sentido que la Ley previene, porque el Código civil, en sus artículos 581 y siguientes, tipifica todas estas servidumbres para que sean tenidas como tales por la circunstancia de tener huecos

practicables, e indudablemente las que son objeto de este pleito no están tipificadas por dichas características, ya que tales construcciones constituyen paramento liso, sin abertura alguna a través de la cual pudiera avanzarse sobre el predio de la actora, ni tener tampoco vistas rectas u oblicuas ni vertido de tejado, por lo que no queda más remedio que estimar que la percepción de dicha claridad o penumbra, mientras quede limitada a tal, no constituye ningún bien especialmente protegido por el Derecho, sino que debe ser tolerado mientras exista espacio libre, y cerrado a voluntad del propietario vecino mediante edificación contigua».

2. El problema que plantea y resuelve esta sentencia es, pues, el del propietario de un fundo que, en el muro divisorio de su propiedad, sustituye un rectángulo del material opaco usual en la construcción por el material translúcido llamado vitrocemento. ¿Debe pensarse que ha abierto un hueco de los llamados de tolerancia, que por serlo deba adaptarse a las medidas y condiciones señaladas para los mismos por el artículo 581 del Código civil? ¿Es quizá una ventana este rectángulo de ladrillos translúcidos, a la que haya que aplicar la regulación de los artículos 582-585 del Código civil? ¿Cómo aplicar las normas del Código—promulgado en una época en que aún no se conocían los modernos materiales de construcción—a una realidad técnica posterior?

El caso es hasta ahora poco frecuente en la jurisprudencia española (1); el problema es interesante, ya que el uso del vitro-

(1) Conozco únicamente la sentencia de 4 de febrero de 1965, de la Audiencia de Oviedo. El demandante señala en la demanda, refiriéndose a la edificación del demandado, la existencia en ella de una cristallera translúcida de forma rectangular (que el reconocimiento judicial dice estar «formada por losas planas...; excede con mucho de los treinta centímetros en cuadro, no tiene red de alambre, ni reja remetida, y los ladrillos vítreos que la forman *impiden sacar la cabeza*, hacen borrosas las vistas, y la luz, aunque amortiguada, penetra por ellos»), y pide que se ajuste a las prescripciones del Código civil para los huecos de ordenanza. El Juzgado dio lugar a la demanda, mientras la Sala absuelve de ella, considerando «que lo que en la demanda se llama ventanal, no es tal ventanal, puesto que en él no existe hueco de ninguna clase, sino un trozo de fragmento de muro, sin más de particular que, en lugar de estar construido con los materiales ordinarios, se formó con ladrillo vítreo, el cual, como es de general conocimiento, deja pasar luz o claridad, más o menos amortiguadas, pero impide la vista. En una palabra: que en el caso de autos no existe hueco alguno de los prohibidos por el Código civil: se trata de un uso de una nueva técnica de la construcción

cemento está extendido y presenta indudables ventajas en orden al mejor aprovechamiento de la luz; la solución dada por las sentencias transcritas es, a nuestro juicio, la adecuada.

La posibilidad técnica de utilizar material translúcido en la construcción no pudo ser tenida en cuenta por los autores del Código civil, de cuya posible previsión excede con mucho. Pero tampoco necesitamos una norma específica para llegar, dentro del Ordenamiento español, a la solución justa; ya que de la composición que el Código civil realiza de los intereses opuestos de los propietarios de fincas vecinas en orden al cierre de sus fincas, apertura de huecos, luces y vistas en los muros divisorios, es factible extraer principios suficientes a regular la nueva realidad. Otros Códigos, como el italiano de 1942, que pudo prever el caso concreto y disciplinarlo de forma específica—incluso alguna vez en la doctrina lo pidió así—, evitó hacerlo, limitándose, plausiblemente, a establecer principios más generales; y la jurisprudencia italiana no ha encontrado graves dificultades en la aplicación de los mismos a este supuesto particular.

3. En el sistema del Código civil encontramos la siguiente regulación: cada propietario es libre, en principio, de cerrar o no cerrar el propio fundo, edificar o no en el mismo, y de hacerlo con materiales y en la forma que tenga por conveniente (arg. artículos 348 y 388); pero lo que construya, especialmente junto a la línea divisoria, y la manera en que lo haga, no es cosa indiferente al vecino, cuyos intereses—seguridad, intimidad—pueden resultar malparados. Es necesario, en consecuencia, establecer límites al derecho de propiedad de cada vecino, realizando la más justa composición, imponiendo el más equilibrado sacrificio, de los intereses de uno y otro.

Cosa que hace el Código civil, a lo que ahora nos interesa, disciplinando la que llama «servidumbre de luces y vistas». El Código

completamente innocua en el presente caso a los efectos pretendidos para el predio vecino, y por ello no puede ser impedido por aplicación del conocido principio de Derecho *quod tibi non nocet et alteri prodest ad id obligatus est*. Todo esto sin perjuicio, naturalmente, de que el dueño del predio colindante pueda obstruir con su construcción esta fuente de luz que no supone servidumbre alguna»

Tengo entendido que en la misma línea hay una sentencia de la Audiencia de Madrid, hacia 1959, que no he podido localizar.

civil reconoce el interés del propietario a recibir luz y aire, y a mirar y asomarse al exterior de su propiedad; e igualmente reconoce el interés del propietario a que su seguridad no se vea amenazada por incursión de personas o lanzamiento de objetos desde el predio colindante, así como a que su intimidad sea respetada por las miradas del vecino. Como ambas series de intereses, reconocidos por igual al propietario de este y del otro lado de la línea divisoria, son en cierto modo opuestos—no pueden realizarse plenamente y a la vez en Ticio y en su vecino—, es necesario limitar su protección. En consecuencia, cada propietario puede, en situación normal—es decir, como desarrollo de su propio derecho de propiedad—, recibir aire y luz a través de huecos abiertos en pared propia contigua a finca ajena, siempre que: a) no pueda cómodamente mirar por ellos al fondo de su vecino (los huecos habrán de estar «a la altura de las carreras o inmediatos a los techos»); b) asomarse, lanzar objetos, ni mucho menos salir («y de las dimensiones de treinta centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre»). Ahora bien, el dueño vecino, igualmente como desarrollo normal de su derecho de propiedad, puede construir en su propio terreno, aunque con su muro venga a cubrir los huecos abiertos en el muro ajeno. No prevé el Código civil la adquisición coactiva de la medianería del muro primeramente construido, pero si ésta, como quiera que sea, se adquiere, y nada se ha pactado en contra, podrá quien adquirió este derecho cerrar los huecos. Todo ello resulta del artículo 581 del Código civil.

Si el propietario desea recibir más aire y luz, y tener la posibilidad de mirar y asomarse (*inspicere* y *prospicere*), abriendo ventanas en su muro (ventanas, es decir, huecos de tamaño ilimitado con elementos móviles que lo cierran), puede hacerlo, con tal que respete las distancias señaladas en el artículo 582; lo que implica desaprovechar como terreno no edificable una franja de su propiedad.

4. Las aplicaciones fijas de material translúcido de construcción (normalmente llamado vitrocemento por sus características de resistencia incluso mayor que la de las obras en ladrillo), realizadas en un muro divisorio con objeto de dar paso a la luz,

¿deben considerarse como «luces» o «vistas» en el sentido del Código civil, de manera que deban someterse a las limitaciones de los artículos 581 y siguientes del mismo?

Desde el punto de vista de la técnica de la construcción, las aplicaciones de material translúcido tienen por objeto dar paso a la luz, sustituyendo el tabique opaco por un tabique translúcido y de superior resistencia; consisten, normalmente, en losetas fijas de vidrio translúcido no transparente, insertas en el muro normal de ladrillo, a veces incluso en tal proporción que constituyen un muro casi por entero de vidrio (2).

Una construcción de tales características en el muro divisorio propio será siempre posible para el dueño, sin limitaciones de distancias, medidas, ni protección; ya que, no constituyendo un hueco, sino un muro, sin otra especialidad que la de permitir parcialmente el paso de la luz, no roza siquiera los intereses ajenos a la seguridad e intimidad, es decir, no permite la salida de personas, el lanzamiento de objetos, la inmisión de imponderables, asomarse ni siquiera ver a su través. Ningún interés razonable puede reconocerse al vecino para oponerse a su construcción.

5. En la jurisprudencia italiana, incluso bajo la vigencia del Código de 1865 (3), se llega a las mismas conclusiones.

La sentencia más reciente, de 25 de febrero de 1958, es del Tribunal de Lucca: «Las paredes en vitrocemento, construidas sobre la linde entre propiedades distintas, no pueden comprenderse ni entre las luces ni entre las vistas, sino que deben considerarse como parte integrante del muro, y no implican el nacimiento de una servidumbre a cargo del fundo contiguo» (4).

Con anterioridad, la Corte de Casación, en sentencia de 3 de octubre de 1955, ha declarado: «Con tal de que quede garantizada la seguridad y la independencia del fundo del vecino, el propietario del muro, en el ejercicio de los poderes que entran en el contenido normal de su derecho de propiedad, es libre de aprovecharse de aquellos medios que el progreso de la técnica de la cons-

(2) LONGHINI, *Le norme sui luci e sui prospetti e le applicazioni di vetro costruttivo*, Mon. Tribu., 1941, 609.

(3) Vid. LONGHINI, *cit.*

(4) S. Tribunale Lucca, 25 febrero 1958, *Giurisprudenza italiana*, 1960, I, 2 638; com. de CORRADO DELLE SEDIE.

trucción ofrece para el mejor disfrute del inmueble, y por tanto, también para gozar de la luz. Siendo esto así, no pueden considerarse luces en sentido técnico, sujetas a las limitaciones impuestas por el artículo 901 del Código civil (limitaciones similares a las de nuestro artículo 581) aquellas partes del muro en que se hayan insertado materiales de distinta naturaleza, que si bien consienten el ingreso de la luz, presentan, sin embargo, características análogas al muro en relación al fin específico de no lesionar aquellos derechos del vecino que la Ley ha pretendido tutelar. Naturalmente, está reservado al Juez "di merito" comprobar, incluso con relación a los dictámenes de la técnica, si en el caso concreto subsiste, a los fines predichos, una equivalencia funcional entre el muro y aquellas partes en que ha sido sustituido por un medio diferente de cierre» (5).

Como sentencias más antiguas, pero ya bajo el nuevo Código, se recuerdan las de Ap. Palermo, de 26 de enero de 1945 («El cierre de una ventana con vitrocemento, de considerable espesor, que hace cuerpo con el muro y que deja penetrar luz al interior, pero que no permite vista alguna hacia el exterior, tiene los requisitos de firmeza y solidez del muro ordinario. La existencia de tales "ventanas lucíferas" no impide la adquisición de la comunidad completa del muro por parte del vecino en la forma legal») (6), y Pret. Palermo, de 20 de mayo de 1949 («Constituyen "ventanas lucíferas" los huecos cerrados con paneles de vitrocemento, y en consecuencia, el vecino puede apoyar su edificio adquiriendo la comunidad del muro») (7). Estas últimas sentencias parecen contradictorias con las anteriores, en cuanto que hablan de ventanas; ahora bien, con ello no pretenden negar al propietario el derecho de construir con translúcido el muro divisorio, sino únicamente señalar, como, por lo demás, lo hace también la sentencia del Tribunal de Lucca antes citada, que la presencia de vitrocemento no indica existencia de servidumbre, y que, en consecuencia, el vecino puede obstruir la fuente de luz construyendo en adherencia o adquiriendo la comunión del muro.

(5) Corte di Cassazione, S. de 3 octubre 1955, núm. 2.765. *Rep. For. It.*, 1965, 1.422; *Giustizia civile*, 1956, I, 714, con nota.

(6) Ap. Palermo, 26 enero 1945, *Rep. For. It.*, 1943-45, *luci e vedute*, 15-16.

(7) Pret. Palermo, 20 mayo 1949, *For. sic.*, 107; *Rep. For. It.*, 1949, *luci e vedute*, 7.

6. Siendo la construcción con material translúcido de la misma naturaleza que el muro construido con cualquier otro material, el propietario, como hemos visto, podrá utilizar sin limitaciones el vitrocemento en el muro divisorio. Pero la equiparación al muro tiene otra consecuencia no menos importante, puesta de manifiesto tanto por las sentencias italianas citadas como por las españolas que encabezan este comentario: la presencia de elementos translúcidos de la naturaleza aquí considerada no constituye servidumbre sobre el fundo vecino, ni limita el derecho del dueño de éste a edificar en su terreno, incluso en el límite, impidiendo por completo el paso de luz levantando una pared contigua. En cuanto a la adquisición coactiva de la medianería de la pared limitrofe, en el Derecho español—a diferencia del italiano—, no está prevista. Si el vecino adquiere la medianería (fundamentalmente, por negocio con el dueño del muro), puede pensarse que debe respetar el paso de luz a través del material translúcido (el art. 581-2.º le legitimaría a cerrar los huecos—pero aquí no hay huecos, sino muro!—).

7. Si el dueño de la pared de vitrocemento quiere asegurarse de que el paso de luz no será impedido por el vecino que construya en adherencia (y puede tener gran interés en ello: basta con pensar en el precio del material translúcido), no hay duda de que podrá constituir negocialmente la servidumbre oportuna a su favor, que será la negativa de que no se construya o no se construya de determinada manera en el fundo vecino. En cuanto a la adquisición de esta servidumbre por usucapión, dado que no se trataría en ningún caso de la servidumbre positiva de tener ventanas con vistas (¡que no las hay!), sino la negativa de no edificar, únicamente sería posible en la forma determinada en el artículo 538, *in fine* («desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre»).

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

III. Resoluciones y sentencias

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

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

ANOTACIÓN PREVENTIVA EN BASE AL NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA.

DEBIENDO CONTENER LA SENTENCIA, BIEN LA CONDENA DE HACER O ENTREGAR UNA COSA, Y ENTONCES SE PROCEDERÁ A DARLE CUMPLIMIENTO MEDIANTE LA INSCRIPCIÓN CORRESPONDIENTE, POR SER TÍTULO SUFICIENTE PARA SU PRÁCTICA, O BIEN LA OBLIGACIÓN DE QUE EL CONDENADO ENTREGUE UNA CANTIDAD, Y ENTONCES PODRÁ DECRETARSE EL EMBARGO DE BIENES (ART. 923 DE LA L. E. C.), EN CANTIDAD SUFICIENTE A JUICIO DEL JUEZ, QUE ES EL SUPUESTO A QUE HACE REFERENCIA EL NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY HIPOTECARIA, ES PATENTE QUE LA CUESTIÓN DEBATIDA O CASO PLANTEADO NO CORRESPONDE A AQUÉL.

INSCRIPCIÓN A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL CONDENADO. EXISTE UN OBSTÁCULO DERIVADO DEL PROPIO REGISTRO, QUE IMPIDE LA ANOTACIÓN.

Resolución de 30 de junio de 1967 («B. O.» de 21 de julio de igual año).

Seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Tamarite de Litera juicio ordinario de mayor cuantía en virtud de demanda de don A. G. contra los cónyuges don F. y su esposa doña C., por incumplimiento de un contrato de venta de dos fincas rústicas sitas en dicho Partido, convenido en documento privado, los demandados fueron condenados, por sentencia de 6 de junio

de 1961, a «cumplirlo en todas sus partes y a otorgar escritura pública para solemnizarlos». Apelada esta resolución judicial, fue confirmada por la Audiencia Territorial de Zaragoza en 5 de abril de 1962, fallo que también fue recurrido en casación y confirmado a su vez por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de diciembre de 1964; y devueltos los autos al Juzgado de origen, en trámites de ejecución de sentencia, el Juez de Tamarite de Litera dictó providencia en 13 de marzo de 1965, en la que, entre otras cosas, se acordó «expedir mandamiento por duplicado al señor Registrador de la Propiedad de este Partido, a fin de que se anote la ejecutoria...», que fue entregado a la parte actora para que cuidase de su diligenciamiento, devolviendo un ejemplar debidamente cumplimentado.

Presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: «No admitida la anotación que se ordena en el precedente mandamiento por los siguientes defectos: Primero. Porque, a tenor del artículo 141 del Reglamento Hipotecario, la anotación del caso tercero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria no podrá verificarse hasta que para la ejecución de la sentencia se mande embargar bienes inmuebles del condenado, lo cual no aparece cumplido en este caso. Segundo. Que no se inserta literalmente la providencia ni se dice si es firme, a tenor del artículo 165, párrafo primero, del citado Reglamento. Tercero. En cuanto a una mitad indivisa de las dos fincas comprendidas en el mandamiento, porque aparece inscrita a favor de don L. C. R., persona distinta de los cónyuges condenados en los autos declarativos de mayor cuantía, a que se refiere el repetido mandamiento. Y siendo insubsanables el primero y el tercero en cuanto a su respectivo contenido, no procede tomar anotación de suspensión».

Interpuesto recurso por don A., la Dirección confirma el auto presidencial, ratificatorio de la nota del Registrador (salvo en el segundo defecto, que el Presidente revocó en lo relativo a la necesidad de la firmeza de la Providencia dictada y que la Dirección se abstuvo de examinar por no haber sido objeto de apelación por el funcionario calificador), en mérito de la correcta doctrina siguiente:

Que las cuestiones planteadas en este recurso se reducen a resolver si en trámites de ejecución de sentencia cabe practicar una anotación preventiva en base al número 3 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria para que haga constancia en el Registro la situación registral del inmueble, y si además supone obstáculo, en cuanto a una mitad indivisa de la finca, el hecho de que figure inscrita a nombre de persona distinta de los demandados.

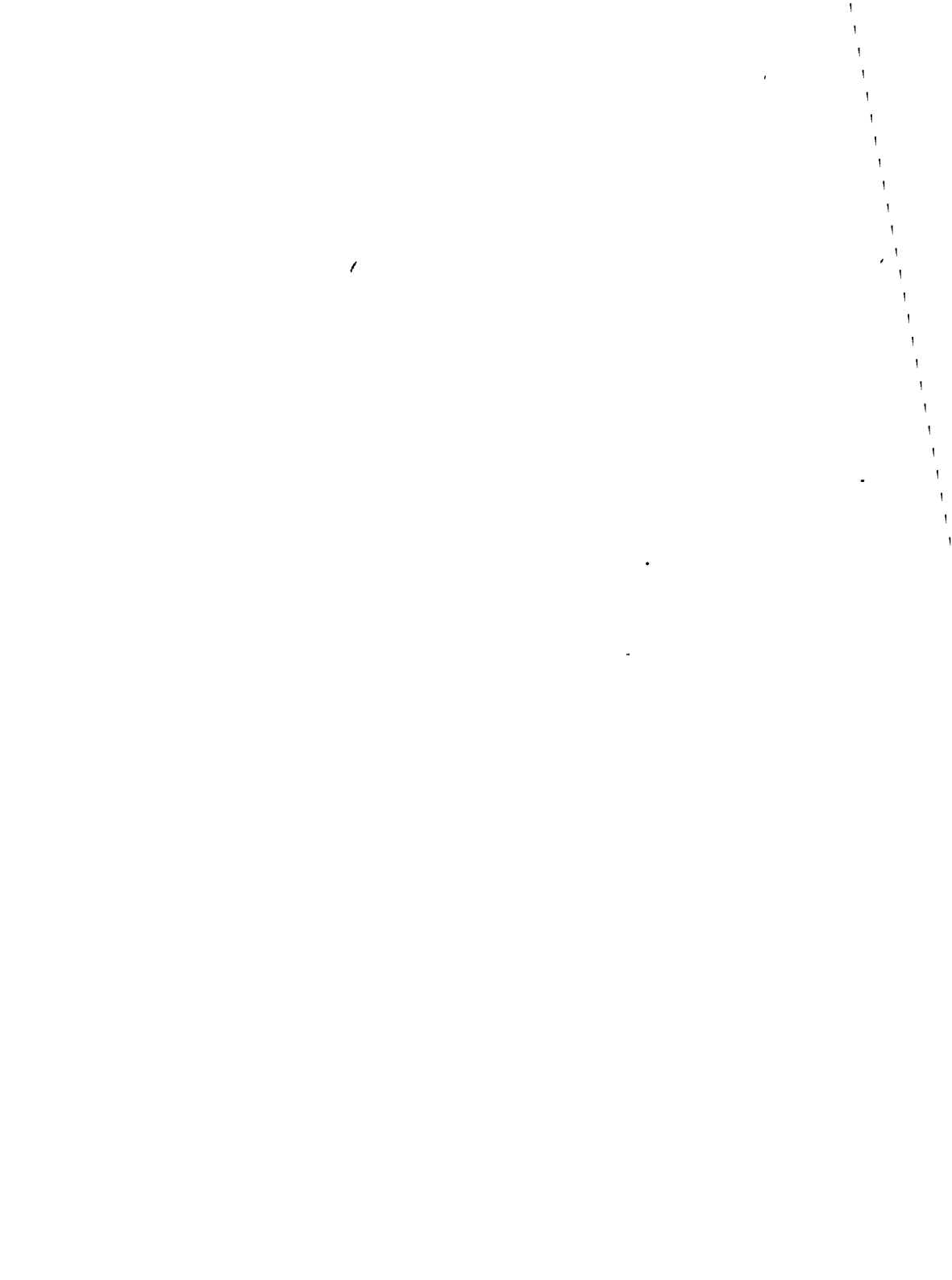
Que al no haberse prorrogado por su titular la anotación preventiva de demanda, quedó caducada y, en consecuencia, el Registro dejó de publicar la carga o limitación que tal anotación envolvía, y ello se ha querido obviar mediante la práctica de una nueva que intenta justificarse en el número tercero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, pero tal medio no es el adecuado, pues en el mandamiento calificado no se ha decretado el embargo de los bienes a que hacen referencia el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 141 del Reglamento Hipotecario.

Que, o bien la sentencia contiene la condena de hacer o entregar una cosa, y entonces se procederá a darle cumplimiento mediante la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, por ser título suficiente para su práctica según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, o bien se le obliga al condenado a entregar una cantidad, y entonces podrá decretarse, conforme establece el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el embargo de bienes a instancia del acreedor, en cantidad suficiente a juicio del Juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución, que es el supuesto a que hace referencia el número 3 del artículo 42 de la Ley y que no corresponde al caso planteado, en el que, sin necesidad de embargo alguno, deberá practicarse en su momento la inscripción a nombre del demandante, cuyo derecho podría haber estado garantizado frente a terceros por la anotación de demanda, que al no haber sido prorrogada ha dado lugar a la actual situación.

En cuanto al tercer defecto de la nota, que al aparecer una mitad indivisa de cada una de las dos fincas comprendidas en el mandamiento, inscritas a nombre de persona distinta de los cónyuges condenados, resulta un obstáculo derivado de los propios libros registrales, que impide la anotación a favor del recurrente en cuanto a dichas mitades indivisas, pues aquellos asientos se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, según el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Por último, que constituye defecto subsanable, conforme al artículo 165 del Reglamento Hipotecario, la omisión en el mandamiento de la inserción literal de la providencia en que se acordó la práctica de la anotación, pues de otra forma no podría cumplir debidamente el Registrador la función calificadora que respecto a los documentos judiciales le confiere el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin que proceda examinar el resto de este segundo defecto, por no haber sido objeto de apelación por el Registrador.

G. C. C.



II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
y R. G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

C I V I L

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1967—*Donación por el padre al hijo de bienes gananciales con el fin de que se colocara. No es necesario el consentimiento de la esposa. Interpretación amplia del artículo 1.415 del Código civil.*

Mediante escritura notarial, don F. A. hizo donación a su hijo de determinadas partes indivisas de un inmueble y participaciones sociales, escritura que fue inscrita en los Registros de la Propiedad y Mercantil. El consentimiento de la esposa del donante se suplió con autorización del Juzgado, por haberse alegado y justificado la incapacidad de dicha esposa.

En la demanda instada por la tan aludida esposa, madre del donatario, se pidió se dictara sentencia comprensiva de los siguientes pronunciamientos: Revocando y anulando y dejando sin valor ni efecto la donación hecha por el señor A. a su hijo por medio de la escritura pública de 13 de septiembre de 1960, de los bienes aludidos en la misma. Anulando y dejando sin valor ni efecto el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, de 23 de agosto de 1960, autorizando a don F. A. para realizar dicha donación, supliendo el Juzgado la licencia o permiso que era necesario de la actora, merced a la alegada y no demostrada en forma, incapacidad de la misma; y anulando, asimismo, todo lo actuado en el expediente que produjo el Auto mencionado. Declarando que todos los bienes que aparecían donados continuaban siendo de la propiedad de la sociedad conyugal A.-E. Decretando la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad y Mercantil de Burgos, a tenor de la escritura pública de 13 de septiembre de 1960. y mandando que se cancelen tales inscripciones. Condenando a las partes a estar y pasar por lo que procede y a los reclamados al pago de las costas. Por medio de otrosí se solicitó la anotación preventiva de la demanda.

El hijo demandado pidió la absolución.

El Juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda y condenó en costas al demandado. La Audiencia confirmó la sentencia.

El Tribunal Supremo accedió a la Casación y dictó segunda sentencia, con el siguiente fallo:

Que con revocación total de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia número ..., y con desestimación de la demanda interpuesta en nombre de doña ..., de la que se absuelve al demandado y apelante, debemos declarar y declaramos: 1.º Válida y con plena eficacia jurídica la donación efectuada por don Francisco A. A. en favor de su hijo don Francisco A. E., con fecha ..., en escritura autorizada por el Notario de la expresada villa don ...; 2.º Igualmente válido y con total valor en Derecho el Auto dictado por el Juez de Primera Instancia número ..., con fecha ..., por el que se autorizaba a realizar la mencionada operación; 3.º Nulos y sin efecto alguno los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia que se revoca; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas.

Son sus razonamientos:

Considerando: Que en el motivo primero del recurso y al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del 1.409, en relación con el 1.415 del Código Civil, por estimar en contra de lo declarado por ambos juzgadores de instancia que, dentro de los preceptos sustantivos citados, debe incluirse el acto cuya validez jurídica se discute. que no es sino la donación que el fallecido esposo de la actual recurrida hizo unilateralmente de la mitad de los bienes de la sociedad legal de gananciales en favor del único hijo del matrimonio que ahora figura como recurrente, con el fin de ayudarle al desenvolvimiento y mejora de un negocio propiedad del donatario, para cuya adecuada valoración es preciso tener en cuenta que si en la regulación que nuestro Ordenamiento jurídico dedica a la sociedad de gananciales, al marido corresponden las simples facultades de administrador que le confiere el artículo 1.412 del Código civil, no es menos cierto que en algunos casos concretos, que el propio Código autoriza, puede realizar actos de carácter dispositivo, no sólo a título oneroso—que, según el artículo 1.413, requerirán el consentimiento de la mujer o la aprobación judicial en su caso, si se trata de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles—, sino también gratuito, tanto en su vertiente *mortis causa*, que permite el artículo 1.414, como por actos *inter vivos*. a tenor de lo establecido en el 1.415, cuando se haga para el cumplimiento de los fines expresados en el artículo 1.409, es decir, para dar carrera o colocación a los hijos comunes del matrimonio, término este último derivado del verbo colocar, que necesariamente debe ser interpretado en sentido amplio, no reducido al hecho material de dar una colocación o empleo, sino el de situar al hijo en la vida, cual sucede en el presente caso, puesto que la colocación con que se intentó cumplir este primordial deber de los padres—de ambos padres—fue el mantenimiento del indicado negocio que los hechos demostraron no iba la suficientemente bien para que el hijo pudiera considerarse colocado con medios idóneos y bastantes, y sin que se haya probado impericia, mala administración o negligencia por parte de aquél, que pudiesen hacerle responsable del referido resultado y justificasen una solución diferente.

Considerando: Que a mayor abundamiento es preciso añadir que como consecuencia del carácter jurídico del acto relatado y sobre todo de su encau-

cramiento sistemático en el artículo 1.409 del Código civil, era totalmente innecesario el consentimiento de la esposa—recluida a la sazón en un manicomio de modo temporal—y no se estaba, por tanto, en el caso de tener que sufrir dicho consentimiento mediante la aprobación judicial prevista, según se ha expuesto, en el artículo 1.413, cosa que, sin embargo, se solicitó y obtuvo, con exposición completa y exacta de los hechos desarrollados y los fines perseguidos, previo el preceptivo dictamen favorable del Ministerio Fiscal y con la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, lo que aleja el supuesto contemplado de toda idea de fraude o maquinación dolosa, que, por otra parte, no implicó perjuicio alguno para terceras personas, al no existir, como queda dicho, otros hijos del matrimonio y haber resultado la madre, principal interesada, compensada con el usufructo de la tercera parte de lo donado, y muy especialmente con el testamento de su fallecido esposo, donde al margen de la parte que le correspondía legalmente en el resto de los gananciales, se le atribuye la plena propiedad del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora, todo lo cual obliga a la estimación de este primer motivo, y sin necesidad de entrar al examen de los demás, conduce a la anulación y casación de la sentencia recurrida.

La segunda sentencia se fundamenta así:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede y

Considerando: Que la donación efectuada por el fallecido padre y esposo, respectivamente, de las principales partes litigantes, de la mitad del haber de la sociedad legal de gananciales, dada la finalidad perseguida, que no era sino la de contribuir a la colocación del único hijo del matrimonio, ayudándole al sostenimiento y mejora del negocio de ferretería y juguetería instalado por éste, debe considerarse incluida en los supuestos que permite el artículo 1.409, en relación con el 1.415 del Código civil, que no requiere el consentimiento de la esposa, a pesar de lo cual, en este caso y habida cuenta de que dicha señora no podía prestarlo por encontrarse recluida temporalmente en un manicomio, se utilizó el procedimiento del artículo 1.413, establecido para las enajenaciones de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, obteniéndose la oportuna autorización judicial previo el oportuno expediente, que aunque, forzoso es repetirlo, era innecesaria, confirma la bondad de lo llevado a cabo y aleja toda idea de maquinación o fraude, máxime al no existir perjuicio real para terceros, que en este caso no podría ser sino la madre, que resultó debidamente compensada con la donación misma y con el testamento de su difunto esposo, lo que priva de fundamento a la demanda interpuesta y obliga a la revocación de la sentencia de primera instancia, con la consiguiente absolución del demandado.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1967.—*Daños por omisión. Responsabilidad del Arquitecto o Ingeniero director de una obra.*

El almacén granero se hundió. En el procedimiento penal seguido no se aclararon las causas de ello. Estimamos de interés, en el proceso civil, el siguiente Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que, desde el punto de vista del Derecho, para que cierta omisión pueda atribuirse a una persona como causante de un daño, han de

concurrir dos requisitos: que el sujeto omitente hubiese tenido el deber jurídico de actuar en el caso concreto y de que dicha actuación, en la hipótesis de haberse producido, hubiera evitado el resultado, de cuyos requisitos solamente es combatido por el nombrado recurrente el primero, aduciendo que a un técnico de la construcción de grado superior no puede alcanzarse la responsabilidad civil derivada de la ruina del edificio si los contratistas, incumpliendo las normas del proyecto, utilizan dosificaciones distintas de las señaladas por el director de la obra, impugnación que tampoco puede prosperar por la inconsciencia de los fundamentos en que intenta apoyarse, en primer lugar, porque aun cuando es verdad que este Tribunal ha declarado que el arquitecto «sólo responde del cumplimiento de las reglas de su profesión, en armonía con la naturaleza de la obra y con sujeción a los planes facultativos previamente aprobados por el dueño de la edificación», es igualmente exacto que de la sentencia de 20 de marzo de 1943, que es la que formula esa declaración, se deduce que dentro de aquellas reglas generales están comprendidas las que guardan relación con la «solidez y firmeza de un edificio», condiciones indiscutiblemente afectadas por una dosificación del mortero defectuosa y contraria a la especificada en el proyecto, como también es incuestionable que sobre el arquitecto o ingeniero director de una obra, máxime cuando no se halla asistido de un técnico de grado inferior, recae el deber jurídico de inspeccionar el cabal cumplimiento de las normas trazadas previamente para su construcción, y en segundo término, porque en las fechas citadas por el recurrente no ha establecido esta Sala que es cuestión que compete privativamente a los contratistas la de la calidad de las dosificaciones, ni que deje de ser función del arquitecto (o, en su caso, del ingeniero) «responsabilizarse» por la mala calidad de los mismos, por todo lo cual también ha de desestimarse el motivo quinto del repetido recurso.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1967.—*Retracto de comuneros. Se cuenta el plazo desde la fecha del auto aprobatorio del remate, conocido por la parte retrayente. No es necesaria escritura pública para que se consume la adquisición y surja la posibilidad del retracto.*

Toda la *litis* giró sobre la caducidad de la acción de retracto, caducidad que se estimó en todas las instancias.

En el Recurso de Casación se alegó que el auto aprobatorio del remate (el del art. 131, regla 17, de la Ley Hipotecaria) no implicaba consumación de la transmisión o venta; que era necesaria la escritura pública para ello y para que pudiera comenzar el plazo del retracto

El Tribunal Supremo no admite, no aprueba tal alegación.

Razonó así la negativa a la casación, entre otros argumentos:

Considerando: que a tenor de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, verificado el remate y consignado el precio, se dictara auto aprobándolo en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan, y aunque la naturaleza jurídica intrínseca de ese acto judicial es muy debatida, habiéndose hecho eco esta Sala de la controversia doctrinal en sus sentencias de 9 de febrero de 1943 y 2 de marzo de 1959, lo cierto es que, como declara la de 3 de octubre de 1963, «en las ventas judiciales forzosas, realizadas en el procedimiento judicial sumario consignado en el artículo 131 de la

Ley especial». la escritura pública de transmisión, aludida en el artículo 1.462 del Código civil, «se sustituye por el auto aprobatorio de la adjudicación», de acuerdo con la regla indicada; razón que mueve a la desestimación del motivo primero, dado que en él se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código citado, en relación con el 1.461 del propio texto legal, por inaplicación, y la transgresión de la «doctrina legal correspondiente», fundándose en el equivocado supuesto de que el otorgamiento de escritura pública era requisito preciso para la consumación de la adquisición por los demandados del condominio de los bienes que remataron en el proceso de ejecución seguido conforme a aquel precepto de la Ley Hipotecaria.

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1967.—*Acción reivindicatoria. Prescripción frente a titulares inscritos que tienen la condición de terceros.*

Mediante escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Mancha Real, el Procurador don . en nombre de don Leonardo C. V. y don Francisco P. R., formuló demanda contra don Juan M. M., alegando sustancialmente como hechos: Primero: que los actores eran dueños, por mitad indivisa, de la total finca que se describía así: Olivar en el sitio ...; Segundo, que la finca referenciada en el hecho anterior aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los actores, por mitad indivisa; Tercero, que al pretender hacerse cargo los demandantes de la finca comprada se encontraron que la misma la detentaba el hoy demandado, circunstancia ésta que desconocía por completo en el momento de la venta, ya que nada les manifestó sobre el particular el vendedor y su esposa, los que incluso hicieron la salvedad de que se encontraba libre de arrendatarios; que así los demandantes se personaron en la finca y el demandado les manifestó que la misma correspondía y que debía tratarse de una confusión de predios, puesto que el original propietario fue dueño de dos fincas casi idénticas en aquel sitio, por lo que muy bien podría ser la comprada la que detentaba otro vecino de ..., llamado don Ramón M. M. Que con fecha 5 de diciembre de 1962, los actores interpusieron acto de conciliación contra don Ramón M. M., a lo que se opuso según aparecía de la certificación que acompañaba; que como quiera que consultado el Registro de la Propiedad, aparecía que don Ramón M. M. había comprado en 14 de marzo de 1951 una finca en igual sitio, finca distinta de la comprada por los actores, no cabía duda que la suya era la detentada por el demandado; Cuarto: que conocidas que fueron por los actores las verdaderas circunstancias personales del detentador de la finca, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia al que se dirigían autos civiles ejercitando la acción real de dominio regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, contra don Juan M. M., oponiéndose dicho demandado al procedimiento, y dictándose finalmente sentencia con fecha 3 de abril de 1963 desestimatoria de la pretensión de los actores, remitiéndose a los archivos del Juzgado para todo lo pertinente; Quinto: que en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, referido al hoy demandado, describía la finca en la siguiente forma: Parcela de tierra de labor, en el sitio llamado , y como en su día se probaría, la descripción que el denunciante dio de la finca que detentaba era la correspondiente a la inscripción segunda, que obraba en el Registro de la Propiedad, correspondiente en propiedad a los actores, lo que justificaba que nos encontráramos ante una perfecta identidad respecto a la finca reclamada y

que ocupaba el señor M. M.; Sexto: que con fecha 16 de abril del corriente año, ante el Juzgado de Paz de ... celebraron los actores con el demandado un acto de conciliación sin avenencia, señalado como indeterminada la cuantía del presente litigio. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia declarando que la finca reseñada en el hecho primero de la demanda pertenece en propiedad, por mitad indivisa, a los actores, declarando, por tanto, haber lugar a la acción reivindicatoria que, sobre la dicha suerte de tierra que se describe en el hecho primero, ejercitan los actores, condenando al demandado a que haga entrega a los demandantes de dicho suerte de tierra con todos los frutos que hubiere percibido de ellas y los que sus legítimos titulares hubieran podido percibir desde el día 7 de febrero de 1963, fecha esta que se le requirió judicialmente la entrega de la finca al demandado, respondiendo éste de su deterioro o pérdida en todo caso, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados a los demandantes, condenándole, por último, al pago de todas las costas del pleito. Al relacionado escrito acompañaba los documentos citados en los hechos.

Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandante don Juan M. M. compareció en autos representado por un Procurador, presentando escrito de contestación a la demanda, alegando sustancialmente: Primero: que el día 7 de marzo de 1936, mediante documento privado suscrito con don Martín R. L., que era propietario de ella, el demandado adquirió la finca que describía; Segundo: que desde la fecha en que compró, el demandado venía poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente a título de dueño, la referida finca, siendo reconocido a todos los efectos, como tal dueño, no sólo por terceros, sino por los propios herederos de don Martín R. L.; Tercero: que el día 2 de enero del pasado año 1963, es decir, a los veintisiete años de su adquisición se vio el demandado sorprendido con una citación y emplazamiento, por el que tuvo noticia de los autos promovidos por los demandantes, también actores en este procedimiento, para ejercitar la acción real de dominio sobre la finca, amparada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, pleito que terminó por sentencia de 27 de enero del corriente año, que acompañaba por copia; Cuarto: que cuanto llevaba expuesto era suficiente para acreditar el derecho de dominio del demandado, y por si ello no fuera suficiente, por haberlo ganado por prescripción, puesto que lo había poseído en concepto de dueño pública, pacífica e ininterrumpidamente con justo título y buena fe por más de veinte años aun en el supuesto de que esta prescripción fuera entre ausentes; que la manifiesta mala fe de los actores se resaltaba por el hecho de que los mismos conocieron en todo momento, antes de perfeccionar su título, que la finca estaba poseída de hecho y en concepto de dueño por personas distintas de sus transmitentes, y este conocimiento se desprendía de forma terminante de las declaraciones prestadas por los testigos que depusieron en los autos del procedimiento anterior; que existía además otro hecho que había que resaltar a fin de que examinado en conjunto con los demás quedara patentizado de forma definitiva ese conocimiento, así como la mala fe que en todo momento habían desarrollado los actores, que éstos inscribieron su título el día 21 de noviembre de 1962, y ocho días después, es decir, el 29 de dicho mes, solicitaron del Registro de la Propiedad el certificado que acompañaron a la demanda, por la que iniciaban el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria a que antes se había hecho mención, señal evidente de que, por conocer la realidad de la posesión del demandado, tenían preparadas las cosas para ejercitar su acción tan pronto como la inscripción de su título les permitiera hacerlo; Quinto:

que negaba expresamente cuanto se consignaba de contrario y no había sido reconocido en este escrito. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia por la que: Primero, se absuelve al demandado, en razón de los hechos y fundamentos alegados, de las peticiones deducidas de contrario; segundo, se declare expresamente el derecho del demandado respecto del dominio y la propiedad de la finca reseñada en el hecho primero; tercero, se ordene la cancelación de los asientos registrales de la citada finca existente a nombre de personas que no sean el demandado y concretamente a nombre de los actores; cuarto, se ordene la inscripción de la finca referida a nombre del demandado, como propietario que es de ella, todo con expresa imposición de costas a los actores por su manifiesta temeridad y mala fe.

El Juzgado dictó sentencia por la que absolviendo a don Juan M. M. de la demanda contradictoria de dominio, interpuesta contra él, lo declaró dueño de la finca debatida en este pleito, ordenando la nulidad y cancelación de la cancelación de la inscripción que sobre la referida finca tienen los demandantes en el Registro de la Propiedad, pero no se accede a cancelar los asientos de los demás titulares registrales de la misma, ni a la inscripción del dominio que sobre ella ha ganado el demandado, condenando a que pague a los actores dos tercios de las costas producidas en el juicio y el demandado un tercio de las mismas.

La sentencia de la Audiencia revocó la del Juzgado y declaró que la finca reseñada en el hecho primero de la demanda pertenecía en propiedad, por mitad, a los actores, y condenó al demandado a hacer entrega de ella a los demandantes.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Considerando: Que si bien es cierto que, tratándose de la *usucapio contra tabulas*, el párrafo tercero del artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, reenvía a la legislación civil los temas de la calificación del título y del cómputo del tiempo solamente en la hipótesis de que el que prescribe y el dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y sus sucesores no tengan la consideración de terceros, esta remisión expresa y concreta no significa que en el supuesto de que la usucapción consumada se esgrime frente a los titulares que tengan dicha cualidad jurídica, con arreglo al artículo 34 de la misma Ley, deje de quedar encomendada a aquella legislación la materia concerniente a los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva del dominio, materia propia de la competencia del Derecho civil puro y ajena a la del Derecho hipotecario, al que únicamente le interesan los requisitos específicos que han de concurrir para que la usucapción producida al margen del Registro de la Propiedad pueda prevalecer frente a los adquirentes protegidos normalmente por la fe pública registral.

Considerando: Que, es más, la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley civil para la adquisición del dominio por usucapción constituye un presupuesto ineludible para la posible eficacia del *modus* en contra del titular tabular, tenga o no éste la condición de tercero, cuando lo que frente a él se alegue sea la usucapción consumada. por lo que, si ha de procederse con rigor lógico, la verificación de los requisitos civiles de la prescripción adquisitiva ha de entenderse al contraste de los hipotecarios requeridos por el párrafo primero del artículo 36 de la Ley especial, toda vez que si acaso llega a comprobarse la ausencia de los primeros, la inquisición de si concurren o podrían concurrir los últimos sería una tarea totalmente vacua y estéril.

Considerando: Que a un trabajo de esta especie es al que consagra sus esfuerzos el recurrente en el motivo primero, puesto que habiendo declarado el Tribunal *a quo* la falta de uno de los requisitos principales para poder apreciar la prescripción adquisitiva ordinaria por aquél aducida en instancia, en lugar de comenzar por rebatir tal declaración en la forma procesalmente adecuada, lo que intenta demostrar es que se da el requisito previsto en el volucra dos fundamentos de impugnación distintos, uno, el atinente a la que la prescripción adquisitiva consumada pueda prevalecer frente a los que, como los recurridos, son titulares registrales del dominio de la finca por ellos reivindicada, y tienen la condición de terceros, con arreglo al artículo 34 de dicha Ley, problema superfluo a todas luces y de inútil solución, por no darse el supuesto imprescindible para su planteamiento, esto es, una usucapión ordinaria, consumada antes de la adquisición del predio por los actores.

Considerando: Que el motivo segundo y último no es atendible, porque involucra dos fundamentos de impugnación distintos, que, uno, el atinente a la eficacia probatoria de los documentos privados, que debería haberse encauzado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la alegación del correspondiente error de Derecho en la apreciación de las pruebas, en vez de hacerlo, como lo efectúa el impugnante, al amparo del número primero del repetido precepto, con cuya desviación incide en la causa de inadmisión novena del artículo 1.729 de la Ley procesal, y otro, el referente a la carga de la prueba, alegando la infracción del artículo 1.214 del Código civil, complementado por la doctrina de las sentencias de esta Sala de 3 de enero de 1947 y 13 de enero de 1951, que lo desenvuelven e interpretan, primero, en el concepto de «violación», y a renglón seguido se aduce la infracción del mismo artículo 1.214 en el concepto de «aplicación indebida», conceptos incompatibles y que se repelen entre sí, lo que le hace incurrir en la sanción establecida en el apartado cuarto del expresado artículo 1.729; causas de inadmisión que, en esta fase procesal, se convierten en fundamentos de desestimación, conforme a la invariable doctrina jurisprudencial.

Considerando: Que siendo procedente la desestimación del recurso, se impone llevar el fallo al pronunciamiento a que se refiere el artículo 1.748 de la Ley de enjuiciar, en cuanto al particular relativo a la condena en costas.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1967.—*Doble inmatriculación. Es necesario acudir a las normas civiles de carácter general.*

Contiene esta sentencia, entre otros, el siguiente

Considerando: Que reconocido por los contendientes y proclamado por el juzgador de instancia que el caso debatido constituye un supuesto de doble inmatriculación, en el cual los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares se neutralizan por ser incompatibles entre sí—pues ambos asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y ambos otorgan la presunción simultánea de posesión, que tampoco es posible—, es forzoso acudir, como lo hace la sentencia recurrida, a las normas civiles de carácter general, pues así lo ha establecido la jurisprudencia en sus sentencias, entre otras, las de 20 de abril de 1950, 10 de enero de 1960 y 2 y 3 de marzo de 1964, haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que en supuestos tales remite a las partes al juicio declarativo correspondiente.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1967.—*Propiedad horizontal. El suelo, cimentaciones, muros y fosos son elementos comunes.*

Estimamos de interés el primer Considerando de esta sentencia, que dice:

Considerando: Que en los dos primeros motivos, íntimamente entrelazados y que por eso son objeto de estudio conjunto, la parte recurrente acusa, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación, a causa de no aplicación, del párrafo segundo del artículo 396 del Código civil, alegando que este último precepto enuncia entre los elementos comunes de los inmuebles sujetos al régimen de la propiedad horizontal, el suelo, cimentaciones, muros y fosos, y que el citado antes prohíbe a los titulares de los pisos realizar alteración alguna en el resto del inmueble, motivos que deben prosperar, en primer término, porque son hechos declarados probados en el Considerando noveno de la sentencia de primer grado, aceptado por la de apelación, la excavación llevada a cabo en el sótano y la alteración de la tercera crujía; en segundo lugar, porque es un hecho indiscutible e incontrovertido que la excavación practicada por el demandado en el solar alcanzaba unas dimensiones, cuando por primera vez fue observada por el Juzgado de Primera Instancia número 25 de los de esta capital, de dos metros ochenta centímetros de profundidad, noventa centímetros de anchura y unos seis metros de longitud, y que la obra realizada por el hoy recurrido en el muro de carga de la tercera crujía consistió en su total demolición y en la recepción de la carga por medio de una viga de unos cuatro metros de luz, obra la última que ya fue anunciada a la comunidad de propietarios en la carta fechada el día 4 de marzo de 1963, reconocida en todas sus partes por el demandado; en tercer término, porque obras de tal índole, afectantes a los elementos comunes de la edificación, no son de las que pueden ser efectuadas por cada propietario sin más que cumplir con los requisitos prevenidos en el párrafo primero del citado artículo 7.º de la Ley especial, máxime cuando media la oposición expresa de la Junta de la comunidad a la sazón constituida, aunque el presidente de la anterior pareciese inclinado a tolerarlas, y, en último lugar, porque a la aplicación de lo establecido en el párrafo segundo, inciso primero, del mencionado artículo, no obsta que el suelo y el muro, elementos comunes del edificio, sirviesen para delimitar y configurar el sótano anejo y el local de negocio de la pertenencia privativa del recurrido, ya que al mismo le estaba terminantemente vedado introducir alteraciones en dichos elementos comunes que excedieren de lo permitido para su normal uso y aprovechamiento.

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1967.—*Servidumbre urbana «altius non tollendi».*
No es contraria a las Leyes ni al orden público.

Una casa estaba gravada con la servidumbre de *altius non tollendi* en beneficio de otra de la acera de enfrente, que disfrutaba así de determinadas vistas. Se pactó en escritura pública de fecha 30 de enero de 1901, figura inscrita en el Registro de la Propiedad y se reseña en los documentos públicos posteriores al antes citado. En una palabra, se desprende de la sentencia que está, pudiéramos decir, bien documentada.

En la demanda se pidió que se dictara sentencia declarando: Primero, extinguida, anulada o, en todo caso, sin valor alguno en Derecho la servidumbre

de *allius non tollendi* que se refiere en los hechos cuarto y quinto de dicha demanda, es decir, la que fue otorgada y reconocida por escritura pública de fecha 30 de enero de 1901 entre doña ... y don ..., o sea, la que viene gravando en la actualidad el inmueble número ..., en favor del inmueble número ..., impidiendo la mayor altura del primero de ambos edificios en beneficio de las vistas que pueda disfrutar el segundo; segundo, que en consecuencia de todo lo anterior, se declara también que el aludido inmueble es libre de toda carga y gravamen respecto del inmueble propiedad de la demandada, y por consiguiente, el actor puede edificar sobre el primero de ambos edificios todo cuanto considere conveniente y en cuanto no contravenga las Ordenanzas y demás disposiciones del Ayuntamiento de ... o cualesquiera otras que pudiera regular la construcción; tercero, que es nulo y sin valor alguno en Derecho cualquier asiento o inscripción existente en el Registro de la Propiedad de ... que actualmente contravenga o se oponga a lo que queda declarado en los párrafos anteriores, y por consiguiente, procede su cancelación, lo que se ordenará en ejecución de la sentencia que se dicte; cuarto, que como consecuencia de todo lo anterior, quedan nulas y sin valor ni eficacia jurídica cualesquiera acciones interdictales o posesorias que hubiese entablado o pueda entablar la aquí demandada, en relación con el ejercicio o conservación de la servidumbre que se declara nula o extinguida, según el pedimento privado, primero de la presente súplica; quinto, que la demandada viene obligada a pagar a los demandantes una indemnización por daños y perjuicios igual a los que se le causan en consecuencia del retraso en la construcción del nuevo edificio; cuyos daños y perjuicios se estimarán y fijarán en la ejecución de la sentencia que se dicte, con sujeción a las bases de que se habla en los fundamentos jurídicos de esta demanda; sexto, que para el caso de que la demandada no ejercitara reconvencción en el presente proceso, se declare que los pedimentos anteriores se hacen sin perjuicio de entender reservada a dicha demandada cualquier hipotética acción que le asista a consecuencia de cualquier eventual o posible derecho a ser indemnizada por la extinción o anulación de la presente servidumbre; séptimo, que se condene a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, respetándolas y cumpliéndolas en toda su integridad, y de modo particular a abstenerse en lo futuro de entorpecer las futuras obras de elevación del inmueble referido, así como al pago de los daños y perjuicios y costas del juicio.

Se alegaba que tal servidumbre, las vistas que implicaba, no se había disfrutado hacía muchos años; que era contraria al interés social de la edificación; que imponía una baja altura en el edificio sirviente (que se había demolido y estaba levantándose otro nuevo en su solar), contraria a la uniformidad y belleza de la plaza donde estaba situado, etc.

El demandado se opuso a tales peticiones.

El Juzgado declaró: Primero, nula y sin valor alguno en Derecho la servidumbre de *allius non tollendi* a que se refieren los hechos cuarto y quinto de la demanda, es decir, la que fue otorgada o reconocida por escritura pública de 30 de enero de 1901 ante el Notario ..., o sea, la que viene gravando en la actualidad el inmueble número..., en favor del inmueble número ..., propiedad de la demandada, e impidiendo la mayor altura del primero de ambos edificios en beneficio de las vistas que pueda disfrutar el segundo; segundo, que, en consecuencia de lo anterior, el aludido inmueble número ... de la plaza ..., es libre de toda carga y gravamen respecto del inmueble propiedad de la demandada, y por tanto, don ... puede edificar sobre el primero de dichos edificios

todo cuanto considere conveniente y en cuanto no contravenga las Ordenanzas y demás disposiciones del Ayuntamiento de ... o cualquiera otras que pudieran regular la construcción; tercero, que es nulo y sin valor alguno en Derecho cualquier asiento o inscripción existente en el Registro de la Propiedad de ... que actualmente contravenga o se oponga a lo que queda declarado en los párrafos anteriores, y, por consiguiente, procede su cancelación que se hará en ejecución de sentencia; cuarto, que, como consecuencia de lo anterior, queda nulo y sin valor alguno ni eficacia jurídica el interdicto de obra nueva ejercitado por la demandada, en relación con el ejercicio o conservación de la servidumbre que se declara nula; y condenó a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, respetarlas y cumplirlas, y a abstenerse en el futuro de entorpecer las obras de elevación del inmueble número ... de la plaza ..., y desestimando en parte la demanda, absolvió a la demandada de las demás pretensiones contra ella deducidas; sin expresa imposición de costas.

La Audiencia confirmó en todo lo esencial la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia recurrida y dictó otra por la que, con revocación total de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y con desestimación de la demanda, absolvió a la demandada, declarando con todo su valor y eficacia el interdicto de obra nueva que anteriormente había interpuesto dicha demandada, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas en ninguna de las instancias.

Son Considerandos de la primera sentencia:

Considerando: Que el supuesto de hecho cuyo conocimiento es indispensable para poder enjuiciar debidamente las cuestiones que suscita el presente recurso, no es sino la existencia desde tiempo inmemorial de una servidumbre de tipo de las de *altius non tollendi*, establecida en favor de la finca urbana de la villa de ... de que actualmente es propietaria quien ahora figura como recurrente, y de la que es predio sirviente la también finca urbana situada frente por frente a la misma calle de la propia localidad, perteneciente al dominio de los hoy recurridos, servidumbre que fue expresamente reconocida en las escrituras públicas de 9 de agosto de 1823 y 30 de enero de 1901, de la que existe constancia registral como gravamen que pesa sobre el indicado predio sirviente en el Registro de la Propiedad, a consecuencia de lo cual figuró como carga o limitación de dominio en cuantas transmisiones se efectuaron del mismo, especialmente por lo que aquí interesa, en las últimas a cuya virtud adquirieron el derecho dominical que ostentan los actuales titulares, los cuales, sin embargo, por entender, sin duda, que no les afectaba el gravamen, procedieron a la demolición de la finca, pretendiendo construir en su solar una nueva casa acogida al régimen de viviendas de renta limitada que no respetaba el límite de altura que imponía la servidumbre al exceder en una planta de la antigua edificación, lo que motivó la interposición de un interdicto de obra nueva por la actual recurrente, con el que consiguió paralizar las obras, que a su vez dio lugar al pleito de que dimana este recurso, iniciado por los hoy recurridos en el año 1964, con la pertinente demanda encaminada a solicitar la nulidad de la servidumbre, pretensión que fue estimada por ambos juzgadores de instancia, que coincidieron en apreciar que un gravamen como el que aquí se discute es contrario a los principios fundamentales de orden público que rigen en los momentos actuales el derecho de propiedad en España.

Considerando: Que jurídicamente todos los problemas planteados tienen como punto de partida, uno de orden interpretativo, consistente en valorar el sentido y alcance que deba darse a la norma contenida en el artículo 594 del Código civil, a cuyo tenor literal «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciera, siempre que no contravenga a las Leyes ni al orden público», precepto éste que debe considerarse como una simple secuela del establecido con carácter general en el 348 del mismo texto legal, en cuanto que, dentro de las facultades de gozar y disponer que se conceden a todo propietario, permite el establecimiento de los derechos reales limitados y limitativos que se conocen con el nombre clásico de servidumbre sin más limitaciones, pero por supuesto que con todas las que las leyes dispongan, de donde se deduce, interpretando ambos artículos sistemática y armónicamente, que esta facultad no es ni puede ser absoluta, sino que tiene una doble e importantísima restricción: en primer lugar y por su misma esencia, tiene que nacer de un pacto, es decir, ser consecuencia de un acuerdo de voluntades entre los titulares respectivos de los predios dominante y sirviente, ya que se trata de servidumbres prediales voluntarias lo que aleja toda idea de imposición concebible solamente en los supuestos contemplados en el artículo 595 del propio Código, por tratarse de finca del mismo propietario de la que otro tiene el usufructo y siempre que no se perjudique el derecho del usufructuario; y en segundo término, que no sean contrarias a las leyes ni al orden público, no sólo porque el principio general del artículo 342, de que se hace eco, el 594 impide otra cosa, sino, además, porque la libertad de pactos en cuya virtud pueden surgir, tiene también en el artículo 1.255 el límite insoslayable, consustancial a toda titularidad jurídica por otra parte, de que el contenido de los mismos no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público.

Considerando: Que examinado el caso que aquí se discute a la luz de estas premisas jurídicas, resulta de toda evidencia que la servidumbre objeto de este recurso fué válidamente constituida sin que ni siquiera haya surgido cuestión alguna acerca de dicha validez en el momento de su constitución, no sólo por lo que se refiere a la espontaneidad del acto, sino también por lo que respecta a la legalidad del mismo en el sentido de que no medió el menor obstáculo de carácter legal o de orden público que pudiese afectarle, validez ésta que perduró a través de las sucesivas transferencias en la titularidad de los respectivos inmuebles a virtud de la fuerza pública que le otorgaba la naturaleza real del gravamen valedero *erga omnes* en cuanto tal y la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad de que antes se ha hecho mención, que cada uno de los posteriores adquirentes conocía y estaba en la obligación de respetar en la misma forma y alcance que constaban en el título constitutivo, sin posibilidad de alterar ni modificar por su sola voluntad unilateral al modo como proclamó reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en las sentencias de 8 de mayo de 1947, 31 de mayo de 1949 y 18 de diciembre de 1958—entre otras—, y que solamente podía hacer excepción si con posterioridad a dicho momento constitutivo se hubiese dictado una disposición legal que prohibiese el gravamen establecido o hubiese aparecido un obstáculo de orden público que imposibilitase el mantenimiento del gravamen de referencia, únicos supuestos en que la servidumbre podría cesar, salvo el caso en que las partes, de común acuerdo, conviniesen en la desaparición o reducción de la misma.

Considerando: Que ninguna de las indicadas excepciones concurre en el

caso que aquí se contempla, puesto que tampoco después de la constitución del derecho real de servidumbre se han promulgado leyes que prohiban su mantenimiento al resultar incompatible con el tenor del artículo 594 del Código, no ya de carácter general, sino ni siquiera relativas a posibles planes de urbanismo provincial o local que pudiesen afectarle, no constando tampoco la existencia de ordenanzas municipales que pongan algún límite a esta clase de gravámenes o que los deroguen de modo directo, exigiendo una determinada altura en aquella parte de la villa de .., de igual manera que carece de todo fundamento la alegación de supuestos principios de orden público con los que sin duda sería incompatible, en base a la moderna legislación en materia de derecho de propiedad que, inspirada en conceptos altruistas de carácter social, limitan de tal modo el tradicional concepto individualista del dominio, que llegan a configurarlo como un derecho que obliga, imponiendo deberes y el cumplimiento de una función social para la mejor consecución del bien común a que en definitiva está destinado, porque todas estas concepciones y principios toman como ineludible y natural punto de partida, el sometimiento del interés individual al interés social, colectivo, comunitario y en definitiva público, que nada tiene que ver en supuestos de hecho como el presente, en que frente al derecho particular de un propietario, lo único que contrasta es otro interés también individual y concreto, representado por otro derecho de propiedad que pretende levantar una planta más a su finca urbana, con lo que, sin duda, se perseguirá de modo mediato e indirecto la finalidad de contribuir a resolver el problema de la vivienda, pero en el que destaca directamente el fin particular de mejora del edificio y la obtención de rentas superiores de indole estrictamente privados para el exclusivo beneficio del propietario, intereses ambos, es decir, de los titulares de los predios dominante y sirviente, de orden individual y no público, entre los que se presenta como más digno de protección el de conservación que ostenta la actual recurrente, por ser índice de estabilidad y seguridad jurídicas con respecto de los pactos libremente concertados y de la situación real que con ellos se creó, que habrá de ser mantenida mientras no contrarie de modo efectivo el interés público y social que todo derecho subjetivo está forzado a respetar.

Considerando: Que como consecuencia de todo lo anterior es indudable que el Tribunal *a quo* interpretó erróneamente el precepto contenido en el artículo 594 del Código civil, especialmente en lo que se refiere al concepto y alcance del término «orden público», a la manera como se denuncia en el motivo tercero del recurso—amparado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que debe, por ello, ser estimado, lo que sin necesidad de entrar al examen de los restantes, conduce a la casación y anulación de la sentencia recurrida.

Considerando: Que no existen méritos que permitan hacer una declaración en cuanto a las costas.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

La segunda sentencia viene, como es lógico, a basarse en los mismos argumentos:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede:

Considerando: Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 594 del Código civil, el propietario puede establecer en su finca las servidumbres

que tenga por conveniente en la forma y modo que bien le pareciere, siempre que no contravengan a las leyes ni al orden público, apareciendo en el presente caso que la servidumbre que se discute fue establecida en tiempo inmemorial y reconocida después en los años 1823 y 1901, teniendo constancia en el Registro de la Propiedad, por lo que el demandante tuvo perfecto conocimiento de la misma cuando verificó la adquisición del inmueble sobre el que pesaba el referido gravamen, viniendo en consecuencia obligado a respetarlo, salvo que se demostrase el nacimiento con posterioridad a la fecha de constitución de la servidumbre de algún obstáculo que acarrase su nulidad, motivada por la promulgación de alguna ley o la creación de algún principio de orden público que fuese contrario a la misma, ninguna de cuyas posibilidades han existido en el presente supuesto en cuanto que no se demostró la existencia de planes generales o particulares de urbanismos que supusiesen su derogación, ni los principios que se alegan de orden público afectan a la servidumbre que aquí se contempla, a la que se opone no un interés social, colectivo o público, sino simplemente el también interés individual del demandante, actual titular del predio sirviente, de mejorar la estructura y aumentar las rentas—aunque sean de renta limitada—del edificio en cuestión, razones todas ellas que obligan a la revocación total de la sentencia del juzgador de Primera Instancia de la villa de .. de ..., y a la desestimación de la demanda interpuesta, con la consiguiente absolución de la parte demandada.

Una de las antiguas servidumbres urbanas, ya reconocida en Derecho romano, es la de "altius non tollendi", estudiada por esta sentencia al fallar un curioso caso, del que difícilmente se encontrarán precedentes en la Jurisprudencia. En las Leyes de Partidas también se recogió: "o aver tal servidumbre la una casa en la otra, que la nunca pudiese más alzar, de lo que era alzada a la sazón que fue puesta la servidumbre, porque le non pueda toller la vista nin la lumbre, nin descubrirle sus casas". En el Derecho germánico (WOLFF, "Derecho de cosas") también se admite, incluso se cita, la que consiste en que pueda construirse en el predio sirviente, pero sólo con un estilo determinado.

En esta "litis" se ha enfrentado esta servidumbre con el "orden público", recogido en el artículo 594 del Código civil, con el interés social. Y en ambas instancias, la servidumbre, cercada por ese supuesto interés general, tal vez porque los juzgadores han visto que su contenido era de poca entidad, de escaso o nulo uso actual, ha sucumbido. Ha sido el Tribunal Supremo el que ha reconocido su vigencia y el valor jurídico de lo válidamente pactado. No hay "orden público", ha venido a decir, cuando son dos intereses particulares los que están en juego.

Tal vez el demandante, el que pedía la nulidad de la servidumbre, se animó en su idea y en su tesis si leyó el comentario que el ilustre Magistrado y Profesor BONET pone al artículo 594 del Código civil: "La servidumbre no puede ser contraria a las disposiciones generales que definen el criterio del legislador sobre la propiedad, expresa o implícitamente, ni al orden público. Es más: si una servidumbre lícita y permitida en el momento de constituirse llega a ser contraria al orden público, se extingue de un modo espontáneo".

2) JURISPRUDENCIA MERCANTIL

II. SOCIEDADES

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Sociedades Anónimas: Impugnación de acuerdos sociales por no expresar la convocatoria de la Junta general, con la debida claridad, los extremos que hayan de ser objeto de debate* (Viader c. «Letona, S. A.»).

Conforme al número 1.º del artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es necesario que en la convocatoria se exprese la esencia y alcance de la reforma de los estatutos que deban ser modificados; no siendo suficiente una referencia de carácter general. La expresión legal «con la debida claridad» obliga a entender que será el arbitrio de los Tribunales el llamado a decidir en cada caso concreto si los términos de la convocatoria ofrecen o no la claridad que la Ley requiere.

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Seguros. La responsabilidad civil por daños ocasionados en un accidente de circulación, incumbe al que los causa, independientemente del contrato de seguro concertado por el que lo sufre* (Sanguesa c. Gurtubay).

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1967.—*Seguro. Falta de firma en la póliza por el asegurado. Presunción de solidaridad* («La Vasco-Navarra, S. A.», c. Marco).

Hallándose la póliza en poder del asegurado firmada y sellada por la entidad aseguradora, es obligatorio el contrato de seguro para ésta, sin que a ello sea obstáculo que el ejemplar no esté firmado por el asegurado, puesto que al estar destinado al mismo su garantía radica en la suscripción por la aseguradora, la que no ha probado que el ejemplar a ella correspondiente no lo firmó el asegurado.

Si bien la solidaridad no se presume, sino que debe expresamente establecerse (arts. 1.137 y 1.138 del Código civil), hay casos en que la Ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor o como sanción de una falta o de acto ilícito, cual previene la sentencia de 23 de abril de 1903 para la responsabilidad civil derivada del artículo 1.902 de dicho Código; solidaridad que es aplicable al contrato de seguro, en el que las obligaciones del asegurador se reducen, en definitiva, al

pago de los daños causados por el siniestro, consecuencia de su obligación de asumir el riesgo, por la que desplaza sobre su propio patrimonio el que gravitaba sobre el del asegurado, y debiendo éste indemnizar el daño causado y teniendo derecho a exigir a la entidad aseguradora el pago de dicha indemnización, ambos son responsables ante la víctima del daño, uno directo y la aseguradora por subrogación, según la sentencia de 23 de junio de 1963.

R. G. S. de F.

LIBROS

Giorgio CAMPANINI: *Ragione e volontà nella legge* (Milano, Giuffrè, 1965). Un volumen de 294 páginas.

Se trata de un libro sugestivo que aborda una vez más el eterno problema de si la ley es fruto de un juicio, de un momento reflexivo, o si, además, interviene la voluntad como potencia dinámica. La novedad del tema reside en situar la cuestión en el ámbito de la ley positiva, y de ahí la importancia que puede revestir el libro para el jurista que, como IHERING, piense que el Derecho es lucha, proyección a un fin.

Comienza exponiendo los términos del problema desde una posición histórico-crítica, a lo largo de una meditada introducción, en la que pone de relieve la importancia de llegar a una solución de la dialéctica razón-voluntad en la ley positiva. Ello no supone una actitud positivista, desde el momento en que se mueve en un terreno fáctico, y no axiológico. *A priori*, estima el autor que la composición del conflicto entre racionalidad e imperatividad de la norma, entre razón pura y razón práctica kantiana, sólo es posible tomando como punto de referencia a la persona, génesis unitaria de la juridicidad, centro de la Historia y del Derecho. Afirma CAMPANINI que el fin de su investigación no es hipotizar abstractamente lo que debe ser la ley, para después adecuar el concepto a la realidad—situación propia del Ynsnaturalismo protestante—, sino indagar la naturaleza de la norma en el seno de la vida, en el momento de ponerla el legislador, para remontarse después inductivamente hacia una concepción valorativa que debe proporcionar la Filosofía del Derecho.

Dos partes integran el contenido del volumen. La primera dedicada al análisis de la noción de ley en la Historia del pensamiento; la segunda, trata de llegar a un concepto esencial de ley en el que, a pesar de referirse a la ley positiva, no puede eludir elementos ynsnaturalistas, de clara inspiración filosófica.

La parte primera consta de 10 capítulos que exponen, con claridad y sistemática, las distintas corrientes filosóficas a través de las cuales se ha ido perfilando la naturaleza racional o volitiva de la ley. El capítulo primero trata de justificar una indagación histórico-filosófica de la ley positiva, así como trazar las líneas del pensamiento filosófico sobre la misma. Pensamos que es un capítulo innecesario, por diluirse su contenido en la introducción o en los restantes capítulos de la primera parte. Su utilidad, en cambio, es evidente por la labor de síntesis realizada y por aclarar mejor los fines perseguidos.

El autor no pretende trazar una evolución del concepto de ley, sino captar históricamente los diversos modos de concebir el papel de la razón y de la voluntad en la elaboración de la misma. El análisis lo lleva a efecto por los cauces de la Filosofía y no de la Ciencia del Derecho. La labor no resulta fácil, teniendo en cuenta que, hasta la superación del yusnaturalismo iluminista, apenas se ha penetrado en el examen filosófico de la ley positiva.

Creemos de especial interés dentro de este capítulo el señalar la ruptura que en gran parte se ha operado después de HEGEL entre Filosofía y Derecho. Si ello, como señala el autor, ha supuesto un mayor interés por los problemas vivos del Derecho, ha aportado, en cambio, una ausencia de solidez en muchas instituciones jurídicas. La etiología de esta disociación reside en la pérdida del sentido de alteridad y en una mayor consistencia del Derecho como ciencia, tras la superación del Positivismo jurídico (págs. 26 y 27).

Los capítulos que subsiguen de esta primera parte, tratan de ofrecer una síntesis histórica del predominio de la razón o de la voluntad en la génesis y proyección de la ley.

En el marco de la Filosofía griega, la norma jurídica se desenvuelve dentro de un «orden racional», implica un juicio lógico—fuerza absorbente del *Logos*—, que vemos atenuado por el relativismo de los sofistas. ARISTÓTELES, en el libro V de su *Ética* a Nicómaco, asigna a la voluntad una función en la esfera práctica, pero supeditada a la razón. El autor concluye el capítulo II afirmando que la voluntad es la gran ausente de la Filosofía del Derecho en el mundo antiguo (pág. 44). Yo diría que tanto la distinción entre *Nomos* y *Epiqueya*, de ARISTÓTELES, como el *iubendo aut vetando* ciceroniano, demuestran palpablemente lo contrario: la

voluntad es decisiva en el humanismo greco-romano para la conversión del *logos* o *ratio* en auténtica praxis.

El Cristianismo, como su autor señala, supuso una valoración integral del hombre, racional y volitiva a la vez, dando una marcada preeminencia a la voluntad. El capítulo II pone de relieve la importancia de esta potencia volitiva en el mundo romano-cristiano hasta la irrupción de la Escolástica. San Agustín es el máximo exponente de este voluntarismo legal que no prescinde de la razón, sino que se encuentra con ella en el paradigma divino de las *rationes aeternae*.

Se revela muy acertado el análisis de la opinión tomista sobre los componentes de la ley (cap. IV), pero la síntesis del Doctor Angélico no procede en realidad—contra lo que el autor supone—de una confluencia en el mismo del pensamiento aristotélico y agustiniano. Santo Tomás, en este aspecto, ha recorrido un camino lógico, cuyo punto de partida es el intelecto y de llegada el bien común. El trayecto lo recorre la voluntad (*in operando prior est voluntas*, afirma en su Tratado *De Veritate*).

Desde DUNS SCOTO a ROUSSEAU, la concepción netamente voluntarista de la ley se consolida plenamente. El autor destina el capítulo V a exponer la ruptura del equilibrio intelecto-voluntad en la ley conseguido por la Alta Escolástica, a partir de DUNS SCOTO. Para el gran filósofo escocés, la voluntad es la primera potencia en Dios y en el hombre. Las leyes humanas no son otra cosa que expresión del querer humano. GUILLERMO DE OCKAM y MARSILLO DE PADUA serán los mejores y más radicales intérpretes del voluntarismo escotista, hasta el punto de operar una completa ruptura entre razón y ley. Esta ya no será expresión de la mente del legislador, sino de su voluntad. Posteriormente, se va marcando una línea clara en este sentido, que el autor expone con acertada sistemática, aunque con profundidad crítica discutible: la Reforma protestante (LUTERO, CALVINO) excluirá de la relación hombre-Dios todo criterio de racionalidad; MAQUIAVELO nos dirá que la ley es expresión de la voluntad del príncipe, tendente a consolidar el poder del Estado; PASCAL opone a la razón las «razones del corazón»; ROUSSEAU, finalmente, considera la ley expresión de la voluntad general.

En esta trayectoria, el autor señala con acierto el papel de la

Escolástica española del siglo xvi, especialmente de SUÁREZ (páginas 75-76), que supo compaginar el elemento racional y volitivo en la ley positiva. Disentimos de su criterio cuando piensa que nuestro máximo filósofo propende al voluntarismo de modo especial, estimando que en la exigencia racional de SUÁREZ se halla un componente volitivo. Tanto en el libro I como en el III de su Tratado *De legibus ac Deo Legislatore* aparecen con frecuencia expresiones como éstas: «la ley humana es fruto de voluntad y raciocinio»; «razón y volición son igualmente necesarias para la formación de la ley», etc.

Frente a la corriente voluntarista, se perfila otra tan unilateral como la primera que ve en la razón la única fuente de la ley. Lo representa el yusnaturalismo racionalista, que tiene su punto de partida en DESCARTES. En el capítulo VI, el autor expone el pensamiento de sus seguidores (GROCIO, SPINOZA, LEIBNITZ, LOCKE, HUME, MONTESQUIEU), para terminarlo con un detenido análisis del voluntarismo histórico-legal de J. B. Vico.

En los capítulos VII y VIII, el autor examina el problema en el Idealismo alemán (págs. 101-115). KANT opera—según CAMPANINI—una síntesis de las tendencias racionalistas y voluntaristas en la ley, como se deduce, especialmente, de su doctrina sobre el imperativo categórico. Realmente, el Criticismo kantiano nos revela una neta separación lógica y funcional entre pensamiento, moralidad inmanente y sentimiento. Predomina, sin embargo, la razón pura, al igual que en FICHTE y HEGEL. En la dialéctica del Absoluto hegeliano, el voluntarismo jurídico queda absorbido por la razón. El Estado, en cuyo ámbito se sitúa la ley (pág. 114), supone una expresión objetiva de racionalidad.

Los dos capítulos restantes de la primera parte (IX y X) tratan de examinar los últimos resultados filosófico-jurídicos en la formación de la ley, para eludir, finalmente, al problema en el Derecho italiano contemporáneo. El autor señala cómo después de HEGEL el pensamiento se desplaza desde la Metafísica y la Ética al campo del mundo (Marxismo, Evolucionismo, etc.), aunque estimamos que la mayoría de las manifestaciones filosóficas del siglo xix suponen no un desplazamiento desde lo antropológico a lo cosmológico, sino más bien una extrinsecación de muchos aspectos humanos que, eso sí, forman el centro alrededor del cual gira la persona

en su dimensión total (instinto en FREUD, voluntad de poder en NIETZSCHE, las apetencias materiales en MARX, etc.).

A continuación pone de relieve la preponderancia del voluntarismo en la Filosofía posthegeliana (Marxismo, Positivismo, Vitalismo, Existencialismo): creemos de gran interés las consideraciones del autor en torno a la «razón vital» de ORTEGA, y al valor del sentimiento, de la volición en UNAMUNO. La Filosofía italiana contemporánea tiende—como señala el autor (págs. 131-148)—hacia un voluntarismo legal: la ley es esencialmente voluntad concreta y determinada (CROCE, GENTILE, PERTICONE, BOBBIO, CESARINI SFORZA, FASSÓ). Las corrientes neokantianas y neotomistas reivindican en el siglo actual el primado de la razón en la génesis de la ley.

La segunda parte (págs. 132 y sigs.) trata de llegar a un concepto filosófico de la ley positiva. Esta se desenvuelve en la Historia, pero su matriz espiritual está en la persona. La ley es fruto de una razón y de una voluntad individual, que a la vez se enmarcan en el devenir histórico (cap. XI). El Derecho positivo es a un tiempo juicio de valor y de validez, opera en la vida reflexivamente, de ahí la unilateralidad del yusnaturalismo racionalista y del Normativismo kelseniano (cap. XII). Por otra parte, la experiencia jurídica muestra la exigencia de razón y voluntad en la esencia de la ley, como síntesis y no como conversión de una facultad en otra. En el Derecho no existe precepto absolutamente irracional ni juicio lógico totalmente desprovisto de voluntad (capítulo XIII).

Quizá el capítulo más logrado de esta segunda parte es el XIV, donde estructura el complejo legal en base a cuatro elementos sustanciales: juicio teórico (razón), especulación práctica (voluntad), incorporación al Ordenamiento jurídico (normatividad) y tendencia a un fin (bien común).

Los capítulos XV-XVII tratan, fundamentalmente, de extender el resultado de su solución a la dialéctica razón-voluntad en la génesis de la ley, al momento de su realización, cuando trasciende la mente del legislador para su interpretación y aplicación. La unidad de la persona—que crea la ley—no admite compartimentos estancos y ha de verse en el acto de razón un comportamiento volitivo, y en el de voluntad un elemento racional. El carácter ambivalente de la norma, se refleja también en el proceso

hermenéutico y de ejecución, que implican unitariamente actividad del intelecto y voluntad operativa.

Los últimos capítulos (XVIII, XIX y XX) tratan de fundamentar axiológicamente la ley; razón y voluntad se armonizan en la norma, gracias a un juicio de valor. Los valores, como observa el autor siguiendo a BATAGLIA, tienen una doble proyección, hacia lo Eterno y hacia la Historia. En la persona, que pone la ley, convergen ambas orientaciones. La ley, precepto racional y volitivo, debe traducir un valor, lo que supone a un tiempo, según CAMPANANI, entronque de la misma con la vida, con el quehacer histórico y fundamentación ontológica, pretensión de universalidad.

El libro muestra un estilo elegante, una seria meditación filosófica. El tema, siempre debatido, está elegido con acierto y merece la pena su profundización. Hay en él valores positivos, y quizá el más destacable sea la pretensión de buscar una *ratio* metafísica a la contingencia de la ley positiva. Su visión del problema, a caballo entre la corriente neotomista y axiológica, tiene el mérito de tomar como centro la persona, ser trascendente e histórico, y en su actividad espiritual situar la formación de la Ley. El autor, en cambio, utiliza escasa bibliografía alemana, básica en la materia; separa una serie de cuestiones dentro de la segunda parte que debían tratarse con mayor conexión, resolver con más profundidad y menos disgresión. Con frecuencia se mueve en un ámbito de abstracción y nebulosidad, que impide una solución más útil y asequible. Era necesario valorar más inductivamente la función intelectual y volitiva en el proceso formativo de la Ley. A veces falta densidad y concreción, pero ello no es obstáculo para que el libro nos muestre con nitidez cómo la aparente dialéctica entre las fuerzas motoras de la Ley acaba por disolverse siempre en una síntesis ambivalente.

MARIANO ALONSO PÉREZ,

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

DE BUEN LOZANO, Néstor: *La decadencia del contrato*. Textos universitarios, S. A. Méjico D. F., 1965.

Se ha dicho que los tres grandes civilistas españoles han sido CLEMENTE DE DIEGO, DEMÓFILO DE BUEN y FEDERICO DE CASTRO, y, precisamente, en este orden. Desde luego, si para ser un gran jurista es necesario no solamente una profunda formación en la ciencia del Derecho, tomada desde sus más remotos orígenes, unido a un conocimiento profundo de la historia de los Ordenamientos jurídicos y a una amplia base de Derecho comparado, cristalizando en la comprensión total de un Ordenamiento jurídico positivo concreto, en en este caso, el español, capacitando así a los poseedores de estos instrumentos de trabajo para exponer de un modo original y sintético las esencias profundas del Ordenamiento jurídico, que, como tales juristas, protagonizan, no cabe la menor duda de que los tres autores citados ocupan un lugar quizá sin paralelo en la ciencia jurídica española.

Los azares políticos que constituyeron la tragedia española de la década de los años 30 arrojaron a DEMÓFILO DE BUEN por el triste camino del exilio, y terminó sus días en Méjico. Creo que ha llegado el momento de comprender que los que, como consecuencia de la liquidación de la guerra civil tuvieron que abandonar el suelo de la Patria, no fueron en un ciento por ciento ni los más malos ni los más ineptos. Estos hombres, al aparecer en diversos lugares de Europa y América, en algunos casos fueron absorbidos y se diluyeron, desapareciendo, en el ambiente que les recibió, sea por hostilidad de este ambiente, sea por una disparidad total del mismo con el mundo en el que se habían formado, esterilizando su personalidad y su obra.

En otros casos fueron portadores de las esencias españolas a lugares y medios más propicios, y, sobre todo, en la América Española, fructificaron, pudiendo decirse que de la semilla desoladora del exilio surgió una cosecha intelectual muy valiosa para los países que les recibieron y supieron aprovechar sus cualidades, permitiéndoles continuar su obra creadora en favor de la civilización occidental en que todos estamos insertos. Tal es el caso de DEMÓFILO DE BUEN.

Creo que debe ser una satisfacción el saber que, si bien es cierto que DEMÓFILO DE BUEN ha muerto, su hijo, NÉSTOR DE BUEN, autor del libro objeto de este comentario, es un jurista de talla, que, profundamente influido por su padre, imparte sus enseñanzas en la Universidad Nacional Autónoma, de Méjico.

NÉSTOR DE BUEN LOZANO es hoy un hombre relativamente joven, cuarenta y un años, y el libro que voy a comentar es su tesis doctoral, presentada en 1965, y que no es su primera obra y esperamos que tampoco sea la última.

En general, revela una sólida formación jurídica, y, además, amplios conocimientos históricos, sociológicos y económicos, que nunca han podido ser dejados a un lado por el hombre de leyes y mucho menos en los tiempos actuales. Si el Derecho es el conjunto de normas que rigen la vida social de los hombres, el desconocer el substrato social y económico que subyace en la norma o en la institución jurídica, sólo puede conducir a una Ciencia del Derecho desvitalizada y divorciada de la vida real, y, por consiguiente, estéril e inoperante, perdida en un mundo abstracto de esquemas conceptuales vacíos de sentido. No creemos, después de la lectura del libro de NÉSTOR DE BUEN, que éste caiga nunca en ese abismo de bizantinismo.

* * *

El libro que estamos estudiando adolece de un defecto que no hay que atribuir al autor, sino, en general, puede ser hallado en todas las obras de tesis: La necesidad de acumular un gran bagaje de erudición, que a veces ensombrece la parte puramente constructiva y personal de la obra.

En su primera parte, el autor realiza un estudio histórico del contrato, dedicando un capítulo al estudio de la contratación en Roma. Siguiendo con otro capítulo, dedicado a la contratación durante la Edad Media. En ambos capítulos, el autor muestra su sólida formación histórica, base fundamental para alinearse en ese tipo de juristas auténticos, a los que hicimos referencia al principio de esta crítica.

El tercer capítulo está dedicado al estudio de la Edad Moderna, y en él ya apuntan los conocimientos amplios del autor en materia de economía y de sociología.

El cuarto capítulo lo dedica al estudio del liberalismo, con referencia al liberalismo económico y a la codificación liberal, concretamente en Italia, España, Alemania, Suiza, Argentina, dedicando particular atención a los Códigos civiles mejicanos de 1870 y de 1884. En este capítulo, el autor llega a la conclusión de que los códigos liberales consagran definitivamente el sistema de contratación que habían creado los juriconsultos romanos, pero que no llegó a desarrollarse en todo su esplendor, hasta que los catorce siglos de luchas políticas que hicieron triunfar el liberalismo, permitieron al sistema obtener un completo reflejo político y económico.

Aunque NÉSTOR DE BUEN nació en Sevilla, de padre español, tengo la impresión de que actualmente tiene la nacionalidad mejicana, aunque esto no aparece expresamente declarado en ningún lugar de la obra. He llegado a esta conclusión no sólo porque al referirse a los códigos mejicanos lo hace con particular interés y atención, cosa que sería explicable, dado que es un profesor y abogado que protagoniza aquel Ordenamiento jurídico positivo, sino porque, además, al referirse a dichos códigos, habla de «nuestro código», «nuestro sistema», etc., lo que nos permite suponer que, en efecto, se trata de un mejicano que está hablando de su orden jurídico. Y en este orden de ideas no hay que olvidar para comprender la obra DE BUEN, que Méjico, superada su dramática época revolucionaria, ha logrado ser uno de los países de mayor estabilidad política de la América Española, con ideas sociales francamente avanzadas dentro de una actitud equilibrada y moderada, y, al mismo tiempo, con una producción cultural que permite, por encima de las diferencias transitorias que políticamente nos separan en la actualidad, lo podamos considerar como el Estado Hispanoamericano, del que más orgullosa puede sentirse la Madre Patria.

El capítulo quinto de esta primera parte está dedicado al estudio de la crisis del liberalismo. Después de afirmar que el sistema de la autonomía de la voluntad en la contratación, es decir, la consagración sin límites ni restricciones del principio *pacta sunt servanda* alcanzó su cima en el liberalismo económico y político, dice que actualmente está siendo atacado desde tres direcciones diferentes, pero convergentes: en primer lugar, está siendo

atacado por el marxismo, que ha llegado a ser un modo de regir la vida de los hombres en la Rusia Soviética, China Continental, Cuba y las democracias populares. El marxismo ha dado lugar a que la estructura jurídica liberal y capitalista que descansa en la libre empresa, utilizando como principal instrumento jurídico del libre cambio al contrato, entendido en su sentido clásico, ha desaparecido prácticamente, dando lugar a un sistema de control de cambio y de economía, dirigida e intervenida, en la que el Estado actúa como patrón, expresando la voluntad de la clase proletaria a la que representa.

Desde otro punto de vista, el sistema liberal y capitalista sufren los embates menos virulentos y quizá no suficientemente eficaces de la doctrina social de la Iglesia Católica, cuyas bases, que, excepto en el aspecto sobrenatural, tienen muchos puntos de contacto con la doctrina marxista-leninista, fueron sentadas por vez primera por el Papa León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum*; por Pío XI, en la encíclica *Quadragesimo Anno*, y, por último, por la reciente *Mater et Magistra*, de Juan XXIII.

Por último, el liberalismo, desde un punto de vista jurídico, sufre la denuncia del gran jurista francés, LEÓN DUGUIT, que es la figura señera de la socialización del derecho. NÉSTOR DE BUEN maneja las conferencias pronunciadas por el ilustre profesor francés, en la Universidad de Buenos Aires, en los meses de septiembre y octubre de 1911, publicadas bajo el título común de «Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón». Repasa NÉSTOR DE BUEN las ideas DE DUGUIT sobre la ruina del concepto del Derecho subjetivo, idea que no comparte DE BUEN, sobre la evolución de los principios que rigen la responsabilidad, que marcha rápidamente, como todos podemos comprobar, desde una idea de responsabilidad por culpa (tesis típicamente liberal), hasta una idea de responsabilidad por riesgo, con la casi automática imputación económica consiguiente (tesis eminentemente social); de igual forma observa la nueva concepción DE DUGUIT sobre el Derecho de propiedad, que cede su absolutismo para convertirse en una función social, y, por último, examina las ideas DE DUGUIT sobre el contrato, admitiendo que diferentes figuras jurídicas encuadradas dentro del concepto no merecen dicho calificativo. Coincide NÉSTOR DE BUEN con DUGUIT, en afirmar que el cambio

de sistema político y económico que estamos protagonizando produce una modificación socializante en ciertas figuras jurídicas centrales: propiedad, responsabilidad y contrato.

En el capítulo sexto hace un examen del fenómeno de la socialización del contrato en el Derecho francés, italiano y mejicano. Particularmente interesantes son las páginas que dedica al derecho de la contratación en la Rusia Soviética, tan distinto al que nosotros practicamos. Reprocha el que en las democracias populares y en los países socialistas se siga hablando en términos válidos para instituciones de tipo liberal, cuando, en realidad, se están manejando esquemas jurídicos de un contenido esencialmente diferente.

La segunda parte del libro la dedica al estudio de la problemática del contrato. Esta parte, tanto en el primer capítulo como en el segundo, no tiene, a nuestro juicio, un excesivo interés, ya que hace un resumen más o menos crítico de lo que podría encontrarse en cualquier tratado clásico sobre la materia. Lo que se propone DE BUEN en esta parte de su obra es la fijación de un concepto clásico y puro del contrato, con objeto de aislar la figura con toda nitidez y demostrar ulteriormente que ciertas figuras e instituciones jurídicas albergadas bajo el nombre común de contrato no encajan o encajan mal con el concepto auténtico del mismo. Arriesga una definición de contrato, al decir que éste es «un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuados a la Ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial». Esta definición, que luego analiza con detalle, no es que sea inexacta, pero creemos que no aporta nada nuevo a las definiciones ya consagradas.

El capítulo tercero de la segunda parte lo dedica al estudio del dogma de la autonomía de la voluntad, tanto en su aspecto filosófico como en su consagración en los códigos mejicanos del Distrito Federal de 1870, 1884 y el vigente de 1928, terminando el capítulo con una delimitación del alcance y frontera naturales del dogma de la autonomía de la voluntad en el terreno de la contratación, afirmando que consisten en la libertad para contratar, para no contratar, para determinar las condiciones del

contrato, para la modificación del mismo y para darlo por terminado.

La última parte del libro está dedicada a demostrar cómo de un modo paralelo al abandono del dogma de la autonomía de la voluntad se va produciendo la decadencia del contrato en función de la aparición sobrevenida de una serie de instituciones que constituyen limitaciones extraordinarias a la voluntad contractual. Como tales, estudia las moratorias, el plazo de gracia, la teoría del abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, el estado de necesidad y la prórroga forzosa de los contratos.

En el último capítulo estudia lo que él llama «ficciones contractuales», denunciando un fenómeno que ya habíamos observado: el hecho de que el siglo xx se caracteriza por la apariencia democrática y por el uso de símbolos y banderas democráticas, cuando lo cierto es que la democracia, entendida en su sentido pristino o ha desaparecido totalmente, o está en trance de desaparecer, o se halla refugiada en muy escasos países.

Como tales ficciones contractuales, contempla el matrimonio, del que llega a hacer una afirmación francamente audaz, al decir que al matrimonio se llega como resultado de un estado de necesidad, que puede ser provocado y normalmente lo es, por una pasión.

Asimismo, estudia también la adopción, el contrato de trabajo en sus diversas manifestaciones: como relación de trabajo, contrato colectivo de trabajo, etc. Hace referencia al problema de la naturaleza contractual o no de la sociedad, al contrato económico planificado, al contrato de adhesión o por adhesión.

Concluye su obra, afirmando que la decadencia del contrato es un hecho incontrovertible en función de que el substrato para la vida del contrato se ha disgregado, y se muestra francamente pesimista acerca del futuro del mismo.

Confiesa que su propia obra queda incompleta, ya que había que encontrar las formas jurídicas nuevas que permitieran extraer del concepto del contrato lo que realmente no es tal, y brinda esta tarea a otros juristas, pero apunta la posibilidad de que él mismo algún día lleve a efecto dicha tarea de investigación y construcción.

En general, maneja una abundante bibliografía, descollando la variedad de autores hispanoamericanos citados y que en España

quizá no sean suficientemente conocidos. Sin embargo, creemos que adolece de un vacío de bibliografía española contemporánea, y esto, a nuestro juicio, es una lástima, dado el importante avance que la ciencia jurídica española ha efectuado en las dos últimas décadas.

En la nota 13 de la página 243 lanza una terrible acusación.

Sin poner en duda el acento de sinceridad de que está cargada, parece prudente en el hombre de leyes abstenerse de formular una opinión definitiva sobre la misma, sin escuchar lo que la parte acusada pudiera aducir, en su defensa.

En conjunto, el libro de DE BUEN es una obra meritoria, más que por lo que tiene de nuevo, por lo que tiene de resumen de ideas ya conocidas y expresadas de modo disperso en otras obras. Fundamentalmente puede, incluso, ser utilizada como una obra formativa a efectos didácticos, como un libro cuyo conocimiento puede ser útil en las Universidades y muy buen complemento de las enseñanzas lectivas. Muestra también el libro que, en Derecho, es muy difícil inventar nada, y así vemos cuántas fórmulas y soluciones del Derecho mejicano son conocidas y utilizadas en nuestras latitudes por imperio de exigencias económicas y sociales similares o paralelas, como sucede en materia de arrendamientos, inquilinato, contrato de trabajo, etc.

Utiliza el autor un excelente castellano, con ligeras expresiones no incorrectas, pero sí poco usuales en España, y es de una lectura amena e interesante, aparte de fundamentalmente clara. Es un libro cuya lectura se puede recomendar, con la seguridad de que agradará al que esté interesado o comprometido en temas jurídicos e incluso sociales y económicos.

Para terminar, creo que hay que animar al doctor NÉSTOR DE BUEN LOZANO a que continúe trabajando sin descanso, con la seguridad de que los lectores de este lado del Atlántico acogeremos sus obras con simpatía, interés y respeto. Respeto que hemos heredado ya respecto del nombre de su padre y que estamos convencidos que continuará por los valores propios del hijo. Nunca mejor que, en este caso, la validez del viejo refrán castellano, que dice: «de tal palo, tal astilla».

VICENTE ESPERT SANZ,
Doctor en Derecho. Notario.

GARRALDA VALCÁRCEL, Alvaro: *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*. Oviedo (Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos), 1957, 541 páginas.

Cualquier persona que se encuentre atraída por cuestiones jurídicas o sociales, hallará, en la presente ocasión, un libro realmente importante, no solamente por el interés del tema, sino también por la rara calidad de la obra en todos sus aspectos, con el acierto, además, de estar expuesto en un lenguaje sencillo y fluido, con la expresividad suficiente para profundizar en los conceptos más difíciles con toda naturalidad. El lector se encuentra, a las pocas páginas, familiarizado con el tema, a pesar de ser éste tan específico y proceloso, si se le trata con el rigor que en este caso presenta, y aunque se refiera, sobre todo, al derecho de cogestión de los trabajadores en la empresa, según el Derecho alemán. Pues bien, ante este libro nada mejor que aconsejar su lectura—que, en definitiva, es la mejor alabanza que puede hacerse de un libro—, ya que en ella la atención no decae; al contrario, va en aumento. Tal es la habilidad del autor para llevarnos de un tema a otro, hasta las más intrincadas cuestiones técnicas, que necesariamente presenta su objeto de estudio y por las que acaba uno, sinceramente, interesado.

Todo esto se explica porque el autor se halla en plena madurez intelectual y ha dedicado a su elaboración los afanes de varios años de intenso trabajo. En su origen, este libro constituyó la tesis que, para obtener el Grado de Doctor en Derecho, por la Universidad de Salamanca, presentó el P. GARRALDA, mereciendo la calificación de sobresaliente *cum laude*. Con tal motivo, el autor ha contado con la valiosa dirección de su maestro, el profesor MENÉNDEZ, dirección expertísima y sagaz, pero que ha sido provechosamente utilizada, como lo demuestra tan brillante resultado. Posteriormente, durante algún tiempo, ha sido objeto—como me consta por haberlo seguido de cerca, dada la amistad que me une con el autor—de una cuidada reelaboración, en la que maestro y discípulo han trabajado con el mismo entusiasmo, en ese constante diálogo permanente que—según expresa el profesor MENÉNDEZ en el prólogo del libro con singular donaire—ha unido a ambos. Reelaboración que ha tenido por finalidad, no sólo la adaptación del trabajo a las últimas reformas

legislativas que han tenido lugar en Alemania sobre la materia —Ley de 6 de septiembre de 1965—, sino también para aligerarla un poco de cuestiones que no hubieran sido interesantes al lector español. Por último, el autor ha estado en contacto, intensamente, además de la realidad legislativa alemana, con todo el material de los trabajos parlamentarios de las últimas reformas, pudiendo señalar con certeza las influencias encontradas de las distintas tendencias políticas e ideológicas, y, asimismo, lo que todavía es más interesante, con las consecuencias prácticas del sistema y con las distintas soluciones arbitradas dentro del mismo.

Con ello queremos expresar que este libro es algo más que una tesis doctoral corriente, constituyendo, sobre todo, el primer tratamiento monográfico completo del tema de la cogestión en Alemania, al que se ha dedicado anteriormente algún otro trabajo (destacando el de ALMANSA PASTOR), aunque más desde el punto de vista sociológico que jurídico.

Por otra parte, el tema de la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa, o sea, el de la llamada más comúnmente cogestión (*Mitbestimmung*), constituye una de esas cuestiones que se encuentran actualmente en el núcleo central de las concepciones técnico-jurídicas que se corresponden con el cambio que se está operando, en la conciencia social de nuestros días. Además, desde el punto de vista técnico-jurídico, la cogestión pertenece a la zona de confluencia de dos esferas jurídicas distintas, el Derecho laboral y el Derecho mercantil, lo que presta al tema una dificultad mayor y un interés más apasionante; dificultad de la que sale airoso el autor, e interés que sabe mantener a lo largo de la obra, de forma creciente en virtud de una sistemática adecuada: primero construyendo la fundamentación teórica de la cogestión (capítulo primero), después de examinar las distintas tendencias ideológicas y las diferentes soluciones técnicas, y una vez que, en el capítulo primero, se ha ocupado de la delimitación del tema, donde establece los conceptos fundamentales de que hay que partir, a saber: la distinción entre establecimiento y empresa, y las distintas clases de cogestión, sus grados, extensión del derecho de cogestión y sus órganos. Después, entrando en el estudio del tema de la cogestión en Alemania (capítulos tercero a octavo), a lo que más adelante aludiremos y que constituye el centro del tra-

bajo, y, por último, dedicando el último capítulo, que es el noveno, a los resultados prácticos del derecho de cogestión.

En el plano de la renovación de la conciencia jurídica moderna, la cogestión nos ofrece nada menos que una revisión del fundamento de la empresa, tan profunda que se corresponde con una nueva concepción de la sociedad en sentido jurídico. De este modo, la idea de la empresa se transforma, configurándose como «comunidad de trabajo y capital», idea de la que el autor hace uno de los motivos tendenciales de su trabajo. De forma que de ella deriva el fundamento mismo de la cogestión, derecho que viene concedido al trabajador, en general, en el movimiento legislativo a ella favorable, dependiendo exclusivamente de su condición como tal, al margen de que sea propietario o accionista. Constituyendo esto, sin duda, como afirma el profesor GARRALDA, una limitación más del derecho de propiedad, lo que calificaríamos también, en el conglomerado de sus consecuencias, como una nueva dimensión que cobra, a propósito de la empresa, la función social de la propiedad. Aunque se puede pensar que la limitación, por razón de la materia, tiene que calar en una raíz más profunda, incidiendo sobre la propia iniciativa privada, cuestión en la que se halla el drama íntimo de esta problemática que no puede resolverse sin un nuevo concepto de la empresa, en el sentido apuntado.

Por lo demás, ha sido de una extrema oportunidad el plantear el estudio del tema de la cogestión a propósito del Derecho alemán, donde, por una parte, existe una tradición, ya muy antigua, sobre la materia, remontándose al siglo XIX, tanto en el plano doctrinal como en el legislativo, y, por otra, donde se ha llegado a una regulación más amplia, en los últimos quince años, que en cualquier otra parte, presentando una mayor maduración técnica, la cual se encuentra en pleno desenvolvimiento, lo mismo que en el plano de las realizaciones prácticas, contrastando elocuentemente con el atisbo de la cogestión en nuestro Derecho, a propósito de la participación del personal en la administración de las empresas, según la Ley de 21 de julio de 1962.

El estudio de la cogestión, en Alemania, la desarrolla el autor, analizando, en primer lugar, los precedentes históricos, desde su aparición hasta la Ley de Consejos de Establecimiento de 1920, su interrupción a la llegada al poder del nacional-socialismo y poste-

rior restauración de la anterior trayectoria legislativa en la época de la ocupación aliada y hasta que se publica la Ley de Codecisión de 21 de mayo de 1951, donde se inicia el proceso legislativo del actual Derecho alemán de cogestión. Examinando, después, las otras disposiciones que constituyen su regulación, Ley complementaria de la anterior aplicable a las industrias de carbón, hierro y acero de 7 de agosto de 1956; Ley Constitucional del Establecimiento de 11 de octubre de 1952, y Ley sobre la representación del personal en los establecimientos y servicios de la administración pública, de 5 de agosto de 1955 (ya que el Estado no quiere dejar de dar ejemplo en esta materia). A las que hay que añadir, la Ley de 15 de julio de 1957, que reforma el Derecho de acciones, y el de cogestión, cuyas principales disposiciones han sido incorporadas a la nueva Ley de 6 de septiembre de 1965.

Una vez hecha esta exposición normativa y de precedentes legales, analiza el autor, en el capítulo cuarto de su libro, las características generales del Derecho de cogestión; para estudiar seguidamente, en el capítulo quinto y en los sucesivos, hasta el octavo, los distintos Ordenamientos contenidos en las leyes anteriormente citadas, haciendo un análisis preciso de los diferentes aspectos técnicos que presenta cada uno.

Al final se inserta un extenso apéndice de gran utilidad, conteniendo los textos de las cuatro disposiciones legales fundamentales que hemos referido, así como una amplia nota bibliográfica, de la abundante literatura manejada por el autor.

La obra va precedida de un espléndido prólogo del profesor MENÉNDEZ, que avala doblemente, por su contenido, la calidad científica del trabajo realizado, aunque en este caso no hubiera sido necesario, y que constituye el mejor marco que pudiera desearse para comenzar la lectura de un buen libro.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*. Discurso de recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído el 17 de abril de 1967. Madrid, 1967.

La figura del profesor HERNÁNDEZ GIL es sobradamente conocida dentro y fuera de nuestro país para que nos extendamos en la presentación de su personalidad jurídica y de su obra múltiple, que abarca desde la docencia del Derecho como catedrático de la Universidad Central hasta el ejercicio brillante de la Abogacía, siendo también un científico de gran fuste que no se ha quedado en un conocimiento del Derecho reducido a un puro normativismo, sino que ha calado hondamente en las raíces históricas, políticas, económicas y sociológicas del Derecho, teniendo, por consiguiente, del mismo una visión de dimensiones totales, único modo de apprehender la múltiple significación de esta rama fundamental y vital de la ciencia humana.

La obra que hoy comentamos aparece en un momento estelar en la vida de un hombre de Leyes: su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y por ello se puede comprender que el profesor HERNÁNDEZ GIL haya cuidado de, dentro de los límites impuestos por la naturaleza de un discurso de recepción, ofrecer una obra trascendente en el pensamiento jurídico.

Parece bastante segura la opinión de que si el cristianismo hubiera sido aceptado de un modo íntegro y sin reservas por la sociedad humana, tal y como apareció en sus primeros tiempos, el panorama social y ético de la humanidad y de las instituciones que rigen la convivencia de los hombres sería muy distinto al que actualmente contemplamos y vivimos. Pero una serie de componendas y atenuaciones en el rigor de la doctrina cristiana han ocasionado que, en muchos aspectos, las relaciones humanas permanezcan todavía en estadios precristianos. En este aspecto fue funesta la excesivamente larga Edad Media que se perdió en problemas políticos y dogmáticos, olvidando el cultivo sincero y real de las actitudes éticas cristianas, culminando en una época de Despotismo Ilustrado que se convirtió, por reacción, en una consagración total del individualismo con sus secuelas de un liberalismo económico-po-

lítico y en los postulados de la primacía de la autonomía de la voluntad en un régimen de economía de libre cambio.

Frente a ello, y tratando de conseguir niveles éticos superiores, aparecen corrientes de pensamiento, como son las doctrinas marxistas-leninistas, que tratan de resolver el problema de la economía sin consideración a los problemas del hombre en el transmundo, la doctrina social de la Iglesia Católica, consagrada en las encíclicas *Re-rum Novarum*, *Quadragesimo Anno* y la reciente *Mater et Magistra*, que de un modo quizá algo tímido tratan de dar unas pautas económicas, basadas en la más alta equidad, sin olvidar el aspecto sobrenatural del hombre, y, por último, todo ello se traduce en la aparición de una corriente de pensamiento jurídico que, huyendo del liberalismo, del individualismo y de la primacía absoluta de la autonomía de la voluntad, trata de insertar al hombre dentro de la colectividad en que vive, dando una consideración preferente a los intereses sociales y colectivos. A este fenómeno se le suele llamar «socialización del Derecho».

El profesor HERNÁNDEZ GIL ha sido en nuestro país una de las figuras que más claramente han asimilado la nueva corriente de pensamiento. Recordemos sus magistrales palabras al hacer la crítica del dogma de la autonomía de la voluntad en el tomo primero de su *Derecho de las Obligaciones*, cuya continuación esperamos con impaciencia. Y la obra que comentamos contiene profundas enseñanzas en el mismo orden de ideas.

Empieza su obra recordando la dificultad extraordinaria de toda la teoría de posesión y cómo los autores se preocupan actualmente de la llamada función social de la propiedad sin haber percibido la importancia que puede tener la función social de la posesión, insistiendo en que, al estudiar esta materia, el jurista tiene que adoptar una doble actitud: captar la materia desde el principio, tratando de intuir la esencia de la institución y tomar conciencia del carácter peculiar de la materia.

En el capítulo segundo, el profesor HERNÁNDEZ GIL hace una exposición magistral de las tres grandes teorías posesorias, estudiándolas desde el punto de vista de su significación social. Afirma que la aportación culminante de la teoría de SAVIGNY consiste en haber independizado la noción de la posesión de la noción de la propiedad, reduciendo la posesión a un mínimo básico. Resalta la situación de

la posesión como algo equidistante entre la propiedad y la mera tenencia, formulando la idea de la autonomía de la posesión sobre la base de que a ésta se le atribuye la tutela de los interdictos. Sin embargo, el profesor HERNÁNDEZ GIL dice que el valor social de la tesis de la independencia de la posesión queda un poco neutralizado por la exigencia de aquel autor del requisito del *animus possidendi*, que equivale a un *animus domini*, mediante el que se tiende a la propiedad.

A continuación queda expuesta la doctrina fundamental de IHERING, cuya piedra angular consiste en afirmar que el fundamento de la tutela posesoria no es ni la protección a la persona ni la reacción ante la violencia, sino que se encuentra en el hecho de que la posesión es una emanación de la propiedad. Este aserto representa, a juicio del profesor HERNÁNDEZ GIL, una regresión en la significación social de la posesión, ya que es perfectamente concebible un sistema de convivencia sin propiedad privada, pero no lo es sin el mutuo reconocimiento de relaciones posesorias elementales.

La tercera gran construcción jurídica posesoria que contempla el profesor HERNÁNDEZ GIL es la de nuestro Marqués de Olivart, que dice que es más o menos la misma de IHERING, pero dotada de una base iusnaturalista y extendida a toda clase de derechos, aunque privada del condicionamiento histórico-positivo del Derecho romano. Muy interesante es el recuerdo que representa el discurso del profesor HERNÁNDEZ GIL respecto del gran esfuerzo científico y del enorme mérito que en su momento representó, tuvo y aún tiene la obra del Marqués de Olivart.

En el capítulo tercero estudia la evolución posterior de la doctrina posesoria en lo que se refiere principalmente a su fundamento y función, clasificando las posiciones científicas en diversos grupos, como son la explicación técnico-jurídica de SCAEVOLA, CLEMENTE DE DIEGO, CASTÁN, MESSINEO y FEDELE. La explicación sociológica o económico-social, entre cuyos sustentadores cita a SALEILLES en Francia y PEROZZI en Italia. En este último apunta el carácter de espontaneidad de la posesión que es la que le atribuye el valor social: el ser una institución consuetudinaria, preestatal y basada en la abstención de la comunidad jurídica sin ninguna imposición exterior. Se refiere a PUIG BRUTAU, respecto del que hace una afirmación con la que me muestro entusiásticamente de acuerdo, y es que el citado

autor ha introducido en el tratamiento de los temas jurídicos un realismo del que estamos muy necesitados en España; si bien a juicio del profesor HERNÁNDEZ GIL, PUIG BRUTAU no ha llegado a soluciones claras en materia de posesión.

Hace una exposición de la llamada explicación historicista, de la teoría que considera la posesión como instrumento de paz y seguridad jurídica, y alude a las numerosas posiciones eclécticas.

En el capítulo cuarto inicia la parte realmente constructiva de la obra, planteando el problema de la posesión en lo que se refiere a su función social como presupuesto, como reflejo de la realidad social, y como modificación de ésta, aclarando el concepto de función social como presupuesto, significando «el estar ahí de los fenómenos sociales». Exponiendo los dos sentidos que tiene la función social como fin, es decir, significando que la ordenación jurídica ha de ser el exponente de la realidad social con raíz en el pueblo y significando también que la función social tiende a modificar determinadas estructuras sociales, y los marcos jurídicos en que se encuadra, tendiendo al progreso en las formas de convivencia humana.

El capítulo quinto está destinado al estudio de los significados de la posesión en el Código civil español, propugnando un nuevo significado. Los significados que se deducen de la posesión en nuestro primer cuerpo legal civil, según el profesor HERNÁNDEZ GIL, son los siguientes: En primer lugar, la posesión aparece como consecuencia o contenido de un derecho, es decir, es una de las prerrogativas o facultades que integran el haz de posibilidades jurídicas de un derecho, siendo un modo de actuación del mismo. En segundo lugar, la posesión aparece como un requisito para la adquisición o para el ejercicio de un derecho, siendo en este caso un supuesto de hecho determinante de los efectos jurídicos que van más allá de la misma posesión.

En tercer lugar, la posesión en sí misma considerada, lo que significa su autonomía para obtener la tutela posesoria, con independencia del derecho de que pueda derivarse y que da lugar al concepto de tutela interdictal. Por último, el profesor HERNÁNDEZ GIL dice que, si bien hasta ahora la posesión está organizada, partiendo de una distribución de los bienes con la que se encuentra y a la que inmoviliza, hay que pensar en invertir el sentido de su actuación para

conseguir una movilización de esta situación estática, inmovilizada, y procurar cumplir el progreso en la convivencia que está insito en la función social. Y esto es porque si bien es cierto, como expone el profesor HERNÁNDEZ GIL en el sexto capítulo de la obra, que hasta ahora parecía centrarse el eje de la defensa interdictal de la posesión en la idea de seguridad jurídica que es uno de los valores, aunque quizá no el primordial, que tiene que realizar el derecho, hoy día se puede dudar de que la tutela interdictal sea una auténtica defensa de la seguridad social, ya que por esta vía queda demasiado dependiente de las iniciativas personales y muy subordinada a la oportunidad. Afirma el profesor HERNÁNDEZ GIL que actualmente concebimos insensiblemente la seguridad jurídica como una dimensión social: como un modo de preconstituir efectos jurídicos al margen de las iniciativas personales.

En el capítulo séptimo contempla lo que llama la densidad social primaria de la posesión en el sentido de considerarla en cuanto a lo que se refiere a su esencia y fundamento como «la institución de mayor densidad social en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior, y es una institución tan apoyada en el acontecer social, que su ordenación jurídica resulta, en cierto modo, como incipiente». Tomando ideas de SARTRE, dice que la posesión se adscribe y radica en las coordenadas «necesidad-trabajo» que son las que dotan de rumbo existencial al ser humano, ya que las necesidades experimentadas por el ser social dotan a éste de sentido, respecto de la propia subjetividad, dentro y frente a la totalidad social, a la vez que el trabajo constituye el medio único de afrontar el programa de la existencia social. Si bien parece cierto que la socialidad primaria de la posesión no encuentra siempre, ni mucho menos, la adecuada expresión jurídica.

El capítulo octavo, que trata de la espontaneidad social de la posesión, apunta a la síntesis del proceso evolutivo posible, que es partir de la espontaneidad social de la posesión, llegando a la socialización. Estudia el problema de los aspectos y manifestaciones de la espontaneidad social de la posesión a través de la conjunción en la posesión del binomio hecho-derecho, en la capacidad posesoria, en la noción del «corpus», en la noción del *animus*, en la posesión de buena fe y en el régimen de la posesión de los bienes muebles, sobre todo cuando esta posesión, unida a la buena fe, determina directa-

mente la adquisición de la propiedad o de otro derecho real, materia que ya ha sido magistralmente tratada por el profesor HERNÁNDEZ GIL en otras obras suyas.

El capítulo noveno, titulado «La imperatividad social. La posesión en el proceso de socialización, creador de una sociedad homogeneizada», es un alarde de profundos conocimientos, no solamente jurídicos, sino también filosófico-sociológicos, en el que el profesor HERNÁNDEZ GIL demuestra ser un protagonista apasionado del momento social en que la humanidad misma está actualmente comprometida y en el que ya no cabe esperar soluciones espontáneas viables, sino que la actuación conjuntada y consciente de políticos, sociólogos y juristas, debe conducir a soluciones satisfactorias que permitan dar un salto adelante, dentro de una justa y acertada manera de vivir.

El capítulo décimo es un estudio interesantísimo y de un profundo contenido sociológico, en el que se descubre la estratificación social en función de la posesión de la tierra, analizando la figura del terrateniente como expresión de una situación clasista y estamental, la figura del arrendatario de las grandes fincas, el problema del minifundismo y la aglutinación y tensión social que produce, terminando con la contemplación de la figura del trabajador agrícola.

El capítulo undécimo está destinado a contener las consideraciones finales, y en él se demuestra que la posesión no es un instituto que declina, sino que cambia su función, estando destinado a conseguir la homogeneización social mediante el acceso de las masas a verdaderas relaciones de integración, consiguiendo una participación equilibrada de todos en los recursos colectivos y, particularmente, en el uso directo de los bienes, es decir, procurando que todos los ciudadanos consigan lo que está latente en toda la obra: el espacio vital suficiente en el terreno de los alimentos, residencia y medios de trabajo, ofreciéndose, en último término, la posesión como «una estructura-función que en la sociedad capitalista, con la libertad exaltada y las necesidades colectivas reprimidas, tiende a ser correctivo de la propiedad monopolística de algunos, abriendo paso al proceso socializador, y en la sociedad socialista, dada la posición recíproca inversa en los órdenes de la libertad y la necesidad, se manifiesta también como correc-

tivo de la propiedad estatalizada y actúa como reducto de la libertad personal».

En conjunto, creo que la obra del profesor HERNÁNDEZ GIL es interesante y valiosa, tanto por la gran categoría científica de su autor, y la ocasión en que fue leída, como por su contenido. La lectura de obras de este tipo, en que las instituciones no se contemplan a través de un puro normativismo, sino que se estudian desde un punto de vista histórico, teniendo en cuenta todo lo que en ellas subyace de social y económico, y apuntando directrices, respecto de su porvenir, es interesante para todos. Para el jurista ya formado, porque le permite contrastar construcciones sólidas con las propias, proyectando siempre luces nuevas sobre las materias. Y sobre el jurista en formación o en ciernes, porque contribuyen a crear ese «algo» un poco indefinible que es lo que se llama la cultura jurídica, y que ante la crisis o la deficiencia de la norma positiva, permite intuir la solución adecuada y el planteamiento certero.

No es un libro de lectura fácil, dada la densidad de ideas y la precisión y tecnicismo terminológicos empleados. Es una lectura que exige la máxima atención y concentración, pero este esfuerzo queda compensado con creces, con el interés apasionante del tema y de su tratamiento que no cae nunca en la monotonía o el vacío. Quien se proponga un estudio de altura sobre la institución posesoria, no podrá de ahora en adelante dejar a un lado la obra del profesor HERNÁNDEZ GIL, sin que en este estudio se acuse una laguna muy difícil de llenar con otras investigaciones o pesquisas.

VICENTE ESPERT,
Doctor en Derecho.
Notario.

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO

Número 67, enero-febrero de 1967.

Impuesto sobre transmisiones patrimoniales «inter vivos», por José Menéndez, págs. 1.821 a 1.860.

Impuesto sobre aumento de valor de fincas rústicas y urbanas, por Joaquín D'Ocón Ripoll, páginas 1.861 a 1.884.

El impuesto sobre actos jurídicos documentados, por Francisco-José Fernández Ordóñez, págs. 1.885 a 1.912.

Impuesto general sobre el tráfico de las empresas, por Narciso Amorós Rica, págs. 1.913 a 1.952.

Impuesto sobre el lujo, por Joaquín Gutiérrez del Alamo, págs. 1.953 a 1.978.

Renta de aduanas, por Antonio Marcelo Arranz, páginas 1.979 a 2.024.

Impuestos especiales, por Eusebio González García, páginas 2.025 a 2.062.

Tasas fiscales, por José López Berenguer, págs. 2.063 a 2.118.

Tributos para fiscales por Vicente Torres López, págs. 2.119 a 2.172.

Tributación de las empresas extranjeras con actividades en España, por Félix de Luis, págs. 2.173 a 2.222.

Derecho fiscal general y derecho transitorio en la Ley de Reforma del Sistema Tributario, por José María Martín Oviedo. págs. 2.223 a 2.247.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Julio-agosto de 1967.

Aspectos procesales de los conflictos colectivos, por Juan Menéndez Pidal, págs. 603 a 613.

La culpa en Derecho civil, por Jaime Santos Briz, págs. 614 a 640.

La sustitución de la teoría subjetiva de la responsabilidad civil por la objetiva del riesgo, determina la necesidad de un reajuste en la teoría clásica de la culpa, cuyas más importantes consecuencias objeto de examen por el autor son: la ampliación del concepto de culpa, el tema de las presunciones y la

preferencia a favor del sistema de la culpa «in abstracto».

El ejercicio de la acción directa contra el asegurador obligatorio de la responsabilidad civil automovilística después de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que modifica la Ley de enjuiciamiento criminal y el Código penal, por Dosíteo Barreiro Mourenza, págs. 641 a 649.

Septiembre de 1967.

Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 729 a 737.

Los preceptos del Código sobre la legítima de hijos y descendientes no expresan cómo y por qué orden ha de hacerse su distribución; pero el derecho histórico, los precedentes legislativos de aquel cuerpo legal y la aplicación analógica de algunos preceptos del mismo imponen, existiendo sólo hijos, la distribución igualitaria, y en los demás casos la aplicación conjugada de los principios de proximidad de grado y derecho de representación.

Transmisiones de viviendas de protección oficial y sus repercusiones fiscales, por Zacarías Jiménez Asenjo, págs. 738 a 755.

Examen de los problemas fiscales a que da lugar la transmisión de viviendas de protección oficial y su enfoque por la Ley de Reforma Tri-

butaria y la más reciente de 6 de abril del presente año.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Julio-agosto de 1967.

La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio, por José-Luis de los Mozos, págs. 72 a 141.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero de 1967.

La propiedad del espacio, por René Savatier, págs. 17 a 33.

Introducción y notas bibliográficas sobre la Ley del Suelo, por Martín Bassols Coma, págs. 35 a 52.

El urbanismo y las estructuras administrativas locales, por Jacques Trorial y Hubert Perrot, páginas 53 a 62.

Marzo-abril de 1967.

La Administración local en busca de una nueva administración, por Francis Graeve, págs. 13 a 21.

Sobre los polígonos de expropiación urbanística, por José María Pérez Ortiz, págs. 23 a 52.

El régimen de las entidades urbanísticas colaboradoras según el Reglamento de reparcelaciones, por Antonio Carceller Fernández, págs. 53 a 68.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Números 274-275, julio-agosto de 1967.

La codificación de los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los Estados: el derecho a la igualdad soberana, por Antonio Marín López, páginas 598 a 601.

El recurso extraordinario de revisión basado en la existencia de sentencias contradictorias entre sí en la jurisdicción contencioso-administrativa, por Horacio José Amérigo, págs. 598 a 601.

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Julio-septiembre de 1967.

El albacea en el Derecho común y en la compilación catalana, por José María Cabrera Hernández, páginas 519 a 559.

Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación, por Juan V. Fuentes Lojo, págs. 660 a 696.

Las sanciones por falta de ejecución de los contratos de la Administración pública en el Derecho italiano, por Guglielmo Roehrssen Di Cammarata, págs. 597 a 610.

F. M. C.

