

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Julio-Agosto 1966 * Núm. 455

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 Coutiño.

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

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

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

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Francisco Sánchez de Frutos.

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.

Deposito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1966.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», por LUIS DíEZ PICAZO	829
«El nuevo régimen matrimonial francés», por MANUEL M. SÁINZ LÓPEZ NEGRETE	863
NOTAS:	
«Un condicionamiento, un evento condicionante y una contradicción», por PEDRO PORRAS IBÁÑEZ	915
«Un caso de propiedad concreta: el agua. Aspectos de su tratamiento registral», por JOSÉ MANUEL y JAVIER DIE LA-MANA	927
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	943
VIDA JURIDICA:	
Curso de Conferencias en la Academia Matritense del Notariado:	
I.—«Donación con reserva de facultad de disponer», pronunciada por don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS ...	969
II.—«Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», pronunciada por don JOAQUÍN SAPENA TOMÁS ...	975
III.—«La mujer casada y la disposición de sus bienes», pronunciada por don ANGEL MARTÍNEZ SARRIÓN ...	985
IV.—«Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil», pronunciada por don FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ	990

✓ CRONICAS :

Págs.

«La oferta de contrato y su aceptación», por JUAN LUIS PÉREZ MULET	999
---	-----

JURISPRUDENCIA :

1. Jurisprudencia comentada. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 y el artículo 224 del Código de Comercio, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1009
2. Sentencias del Tribunal Supremo:	
Civil: «Obligaciones y contratos», por BARTOLOMÉ MENCHÉN.	1027
Arrendamientos, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ	1027
Procesal, por JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ	1058
Fiscal, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL	1065

LIBROS :

«Centenario de la Ley del Notariado». Sección 2. ^a : Estudios de Derecho notarial, vol. II, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	1075
«Centenario de la Ley del Notariado». Sección 4. ^a : Fuentes y Bibliografía. Privilegios y ordenanzas históricos de los Notarios de Barcelona, por JOSÉ POVEDA DÍAZ	1102
«Estudios de Derecho privado», tomo II, por ELÍAS IZQUIERDO.	1106
«Estudios jurídicos de arte menor», de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, por ELÍAS IZQUIERDO	1157
«La rappresentanza», de VITTORIO NEPPI, por O. V. TORRALBA SORIANO	1163

REVISTAS :

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	1173
-------------------------------------	------

ESTUDIOS

La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión

SUMARIO: I. LA MODIFICACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICO-REALES.—II. LA TEORÍA DE ACCESIÓN: 1. *La construcción dogmática del concepto de accesión*; 2. *Las clasificaciones doctrinales de la accesión*; 3. *Las reglas inspiradoras de la solución de los conflictos de intereses*. a) *El principio de buena fe*; b) *El principio accessorium sequitur principale*; c) *El principio superficies solo cedit*; 4. *La construcción realizada en terreno ajeno y con materiales ajenos*; 5. *La especificación*; 6. *La confusión o mezcla*; 7. *La unión de cosas muebles*; 8. *La modificación de la configuración de los predios por obra de las aguas*.

I

Si acometemos la tarea de ensayar una teoría general de las relaciones jurídico-reales que sea semejante en cierta medida a la construcción o teoría general de las relaciones obligatorias, con el fin de diseñar a través de ella un análisis general lo más profundo que sea posible de aquella figura jurídica, no cabe duda de que un capítulo importante de esta pretendida teoría general debe constituirlo el estudio de los eventos modificativos de la relación.

Por «modificación» de la relación jurídico-real, como en general por modificación de cualquier otra relación jurídica, nosotros entendemos todos aquellos acontecimientos que provocan una alteración o una variación en la estructura o en el contenido de la relación jurídica, la cual, sin embargo, continúa perviviendo.

Toda modificación es, por tanto, una vicisitud en el ciclo vital de la relación jurídica.

El ordenamiento jurídico, sobre todo en el mundo de las relaciones de índole económica y patrimonial, no decreta la absoluta inmovilidad o invariabilidad de las relaciones jurídicas, sino, por el contrario, permite y regula estas alteraciones, puesto que a través de ellas pueden encauzarse y realizarse de una manera más perfecta aquellos intereses que las normas tratan de ordenar y de amparar.

Toda modificación de una relación juridico-real consiste, según decía, en una alteración de la estructura o en una alteración del contenido de la relación. Nos encontramos de esta manera frente a dos grandes tipos de vicisitudes modificativas de una relación jurídica: las alteraciones estructurales y las alteraciones de contenido. Las alteraciones estructurales inciden siempre sobre los elementos que componen la urdimbre exterior de la relación jurídica: los sujetos, el objeto y las circunstancias. Las alteraciones estructurales de la relación serán, por tanto, modificaciones subjetivas, modificaciones objetivas o modificaciones de las circunstancias. Existe, en cambio, una modificación del contenido de una relación jurídica cuando el esquema de los recíprocos derechos y deberes que las partes de la relación ostentan o han asumido cambia en virtud de un hecho posterior sobrevenido.

Un estudio de las vicisitudes modificativas de la relación jurídico-real debe comenzar con el análisis de las modificaciones subjetivas. Existe una modificación subjetiva de la relación jurídico-real cuando un nuevo titular sustituye al primitivo, permaneciendo una y la misma la relación jurídica originaria. Son, pues, notas esenciales de la idea de modificación subjetiva: que un nuevo titular sustituya al primitivo ocupando en la relación jurídica el mismo puesto que aquél tenía; que no obstante el cambio de titulares, la relación continúe siendo la misma. Se entiende en seguida que toda modificación subjetiva, vista desde el ángulo de la dinámica patrimonial, encierra un fenómeno de transmisión. Se da ingreso a un nuevo titular en la relación con apartamiento del primitivo: la titularidad se transmite de un sujeto a otro. Desde un punto de vista estático se puede hablar también de sucesión en la titularidad: al titular primitivo le su-

cede un nuevo titular. Los tipos fundamentales de la modificación, subjetiva de la relación jurídico-real son; según lo que se transmite, la transmisión del derecho real o transmisión de la titularidad activa y la transmisión del gravamen o transmisión de la titularidad pasiva. Dejaremos por ahora este tema entre paréntesis.

Se produce, en cambio, una modificación objetiva de la relación jurídico-real cuando de alguna manera queda alterado el objeto de la relación. Esta alteración del objeto puede tener lugar: por una ampliación o por una reducción del mismo; por la sustitución de un objeto por otro. La ampliación objetiva de la relación jurídico-real se produce cuando se extiende o se ensancha el objeto o cuando se incluyen en él nuevos accesorios o pertenencias; por ejemplo, se extiende la hipoteca a las obras realizadas en el fundo (art. 110, L. H.). La reducción objetiva acontece cuando la relación abarca en un momento posterior a su constitución una porción menor o se excluye de ella una parte de lo que comprendía en el momento de su constitución: por ejemplo, pérdida parcial de la cosa usufructuada, hipotecada o dada en censo. Un cambio objetivo se produce cuando el objeto inicial de la relación es en un momento posterior a la constitución sustituido por otro: el usufructo de un crédito se transforma en usufructo sobre el dinero pagado por el deudor, y el usufructo sobre el dinero en usufructo sobre los bienes en que aquél se invierte (art. 507, C. c.); se sustituye la finca primitivamente hipotecada por otra distinta; la hipoteca sobre el derecho de retracto convencional se convierte en hipoteca sobre los bienes retraídos (artículo 107, 8.º, L. H.).

La modificación objetiva de la relación jurídico-real puede advenir, ante todo, en virtud de un negocio jurídico celebrado por las partes de la relación, ya que el amplio margen que la Ley concede a la voluntad de los particulares para regular autónomamente las relaciones jurídicas de carácter patrimonial, parece que debe comprender su eventual modificación. Existirá entonces un «convenio modificativo». La modificación objetiva puede advenir también por el ejercicio unilateral de una facultad de modificar que le venga conferida a uno solo de los sujetos en virtud de una disposición legal o en virtud de una disposición del nego-

cio jurídico constitutivo de la relación: cuando el artículo 507 del Código civil ya citado contempla la conversión del usufructo de un crédito en usufructo del dinero cobrado, este cambio adviene normalmente por el ejercicio de una facultad que la ley concede al usufructuario; de la misma manera, el párrafo segundo del artículo 545 del Código civil prevé un caso de modificación objetiva de una servidumbre que se produce por el ejercicio de una facultad de modificar concedida al dueño del predio sirviente. Finalmente, la modificación objetiva puede producirse automáticamente o *ipso iure*, es decir, sin necesidad de convenio de los interesados y sin necesidad de que ninguno de los interesados ejercite unilateralmente una facultad de modificar. La modificación es automática cuando ha sido preordenada por una disposición legal para el caso de que se produzca un determinado supuesto de hecho, y este supuesto de hecho se ha producido ya. Lo mismo ocurre cuando el cambio ha sido preordenado por una disposición negocial de los interesados, como es, por ejemplo, el negocio jurídico creador de la relación.

Una de las formas típicas de modificación del objeto de una relación jurídico-real está constituida por la serie de fenómenos que nuestro Derecho positivo y nuestra doctrina científica conocen con el nombre de «accesión», a los cuales vamos a dedicar una atención preferente.

II

1. En nuestro Código civil se engloban bajo una rúbrica común, que se denomina «del derecho de accesión», una serie de supuestos o de fenómenos jurídicos que guardan todos ellos una cierta relación con el régimen jurídico de la propiedad de las cosas y de los derechos reales establecidos sobre ellas, y más concretamente, si se me permite la manera de expresarme, con la configuración objetiva de estos derechos.

El llamado «derecho de accesión», según lo delinea nuestro Código civil, tiene dos manifestaciones fundamentales: una, el derecho del propietario de hacer suyos los frutos y los productos de una cosa (cfr. art. 353, C. c.): «La propiedad de los bienes da

derecho por accesión a todo lo que ellos *producen*»); otra, el derecho del propietario de una cosa de hacer suyas determinadas cosas ajenas cuando éstas se unen con la suya o llegan a formar con ella un todo inseparable (cfr. art. 353, C. c.: «La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que se les une o incorpora natural o artificialmente»). Esta última hipótesis es la que los autores suelen denominar «accesión en sentido estricto».

La doctrina civilista moderna ha criticado, sin embargo, esta forzada yuxtaposición o esta implicación de materias diversas —la adquisición de los frutos y los casos de unión o de incorporación de cosas—, entendiendo que no puede construirse sobre ella una teoría general que sea rigurosamente unitaria y armónica, por la sencilla razón de que se trata de fenómenos jurídicos que no tienen entre sí nada en común.

Efectivamente: el fenómeno de la apropiación o de la adquisición de los frutos y de los productos de una cosa pertenece a la perspectiva del régimen jurídico del disfrute de la cosa misma y es una consecuencia del ejercicio del *ius fruendi* o facultad de disfrutar. Los frutos de una cosa siguen siempre el destino marcado por el régimen jurídico del disfrute de la misma y pertenecen a la persona que en cada caso ostenta la facultad de disfrutar. Normalmente será el propietario, pero podría ser también el usufructuario, el enfiteuta, el arrendatario, el acreedor pignoraticio o el anticrético o el simple poseedor de buena fe no propietario (1).

Por esta razón, la doctrina actual suele limitar, de una manera estricta, el campo de la accesión al segundo de los supuestos a que antes hacíamos referencia, y así, según dice SANFILIPPO (2), se entiende comúnmente por accesión la adquisición que el propietario de una cosa, considerada como principal, hace de otra, considerada como accesorio, cuando esta última viene a unirse o a incorporarse con la primera, de manera tal que ambas llegan a formar un todo inseparable.

Mas también desde este punto de vista la doctrina de la accesión no ha podido evitar ser blanco de fuertes y abundantes crí-

(1) Vid. Mosco, *I frutti nel Diritto Positivo*. Milán, 1947.

(2) SANFILIPPO, *Accessione (Diritto Romano)*, en «Nuovo Dig. It.». Torino, 1938, vol. I, pág. 65.

ticas, dirigidas sobre todo a poner de relieve la absoluta falta de unidad interna del instituto.

Los romanistas subrayan cómo en el Derecho romano no existió nunca una teoría general de la accesión y cómo ésta fué una desafortunada construcción de los intérpretes del Derecho común, que pretendieron dotar de un sentido unitario a una serie de casos particulares que en el Derecho romano fueron recibiendo soluciones particulares también. En efecto: señalan los especialistas que los términos *accedere* y *accessio*, que a veces son utilizados en las fuentes, se emplean allí sin un significado técnico definido, con un sentido muy vago y general, para indicar todo aumento o todo incremento que una cosa recibe, y, en el campo patrimonial, todo incremento del patrimonio, contraponiéndose a *decedere* y a *decessio*, que indican una disminución o un empobrecimiento del patrimonio. En la *accessio* romana se comprenden una serie de casos muy diversos en que se produce una adquisición o un aumento de la propiedad, pero estos casos no vienen considerados en su forma o en su mecánica, sino sobre todo desde el punto de vista de su resultado.

Insistiendo sobre estas ideas, señala BRANCA (3) cómo la palabra *accessio* en las fuentes tiene significados muy diversos, pues: a) alude en ocasiones a una situación de hecho en virtud de la cual una cosa accesoria se encuentra en una posición subordinada respecto de otra a la cual puede estar o no estar unida materialmente, de manera que la primera de estas cosas sigue o puede seguir la suerte de la segunda; o bien, b) se refiere a la realización de un hecho en virtud del cual una cosa, por su fuerza interna o por una aportación externa se completa—verbigracia, el edificio con las tejas—, se enriquece—verbigracia, el fundo con los frutos—o se engrandece—verbigracia, el fundo con un pedazo de tierra—; o bien c) se refiere, finalmente, al hecho en cuanto produce la consecuencia jurídica de atribuir al propietario de la cosa lo que la enriquece, la completa o la engrandece.

Parece fuera de toda duda que en el Derecho romano no existió un concepto unitario de accesión, sino una serie de fenómenos típicos que fueron autónomamente regulados.

(3) BRANCA, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. I. Milán, 1958, págs. 261 y siguientes.

El caso más antiguo es, probablemente, el de *inaedificatio*. Las XII Tablas, acaso codificando una norma de derecho consuetudinario, establecieron que el propietario de una viga que se introducía en un edificio ajeno o de las estacas clavadas en una viña ajena no podía retirarlas: *tignum junctum aedibus vinaeve... ne solvito*. Sobre esta base, según algunos autores se construyó la regla *superficies solo cedit*: lo construido sobre el suelo es absorbido por el suelo.

Una cierta antigüedad posee también el caso de los llamados incrementos fluviales. Se fué regulando muy lentamente el régimen jurídico de las mutaciones de tierras a que daban lugar los movimientos de los ríos, que cristaliza en cuatro típicos supuestos: *alluvio*, *avulsio*, *insula*, *alveus*.

Más tarde aparecen los casos de siembra y de plantación hechas en terreno ajeno o con semillas o plantas que pertenecen a otra persona, que se resuelve asimilándolos a la *inaedificatio*.

Finalmente, los juristas se ocupan también del problema que plantea la unión de dos cosas muebles de metal o de madera, pertenecientes cada una de ellas a distinto propietario—*ferruminatio*, *soldadura*, etc.—, que se resuelve a través de la regla *accessio cedit principali* (4).

El Derecho justiniano, aunque altera en algunos puntos la concreta regulación de todas estas hipótesis, las mantiene, sin embargo, en su esencial diversidad (5).

La unificación se inicia en el Medioevo. Primero, en alguna compilación anterior a la Glosa se empezó a hablar ya de la accesión como un modo de adquirir la propiedad. Después, la Glosa, sobre el mismo camino, elaboró un instituto de sentido unitario, haciéndose la ilusión de interpretar así el Derecho ro-

(4) Fuera quedan los supuestos de especificación y de confusión, como distintos e independientes de los anteriores. Vid. FERRINI, *Appunti sulla dottrina della specificazione*, en «Bull. Ist. Dir. Rom.» y en «Opere», IV, pág. 43. Del mismo autor, *Pandette*, 4.ª edic. Milán, 1953.

(5) La mayor parte de los textos se encuentran en *Dig.*, 41, 1, «De adquirendo rerum dominio». Una primera elaboración y unificación teórica de los supuestos parece haber sido obra de GAYO (Libro segundo de rerum cotidianarum sive aureorum), cuyos fragmentos se recogen allí (por ejemplo, *Dig.*, 41, 1, 5, 7, 9, etc.).

mano. GORLA, que ha estudiado el tema muy detenidamente (6), señala las fases de esta evolución doctrinal.

La primera fase se encuentra, como decíamos, en la Glosa. Allí se agrupan en un solo concepto de *accessio* la adquisición por el propietario de los frutos—el parto de la esclava y de los animales y los frutos en general—, la adquisición por conjunción de cosas y los incrementos fluviales. Como se ve, la unificación no es todavía completa, porque quedan fuera de la *accessio*, la *confusio*, la *inmixtio* y la *specificatio*, que en la Glosa son configuradas todavía como modos de adquirir la propiedad independientes de la accesión.

Una segunda fase en la elaboración de la teoría se encuentra en los comentaristas de carácter humanista, especialmente en los que siguen el método sistemático (CONNANO, DONELLO, VINNIO, VOET, etc.). Se da entonces a la institución una amplitud mucho mayor y se comprenden en ella la *specificatio* y la *confusio*. Así, por ejemplo, VULTEIO hace una cuatripartición de los modos de adquirir la propiedad—ocupación, tradición, accesión y especificación—que puede reducirse, a su juicio, a una dicotomía: *adprehensio*—ocupación y tradición—y *accessio*—especificación y accesión en sentido estricto—. VINNIO se refiere ya a la distinción entre accesión concreta y discreta y, en general, la doctrina de esta época encuentra una *ratio naturalis* lógica, en virtud de la cual todos estos supuestos son expresión de un principio único: *accessorium sequitur principale*. Y se explicará la adquisición como una consecuencia natural del derecho de propiedad (*vis ac potestas rei nostrae*).

POTHIER (7) sigue las huellas de la escuela del derecho natural y en particular las *Instituciones* de VINNIO y los *Comentarios* de VOET. La accesión es un modo de adquirir el dominio que es de Derecho natural. En virtud de ella, el dominio de todo lo que es una dependencia o un accesorio de otra cosa es adquirido de pleno derecho por aquel a quien esta cosa principal pertenece *vi ac potestate rei suae*. Una cosa es accesorio de la nuestra—dice Po-

(6) GORLA, *L'accessione nel Diritto Civile italiano*, en «Riv. Ital., per le Scienz. giur.», 1931, págs. 87 y ss.

(7) POTHIER, *Traité du domaine du propriété*, en «Oeuvres», IX. París, 1846, páginas 156 y siguientes.

THIER—o porque es un producto de ella o bien porque ha sido unida a la misma; y esta unión se forma naturalmente o por el hecho del hombre. Todo lo que mi cosa produce—añade POTHIER—viene considerado como una especie de acrecimiento y de accesorio de la misma, y yo adquiere su dominio por derecho de accesión. Cuando una cosa se une con la que me pertenece, de modo que ambas vienen a formar un solo y único todo, del cual mi cosa constituye el principal elemento en este todo, el dominio que yo tengo sobre mi cosa me hace adquirir por derecho de accesión (*vi ac potestas rei meae*) el dominio de todo aquello que se ha unido a esta cosa y que de ella forma parte.

Los redactores del Código napoleónico siguieron en este punto fielmente la doctrina de POTHIER: la accesión es un primer efecto del derecho de propiedad y es, además, un modo de adquirir el dominio que se produce como consecuencia de una propiedad preexistente. Toda la doctrina posterior quedará condicionada por este planteamiento.

Ahora bien, ¿qué camino sigue la doctrina para construir técnicamente la figura que estamos estudiando? Para responder a este interrogante convendrá volver un momento la vista hacia atrás. Hemos encontrado una serie de conflictos típicos resueltos de un determinado modo cada uno de ellos en las decisiones o en los textos normativos. Estos conflictos sustancialmente eran cuatro:

a) Las mutaciones que produce en la configuración de los predios una corriente de agua (aluvión, avulsión, *alveus derelictus*, *insula in-flumine nata*).

b) El conflicto de intereses que surge por el hecho de una edificación, de una plantación o de una siembra (*inaedificatio*, *plantatio*, *satio*), cuando el que edifica, planta o siembra no es el dueño del terreno o de los materiales, plantas o semillas empleados.

c) El conflicto de intereses planteado por una unión mecánica de cosas inseparables (*soldadura*, *ferruminatio*, *adplumbatio*).

d) El conflicto de intereses surgido cuando una persona altera con su trabajo la sustancia de la cosa de otro, convirtiéndola en una cosa distinta (*scriptura*, *tinctura*, *textura*, *pinctura*).

Sobre estos elementos se construye en el Derecho común la teoría de la accesión cuya configuración doctrinal se produce por dos caminos distintos:

a) La doctrina señalará que la accesión es un modo de adquirir la propiedad. La idea dominante es que la figura de la accesión supone, ante todo, una adquisición de un nuevo derecho de propiedad sobre el todo resultante de la unión de dos cosas inseparables. El fundamento de una adquisición semejante reside en un vasto concepto del poder de atracción real, que es una de las más salientes características de la propiedad, según la concepción dominante. De esta manera, el *dominium* sobre una cosa—normalmente un fundo—no permite la coexistencia de un concurrente dominio de otra persona sobre la misma cosa o sobre una parte de la misma cosa. La propiedad—observa Russo (8)—atrae a su órbita a la cosa de otro, realizando una verdadera y propia expropiación. O bien, como dice FERRANTI (9), se contrapone a la atracción personal la atracción real de una cosa en la esfera del derecho de propiedad a la cual otra está sujeta. Este amplio concepto del poder absorbente de la propiedad, del poder expansivo de la propiedad, inspira toda una manera de concebir la teoría de la accesión.

Según esta idea, la accesión sería un modo unitario de adquisición de la propiedad, es decir, un hecho determinante de la adquisición por el dueño de una cosa considerada como principal de todo aquello que viene a unirse o a incorporarse a esta cosa de una manera inseparable.

Todavía dentro de esta dirección, que entiende la accesión como un modo de adquisición de la propiedad, cabe subdistinguir dos tendencias distintas: una, que engloba en la idea de accesión todos los fenómenos hasta ahora descritos (sistema de nuestro Código civil); otra que separa como modos de adquirir distintos la accesión, la especificación y la *conmixtion*, entendiendo que en estos dos últimos casos no hay verdadera conjunción de cosas, por lo que se trata de fenómenos claramente distintos de la accesión (sistema del Código italiano).

(8) RUSSO, *Accessione (Diritto Civile)*, en «Nuovo Dig.», citado.

(9) FERRANTI, *Commentario del Codice Civile*, Libro della Proprietà Milán, 1943.

Ello viene a revelar, una vez más, la falta de interna unidad que hay en toda la teoría de la accesión. Porque es cierto que en la accesión se realiza normalmente una adquisición de la propiedad, pero esta adquisición de propiedad no es nunca la medula de la situación jurídica tenida en cuenta por la norma, sino el resultado final de ella, la vía de solución del conflicto de intereses. Así como en la ocupación y en la tradición, la adquisición es el centro de gravedad de toda la situación jurídica, tanto desde el punto de vista mecánico como desde el funcional, en la accesión esto no ocurre así. En la accesión, la adquisición deviene por vía indirecta, como manera de solucionar el conflicto planteado.

Por otra parte, vale la pena observar también que el fenómeno adquisitivo es sólo una de las caras o una de las vertientes del problema, que va casi siempre unida a un fenómeno extintivo —una pérdida de la propiedad de otro—, por lo cual la sistematización de la accesión entre los modos de adquirir la propiedad proporciona únicamente una visión unilateral de un fenómeno que tiene más amplias repercusiones.

Siguiendo esta vía de análisis, podemos observar también que en algunos casos particulares, englobados usualmente bajo la idea de accesión, no se produce adquisición o pérdida del dominio, sino situaciones especiales: así, la comunidad especial de que habla el artículo 381 del Código civil o la situación de carácter intermedio y transitorio caracterizada por la atribución de un derecho de opción de que habla el artículo 361 en relación con el 453 del Código civil.

Finalmente, cabe añadir—y éste es el punto de vista de que se ha partido en el presente ensayo—que los llamados casos de accesión no entrañan solamente una modificación del régimen de las propiedades que entran en colisión, sino también de los derechos reales existentes sobre las cosas. Así, del usufructo (art. 479), de la enfiteusis (art. 1.632), de la hipoteca (art. 1.877), etc.

b) El segundo de los caminos emprendidos en la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de la accesión como figura unitaria, era la idea del «derecho de accesión», que es la que preside esta materia en nuestro Código civil. Según esta idea, la accesión sería un derecho subjetivo, o quizá mejor, una facultad:

que forma parte integrante del contenido del derecho subjetivo de propiedad. Esta facultad tendria por objeto una ampliación de la base objetiva del propio derecho respecto de todo aquello que queda unido inseparablemente a la cosa objeto del mismo.

Pero también esta idea del derecho de accesión o de la facultad de accesión debe rechazarse. Porque lo cierto es que un derecho subjetivo o una facultad jurídica son, ante todo, formas de poder jurídico, cuyo ejercicio y defensa quedan confiadas al arbitrio de la persona. Para que la accesión fuese un derecho o una facultad del propietario tendria que existir un poder de la persona de provocar una expansión de su propio dominio. Y en la mayor parte de los casos no existe esto, porque, o bien se trata de fenómenos puramente mecánicos, en los cuales la decisión personal no juega ningún papel (aluvión, avulsión, etc.), o bien se trata de actos en que si bien interviene originariamente la voluntad del hombre (verbigracia, la edificación en terreno ajeno), este acto de voluntad no es valorado como ejercicio de un poder (el edificante, en rigor, comete un acto objetivamente ilícito al invadir el terreno ajeno). Y cuando se atribuye al interesado un poder de decidir sobre la situación jurídica, este poder tiene un contenido muy diverso: hacer suya lo obra, destruirla, ser indemnizado, reivindicar los árboles arrancados, etc.

Todo esto lleva, a mi juicio, a una conclusión: no es posible construir desde un punto de vista conceptual unitario una teoría de la accesión como un modo de adquirir la propiedad o como una facultad derivada del derecho de dominio. Nos encontramos más bien ante una serie de fenómenos que comportan modificaciones o vicisitudes en la composición o contextura de las cosas y, consiguientemente, en las relaciones jurídico-reales que se dan sobre ellas. Son fenómenos que se originan por un hecho natural o por un hecho del hombre y que dan lugar a típicos conflictos de intereses que el ordenamiento jurídico trata de resolver. Por esto no puede decirse que en la base del llamado derecho de accesión esté el poder absorbente de la propiedad. Para desmentirlo, bastará considerar que el especificante de buena fe adquiere el dominio (art. 383, C. c.) y que el edificante de buena fe puede también llegar a adquirirlo (art. 361, C. c.). El fundamento de todos estos fenómenos debe encontrarse, por una parte, en la idea de la

función social de la propiedad, de tal manera que cualquiera que haya sido el origen de la situación conflictual, el resultado debe valorarse objetivamente en la forma que produzca un mayor beneficio de la comunidad, y, por otra parte, en que en la colisión de intereses debe entrar en juego la idea ética de buena o de mala fe.

2. En la doctrina de los autores es frecuente establecer muchas clasificaciones de los diferentes tipos de accesión. La mayor parte de estas clasificaciones carecen de un valor normativo directo y tienen solamente un carácter escolar. No será ocioso, sin embargo, examinarlas con objeto, sobre todo, de poner de relieve y subrayar algunos de los puntos que hemos tratado de dejar sentados en la exposición precedente:

a) Los autores distinguen, en primer lugar, una accesión discreta y una accesión continua (10). La primera, según se dice, es aquella que se produce «de dentro hacia afuera», mientras que la segunda se produce «de fuera hacia adentro». Mediante la primera de ellas, el propietario de una cosa hace suyos por accesión los frutos y demás productos que nacen y se desarrollan en la misma cosa (art. 353 C. c.). Mediante la segunda, el propietario hace suyas aquellas cosas que quedan unidas o incorporadas a la que es objeto de su dominio.

Esta clasificación debe abandonarse. Hemos puesto de relieve con anterioridad cómo la llamada accesión discreta pertenece en rigor al régimen jurídico de adquisición de los frutos de una cosa y no tiene nada que ver con la llamada accesión continua, ni, por tanto, con la teoría de la accesión. No parece necesario volver a insistir sobre ello.

b) Recientemente, BRANCA y MONTEL han distinguido entre una accesión vertical y una accesión horizontal (11). Bajo el primer calificativo se comprenderían todos aquellos casos de accesión constituidos por la realización de obras en un fundo—de ahí la denominación de «vertical»—, gobernados por el principio *super-*

(10) Cfr. por todos los autores CASTÁN COBEÑAS. *Derecho civil español*, 10.^a edición, Madrid, 1964, págs. 247 y sgs.

(11) BRANCA, op. y loc. cit., págs. 261 y sgs.; MONTEL, *Accessione (Diritto Civile)*, en «Noviss. Dig. It.», vol. I, págs. 133 y sgs.

ficies solo cedit. Dentro del segundo grupo se incluirían todos los demás casos de accesión, dominados por la regla *accessorium sequitur principale*.

La utilidad de esta distinción parece muy escasa. No es lo más grave la arbitrariedad de la terminología—horizontal y vertical—, empleada en un sentido figurado, sino que sólo permite separar los casos de edificación, plantación y siembra, frente a todos los demás.

c) Desde otro punto de vista se ha distinguido entre una accesión mobiliaria y una accesión inmobiliaria, según que la conjunción se produzca entre cosas muebles o entre cosas inmuebles, a lo cual se añade, en ocasiones, un tercer tipo, llamado de accesión mixta, para comprender el caso de unión o conjunción de una cosa mueble a otra inmueble.

Esta clasificación es criticada, sobre todo, por los autores que entienden que la llamada accesión mobiliaria no es una verdadera y propia accesión, y que los casos de especificación y de conmixtión no forman, en realidad, parte de la teoría de la accesión.

d) Se distingue también entre una accesión natural y una accesión artificial o industrial. La accesión se llama natural cuando el hecho causante de la unión o de la incorporación es un hecho en el que no ha tenido parte alguna la voluntad del hombre y ha sido debido al devenir de las fuerzas de la naturaleza. Dentro de la llamada accesión natural se coloca usualmente la «accesión fluvial», originada por la fuerza de las corrientes de agua, única que nuestra Ley ha previsto de una manera especial. La accesión es industrial cuando el hecho causante de la unión o de la incorporación ha sido debido a un acto del hombre—construcción, especificación, mezcla, etc.—.

Esta clasificación es importante desde el punto de vista del derecho positivo, porque así como la situación jurídica creada por las fuerzas de la naturaleza es regulada y valorada de una manera objetiva, en la situación creada por un acto del hombre han de ser tenidos en cuenta elementos de tipo subjetivo, como son, por ejemplo, la intención, el error, la culpabilidad.

e) Por último, la doctrina distingue la accesión mediata y la accesión inmediata. Una accesión se llama inmediata cuando la

adquisición de propiedad en que desemboca el fenómeno de accesión se produce *ipso iure* y automáticamente—por ejemplo, aluvión—. Es, en cambio, mediata cuando el hecho causante no origina automáticamente una mutación de la propiedad, sino simplemente una situación transitoria en la cual se atribuye a una de las partes un derecho potestativo o derecho de adquirir el incremento, o bien un derecho de opción, de tal manera que sólo con el ejercicio de este derecho se consuma la mutación real.

3. Antes de entrar en el estudio de cada uno de los casos que la doctrina científica y el Código civil engloban bajo la rúbrica unitaria de accesión, convendrá dar una sumaria idea de las reglas o principios que inspiran en nuestro derecho positivo los particulares conflictos de intereses creados por estas situaciones.

Estas reglas o principios son los siguientes:

1º. El principio de buena fe (arts. 360-365, 375, 379, 382 y 383, C. c.).

2º. El principio *accessorium sequitur principale* (arts. 375 y 376, C. c.).

3º. El principio *superfices solo cedit* (arts. 358 y 359, C. c.).

a) El primero de los principios mencionados es el principio de buena fe. Este concepto de buena fe, según se ha puesto de manifiesto (12), es uno de los más difíciles de aprehender en la ciencia del Derecho privado, y es además uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a más larga y enconada polémica. Es por otra parte, una idea de muy frecuente utilización por el legislador al tratar de las más variadas instituciones (matrimonio, posesión, contratos, sociedad, pago, etc.).

Dos concepciones parecen reñir la batalla, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: aquella que entiende que buena fe significa honradez subjetiva de una persona, normalmente originada por la creencia errónea de que su conducta no es contraria al ordenamiento jurídico, y aquella otra para la cual buena fe alude, ante todo, a un conjunto de reglas objetivas de honradez en el tráfico o en el comercio jurídico.

(12) Vid. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona, 1963, págs. 134 y siguientes.

En realidad, estas dos tendencias se corresponden con las dos direcciones doctrinales más importantes, formuladas en relación con la idea de buena fe: la que la concibe como un puro hecho psicológico (13), es decir, como un estado de ánimo o como una creencia u opinión, y la que le atribuye un carácter predominantemente ético como rectitud u honradez moral de una conducta (14).

Tratando de superar esta dualidad, algunos autores han apuntado lo que podría denominarse una dirección normativista de la buena fe. La buena fe, se dice (15), más que un estado de ánimo subjetivo, es una auténtica norma de conducta, una norma a integrar en cada caso con criterios extraídos de la conciencia social (16) o, si se prefiere, «un complejo de normas jurídicas que, careciendo de una formulación positiva concreta, son reunidas bajo esta designación impropia y ocasionada a equívocos» (17).

A mi juicio, conviene distinguir entre la norma jurídica—principio general del Derecho—que impone el deber de comportarse de buena fe y la buena fe en si misma considerada. Objetivamente, la buena fe no es una norma, sino una conducta, esto es, una actitud adoptada por una persona dentro de una situación jurídica, aquella conducta que revela la posición moral de la persona respecto a la situación jurídica (18). La buena fe es lo que se ha podido llamar un «standard jurídico», es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como buena, o también la conducta social que la conciencia de una comunidad exige en una situación jurídica conforme al imperativo ético existente en ella. Esta conclusión es importante, porque para que exista buena fe no basta entonces un simple error o una mera creencia, sino que es menester que el que lo ha sufrido haya realizado esa conducta que la concien-

(13) Esta dirección parte fundamentalmente de la obra de WAECHTER, *Die Bona Fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig, 1871.

(14) BRUNS, *Das Wesen der Bona Fides bei der Ersitzung*. Berlín, 1872; BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria del errore*, en «Scritti», Torino, 1926, V, págs. 717 y sgs.

(15) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*. Madrid, 1955, pág. 244

(16) COSSIO, en el lugar citado

(17) COSSIO, *ibid.*

(18) CASTRO, *Derecho civil en España*. Madrid, 1949, I, pág. 623, nota.

cia social reclama: en particular, que haya obrado diligentemente y que, por tanto, su error sea un error excusable.

En el sentido descrito, la buena fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico: a) como un presupuesto o como una causa de limitación de los derechos subjetivos y de los poderes jurídicos en general que deben ser siempre ejercitados de buena fe; b) como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, según la naturaleza de la relación jurídica existente entre las partes y la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico; c) como una causa de exoneración de la sanción que el ordenamiento jurídico impone a un acto jurídicamente irregular e incorrecto; d) como una causa que, aun en el caso *sub c)*, permite a la persona una pretensión de enriquecimiento frente a otra o una pretensión de conservación de las atribuciones patrimoniales recibidas.

Desarrollando este esquema, las tres situaciones típicas de valoración de la buena fe en el Derecho privado pueden ser descritas de la siguiente manera (19). En un primer grupo de casos (cfr. arts. 1.107, 1.258, 1.688, 1.705, C. c.), buena fe significa fundamentalmente rectitud y hondarez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y, por tanto, en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos. En un segundo grupo de casos, buena fe significa confianza en una situación jurídica aparente que permite en un negocio jurídico de disposición creer al atributario en la legitimación y en el poder de disposición del atribuyente. La buena fe se liga aquí con la confianza en la apariencia jurídica (20). La persona no incide en error sobre la licitud de su propia conducta, sobre su propia titularidad o su derecho, sino en error sobre la titularidad o derecho de su contrario y confía en el significado de la apariencia (cfr. arts. 464, 1.164, 1.298, 1.473, C. c.). Hay, finalmente, otro grupo de casos en que la buena fe es considerada como la ignorancia nacida de un error excusable de la lesión que se está ocasionando en un derecho o en

(19) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. Milano, 1953, I, págs. 65 y siguientes.

(20) LADARIA, *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona, 1952, pág. 145.

un interés jurídicamente protegido de otra persona, es decir, ignorancia de la antijuridicidad del propio acto o, mejor, convicción de la legitimidad del propio acto. Hay entonces un acto que, en sí mismo considerado, es objetivamente antijurídico, y que, sin embargo, la persona ha realizado, creyendo en la regularidad y en la rectitud de su comportamiento (cfr. arts. 69, 433, 451, 1.487, 1.529, 1.778, 1.897, C. c.).

Cuando hablamos de buena fe en materia de accesión, es evidente que nos estamos refiriendo a esta última idea. Buena fe significa que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena, ignora, por error excusable, el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud. En definitiva, significa esto: que el que edifica, planta o siembra en terreno ajeno o con materiales ajenos, o el que emplea para su obra una materia ajena, o el que mezcla con la propia una cosa ajena, ignora, por error excusable, que las cosas son ajenas y cree que son propias o, por lo menos, cree tener sobre ellas un derecho que le permite realizar aquellos actos. Se comprende en seguida cómo la buena fe es un elemento decisivo para resolver el conflicto de intereses planteado en toda accesión industrial. La buena fe es no sólo una causa de exoneración de la sanción, sino también un factor determinante de una importante consecuencia jurídica: el edificante, el especificante, el autor de la mezcla son titulares de una pretensión destinada a restablecer el equilibrio patrimonial que su acto rompe, y nace una obligación *ex lege*, a cargo del enriquecido para restablecer este equilibrio patrimonial. La accesión es así una fuente de una relación obligatoria de origen legal.

b) La segunda regla que conviene tener en cuenta en la solución de los problemas que nos ocupa es la regla *accessorium sequitur principale*. Esta regla parte de la existencia de una relación de principalidad y accesoriedad entre las cosas: entre dos cosas cualesquiera, una de ellas ocupa una posición preeminente y la otra una posición subordinada. La subordinación puede venir por razón de una normal dependencia funcional o de un ocasional contacto entre ellas. En nuestro caso, la nece-

idad de determinar la principalidad y la accesoriedad provienen del hecho de la incorporación de varias cosas en una sola.

La relación de accesoriedad se determina en nuestro derecho positivo atendiendo, en primer lugar, al destino económico de las cosas y al rango social de este destino. Este primer criterio del destino económico como elemento decisivo para determinar la accesoriedad de las cosas se encuentra en el artículo 376 del Código civil, aunque defectuosamente expresado. Es accesoría la cosa que se une a otra «por adorno o para su uso o perfección». La locución es ejemplificativa, mas dentro de ella late el rango del destino económico de las cosas. En defecto, de este criterio se sigue el del valor pecuniario—se considera principal la más cara—, y últimamente el del volumen—la más grande—(cfr. art. 377, Código civil).

La regla *accessorium sequitur principale* significa que, en un supuesto de inseparable unión de cosas, las accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen de la principal. Se trata de un criterio de hondo sentido empírico que pondera el valor económico-social que en cada caso debe atribuirse a las cosas.

c) La tercera regla es la que se encierra en la máxima *superficies solo cedit*, que se suele entender como una singular aplicación de la regla anterior y significa que en la relación entre el suelo y lo que se encuentra encima de él—construcciones, plantaciones, etc.—el suelo es siempre la cosa principal.

El principio *superficies solo cedit* se encuentra en nuestro Derecho positivo enunciado en el artículo 358 del Código civil: «Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras y reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos.» Además: «Se presumen las obras hechas por el propietario y a su costa mientras no se pruebe lo contrario» (art. 359, C. c.).

Todo lo que se encuentra encima del suelo—*superficies*—debe seguir el mismo régimen jurídico que el suelo: el propietario del suelo hace suyas las construcciones realizadas sobre el suelo. Se habla, por ello, según hemos visto, de un poder absorbente y expansivo del dominio del suelo sobre todo lo que penetra en su órbita.

Pero seguramente lo que debe tenerse en cuenta en este punto

no es tanto ese dogmático poder absorbente del dominio del suelo, que responde a ideologías en trance de superación, sino un criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obra que es socialmente útil (21) y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes.

Desde algún punto de vista, el principio *superficies solo cedit*, como derivación de la regla *accessorium sequitur principale*, representa hoy en día un anacronismo. No puede generalizarse la idea de que la tierra es siempre lo principal, y lo construido sobre ella lo accesorio. De hecho, la tierra no es otra cosa que un elemento que debe ligarse con otros para que la utilidad social aparezca. Puede ocurrir incluso que el valor social y económico de la construcción sea muy superior al valor del suelo en sí mismo considerado, que haya necesitado una inversión de capital superior al valor económico atribuible al suelo y en todo caso una iniciativa o idea empresarial que debe también tenerse en cuenta adecuadamente. Por supuesto que esto no quiere decir que el constructor de buena fe por este solo hecho debe hacer suyo el suelo en que construye, pero sí que no se vé ninguna razón seria para modificar en este punto los esquemas según los cuales *accessorium sequitur principale*, respecto de los cuales sólo una anticuada mentalidad puede pensar que *necesariamente* la tierra es lo principal.

A mi juicio, la idea de que *superficies solo cedit* debe desterrarse y se deben conjugar únicamente la valoración de la buena o mala fe de la persona y la valoración de la relación accesorio-principal, admitiendo, por regla general, que no tiene que serlo la tierra, sino que en ocasiones puede serlo perfectamente la construcción montada sobre ella. Piénsese, desde este punto de vista, que la tierra funcionalmente es siempre un accesorio—el soporte de una construcción—y que no es justo que la creación de riqueza y de utilidad social que el acto de construcción lleva siempre consigo, sobre todo cuando lo realiza un constructor de buena fe, dé lugar a un derecho del dueño de un suelo menos

(21) Sobre este punto, vid. BALLARÍN, *El Código civil y la agricultura*, en «Rev de Estudios Agrosociales», 2, 1953, págs 7 y sgs. y BERLIRI, *Obiezioni al dogma «superfices solo cedit»*, en «Temì emiliana», 1932, II, pág. 1.

valioso que la obra, para adquirir ésta, eligiendo, además, entre abonar el estricto gasto realizado o el aumento de valor recibido.

4. Pasando ahora a estudiar cada uno de los conflictos típicos que nuestra tradición jurídica sitúa bajo la rúbrica genérica de accesión, analizaremos la hipótesis denominada de «construcción» realizada en terreno ajeno o con materiales ajenos. Es claro, creo, que aunque nuestro Código habla de edificación, plantación y siembra, la idea de construcción le conviene mejor al supuesto, en primer lugar, porque engloba las tres hipótesis que el Código diferencia, aunque para someter a un único régimen jurídico, y en segundo lugar, porque la idea de construcción es más extensa que la de edificación, pues no se refiere sólo a la realización de un edificio, sino de cualquier otra obra permanente y definitivamente asentada sobre el suelo: toda obra que se incorpora al suelo y se integra con él (por ejemplo, un camino, una carretera, un estanque, etc.), es decir, lo que el artículo 334 del Código civil llama «construcciones de todo género adheridas al suelo».

Para resolver el problema planteado, el Código parte de una norma de facilitación de la prueba (art. 359 C. c.), como es la presunción *iuris tantum* de que el autor de la obra es el dueño del suelo, salvo prueba en contrario, pero inmediatamente subdistingue dos cuestiones, que son, a saber: a) la construcción emplazada en suelo ajeno, y b) el empleo en una construcción de materiales ajenos.

a) La construcción en suelo ajeno puede ser una construcción totalmente emplazada sobre el suelo ajeno o una construcción extralimitada, es decir, montada en parte sobre terreno propio y en parte sobre terreno ajeno. Nuestro Código civil solamente regula la primera de las hipótesis mencionadas. Más adelante veremos también cómo puede resolverse la segunda.

Para solucionar el conflicto que surge por el hecho de que una construcción se realice sobre terreno ajeno, el Código toma como elemento decisivo la buena o mala fe. La buena fe del constructor es, según sabemos, una errónea creencia, nacida de un error excusable, sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título

que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir. La buena fe del dueño del terreno consiste en su diligencia para desvanecer el error del constructor. Nuestro Código civil considera que la mala fe del dueño del terreno consiste en la falta de una tempestiva oposición a la obra, no obstante serle conocida (cfr. art. 364, 2, C. c.). Se trata, pues, de una conducta omisiva que es interpretable hasta cierto punto como aquiescencia: haberse ejecutado la obra—dice el Código—a su vista, ciencia y paciencia.

Ocorre, sin embargo, algo que si bien se mira resulta sobremanera curioso. El juego de la actitud de ambos interesados permite cuatro combinaciones: buena fe de ambas, mala fe de ambos, buena fe del dueño y mala fe del constructor, buena fe del constructor y mala fe del dueño. Nuestro Código reduce, sin embargo, estos casos a tres, pues la mala fe del dueño no es tenida en cuenta más que para compensar la mala fe del constructor. Frente al constructor de buena fe, la buena o mala fe del dueño del terreno resulta indiferente. La situación no resulta enteramente justa, y acaso en una futura reforma legislativa conviniere tener en cuenta este matiz (22).

Si el constructor ha actuado de buena fe, el dueño del terreno tiene un derecho que le permite optar entre hacer suya la obra u obligar al constructor a adquirir el terreno. El dueño del terreno ostenta en un caso semejante un derecho que puede ser calificado como un derecho potestativo o de configuración jurídica, esto es, un poder de decidir mediante un acto de su voluntad la situación jurídica general del fundo.

El acto de ejercicio de ese derecho de configuración define la situación jurídica del fundo. En tanto este poder jurídico del dueño del terreno no es ejercitado existe una situación interina o intermedia de perfiles muy borrosos. El constructor será un poseedor de buena fe del terreno, o de la obra al menos, en el

(22) ALBALADEJO (*Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Barcelona, 1964, página 194) plantea el tema, ofreciendo como solución de equidad que cuando el dueño del suelo es de mala fe y el constructor de buena fe, el dueño del suelo pierda éste, o por lo menos adquiera el incorporante un derecho a usarlo sin abonar nada por él. Para una solución semejante en la jurisprudencia anglosajona en relación con la doctrina del estoppel, vid. mi citado libro *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1963.

caso de que haya perdido la buena fe inicial. La adquisición de la propiedad de la obra por el dueño del suelo en la mecánica del artículo 361 no parece que sea automática e inmediata, pues el precepto habla, como sabemos, de un «derecho a hacer suya la obra».

Tampoco regula el Código el régimen jurídico de ese acto de ejercicio del derecho de configuración. Por lo que se refiere a la forma, parece admisible, al menos *prima facie*, tanto una declaración de voluntad expresa como una declaración de voluntad tácita—verbigracia, aprovecharse de la obra, disfrutarla, poseerla como dueño, etc.—. Tampoco señala el Código cuáles pueden ser las consecuencias de un continuado inejercicio y si el derecho del artículo 361 está sometido a algún plazo de prescripción o de caducidad, por lo cual habrá que entenderlo sometido a la prescripción extintiva de las acciones reales, pues real parece que es la acción del dueño del suelo, aunque relacionándola con una eventual y posible usucapión del constructor, que en nuestra hipótesis es un constructor de buena fe.

Cabe cuestionar si el ejercicio del derecho del artículo 361 es, desde el punto de vista de la capacidad y de la legitimación para realizarlo, un acto de administración o un acto de disposición, lo que puede tener importancia, por ejemplo, en los casos en que el dominio del suelo pertenezca en común a varias personas o a una comunidad matrimonial (verbigracia, gananciales) o a una persona cuya capacidad de obrar se encuentre limitada (verbigracia, mujer casada, menor emancipado) o para decidir las facultades de un apoderado del dueño del suelo. A mi juicio, la opción por adquirir la obra entra dentro de los actos de ordinaria administración. La opción por imponerle la adquisición al constructor supone, en cambio, una enajenación.

Las alternativas del ejercicio del derecho que el dueño del suelo tiene ex artículo 361 del Código civil, son dos: adquirir la obra o imponerle la adquisición al constructor. La adquisición de la obra se realiza, dice el Código, «previa la correspondiente indemnización establecida en los artículos 453 y 454». Para ello, hay que decidir si la obra constituye respecto del fundo una mejora útil o una mejora de lujo. Si se trata de una mejora útil, el dueño del terreno debe pagar, a su elección, el importe del gasto

realizado o el aumento de valor experimentado por el fundo, y el constructor tiene entre tanto derecho de retención (cfr. artículo 453, C. c.), mientras que, en cambio, si la mejora es de lujo, la indemnización consiste en el importe del gasto, y el constructor no tiene derecho de retención. La segunda alternativa a que conduce el artículo 361 es una adquisición del terreno por el constructor, hipótesis a la que se ha llamado de «accesión invertida», aunque, en realidad, en este caso no hay verdadera accesión, porque la adquisición procede de un acto del propietario del suelo a quien la Ley faculta para imponerla. En rigor, aquí nos encontramos en presencia de una compraventa del suelo, que es unilateralmente forzosa o excepcionalmente, cuando se trata de una siembra. de un arrendamiento. El dueño del suelo puede imponer al constructor una compraventa o un arrendamiento.

El constructor de mala fe no tiene derecho alguno. Pierde lo edificado, plantado o sembrado, y no puede reclamar indemnización. El dueño del terreno puede optar por consolidar la adquisición de la obra o exigir su demolición. En este último caso, los gastos que ocasione la demolición debe satisfacerlos el constructor.

Prevé finalmente el Código el caso de mala fe reciproca, que resuelve compensando culpas y aplicando las mismas normas que en la construcción de buena fe.

La construcción extralimitada es un supuesto de hecho distinto del de construcción totalmente asentada sobre terreno ajeno. Aquí el constructor asienta solamente una parte de su obra sobre terreno ajeno. Es, evidentemente, un supuesto de hecho mucho más difícil de resolver que los anteriores, teniendo en cuenta, además, que el Código no lo ha contemplado. Las reglas relativas a la construcción en terreno ajeno encuentran aquí una aplicación muy difícil. Aunque el constructor haya obrado de mala fe es muy difícil condenarle a la demolición de toda la obra. Y si ha obrado de buena fe, ¿qué cosa adquiere o puede adquirir el dueño del terreno invadido? ¿Acaso una parte proporcional o una cuota en condominio? El Código civil italiano establece que si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción de un fundo contiguo y el propietario del terreno no formula oposición dentro de los tres meses siguientes al día en que tuvo co-

mienzo la construcción, el juez, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado, pero en este caso el constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada y a resarcirle los daños y perjuicios.

Entre nosotros, DE LA PLAZA (23) propugnaba un sistema de arbitrio judicial, criterio que no parece que encuentre un apoyo muy sólido en el Derecho positivo. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha apuntado la idea, que parece fructífera, de entender inaplicable a tales casos la regla *superficies solo cedit*, sustituyéndola por la más general de *accessorium sequitur principale*, que permite considerar que la construcción extralimitada puede ser en muchos casos lo principal en relación con el terreno invadido (24).

b) El empleo de materiales ajenos en una construcción lo regula el artículo 360 del Código civil. Se trata de un acto objetivamente ilícito, pues constituye una apropiación de cosas ajenas, que conduce, sin embargo, a una creación de riqueza y de utilidad social. Se produce, al mismo tiempo, una transformación del objeto apropiado que pasa a formar parte sustancial o constitutiva de otra cosa, de tal manera que para restituir los materiales a su verdadero dueño se hace necesario destruir o menoscabar la obra ejecutada con daño de lo que hemos denominado su valor social. Cuando la restitución puede hacerse sin menoscabo de la obra, el dueño de los materiales conserva su derecho y puede retirarlos (art. 360, C. c.). Mas cuando la restitución sólo es posible con menoscabo de la obra, el dueño del suelo hace suyos los materiales. Se consuma, por tanto, una pérdida del dominio de los materiales. El ex dueño de los materiales tiene un derecho de crédito contra el dueño del terreno dirigido a obtener el abono del valor de los mismos y una pretensión de indemnización de daños y perjuicios en el caso de que hubiese habido mala fe.

La consecuencia jurídica es independiente del título en virtud del cual tuviera en su poder los materiales el que los utilizó—ver-

(23) DE LA PLAZA, *Construcciones sobre suelo ajeno*, «R. D. P.», 1947, páginas 439 y sgs.

(24) Es fundamental la Sentencia de 31 de mayo de 1949.

bigracia, compraventa a *non domino*, depósito, pago de lo indebido, hurto, etc.—, y es independiente también de quién sea la persona del constructor. Para el Código, el autor de la obra en que se utilizan los materiales ajenos es el dueño del terreno «por si o por otro»—aclara—, pensando que el dueño del terreno puede valerse de un contratista o de un grupo de trabajadores. Cabe pensar, sin embargo, que la obra ha sido realizada por persona distinta del verdadero propietario, como, por ejemplo, por el titular de un *ius in re aliena*—verbigracia, un usufructuario—o por un poseedor de buena fe no propietario. En este caso, la deuda de abono del valor de los materiales, que es una deuda de enriquecimiento, pesa sobre el propietario, que es quien, en definitiva, los adquiere y se enriquece—sin perjuicio de la repercusión que ello pueda tener en la relación *inter partes*—. La indemnización, en cambio, alcanza al causante del daño.

Por lo que respecta a la cuantía de la prestación, se respeta el posible acuerdo de los interesados y, en su defecto, se acude a la decisión judicial.

5. La especificación—de *speciem mutare, speciem facere*— tiene lugar cuando una persona que no es el propietario de una cosa ni actúa de acuerdo con el dueño, pone en ella su trabajo y la convierte en otra cosa esencialmente distinta. Son clásicos como ejemplos de especificación los casos de transformación de un bloque de mármol en una estatua o de una cierta cantidad de uvas en vino.

Es discutida doctrinalmente la naturaleza jurídica de la especificación. En el Derecho romano se la consideró como un modo de adquirir la propiedad originario, pero autónomo y *sui generis*, diferenciado, por tanto, de los supuestos de accesión. La misma posición mantuvo la antigua doctrina romanista y mantiene en la actualidad una parte de la doctrina civilista.

Nuestro Código civil, y, por ello, nuestros autores, consideran la especificación como una subespecie de la accesión. El artículo 383, que es el precepto en que nuestro Código civil regula la especificación, está comprendido dentro del capítulo referente a la accesión y dentro de una Sección que encabeza la rúbrica «del derecho de accesión respecto a los bienes muebles». Sin embargo,

si la accesión se produce, como dice el artículo 353 del Código civil, cuando a una cosa se le une o incorpora, natural o artificialmente, otra cosa distinta, resulta claro que en la especificación no puede haber accesión, pues, conforme al artículo 383 del Código civil, la especificación es la adquisición de propiedad que se produce cuando se emplea una materia ajena para formar una obra de nueva especie.

La solución del conflicto de intereses planteado en los casos de especificación ha sido siempre muy debatida. Es famosa la antigua polémica romana entre sabinianos y proculeyanos. Los proculeyanos, muy influidos por las ideas peripatéticas, identificaron forma y esencia, y de ello derivaban una atribución de la propiedad al transformador, pues él era el creador de la *nova species*. Los sabinianos, en cambio, basados en ideas recibidas de la filosofía estoica, concedían mayor importancia a la materia y atribuían por ello la propiedad de la nueva cosa al dueño de la materia. El Derecho justiniano adoptó una solución ecléctica. Si la materia podía volverse a su antiguo estado la propiedad se atribuye al dueño de la materia. Si la materia no puede restituirse a su antiguo estado, adquiere la propiedad de la cosa el especificante por regla general. No la adquiere, sin embargo, cuando la materia es una *res* furtiva o cuando la especificación se ha hecho de mala fe.

Nuestro Código civil, que, como ya sabemos, regula esta forma de adquirir en el artículo 383, distingue dos supuestos distintos, según que la especificación sea de buena o de mala fe.

La especificación es de buena fe cuando el especificante ignora, en virtud de un error excusable, que la materia que utiliza es ajena o, aun sabiéndolo, cree que puede utilizarla lícitamente. Si la especificación es de buena fe, el especificante adquiere la propiedad de la obra (cfr. «hará suya la obra»). El dueño de la materia adquiere un derecho de crédito dirigido a obtener el abono del valor de la materia empleada.

Sin embargo, cuando el valor de la materia empleada es superior al de la nueva especie, el dueño de la materia puede elegir entre quedarse con el nuevo objeto abonando al especificante el valor del trabajo o reclamar el pago del valor de la materia.

Cuando la especificación es de mala fe, el dueño de la mate-

ria tiene derecho a apropiarse de la nueva especie sin pagar nada por ella o a exigir al especificante que le pague el valor de la materia empleada y le indemnice los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

6. Se habla de confusión o de conmixti6n en las fuentes romanas cuando se mezclan o confunden dos cosas del mismo género (verbigracia, trigo) pertenecientes a distintos propietarios: *quodsi frumentum tuum frumento Titii mixtum fuerit*. Se reserva, por lo general, el nombre de confusi6n para las mezclas de líquidos y se utiliza el de conmixti6n para designar las mezclas de sólidos.

Sin embargo, no es aquel concepto el que ha pasado a nuestro Código civil. Los artículos 381 y 382 expresamente hablan de una mezcla de cosas que son de «igual o diferente especie». Por esto, la doctrina moderna define la confusi6n como la uni6n de dos cosas que no pueden separarse ni distinguirse.

La naturaleza jurídica de esta figura ha sido también objeto de discusi6n. Frente a los supuestos típicos de accesi6n, ocurre que aquí no puede hablarse de una cosa principal y de otra accesoría. No hay tampoco especificaci6n, puesto que no se forma un objeto nuevo.

La consecuencia normal de la mezcla es la constituci6n de un condominio entre los propietarios de las cosas mezcladas. Cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que a cada uno corresponde en la mezcla atendido el valor y la cantidad de las cosas mezcladas o confundidas. Pero como en los demás casos de copropiedad se podrá utilizar la *actio communi dividundo* para hacer cesar la indivisi6n.

Únicamente cuando el que hizo la mezcla o confusi6n obró de mala fe, pierde la cosa mezclada o confundida y la adquiere el dueño de la cosa con la que se hizo la mezcla, quien, además, tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados.

7. Después de haber aislado los casos de edificaci6n, plantaci6n y siembra, los de especificaci6n y los de mezcla, la figura de la «uni6n de cosas» queda perfectamente delimitada en el supuesto contemplado por el artículo 375 del Código civil: «Cuando dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños se unen de tal manera que vienen a formar una sola.» En la doctrina se suele

exigir como requisito de la unión la inseparabilidad de las cosas unidas, o por lo menos el hecho de que la separación origine un grave detrimento o perjuicio. No es éste, sin embargo, el criterio de nuestro Código, según el cual cabe la hipótesis de una unión de cosas que sean perfectamente separables incluso sin detrimento (unión meramente funcional; cfr. art. 378, C. c.).

El conflicto que se plantea cuando las cosas que se unen pertenecen a distintos propietarios lo resuelve el Código del siguiente modo:

a) Otorgando a cada uno de los propietarios de las cosas unidas un derecho a exigir la separación, siempre que ésta pueda producirse sin detrimento o aunque se origine algún detrimento cuando la cosa accesoria sea más preciosa que aquella a la que ha sido unida para su embellecimiento o perfección.

b) Atribuyendo el conjunto, y por tanto la cosa accesoria, al dueño de la principal, en la unión realizada de buena fe, con una indemnización del valor al dueño de la cosa accesoria.

c) Perdiendo el dueño de la cosa accesoria que hubiese realizado la unión de mala fe, la cosa incorporada e indemnizando al propietario de la principal los daños y perjuicios que hubiese sufrido.

d) Concediendo al dueño de la cosa accesoria un derecho de opción, entre exigir el valor de la misma o la separación, cuando la unión hubiese sido hecha de mala fe por el dueño de la cosa principal.

8. Es tradicional incluir dentro de la teoría de la accesión el estudio de la ordenación jurídica de la serie de problemas a que dan lugar las mutaciones originadas en los predios por el curso de los ríos y, en general, por obra de las aguas, aunque acaso lo preferible fuera refundir todos estos problemas dentro de una ordenación general de las aguas.

Nuestro Código civil ha ampliado los cuatro supuestos clásicos, dedicando al tema nada menos que nueve artículos (366-374). Convendrá que los sistematicemos de alguna manera.

a) *Aluvión*. Se denomina aluvión al arrastre de tierra, légame y otras sustancias que el curso normal de un río lleva con-

sigo (cfr. «tierra o piedra que arrastran en su curso», art. 552, Código civil). Este lento arrastre produce, al mismo tiempo que erosión en unas tierras, sedimentación de las sustancias en otras, es decir, imperceptibles y paulatinos desplazamientos de tierras. Pues bien: según el artículo 366 del Código civil, el acrecentamiento pertenece al predio que lo recibe. La pérdida la sufre el dueño del terreno en que se produce la erosión, quien, dado el carácter normal, natural e involuntario del fenómeno, no puede formular reclamación ninguna.

b) *El límite de las aguas de los estanques y de las lagunas.* Se refiere a este supuesto el artículo 367 del Código civil. No se adquieren los terrenos descubiertos por la disminución natural de las aguas de los estanques y de las lagunas, ni se pierden los que éstos inundan en las crecidas extraordinarias.

La norma es aplicable, según su propio tenor, a los estanques y a las lagunas. Por lagos o lagunas habrá que entender depósitos de agua formados por obra de la naturaleza y de carácter generalmente perpetuo. Los estanques, en cambio, no son necesariamente perpetuos y contienen el agua en virtud de una obra del ingenio humano (por ejemplo, embalses, pantanos, etc.). El nivel de las aguas puede variar por causas muy dispares, que unas veces son naturales y otras son artificiales; sin embargo, en todo caso, según una solución procedente del Derecho romano, no se produce mutación de la propiedad del terreno cubierto o descubierto.

c) *Avulsión.* Frente al aluvión, que supone, como decíamos, un acarreo lento y paulatino por obra normal de la corriente de agua, la avulsión es una brusca mutación producida por una fuerza extraordinaria. En la avulsión, el río «segrega de una heredad una porción considerable de terreno y la transporta a otra heredad». Las fuentes distinguen dos fenómenos distintos, uno de puro contacto o de superposición de tierras, en el cual el dueño de la porción segregada puede reclamar su propiedad, y un fenómeno de conjunción orgánica de las tierras o de *coallitio*. Nuestro Código se limita a decir que en la segregación de una «porción conocida de terreno» no hay mutación de la propiedad: el dueño «conserva la propiedad», dice el artículo 368 del Código civil. Se

convierte de esta manera en un elemento decisivo el requisito de la reconocibilidad de la parte de terreno segregada, porque es en este requisito («porción conocida») en el que se funda el derecho del antiguo propietario. Una solución diversa ha sido establecida, en cambio, en el moderno Derecho italiano (art. 944, C. c.), donde el propietario del fundo al cual se ha unido la porción segregada adquiere en todo caso la propiedad de ésta, pero debe pagar al otro propietario una indemnización proporcional al mayor valor adquirido por el fundo.

d) *Transporte de árboles.* Se trata de un caso o de una consecuencia particular de la avulsión o fuerza extraordinaria del agua. La fuerza extraordinaria de la corriente de agua tiene, en este caso, como consecuencia, la segregación y el transporte de árboles de un fundo a otro.

No hay en este caso accesión, con arreglo al sistema de nuestro Código civil. No hay tampoco una adquisición inmediata de propiedad. El propietario de los árboles arrastrados por la corriente tiene derecho a reclamarlos y a retirarlos del fundo a que hayan ido a parar. Esta es, a nuestro juicio, una clara acción reivindicatoria. Lo que ocurre es que esta acción está sometida a un plazo de prescripción brevísimo: un mes, contado a partir del momento del suceso. La prescripción consume una pérdida de la propiedad y, al mismo tiempo, una adquisición de la misma por el dueño del terreno donde los árboles han ido a parar. Se habla por algunos autores de una «accesión mediata», pero, en realidad, una verdadera accesión no hay, porque no llega a haber siquiera unión o incorporación de cosas.

e) *Cauce abandonado.* Es el lecho que queda al descubierto por una variación natural del curso de las aguas de un río. La propiedad del álveo abandonado es adquirida por los propietarios de los predios confinantes, según el sistema romano de la división por la línea media.

El procedimiento para establecer en cada caso materialmente las zonas concretas de nueva propiedad ha sido discutido por la doctrina. Algunos autores, como BRUGI, pretenden que se trata de un juicio divisorio, pero contra esta idea han opuesto otros, como DE MARTINO, que no hay en este caso extinción particional de una

preexistente comunidad, por lo cual más parece una acción de deslinde.

El Código no resuelve tampoco la cuestión relativa a si los propietarios de los predios confinantes con el río pueden reconducir las aguas al antiguo cauce, como pretendía PACIFICI-MAZZONI, pero se ha señalado con razón que ésta es una cuestión a resolver de acuerdo con la legislación especial sobre aguas.

En la doctrina antigua se había debatido también el problema planteado cuando el río, después de haber formado el nuevo cauce, retorna al antiguo: si se reparte el nuevo *alveus derelictus* de acuerdo con las mismas reglas o si retorna a sus antiguos propietarios. Parece que el criterio del Derecho clásico era decidirse por una nueva atribución a los predios limítrofes, mientras que el Derecho justiniano acogió la solución contraria de la reviviscencia de la antigua propiedad, que ha prevalecido en nuestro Código (cfr. art. 372, *in fine*).

f) *La variación del curso de un río.* Generalizando el fenómeno, estudia nuestro Código los problemas originados por la variación del curso de un río, que son sustancialmente tres: la suerte del álveo abandonado, que hemos visto ya, el régimen del nuevo cauce y el aislamiento de una heredad o de parte de ella.

Por lo que se refiere al régimen jurídico del nuevo cauce, el Código preceptúa su ingreso en el dominio público cuando se trata de un río navegable o flutable (art. 372, C. c.). La misma solución hay que establecer para los demás tipos de cauces (cfr. artículo 407, 1.º y 2.º C. c.), con la sola excepción prevista en el artículo 408, 5.º

El aislamiento de una heredad o de parte de ella por la variación del curso de un río no origina ninguna mutación de la propiedad (art. 374 C. c.).

g) *Formación de una isla.* El último de los fenómenos regulados por el Código dentro del régimen jurídico de las mutaciones fluviales es el de formación de una isla.

Para resolver la atribución de la nueva isla formada en el río los ordenamientos jurídicos han seguido varios criterios. El criterio romano y romanista consistía en atribuir la isla a los propietarios confinantes con el río, dividiéndola, en su caso, entre

ellos. El criterio moderno, que sigue el Código civil italiano, consiste en considerar la isla perteneciente al dominio público. Un criterio intermedio es el acogido por nuestro Código civil. Según este criterio intermedio, hay que distinguir entre los ríos navegables y flotables y las demás corrientes de agua. Para los primeros se sigue el criterio del dominio público y para los segundos el de la atribución a los propietarios ribereños (arts. 371 y 373 Código civil).

Todavía en esta atribución de la isla a los dueños de las márgenes pueden seguirse dos criterios distintos: la división según una línea ideal a través de la mitad del río (criterio romano) o la atribución por entero al dueño de la margen más cercana (artículo 373 C. c.).

h) *Las accesiones del mar.* La Ley de Puertos establece que la zona marítimo-terrestre es de dominio público. Como consecuencia de ello son de dominio público también las accesiones y aterramientos que ocasiona el mar. Si, como consecuencia de ellos o de la retirada del mar, avanza hacia éste la zona marítimo-terrestre, los terrenos sobrantes pasan a ser propiedad del Estado.

Propiedad del Estado son también las islas formadas o que puedan formarse en el mar, en la zona marítimo terrestre, en las rías y en las desembocaduras de los ríos, salvo cuando procedan de la desmembración de predios de propiedad particular.

LUIS DíEZ PICAZO.

El nuevo régimen matrimonial francés

SU APLICACION A LOS INMUEBLES ADQUIRIDOS EN ESPAÑA POR FRANCESES

Entre los turistas extranjeros que actualmente nos visitan, son los franceses los más numerosos, e igualmente son ellos los que adquieren mayor número de inmuebles en nuestra Patria, especialmente villas, *chalets* y apartamentos en las zonas costeras. Estos datos estadísticos serían suficientes para justificar este trabajo, si no fuera porque el interés del mismo se ve aumentado por el hecho de que en este mismo año ha comenzado a regir la reforma del Código de Napoleón en cuanto afecta a los regímenes matrimoniales, ampliando la capacidad de la mujer casada y llegando a una igualdad casi completa entre los dos sexos en cuanto se refiere a las relaciones patrimoniales.

Nos referiremos, en primer lugar, a la incapacidad de la mujer casada, para hacerlo a continuación a los regímenes matrimoniales, tanto al legal como a los convencionales.

INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA EN FRANCIA.

Según PLANIOL y RIPERT (1), la Historia revela que en un gran número de legislaciones ha existido la incapacidad de la mujer casada, estando esta incapacidad fundada en diferentes motivos. Quedaban dos ideas opuestas: una incapacidad por razón del sexo

(1) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, traducción de DÍAZ CRUZ, página 308 del tomo II.

y una incapacidad como consecuencia de la potestad marital. En las legislaciones primitivas y en la mayoría de los pueblos paganos, la mujer fué considerada incapaz por la debilidad de su sexo. Así ocurría en la antigua Roma y en el Derecho germánico cuando las invasiones. La mujer estaba siempre bajo la potestad de un protector: padre, marido, hijo o hermano. El desarrollo de la legislación romana tuvo como consecuencia desligar a la mujer de la incapacidad primitiva. Una sola huella de tal incapacidad por razón del sexo quedó en el Senado consulto veleyano, que la impedía contraer compromisos para con terceros. Este estado de cosas subsistía en el antiguo Derecho francés, pero a partir de la abolición del Senado consulto veleyano ya no se impusieron a la mujer otras incapacidades que las derivadas de su contrato de matrimonio, especialmente en cuanto afectaba a los bienes dotales. Ocurría así principalmente en el Derecho escrito, pero en el consuetudinario francés apareció otra forma de incapacidad: la derivada de la potestad marital.

Los autores del Código civil francés, acaso bajo la influencia de Bonaparte, siempre partidario de la incapacidad de la mujer casada, pusieron la incapacidad en relación con el matrimonio. El artículo 1.124 la declaraba incapaz, al igual que a los menores y a los locos. Sin embargo, esta incapacidad quedó reservada a la mujer casada, y no se extendió ni a las solteras ni a las viudas, lo cual demuestra que no tenía como razón la debilidad del sexo, sino el matrimonio y especialmente el deseo de mantener la unidad de gestión en el mismo y la autoridad del marido. Aunque los artículos 215 y 217 enumeraban los actos que la mujer no podía ejercitar sin autorización marital, casi todos los autores estaban de acuerdo en considerar a la incapacidad como la regla y a la capacidad como la excepción.

La mujer no podía, sin licencia de su esposo, celebrar contratos, ni compromisos unilaterales, ni aceptar herencias (art. 776), ni la tutela dativa (arts. 405 y 426), ni donar, ni enajenar, ni repudiar una herencia, ni hipotecar ni constituir derechos reales en general.

Solamente podía defenderse en juicio, ejercer la patria potestad de hijos de otro matrimonio, ejercer la tutela legal, reconocer un hijo natural y otorgar testamento.

Ya una Ley de 1884 estableció la igualdad de ambos sexos para obtener el divorcio. Las Leyes de 1885 y 1889 la reconocieron el derecho a renunciar a su hipoteca legal en provecho de los adquirentes del marido y de los acreedores del mismo, pudiendo aportar al concurso de aquél sus propios créditos. Las de 1880, 1886 y 1889 la dispensan de la necesidad de autorización marital para las inversiones en las Cajas de Ahorro, de Seguros de vejez y en las Sociedades de socorros mutuos. Por la de 1883, la mujer casada separada recobra la plena capacidad. La Ley de 1907 le concede la libre disposición de los productos de su trabajo y de su industria, reconociéndole, además, la facultad de ejercer libremente el comercio.

La más importante en esta cadena legislativa fué la Ley de 1938, que al modificar el Código civil establece que tiene la plena capacidad civil, y reemplaza, en los artículos 213 y 214, la autoridad marital por el principio de preponderancia del marido como jefe de la familia en la fijación del domicilio familiar, el derecho de veto contra el ejercicio de una profesión no mercantil, y los derechos resultantes del régimen matrimonial adoptado. Ya anteriormente, en un proyecto de 1932, se atacaba a la vez a las dos causas de incapacidad de la mujer casada: la incapacidad propiamente dicha y el régimen matrimonial. Suprimía la primera y reemplazaba el segundo por un régimen llamado de participación en las adquisiciones, en el cual los poderes de la mujer eran mucho más extensos.

No obstante, MARTY y REUNAUD (2) sostienen que en la práctica se concedió con la Ley de 1938 a la mujer casada una emancipación puramente ilusoria, porque su capacidad jurídica frecuentemente se encontraba paralizada por la insuficiencia de sus poderes. Por otra parte, el legislador de 1938 no había sido muy diestro, y dejó subsistir textos que ya no tenían razón de ser, a la par que derogó otros que aún eran útiles. Por ello fué preciso que a continuación los legisladores promulgaran la Ley del 22 de septiembre de 1942, que, sin cambiar el régimen de Derecho común, aportó un cierto número de retoques a los regímenes matrimoniales, y suprimió algunas supervivencias de la antigua Inca-

(2) *Droit civil français*, tomo II, pág. 360.

pacidad de la mujer casada sin privar por completo al marido de sus prerrogativas.

En la encuesta pública realizada por el Gobierno en 1963 y 1964 quedó demostrada la opinión de una gran mayoría de los franceses hacia la igualdad de los esposos y, particularmente, al reconocimiento a la mujer casada de la facultad de gestión de sus bienes propios. En la Exposición de Motivos de la nueva Ley se dice que, para conseguir esta igualdad, era preciso tomar tres clases de medidas: a) Las propias para apaciguar las contiendas. b) Las de protección adaptadas a la vida cotidiana, entre las que se encuentran la necesidad de consentimiento de los dos esposos para cuantos actos arriesgan comprometer el alojamiento de la familia, y, especialmente, en las situaciones matrimoniales de crisis, el derecho que se concede a cada esposo para recurrir al Juez con el fin de obtener medidas urgentes y provisionales que impidiesen actos jurídicos de disposición o renuncia. c) Medidas de seguridad para los terceros. Con frecuencia, las reformas legislativas en esta materia fueron paralizadas, en cuanto a su eficacia, por terceros con quienes la mujer tenía que tratar (Bancos, empleados del Gobierno, etc.), pues éstos temían obligarse o adquirir la cosa de otro, tratando con una mujer casada, y era frecuente que exigiesen, además, la firma del marido. En la medida en que el texto limita los poderes del marido en la comunidad o los excluye sobre los bienes propios de la mujer, se podía temer para el futuro ver nacer celos en el otro sentido. Por consiguiente, se redactaron con este fin en la nueva Ley del 13 de julio de 1965 los artículos 221 y 222. El primero, inspirado en la Ley holandesa de 1956, dice que cada uno de los esposos puede abrir, sin el consentimiento del otro, cualquier cuenta de depósito o de título a su nombre personal. El esposo depositante es considerado, por el depositario, tener la libre disposición de los fondos y de los títulos en depósito. El 222 dispone que si uno de los esposos se presenta solo para realizar un acto de administración, de goce o de disposición sobre un mueble que él detente individualmente, es reputado, en cuanto a tercero de buena fe, tener poder para efectuar solo dicho acto. Esta disposición no es aplicable a los muebles del alojamiento del artículo 215, párrafo tercero, ni a los muebles corporales cuya naturaleza haga presu-

mir la propiedad del otro cónyuge, de conformidad con el artículo 1.404.

En cuanto a la capacidad general de la mujer casada, el nuevo texto del artículo 216—ya reformado anteriormente por las Leyes de 1938 y 1942—dispone: «Cada esposo tiene la plena capacidad de derecho; pero estos derechos y poderes pueden ser limitados por el régimen matrimonial y por las disposiciones del presente capítulo.» El nuevo texto ha querido distinguir, como ya expuso la Comisión de reforma presidida por M. Julliot de la Morandière, entre la capacidad, que no podía sufrir atentado alguno a consecuencia del matrimonio, y los poderes, que podían ser limitados por el régimen matrimonial. En los artículos siguientes se reglamenta la habilitación judicial para los casos en que uno de los esposos no tuviera el poder dispositivo y el otro esposo no pudiera manifestar su voluntad o la rehuse sin justificación para «el interés de la familia».

REFORMA DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES.

Una vez fijada la capacidad de los esposos que, como hemos visto, solamente puede estar limitada en cuanto a los poderes dispositivos de cada esposo por lo dispuesto en las capitulaciones matrimoniales y en la Ley, entramos en el estudio de los regímenes matrimoniales, comenzando por el legal y continuando por los convencionales.

a) *Régimen legal*.—Hasta la Ley de 1965 el régimen legal en Francia era la comunidad de muebles y adquisiciones. Comenzaremos por una breve reseña histórica sobre el régimen legal, para continuar con las teorías sobre su naturaleza jurídica y con el estudio de las importantes modificaciones sufridas a consecuencia de la repetida Ley de 1965.

Historia.—Según DESCHENAUX (3), la doctrina dominante en este punto, sobre el origen del régimen de comunidad, cree que

(3). *La nature juridique de la communauté de biens entre époux*, pág. 15. París, 1934.

debe investigarse este origen en el derecho del marido a administrar el patrimonio de la mujer.

Formaban parte de los bienes de la mujer, sigue exponiendo el mismo autor, tres clases de donaciones: en primer lugar, la dote de establecimiento, constituida por los bienes que la familia de la mujer entregaba a ésta para atender a las necesidades del hogar. El marido adquiere la posesión de estos bienes y los administra en común con su propia fortuna. Las otras dos donaciones las recibía la mujer de su marido: una era el precio de adquisición del noviazgo, que al principio entregaba el marido a los padres de la mujer, y, posteriormente, a esta misma. Y la otra, «la Morgengabe», que era un presente voluntario y libre que el marido ofrecía a la mujer por la noche de bodas. El marido conservaba la posesión de los bienes donados en estas dos donaciones y solamente a la disolución del matrimonio constituía un derecho de crédito sobre su patrimonio a favor de la mujer o de sus herederos. Numerosos Derechos germánicos reconocían, por otra parte, a la mujer, un derecho sobre las conquistas—ganancias—de su marido. Desde el siglo VIII se encuentra con frecuencia al lado de la dote la estipulación de un tercio de las adquisiciones a favor de la mujer. Después de la Ley Rituaria, la mujer tenía derecho a este tercio, cualquiera que fuera la naturaleza jurídica de estas adquisiciones. Los autores alemanes y franceses están de acuerdo en ver en este derecho una tendencia a la comunidad.

Es curioso observar el paralelismo existente entre los derechos que se concedían a la mujer en el antiguo Derecho germánico y los que tenía en la antigua *common-law*. El marido, en ambos derechos, tenía la posesión y disfrute de los inmuebles, y durante su vida, el dominio absoluto de los muebles. También en ambos derechos se concedía a la esposa un tercio en las adquisiciones, si bien en la *common-law*—quizá por ser posterior y estar influida por las tendencias feudales—dicho derecho se limitaba a los inmuebles. Y, por último, también en ambos derechos se concedía en forma muy similar a nuestro usufructo vitalicio. No extraña esta influencia si consideramos que tanto los anglos como los sajones eran tribus germánicas y que, posteriormente, con la

invasión normanda, seguramente recibió Inglaterra nuevas aportaciones del Derecho continental.

Sobre esta base germánica se desarrollaron en Francia, siguiendo a DESCHENAU, varios tipos de régimen: el régimen sin comunidad, en uso en Normandía y en ciertas regiones del Este; los regímenes de comunidad, la sociedad de adquisiciones del Sudoeste de Francia y la comunidad de muebles y adquisiciones de la Francia consuetudinaria.

Y se formula este autor la siguiente pregunta: ¿Cómo se desarrolló la comunidad consuetudinaria? A la muerte del marido—contesta—la esposa recibía una parte de los bienes de éste, y una parte de los bienes adquiridos conjuntamente durante el matrimonio. Los unos y los otros formaban el *dotalicium*. Se admitía que aquél se desdoblaba: sobre los propios del marido se constituía la viudedad, y sobre los muebles y las adquisiciones se formaba la comunidad. Una diferencia se establece en seguida: sobre los muebles y las adquisiciones la mujer recibe su parte en pleno dominio; sobre los bienes del marido no se le concede más que un derecho vitalicio, una especie de usufructo. Al comienzo de la época feudal, el marido tenía sobre los bienes de la esposa un derecho de administración y goce. Las adquisiciones formaban una masa especial sobre la cual la mujer tenía un tercio si sobrevivía al marido, pero sus derechos no pasaban a sus herederos. Hasta el siglo XII no se puede hablar de comunidad, y hasta el XV no se encuentra en los textos una reglamentación detallada de dicha comunidad. Se pasó insensiblemente, agrega DESCHENAU, de estos regímenes a la comunidad, por el parecido entre los derechos de supervivencia y de sucesión, con los derechos de comunidad. En las villas, donde los bienes de familia eran raros, se adoptó en seguida el régimen de comunidad. Por el contrario, este régimen encontró grandes dificultades en la nobleza a causa de la constitución de la familia. Durante mucho tiempo, la mujer noble conservó como exclusivo el derecho de renunciar a la comunidad.

Entraban en la comunidad: todos los muebles y los inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.

En ciertas regiones, especialmente en los países flamencos, la comunidad adquirió una gran extensión. Pero en la mayor parte

de la Francia consuetudinaria, durante los dos o tres últimos siglos, la tendencia a restringir la comunidad, por medio de las capitulaciones matrimoniales, se practicaba cada vez más. Especialmente, reduciéndola a las adquisiciones. El régimen de la comunidad del antiguo Derecho se caracterizaba por la extrema extensión de los poderes del marido sobre la persona y bienes de la mujer. Ejercía sobre los bienes comunes un poder casi absoluto de disposición y tenía la administración y disfrute de los bienes propios de la mujer.

El Código de Napoleón conservó, en esencia, a la estructura de la comunidad en el antiguo Derecho consuetudinario, aunque ya entre los legisladores de aquella época se quiso reducir la comunidad a una comunidad de gananciales. Según nos dicen PLANIOL y RIPERT, así lo propuso MALEVILLE (4), sin éxito.

Las mayores críticas que se han dirigido al sistema legal francés estaban basadas en su extensión a los muebles. Efectivamente, cuando el Código civil se promulgó, aún se podía aplicar la máxima *res mobilis res vilis*, pero especialmente en el transcurso del siglo XIX la propiedad mobiliaria fué adquiriendo cada vez mayor importancia. De aquí se derivó la costumbre, cada vez más extendida, de reducir la comunidad a las adquisiciones, costumbre puesta de manifiesto por BONNECASSE (5). PLANIOL y RIPERT se declaran partidarios de la comunidad de gananciales.

Fué a principios de este siglo, cuando la necesidad de reforma del régimen legal adquirió mayor urgencia. Ahora bien, este deseo de reformas tomó cuerpo en disposiciones aisladas, que, lejos de resolver el problema de fondo, plantearon grandes dudas en la práctica entre los intérpretes. Tal sucedió con las Leyes que ya hemos estudiado de 1907 sobre los bienes reservados de la mujer, la de 18 de febrero de 1938 y la del 22 de septiembre de 1942.

Se imponía la necesidad de una reforma a fondo, y con este fin, el Gobierno, en 1959, elaboró un proyecto que se hubiera convertido en Ley en 1961 si no hubiera parado al tren de la reforma un accidente de procedimiento. Por ello, la verdadera

(4) Obra citada, tomo VIII, pág. 200.

(5) *La réforme de la communauté légale et les enseignements de la pratique* («Revue Trim. Droit civil», 1911), págs. 317 y sigs.

reforma, aunque basada en gran parte en el citado proyecto, no tomó cuerpo hasta la Ley de 13 de julio de 1965.

Antes de la publicación del nuevo texto, en 1963 y 1964, el Gobierno hizo una encuesta de la opinión pública que demostró que la mayoría de los franceses continuaban siendo partidarios de la comunidad como régimen legal, obteniendo el máximo de sufragios la comunidad universal (37 por 100), seguida de la comunidad reducida a las adquisiciones (23 por 100), la separación de bienes (14 por 100), la comunidad de muebles y adquisiciones (11 por 100), no pronunciándose en ningún sentido el 15 por 100 de los preguntados.

En cuanto a la estructura de la reforma, se siguió el procedimiento de reforma de las disposiciones del Código civil relativas a esta materia, siguiendo la pauta que ya había dado la Ley de 14 de diciembre de 1964, que reformó las disposiciones relativas a la tutela y a la emancipación. El alma de la reforma fué el Profesor de Derecho de la Facultad de París M. Carbonnier.

Naturaleza jurídica.—Según DESCHENAUX (6), en el antiguo Derecho se consideró a la comunidad como una Sociedad, más o menos modificada por los derechos tutelares reconocidos al marido.

DUMOULIN, por el contrario, la consideraba propiedad exclusiva del marido, ya que la mujer solamente tenía derechos sobre la misma a la disolución del matrimonio. POTHIER, en el siglo XVIII, igualmente consideraba que los bienes de la comunidad eran propiedad exclusiva del marido.

Después de la publicación del Código civil se enfoca la comunidad bajo el ángulo de la personalidad moral. Esta teoría fué formulada, entre otros, por PROUDHON (7) y por DELVINCOURT (8).

AUBRY ET RAU (9), y ZACHARIE (10) introducen la teoría de la comunidad en indivisión. Dicen que la comunidad conyugal es una sociedad universal, cubriendo, como todas las sociedades civiles,

(6) Obra citada, pág. 31.

(7) *Traité de droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, 1936. I, núm. 279. Citado por DESCHENAUX.

(8) *Cours de Code civil*, 1813, pág. 258. Citado por DESCHENAUX.

(9) *Cours de Droit civil français*, VIII, 505. Citado por DESCHENAUX.

(10) *Cours de Droit civil français*, 1854-1860, 638. Citado por DESCHENAUX.

una indivisión sometida a reglas especiales. LAURENT (11) sistematiza esta teoría.

Para MENGUAL, CHAUVIN y COLIN ET CAPITANT, es una institución *sui generis*. MASSE, RICOL y JOSSE RAND ven en la comunidad una realización de la comunidad en mano común germánica.

BONNECASSE (12) ha defendido la doctrina de la persona moral.

La jurisprudencia francesa, aunque no se pronuncia sobre principios abstractos, sino sobre casos concretos, en general, rechaza las soluciones que presuponen el carácter de entidad distinta para la comunidad, especialmente a partir de una Sentencia de 18 de abril de 1860, que deniega a los acreedores de la comunidad toda preferencia sobre los acreedores de los socios. En general, la jurisprudencia francesa, según DESCHENAUX, ha vacilado entre la tesis de la indivisión y de la propiedad del marido.

En Alemania y Suiza, legislativamente, se ha impuesto la concepción de la comunidad como propiedad en mano común, y asimismo en España es la solución que prevalece en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y en la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo (13).

No es nuestro fin entrar en la exposición y crítica de cada una de estas teorías, por otra parte perfectamente conocidas por el jurista español, ya que son las mismas que la doctrina y la jurisprudencia española han elaborado para nuestra sociedad de gananciales. Únicamente añadiremos que, en el futuro, es muy posible que ya no encuentre mantenedores la teoría que consideraba a los bienes de la comunidad como de propiedad del marido. El resto de las teorías continúan teniendo en la nueva regulación legal el mismo fundamento que tenían en la antigua.

(11) *Principes de Droit civil français*, XXI, núms. 189, 197, 250. Citado por DESCHENAUX.

(12) *Suplement au traité de Baudry-Lacantinerie*, IV, 186.

(13) Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 1935, 18 de diciembre de 1954 (Sentencia del Tribunal Supremo) y Sentencia de 26 de abril de 1956.

REGULACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL.

El artículo 1.401 del Código civil francés, antes de la reforma, decía que la comunidad se componía activamente: «1.º De todo el mobiliario que los esposos poseían el día de la celebración del matrimonio, junto a todos los muebles que les correspondiesen durante el matrimonio a título de sucesión o donación, si el donante no manifestaba lo contrario. 2.º De todos los frutos, rentas, intereses y atrasos, de cualquier naturaleza que fueran, que les correspondieran o percibiesen durante el matrimonio, procedentes de bienes que perteneciesen a los esposos antes de su celebración o de aquellos que les hubieran correspondido durante el matrimonio por cualquier título. 3.º Todos los inmuebles adquiridos durante el matrimonio.»

Después de la Ley del 13 de julio de 1965, el artículo 1.401 ha quedado redactado de la siguiente forma: «La comunidad se compone activamente de las adquisiciones hechas por los esposos, juntos o separadamente, durante el matrimonio, y provenientes tanto de la industria personal como de las economías hechas sobre los frutos y rentas de sus bienes propios. Los bienes reservados de la mujer estarán sometidos a una gestión distinta en virtud del artículo 224, formando parte de las adquisiciones.»

El artículo 1.400 consagra el régimen de la comunidad como régimen legal francés en una redacción muy similar a la que tenía el antiguo, cuando dispone: «La comunidad que se establece en defecto de contrato o por la simple declaración de que se casan bajo el régimen de comunidad estará sometida a las reglas explicadas en las tres Secciones siguientes.»

De un simple examen de los textos se comprueba que el nuevo régimen legal francés ha sufrido, en relación con el antiguo, dos importantes modificaciones:

a) En lo sucesivo, en el nuevo régimen legal, no formarán parte de la comunidad más que las adquisiciones y no los muebles que tuvieran los esposos al contraer matrimonio. La anterior redacción del régimen legal era la que más críticas había suscitado por parte de la doctrina, y, como ya hemos visto, en la práctica

se modificaba con frecuencia, por medio de las capitulaciones matrimoniales, que dejaban la comunidad reducida a las adquisiciones, de la misma forma en que hoy lo ha hecho el legislador.

b) La comunidad pierde su derecho de goce sobre los bienes propios de los esposos, dejando reducido dicho goce a las *economías hechas sobre los frutos y rentas de sus bienes propios*.

Según expuso el diputado M. COLLETTE a la Asamblea Nacional, «para convertir en efectiva la autonomía de cada esposo sobre sus bienes propios ha parecido necesario suprimir el usufructo de la comunidad, cuyo mantenimiento habria concluido lógicamente en privar a la mujer del derecho de disposición, le habria impedido conservar como propias las sumas, aunque estuvieran identificadas, provenientes de la venta de sus bienes parafernales, y le habria obligado a entregar al marido, cuando las percibiese, las rentas de sus bienes».

Pero ¿era un verdadero usufructo el que tenía la comunidad sobre los bienes propios de los esposos? PLANIOL y RIPERT y otros autores franceses niegan que se trata de un usufructo, si bien se aplicaban al goce las reglas del usufructo. No obstante, tanto en la Exposición de Motivos de la nueva Ley como en las relaciones de los diputados a la Asamblea, constantemente se califica dicho derecho de la comunidad como un usufructo y generalmente se consideraba, lo que es muy importante recalcar en nuestro trabajo, que la esposa solamente podía disponer de la nuda propiedad de sus propios por recaer en la comunidad el usufructo de los mismos. En estas condiciones le era difícil encontrar un adquirente si no contaba con el consentimiento del marido, único caso en que podía enajenar el pleno dominio de dichos bienes.

Hoy, después de la reforma, se entiende que no son comunes más que las *economías hechas sobre los frutos y rentas* de los bienes propios y que la comunidad no tiene derecho más que a los *frutos percibidos y no consumidos*. Esta interpretación resulta confirmada por el texto del artículo 1.403, que dispone: «Cada esposo conserva la plena propiedad de sus bienes propios. La comunidad no tiene derecho más que a los frutos percibidos y no consumidos. Pero, podrá ser debida compensación a la comunidad, cuando se disuelva, por los frutos que los esposos han des-

cuidado percibir o han consumido fraudulentamente, sin que, por otra parte, pueda realizarse ninguna investigación pasados cinco años.»

Presunción a favor de la comunidad.—Al igual que el Código civil español, en el artículo 1.407, el artículo 1.402 del Código civil francés establece una presunción *iuris tantum*, a favor de la comunidad en los siguientes términos: «Todo bien, mueble o inmueble es reputado adquirido por la comunidad si no se prueba que es propio de uno de los esposos por aplicación de una disposición legal.» Esta presunción, redactada en términos similares, existía anteriormente, pero solamente para los inmuebles. La reforma ha agregado un segundo párrafo a dicho artículo que dice lo siguiente: «Si el bien es de aquellos que no lleva por sí mismo marca de su origen, la propiedad personal de los esposos, si es discutida, deberá ser establecida por escrito. En defecto de inventario o de otra prueba preconstituida, el Juez podrá tomar en consideración todos los escritos, principalmente títulos de familia, registros y papeles domésticos, así como documentos de Banco y facturas. Podrá asimismo admitir la prueba por testigos y presunciones si se constata que un esposo ha estado en la imposibilidad moral o material de procurarse un escrito.» Este segundo párrafo del artículo 1.402 regulando las pruebas que pueden ser aportadas para destruir la presunción establecida en el primer párrafo del artículo, tiene singular importancia para los muebles y fué objeto de un vivo debate en la Asamblea Nacional, que, por apartarse un tanto del fin de este estudio, no reseñamos aquí.

BIENES PROPIOS.

A diferencia del texto del artículo 1.404, anterior a la reforma que disponía que los inmuebles que poseyeran los esposos el día de la celebración del matrimonio o que hubieran adquirido durante el mismo a título de sucesión, no entran en la comunidad, el nuevo artículo 1.404 dice así: «Forman parte de los bienes propios por su naturaleza, cuando no fueron adquiridos durante el matrimonio, los vestidos y ropas de uso personal de uno de los

esposos, las acciones en reparación de un daño corporal o moral, los créditos y las pensiones no cedibles, y, en general, todos los bienes que tienen un carácter personal, y todos los derechos exclusivamente unidos a la persona. Forman también parte de los propios por naturaleza, salvo compensación, si hubiera lugar, los instrumentos de trabajo necesarios a la profesión de uno de los esposos, a menos que sean accesorios a un establecimiento mercantil o de una explotación que forme parte de la comunidad.» Y el artículo 1.405 dice: «Continúan siendo propios los bienes cuya propiedad o posesión tuvieran los esposos el día de la celebración del matrimonio, o que ellos adquieran, durante el mismo, por sucesión, donación o legado. La liberalidad puede estipular que los bienes que sean objeto de la misma pertenezcan a la comunidad. Los bienes caen en comunidad, salvo estipulación en contrario, cuando la liberalidad es hecha a los dos esposos conjuntamente. Los bienes abandonados o cedidos por el padre, la madre u otro ascendiente, a uno de los esposos, sea para cumplir con lo que le debía, sea con la carga de pagar las deudas del donante a extraños, son propios, salvo compensación.»

El artículo 1.406 se refiere a los bienes propios por accesión de la siguiente forma: «Forman parte de los propios, salvo compensación, si hubiera lugar, los bienes adquiridos a título de accesorios de un bien propio, así como los valores nuevos y otros acrecimientos que se unan a los bienes muebles propios.» De esta forma ha resuelto el Código civil francés una vieja controversia, aún latente en la doctrina española, sobre si las emisiones nuevas de valores mobiliarios con derecho preferente de suscripción a los antiguos accionistas pertenecen a la comunidad o al accionista propietario de las acciones antiguas.

Continúa el artículo 1.406 con un segundo párrafo del siguiente contenido: «Forman también parte de los propios, por efecto de la subrogación real, los créditos e indemnizaciones que reemplazan a los propios, así como los bienes adquiridos en empleo o reemplazo conforme a los artículos 1.434 y 1.435.» Estos artículos, especialmente el primero, dispone que se considera hay reemplazo o empleo cuando se declara que la adquisición ha sido efectuada con dinero propio o producto de la compensación de un propio y

para servirle de empleo o reemplazo. Cuando esta declaración no tiene lugar en el acto de la adquisición es preciso el acuerdo de los esposos y no produce efecto, en este segundo caso, más que en las relaciones recíprocas entre ellos. El artículo 1.435 dispone que la declaración del marido de que la adquisición es efectuada con dinero propio de la esposa, y para servirle de empleo o reemplazo, no es suficiente mientras no es formalmente aceptada por ella antes de la liquidación definitiva; si no la acepta solamente tendrá derecho a compensación por el precio vendido.

Es importante resaltar que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español, no es común el edificio construido durante el matrimonio, en el suelo propio de uno de los cónyuges (art. 1.404, párrafo segundo del Código civil español). Por el contrario, es propio del esposo dueño del terreno, siguiendo la regla general establecida en el artículo 1.406 del Código civil francés reformado, párrafo primero. El problema no pasó inadvertido a los redactores de la reforma, y ya en 1960, M. COSTE-FLORET lo expuso ante la Asamblea Nacional francesa en los siguientes términos: «Se revela—por la jurisprudencia—una cierta vacilación en admitir la accesión a favor del terreno propio a causa del enriquecimiento desproporcionado del esposo propietario del terreno y de la pérdida injusta que sufre la comunidad cuando aporta el capital necesario para la construcción. Una Sentencia del Tribunal de Apelación de Besançon del 14 de diciembre de 1955 había decidido—lo que parece particularmente audaz—que la propiedad del edificio, en casos similares, permanecía diferente de la del suelo y la adquiriría la comunidad. Esta tesis herética ha sido en seguida condenada por el Tribunal de Casación en una Sentencia de la Sala de lo Civil del 30 de diciembre de 1959. El mecanismo de la accesión en provecho del suelo no puede ser descartado por el capricho de un juicio y por consideraciones de pura equidad... En cuanto a la injusticia con que la comunidad está amenazada, resulta no tanto de la accesión propiamente dicha como del provecho de los esposos por el régimen de compensaciones que actualmente se practica. Todo lo cambiará la futura reglamentación de las compensaciones si tiene en cuenta el enriquecimiento obtenido a la disolución del régimen, lo que permitirá una revalua-

ción equitativa del crédito de la comunidad frente al esposo propietario.»

Y, efectivamente, el artículo 1.469 del Código civil reformado regula las compensaciones, ya sean de los esposos a la comunidad o de la comunidad a los esposos, en los siguientes términos: «La compensación es, en general, igual a la más escasa de las dos sumas que representan el gasto hecho y el provecho subsistente. En todo caso, no puede ser menor el gasto hecho cuando éste era necesario. No puede ser menor al provecho subsistente—plusvalía—cuando el valor prestado ha servido para adquirir, conservar o mejorar, un bien que se encuentra, el día de la disolución de la comunidad, en el patrimonio que tomó prestado. Si el bien adquirido, conservado o mejorado ha sido enajenado, durante la comunidad, el provecho será valorado el día de la enajenación; si un nuevo bien ha sido subrogado en lugar del enajenado, el provecho es valorado con relación a este nuevo bien.»

Creemos que el nuevo artículo 1.469 del Código civil francés está bastante bien pensado. A mi juicio, viene a resolver un problema de estricta justicia en las relaciones entre esposos. Muchas veces, en la práctica, hemos contemplado casos de enajenaciones realizadas, especialmente de bienes propios de la esposa, sin ser seguidas de reemplazo del precio obtenido, o cuando éste se invierte en la conservación o mejora de un bien ganancial o propio del marido. En estos supuestos, la mujer, o el marido, conservan un derecho de crédito por el importe del precio obtenido en la enajenación, frente a la comunidad o frente al otro esposo; pero este derecho de créditos, aun en los supuestos en que puede probarse, lo que no siempre es fácil, sufre implacablemente la continua depreciación de la moneda, y cuando puede ser exigido, a la disolución de la comunidad, con frecuencia muchos años después de su nacimiento, tiene un valor irrisorio, mientras que, también con frecuencia, los bienes gananciales o propios que sirvieron para adquirir o mejorar han experimentado importante plusvalía.

Ya en el proyecto de 1959 sus redactores exponían el problema en los siguientes términos: «Si, por ejemplo, la comunidad ha abonado en su cuenta el precio de venta de un bien propio, sin que haya sido adquirido otro bien en reemplazo, la compensación

debida por ello es siempre igual a este precio. La experiencia ha revelado que la solución antigua puede aseverarse particularmente injusta si el poder de adquisición de la moneda es sensiblemente inferior cuando se paga esta compensación que en la época en que la masa patrimonial tenía derecho a esta compensación, y por ello ésta se hallará empobrecida. Para convencerse es suficiente suponer que el precio de enajenación del bien propio ha servido para adquirir un bien común—inmueble o establecimiento mercantil principalmente—cuyo valor normal ha aumentado considerablemente después.» Para remediar esta injusticia pensaron los autores del proyecto en acudir a un índice de revaluación semejante a la que se utiliza en Francia para ciertas rentas; pero ante los inconvenientes que presentaba este sistema, decidieron mantener el sistema antiguo, como principio, pero derogándolo, en los casos, por lo demás los más frecuentes en la práctica, en que el provecho obtenido en el patrimonio deudor de la compensación ha consistido en la adquisición de un bien que cae en este patrimonio, o cuando la plusvalía aportada subsiste en el mismo.

Siguiendo con los bienes propios, en el nuevo Derecho francés, el artículo 1.407 declara es bien propio el adquirido en permuta con otro que ya tenía la consideración de propio, y el artículo 1.408 dispone que la adquisición hecha en subasta pública, o de otra forma, de un bien del que uno de los esposos era propietario pro indiviso, no constituye una adquisición—y por ello no pertenece a la comunidad—, quedando siempre a salvo el crédito de la comunidad por la aportación realizada.

Los artículos 1.409 al 1.411, ambos inclusive, regulan el pasivo de la comunidad y las deudas que son cargo de la misma. No entramos en su estudio por no considerarlo comprendido en el ámbito de este trabajo.

ADMINISTRACIÓN.

a) *De los bienes comunes.*—Los poderes del marido para la administración de los bienes de la comunidad eran muy amplios en el antiguo Código civil francés. Especialmente con anterioridad a la Ley de 1938 se le consideraba como «el señor y dueño» de la

comunidad. Después de la reforma ha pasado a ser solamente el administrador, si bien, salvo pacto en contrario, *administrador único*. Así lo dispone expresamente el párrafo primero del artículo 1.421; pero a continuación agrega: «salvo la responsabilidad que él habría cometido en su gestión». Es decir, que queda sometido a los mismos derechos y deberes de cualquier otro administrador.

Por otra parte, el nuevo artículo 1.426 prevé la posibilidad de que la administración de los bienes comunes pase a la mujer cuando dice: «Si uno de los esposos se encuentra de una forma duradera fuera del estado de manifestar su voluntad, o si la gestión, sea de los bienes de la comunidad, sea de los bienes reservados, demuestra ineptitud o fraude, el otro cónyuge puede solicitar al Juez se le sustituya en el ejercicio de sus poderes. Las disposiciones de los artículos 1.445 al 1.447 son aplicables a esta petición (dichos artículos regulan la publicidad en los casos de separación de bienes). El cónyuge así habilitado por los Tribunales tiene los mismos poderes que tenía el esposo a quien reemplaza. El puede realizar, con autorización de los Tribunales, los actos para los cuales su propio consentimiento hubiera sido requerido si no hubiera tenido lugar la sustitución. El esposo privado de sus poderes podrá pedir a los Tribunales la restitución cuando pruebe que la transferencia al otro cónyuge no está justificada.»

El artículo 1.427 sanciona cuantos actos realicen cualquiera de los esposos excediéndose de sus poderes, con una acción de anulación ejercitada por el otro esposo, a menos que haya ratificado el acto, y cuyo ejercicio podrá efectuar en el plazo de dos años, contados desde que tuvo conocimiento del acto, y en ningún caso podrá ejercitarla dos años después de disuelta la comunidad.

b) *Administración de los bienes propios*.—Quizá sea el artículo 1.428, al declarar que cada esposo tiene la administración y goce de sus bienes propios, el que introduce la mayor modificación de la reforma. El artículo 1.428 anterior disponía: «El marido tiene la administración de todos los bienes personales de la mujer. El puede ejercitar todas las acciones mobiliarias y posesorias que pertenezcan a la mujer.»

Esta reforma tan profunda no pudo ser conseguida sin vencer

fuerte resistencia. El proyecto de 1959 no llegó a buen fin precisamente porque el Senado, tradicionalista, quería mantener la administración de los bienes propios de la mujer por el marido, criterio contrario al de la Asamblea Nacional. Sin embargo, en 1965, no suscitó la aprobación del texto ninguna oposición.

El artículo 1.429 impone en la administración de los propios por cada uno de los esposos, una limitación, muy similar a la del artículo 1.426, que ya hemos examinado. en cuanto a la administración de los bienes comunes. Es decir, concede al otro cónyuge la facultad de solicitar la administración cuando el esposo o la esposa-administrador se encuentran imposibilitados, de una forma duradera, de manifestar su voluntad, o ponen en peligro los intereses de la familia dejando desmerecer sus propios, disipando las rentas que retira o sustrayéndolas.

Con consecuencia de esta equiparación de los dos sexos en cuanto a sus propios, el artículo 1.430 no obliga al marido a garantizar el empleo o reemplazo de los propios de la mujer, a menos que se injiera en las operaciones de administración, se pruebe que ha recibido el dinero o que lo ha empleado en su provecho. Y, según lo dispuesto en el 1.431, se aplicarán las reglas del mandato si uno de los esposos confiere al otro la administración de sus propios. Únicamente le dispensa de rendir cuentas de los frutos cuando el mandato no lo disponga así expresamente. El 1.432 establece la doctrina del mandato tácito cuando uno de los esposos tome en sus manos la gestión de los propios del otro.

La esposa tendrá la gestión de sus bienes reservados—los adquiridos en el ejercicio de su profesión, industria o comercio—, aunque estos bienes tengan la consideración de comunes.

DISPOSICIÓN.

A) *De los bienes comunes.*—El párrafo segundo del artículo 1.421, anterior a la reforma, disponía: «El puede—se refiere al marido—venderlos, enajenarlos e hipotecarlos sin el concurso de la mujer.» Como vemos, los poderes del marido respecto a los bienes comunes eran muy semejantes a los que tenía el marido español antes de la reforma de 1958. Hoy, después de la reforma sufrida

por el Código civil en los dos países, también continúan siendo muy semejantes. Después de la Ley del 13 de julio de 1965, el párrafo segundo de la Ley del 13 de julio de 1965, quedó redactado en los siguientes términos: «El puede disponer de los bienes comunes, siempre que sea sin fraude, y con las excepciones que siguen.» Estas excepciones son las siguientes:

a) No podrá disponer *inter vivos* y a título gratuito de bienes de la comunidad sin consentimiento de la mujer, excepto cuando se trata del establecimiento de los hijos comunes (artículo 1.422).

b) Los legados que efectúe no podrán exceder de su parte en la comunidad. Si ha legado un efecto de la comunidad, el legatario no puede reclamarlo en *nature* más que cuando, como efecto de la partición, cae en el lote de los herederos del marido. Si no cae en este lote, el legatario tiene derecho a una compensación total del valor del efecto legado, sobre la parte de los herederos del marido en la comunidad y sobre los bienes personales de este último (art. 1.423).

c) No puede, sin el consentimiento de la mujer, enajenar o gravar con derechos reales los inmuebles, fondos de comercio y explotaciones dependientes de la comunidad, ni los derechos sociales no negociables y los muebles corporales cuya enajenación esté sometida a publicidad. No puede sin este consentimiento percibir los capitales provenientes de tales operaciones. No puede, además, sin el mismo consentimiento dar en arrendamiento una empresa rural o un inmueble destinado a uso comercial, industrial o artesano. Los arrendamientos concertados por el marido sobre los bienes comunes están, por lo demás, sometidos a las reglas previstas para los arrendamientos contratados por el usufructuario (art. 1.424).

Si comparamos la limitación de los poderes dispositivos del marido después de la reforma del Código civil francés con el contenido del Código civil español después de la reforma del año 1958, observaremos que es aún mayor la limitación establecida en el derecho francés, si bien creemos que en el futuro es muy posible que la jurisprudencia española vaya completando los preceptos del Código civil en el mismo sentido o similar al que lo ha

hecho el Derecho francés. Los principales puntos de divergencia que apreciamos son los siguientes:

a) *La limitación en el Derecho civil francés se extiende también a los derechos sociales no negociables.*—¿Cuál es la verdadera extensión de este concepto de derechos sociales no negociables?

La Comisión de reforma del Código civil francés había tratado de exigir la intervención de la esposa para la enajenación de los valores mobiliarios comunes, pero desistió de su propósito a consecuencia de la multiplicidad de operaciones que se realizan con los mismos y por considerar que el requisito de la doble firma sería contrario a los intereses de los mismos esposos. Sin embargo, la cuestión fué discutida en la Asamblea en 1960 y el entonces Ministro de Hacienda se opuso al requisito de la doble firma en la enajenación de los valores mobiliarios por considerar que constituiría una dificultad en el mercado financiero, dada la existencia de valores al portador, y por la dificultad de distinguir, siempre refiriéndose a los valores mobiliarios, los actos de gestión que el marido podría realizar solo, de aquellos de disposición para los que necesitaría el concurso de la esposa. Como consecuencia de esta opinión, quedó rechazado el criterio de limitar los poderes dispositivos del marido en cuanto a los valores mobiliarios y se limitó aquél solamente en cuanto afectase a *los derechos sociales no negociables*. Esta frase fué introducida por una enmienda de M. FOSSET, que expuso en estos términos su argumentación: «Está previsto en el artículo 1.424 que el marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, vender o gravar con derechos reales los inmuebles, establecimientos mercantiles o explotaciones agrícolas dependientes de la comunidad. Pero sucede con mucha frecuencia que la posesión de estos inmuebles y de estos bienes muebles está materializada en títulos. Cuando aquéllos dan derecho a la ocupación por la familia del alojamiento, el artículo 215 ha previsto que uno de los esposos no podrá, sin el consentimiento del otro, enajenar sus derechos. Se llega a la conclusión, a veces, de que la posesión de estos títulos dan derecho a la ocupación de otros alojamientos distintos a los ocupados por la familia, y el texto que nosotros hemos votado sobre el arrendamiento en construcción va a extenderlo en gran medida. En estos casos, el

marido tendrá el derecho de enajenar el bien y seguramente el de enajenar una gran parte de su patrimonio. Es ésta la razón por la que parece indispensable prever, de que en el caso de que los valores poseídos por la comunidad representen la posesión de un bien mueble o inmueble no sería posible al marido enajenarlo sin el consentimiento de la mujer.»

b) *Limita también la posibilidad del marido de percibir los capitales provenientes de estas operaciones.*—Con un texto como el del Código civil francés no le hubiera sido posible a la Dirección General de los Registros y del Notariado dictar sus resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, permitiendo al marido cancelar la hipoteca sobre bienes gananciales sin consentimiento de la esposa. Dichas resoluciones, por lo demás, están plenamente justificadas en el vigente Derecho español.

c) Igualmente limita los arrendamientos de las explotaciones rurales y de los inmuebles destinados a uso comercial, industrial y artesano. Con respecto a este punto, el diputado M. COLETTE exponía a la Asamblea Nacional: «La Comisión estimó que por razón de la extensión de los derechos concedidos al arrendatario los arrendamientos deben tener el *status* de las granjas o de las Leyes sobre la propiedad comercial, debiendo asimilarse a actos de enajenación, y como consecuencia, la mujer siempre debe estar asociada a la conclusión de un arrendamiento, aunque éste no tuviera una duración superior a nueve años» (14).

(14) MANUEL DE LA CÁMARA (*Anuario de Derecho civil*, 1960) estudia cuándo puede considerarse, en el Derecho español, un acto de disposición el arrendamiento. Según este autor, para la calificación debía atenderse no solamente a la duración del arrendamiento, es decir, del contrato de arrendamiento, según sostiene la tesis que prevalece en la doctrina y la jurisprudencia, sino que también debían considerarse actos de disposición los arrendamientos sujetos a las Leyes especiales, por estar sujetos a prórroga forzosa y tener, por ello, indudable trascendencia. No obstante, reconoce, al igual que lo hacen CASTÁN y CALVILLO (*Arrendamientos Urbanos*, tomo II, pág. 22), que tanto en la doctrina, con pocas excepciones, como en la jurisprudencia, prevalece la tesis de considerar actos de disposición los arrendamientos con duración, en el contrato, superior a seis años, y actos de administración aquellos que tengan una duración inferior.

B) DISPOSICIÓN DE LOS BIENES PROPIOS.

El nuevo artículo 1.428 dice así, literalmente traducido: «Cada esposo tiene la administración y goce de sus propios y puede disponer libremente.»

Este es uno de los preceptos más importantes de la reforma, especialmente en lo que respecta a la mujer. El párrafo tercero del antiguo artículo 1.428 decía: «El—refiriéndose al marido—no puede enajenar los inmuebles de su mujer sin su consentimiento.»

Parecía deducirse del texto del artículo que era al marido a quien correspondía la enajenación de los bienes de la esposa, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia estaban conformes en declarar que la mujer no podía enajenar sus bienes propios, en pleno dominio, más que con el concurso o el consentimiento de su marido, o si aquél no podía manifestar su voluntad, con la autorización del Juez. Así lo declaró, entre otras, la Sentencia del Tribunal civil de Caen de 24 de diciembre de 1942 y Tribunal civil de Nimes de 16 de diciembre de 1942. Correspondían, pues, los poderes dispositivos a la mujer, y ésta podía enajenar libremente la nuda propiedad de sus bienes propios—después de las Leyes de 1938 y 1942—sin necesidad del consentimiento de su esposo.

En la discusión del proyecto de 1959, en la Asamblea Nacional, varios diputados presentaron una enmienda en la que se limitaban los poderes dispositivos de la mujer casada, no permitiéndole, sin el consentimiento del marido, o en su defecto, sin autorización del Juez, efectuar ningún acto dispositivo sobre sus bienes, en cuanto a la plena propiedad, o el usufructo, ni gravarlos, ni transigir sobre ellos; darlos en arrendamiento o renovar los arrendamientos anteriores por una duración superior a nueve años, y ceder anticipadamente más de tres anualidades de alquileres.

Pero en el nuevo texto no prosperó ninguna limitación a los poderes dispositivos de la mujer, sino que, por el contrario, para dar un contenido a dicho poder dispositivo, el nuevo texto suprimió el derecho de goce de la comunidad sobre los bienes propios de los esposos para que de esta forma la mujer pudiera disponer de la plena propiedad de sus propios.

Esta posibilidad de libre disposición de los propios hace que el nuevo régimen legal supletorio francés presente grandes analogías con el régimen conocido por la anterior práctica notarial francesa como régimen de comunidad de adquisiciones con separación de patrimonios propios. Como hizo notar en su resolución ante la Asamblea el diputado M. COLETTE, «bajo este régimen, como bajo el régimen legal, cada uno de los esposos conserva una libertad completa de administración y de disposición sobre sus bienes propios personales, es decir, aquellos que poseía el día del matrimonio, o recibía en el curso del mismo, por sucesión o donación. Cada esposo conserva igualmente la libre disposición de sus rentas, ya provengan del ejercicio de una profesión o de sus bienes propios personales, bajo reserva, naturalmente, de contribuir, cada uno por su parte, a las cargas del matrimonio. En ambos casos, solamente las economías, y no las rentas, caen en comunidad, y es interesante hacer notar que la cuestión de saber a partir de qué momento estas *rentas* se convierten en *economías*, ya se había presentado en la práctica, bajo el régimen de separación de bienes, con sociedad de adquisiciones; la jurisprudencia tuvo ocasión de desarrollar un concepto de economía; en principio, ella decidió que las economías que caen en comunidad no están constituidas solamente por los bienes adquiridos con las rentas; las economías no tienen que ser necesariamente objeto de empleo; los esposos que han pagado su parte contributiva en las cargas del matrimonio y han pagado sus gastos personales constituyen sus economías con el remanente eventual, aunque subsista en dinero».

¿Existe alguna limitación a esta libre disposición por parte de los esposos de sus bienes propios? Aparte de la que regula el artículo 1.429, similar a la del 1.426, para cuando uno de los esposos se encuentre de una forma duradera en la imposibilidad de manifestar su voluntad, en cuyo caso, el Juez, a petición del otro esposo, puede encomendarle la administración de los bienes propios de su consorte realizando los actos de enajenación el esposo desposeído, pero solamente en cuanto a la nuda propiedad de aquellos bienes cuya administración se le hubiera quitado.

Aparte de este caso excepcional, repetimos, existe otra limitación de gran importancia. Se contiene ésta en el párrafo ter-

cero del artículo 215 reformado también por la Ley del 13 de julio de 1965. Dicho texto dice así: «Los esposos no pueden, el uno sin el otro, disponer de los derechos por los cuales les esté asegurado el alojamiento de la familia, ni de los muebles del mismo. Aquel de los dos que no haya dado su consentimiento al acto puede pedir su anulación; la acción de anulación puede ejercitarse dentro del año a partir del día en que tuvo conocimiento del acto, sin poder ser ejercitada jamás una vez transcurrido un año desde la disolución del matrimonio.»

Este texto es uno más de los que en el Derecho comparado moderno protegen de una forma más radical la vivienda u hogar familiar. Está en una misma línea de protección que lo está el *homestead* norteamericano, la moderna jurisprudencia de los Tribunales ingleses sobre la vivienda familiar y los patrimonios familiares regulados en varios países. En todos ellos se tiende a proteger una propiedad, que es casi siempre la única que tienen millones de familias y que sirve de una forma particularmente importante a los fines del matrimonio. El ponente, M. COLETTE, recalcó estos fines en su exposición ante la Asamblea Nacional: «Hay una verdadera promoción jurídica del alojamiento familiar particularmente importante en nuestra época. El tercer párrafo del artículo 215 no está en contradicción con las disposiciones del artículo 1.751 del nuevo Código civil. En efecto, este texto, que consagra la «conyugalidad» del derecho de arrendamiento, no se aplica por hipótesis más que al caso de que el alojamiento familiar esté asegurado por un contrato de inquilinato. Por el contrario, el texto se aplica a todos los derechos por los cuales esté asegurado el alojamiento de la familia. Se aplicará especialmente cuando uno de los esposos sea propietario del inmueble que sirve de alojamiento familiar, así como en la hipótesis en que este alojamiento esté asegurado en el cuadro de una Sociedad inmobiliaria. Este campo de aplicación es mucho más amplio que el del artículo 1.751 del Código civil. Comprende tanto los casos de renuncia a un derecho (concediendo al arrendador derecho de desahucio contra el hogar o la renuncia al mantenimiento en la relación arrendaticia). En lo sucesivo, cuando uno de los esposos disponga de los derechos que aseguran el alojamiento de la fami-

lia no podrá hacerlo más que conjuntamente con su otro cónyuge.»

Como se deduce de la anterior exposición, la amplitud de esta disposición es extraordinaria en cuanto se refiere a la vivienda familiar. Ahora bien: ¿qué debe entenderse por vivienda familiar? ¿Tendrá el concepto de «alojamiento de la familia», empleando la expresión del Código civil francés, cualquier alojamiento transitorio o de temporada, además del principal, o estas reglas se aplicarán solamente al alojamiento principal? Estas preguntas fueron formuladas en el Senado cuando se discutía el proyecto de reforma del Código civil francés, y el senador M. MARCILLAY contestó a ellas de la siguiente forma: «Si yo hiciera diferencia entre domicilio y residencia podría decir que todos los techos bajo los cuales se abriga la familia están afectados por este texto. Pero hace falta darle una interpretación más razonable. Es solamente la residencia principal de la familia la que debe ser afectada.»

Por el contrario, la amplitud jurídica del mismo es extraordinaria. Comprende todos los actos de enajenación, renuncia, y creemos que incluso los simples hechos con relevancia jurídica. El esposo que los realice necesitará, en todo caso, para que el acto sea eficaz, el consentimiento del otro esposo. Si el alojamiento está situado en un bien propio, aunque tenga la libre disposición del inmueble. Si está situado en un bien común, sujeto a la administración del marido, éste no solamente necesitará el consentimiento de la mujer para la enajenación del inmueble, sino también para la de los muebles que se utilizan en el domicilio. Si se trata de un local que disfruta la familia en arrendamiento, cualquier renuncia, y entendemos que incluso el allanamiento a las pretensiones de desahucio por parte del propietario. Ningún acto con trascendencia jurídica será eficaz sin la concurrencia de ambos esposos. Incluso la venta o gravamen de acciones o participaciones de Sociedades inmobiliarias, que concedan a sus socios derecho a disfrutar alojamiento en inmuebles de la Sociedad, estará comprendido en este precepto cuando se trate de la vivienda principal.

En cuanto afecta al fin principal de este trabajo, creemos que, cuando se trate de inmuebles situados en España, y aunque la

calificación como propio esté clara, sería conveniente exigir la declaración del esposo enajenante en la escritura pública de que el inmueble que se transmite no sirve de alojamiento principal a la familia, pues en los casos en que, efectivamente, sea la residencia familiar, será precisa la concurrencia del otro esposo.

DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD.

Según el nuevo artículo 1.441, la comunidad puede quedar disuelta: 1.º Por la muerte de uno de los esposos. 2.º Por la ausencia, en los casos previstos en los artículos 124 y 129 del presente Código. 3.º Por el divorcio. 4.º Por la separación de cuerpos. 5.º Por la separación de bienes. 6.º Por el cambio de régimen matrimonial. Este último apartado, del que luego trataremos con extensión, es la auténtica novedad de la reforma.

REGÍMENES CONVENCIONALES.

Tanto antes como después de la reforma, los franceses gozan de muy amplia libertad para el contenido de sus capitulaciones matrimoniales. Pueden acogerse a cualquiera de los regímenes convencionales que la reforma regula, modificar éstos o el régimen legal en la forma que tuvieran por conveniente, siempre que sus estipulaciones no afecten a las buenas costumbres (art. 1.387) o no deroguen los deberes y derechos que resulten para ellos del matrimonio, las reglas de la potestad paternal o la administración legal de la tutela (art. 1.388). Por el contrario, en el texto nuevo, y a diferencia de lo que ocurría en el antiguo, pueden derogar los derechos reconocidos al marido como jefe de la familia y de la comunidad, al menos en parte. Tampoco pueden cambiar el orden legal de las sucesiones (art. 1.389).

En relación con las modificaciones que pueden introducir en la comunidad regulada en el Código, pueden ser, entre otras, las que cita el artículo 1.497 a título meramente expositivo:

1.º Pueden pactar que la comunidad comprenda los muebles y las adquisiciones. Es decir, el antiguo régimen legal.

2.º Que se deroguen las reglas relativas a la administración. En este sentido, pueden convenir la administración conjunta de los bienes comunes, en cuyo caso todos los actos de administración y de disposición de dichos bienes comunes serán realizados conjuntamente por el marido y la mujer, que se obligan solidariamente. Solamente los actos de conservación pueden ser realizados aisladamente por cualquiera de los dos esposos. También pueden convenir que el marido tendrá la administración de los bienes propios de la esposa, en cuyo caso entrarán en el activo común el goce de los propios de los dos esposos, y en el pasivo, las cargas usufructuarias correspondientes. Si han pactado la administración del marido de los propios de la esposa, ésta, durante el matrimonio, no puede obligar más que a la nuda propiedad de sus bienes propios, excepto cuando se trate de obligaciones profesionales.

3.º Pueden pactar que ciertos bienes se le adjudiquen a la disolución de la comunidad a uno de los esposos, previa indemnización.

4.º También puede estipular que uno de los esposos tendrá derecho a una mejora.

5.º Y que los esposos tomarán partes desiguales en la disolución o en la percepción de los frutos y rentas.

6.º Por último, pueden pactar entre ellos la comunidad universal.

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Se halla regulado en el artículo 1.536 del nuevo Código civil, que prevé que cuando los esposos estipulan este régimen cada uno de ellos conserva la administración—el goce y la libre disposición de sus bienes personales.

Es interesante lo que dispone el artículo 1.538 sobre presunción de propiedad en el régimen de separación de bienes: «Tanto en cuanto al otro esposo, como respecto a tercero, un esposo puede probar por todos los medios que tiene la propiedad exclusiva de un bien. Las presunciones de propiedad enunciadas en el con-

trato de matrimonio tienen como efecto, en cuanto a terceros, así como entre los esposos, lo que hayan convenido. La prueba en contrario será de Derecho y se hará por todos los medios necesarios para establecer que los bienes que pertenecen a los esposos por la presunción designada, o les pertenecen por haberlos adquirido a consecuencia de la liberalidad del otro esposo. Los bienes sobre los cuales ninguno de los esposos puede justificar una propiedad *exclusiva*, se reputa pertenecerles *indivisamente*, a cada uno por mitad.

Como vemos, los redactores de la reforma del Código civil francés han querido dejar sentado bien claro, a diferencia de lo que hicieron los redactores de la compilación civil de Cataluña, que no admiten la presunción muciana. Admiten, en primer lugar, las presunciones de propiedad establecidas por los esposos en sus capitulaciones, y si éstas no existieran, la indivisión por mitad. A mi juicio, entran con ello en una línea más moderna y más conforme con las circunstancias de la vida moderna, pues si en la actualidad la mujer está facultada, y hace con frecuencia uso de esa facultad, para ejercer el comercio o cualquiera otra profesión, parece un poco absurdo seguir considerando que todo lo que adquiera durante el matrimonio lo tenga porque le ha sido donado por su marido. Estamos de acuerdo con PELAYO HORE en la aguda crítica que hace de la presunción muciana (15).

(15) *La presunción muciana*. Madrid, 1961. Separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Con anterioridad a la Ley de 1965, se presumía en Francia que los inmuebles, en el régimen de separación, pertenecían al esposo que figuraba en el acto de adquisición. Así nos lo dicen PLANIOL y RIPERT (*Obra citada*, pág. 434 del tomo IX). En el régimen de separación, exponen estos autores, no sólo cada esposo conserva la propiedad plena de sus bienes presentes y de los que adquiera, por sucesión, legado o donación, sino también de todas las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio. Los bienes adquiridos durante el matrimonio son, por tanto, propiedad del que ha figurado en el acto como una de las partes. Esta regla se aplica especialmente a las adquisiciones realizadas por la mujer, a reserva, sin embargo, en caso de quiebra del marido, de la presunción establecida en el artículo 559 del Código de Comercio. (El Código de Comercio francés acoge la presunción muciana rechazada por el Código civil, como lo demuestra el texto del artículo citado, que dice: «Bajo cualquier régimen que se haya formado el contrato de matrimonio, fuera del caso previsto en el artículo anterior, la presunción legal es que los bienes adquiridos por la mujer del quebrado pertenecen a su marido y han sido pagados de su dinero, debiendo ser llevados a la masa del activo, salvo que la mujer consiga probar lo contrario».) Pero, de conformidad con el Derecho común, continúan exponiendo PLANIOL y RIPERT, los acreedores de uno de los esposos, sus herederos o los terceros

Por otra parte, esta presunción debe ponerse en relación con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 reformados, que ya anteriormente hemos estudiado.

El artículo 1.539 prevé que si durante el matrimonio uno de los esposos confía al otro la administración de sus bienes personales les serán aplicables las reglas del mandato. Cuando uno tiene la gestión de los bienes del otro, sin oposición de éste, se aplicarán las reglas del mandato tácito.

RÉGIMEN DOTAL.

Estaba regulado por los artículos 1.540 y siguientes del texto antiguo, y ha sido totalmente derogado. Antes de ser derogado legalmente ya había dejado de existir en la práctica.

En efecto, de una encuesta realizada, se pudo comprobar que mientras en 1898 aproximadamente diez mil contratantes adoptaban el régimen dotal, en 1962 únicamente veinte contratantes lo adoptaron.

RÉGIMEN DE PARTICIPACIÓN EN LAS ADQUISICIONES.

Dicho régimen convencional, nuevo en el Derecho francés, aunque ya había sido anteriormente objeto de un proyecto que incluso trató de establecerlo como régimen legal, está regulado

interesados, podrán probar que el otro cónyuge no ha sido más que un testamento y que la adquisición ha sido hecha, en verdad, por el primero.»

Según VIRGILI SORRIBES (*El régimen legal de separación de bienes*, en «Anuario de Derecho civil», 1962, pág. 55), en Derecho romano, las adquisiciones constante matrimonio pertenecían exclusivamente al consorte con cuyo efectivo se realizaban. Ahora bien, ante la enorme dificultad de determinar, en muchas ocasiones, si el dinero con que se realizaba la adquisición pertenecía al marido o a la mujer, la Ley 51, libro XXIV, título I, del *Digesto* proclamó la llamada presunción muciana. Según este mismo autor, en Cataluña siempre estuvo vigente esta presunción, afectando a la propiedad, pero recientemente Roca SASTRE mantuvo que la presunción solamente afectaba al precio, y por ello, el inmueble adquirido pertenece a la mujer, pero ésta debe restituir el dinero invertido cuando el marido revocase la donación. La compilación civil de Cataluña ha aceptado la tesis de Roca SASTRE.

Por el contrario, el artículo 3.º de la compilación civil de Baleares rechaza la presunción muciana, y establece, al igual que la nueva regulación francesa, que los bienes que no resulten privativos pertenecerán por mitades indivisas a los dos esposos.

en el artículo 1.569, cuyo texto es el siguiente: «Cuando los esposos han declarado casarse bajo el régimen de participación en las adquisiciones, cada uno de ellos conserva la libre administración, goce y disposición de sus bienes personales, sin distinguir entre aquellos que le pertenecían el día del matrimonio o los que ha recibido después por sucesión o liberalidad, o aquellos que ha adquirido durante el matrimonio. Este régimen funciona como si los esposos se hubieran casado bajo el régimen de separación de bienes. A la disolución del régimen, cada uno de los esposos tiene derecho a participar, por mitad, en el valor de las adquisiciones netas constatadas en el patrimonio del otro y medidas por la doble estimación del patrimonio originario y del patrimonio final. El derecho de participación en las adquisiciones no se puede ceder mientras el régimen matrimonial no esté disuelto. Si la disolución sobreviene por la muerte de uno de los esposos, sus herederos tienen, sobre las adquisiciones netas hechas por el otro, los mismos derechos que su causante.

Los artículos siguientes regulan de una forma bastante minuciosa lo que se entiende por patrimonio originario y por patrimonio final. El primero lo componen no solamente los bienes que tuvieron los esposos al contraer matrimonio, sino también los que hubieran adquirido durante el mismo por sucesión, legado o donación. También se regula detalladamente la valoración de dichos patrimonios originario y final. Se dispone que si el patrimonio final es inferior al originario, el déficit es soportado por completo por el esposo propietario. Por el contrario, si hay adquisiciones netas realizadas por los dos esposos, deben ser compensadas. Solamente el excedente se parte: el esposo cuya ganancia ha sido menor es acreedor de su cónyuge por la mitad de este excedente.

Este crédito en la participación en las ganancias que se concede a uno de los esposos da lugar a su pago en dinero, como expresamente declara el artículo 1.576. Solamente puede pagarse en *nature* por el consentimiento de ambos esposos o sus herederos, o por una decisión judicial, si el esposo deudor encuentra dificultades graves para el pago en dinero.

La exposición de motivos del antiguo proyecto de 1959 explicaba sobre este régimen: «Se sabe que el régimen de participa-

ción en las adquisiciones se esfuerza en reunir las ventajas esenciales de la separación de bienes (independencia de los esposos en cuanto a la gestión de sus bienes durante el matrimonio) y de la comunidad (partición de las ganancias realizadas en el curso del matrimonio). Se le puede considerar como un régimen de *comunidad diferida*.»

Y en cuanto a los poderes dispositivos de los esposos—materia que tiene particular importancia en este trabajo—, la citada exposición decía: «Son posibles dos concepciones. En una primera, los esposos gozan de una independencia total, y cada uno de ellos podía disponer de sus propios y de sus adquisiciones sin necesidad del acuerdo del otro. En una segunda concepción, esta independencia no es total más que en los actos de disposición de los propios, pues en cuanto a las adquisiciones—o al menos para las más importantes entre ellas, tales como los inmuebles o los establecimientos mercantiles—cada esposo no podía disponer más que con el consentimiento de su cónyuge, con el fin de permitir a este último velar por la conservación de los bienes en la partición a la que tendrá ulteriormente derecho. Después de haber estudiado los méritos respectivos de estas dos concepciones, la Comisión de reforma del Código civil estimó preferible hacer prevalecer la primera, que confiere a los esposos una independencia más completa; pero ha juzgado prudente prohibir a cada esposo disponer a título gratuito de sus adquisiciones sin el consentimiento del otro y dejar la facultad de estipular, en su contrato, que ciertas adquisiciones no podrán ser enajenadas, a título oneroso, más que con el acuerdo de los dos esposos.»

Efectivamente, en el proyecto de 1959 figuraban estas prohibiciones que no han prevalecido en el nuevo texto legal, quizá porque en los artículos reformados se regula este régimen como una participación en el valor, a diferencia de lo que ocurría en el proyecto repetido de 1959, en que preveía una participación *en nature*. Está inspirado en este aspecto en la Ley alemana del 18 de junio de 1958, que regula como régimen legal supletorio una participación en las adquisiciones en valor. Tiene la ventaja de que deja a los esposos una independencia total en la gestión de sus patrimonios. Cada uno de los esposos conserva, en la misma forma que si hubiera entre ellos régimen de separación de bie-

nes, la administración, disfrute y libre disposición de sus bienes personales. Se cree que puede ser el régimen matrimonial de las generaciones nuevas.

MUTABILIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES.

El artículo 1.397 introduce una importante modificación en el tradicional régimen francés.

Según PLANIOL y RIPERT (16), siguiendo una tradición establecida en las costumbres del siglo xvi, se venía exigiendo que el contrato matrimonial se celebrase antes de contraer matrimonio, y no se permitía su modificación posterior. Se consideraba el problema de la mutabilidad de orden público. Según estos autores regía esta regla, antiguamente, por el carácter que tenía de pacto de familia y por la prohibición de las donaciones entre esposos. Hoy, agregan, después de autorizar el Código civil francés las donaciones entre esposos, el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales no puede explicarse más que por el propósito de asegurar la estabilidad del régimen matrimonial, y como razones para el mantenimiento de esta estabilidad, se afirmaba que era de interés para los terceros, especialmente los acreedores. Además—se exponía—la mutabilidad atentaría contra la revocabilidad de las donaciones entre esposos, regla que se consideraba de orden público.

Por el contrario, el nuevo artículo reformado 1.397 admite claramente la mutabilidad en los siguientes términos: «Pasados dos años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, los esposos podrán convenir, en interés de la familia, modificar o cambiar por completo, por acto notarial que estará sometido a la homologación del Tribunal de su domicilio. Todas las personas que hayan tomado parte en el contrato modificado deben ser llamadas a la instancia de homologación; pero no sus herederos, si ellas han fallecido. El cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha del juicio, y en cuanto a terceros, tres meses después de que haya sido mencionado al

(16) Obra citada, tomo VIII, pág. 63.

margen de uno y del otro ejemplar del acta del matrimonio. No obstante, a pesar de la ausencia de esta mención, el cambio es igualmente oponible a terceros si en los actos realizados en su presencia los esposos han declarado haber modificado su régimen matrimonial». Se hará mención del acto de homologación sobre la minuta del régimen, digo, contrato matrimonial modificado.

La demanda y la decisión de homologación deben ser publicadas en las condiciones y bajo las sanciones previstas en el Código de Procedimientos Civiles; por otra parte, si uno de los esposos es comerciante, la decisión es publicada en las condiciones y bajo las sanciones previstas por los reglamentos relativos al Registro de comercio.

Si la modificación ha sido efectuada en fraude de los derechos de los acreedores éstos podrán formar oposición de terceros en el juicio de homologación en las condiciones del Código de Procedimientos Civiles.

En la exposición del proyecto de 1959 se decía que la cuestión de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales había sido muy debatida en el seno de la Comisión de reforma del Código civil, presidida por LA MORANDIÈRE, y las razones por las que se justifica habitualmente el principio de inmutabilidad—interés de los esposos, de la familia y de los terceros—fueron sometidas a un profundo examen. El argumento del interés de los esposos se fundaba en que de no existir la inmutabilidad, uno de los esposos podría, en favor de un abuso de influencia, hacerse consentir ventajas que escapasen a la regla de la revocación de las donaciones entre esposos. A la Comisión le pareció que este peligro era menos de temer cada vez, y que, en todo caso, el control judicial sería suficiente para impedir convenciones de carácter abusivo. Por el contrario, la inmutabilidad del régimen va, en muchas ocasiones, contra el interés bien comprendido de los esposos; aquéllos pueden equivocarse en la elección del régimen adoptado; con más frecuencia aún, el régimen escogido, aunque satisfactorio al principio, puede no responder en lo sucesivo a las necesidades del hogar, principalmente por un cambio de profesión o de modificación en el estado respectivo de las fortunas de los esposos. Parece que en casos parecidos es una buena política para favorecer la estabilidad del hogar permitir a los esposos situarse bajo un ré-

gimen más conforme con sus intereses. El segundo argumento habitualmente invocado es el del interés de la familia; el contrato de matrimonio es, se dice, un pacto de familia y los padres de los futuros esposos que han presidido, generalmente, el establecimiento de los convenios matrimoniales tienen derecho legítimo a contar con la estabilidad de estos convenios, presumiblemente establecidos en interés de los nuevos esposos. Sin embargo, este argumento parece tener, como el precedente, perdido, en nuestros días, una gran parte de su valor; en efecto, aunque se admitiese que en origen las convenciones matrimoniales habían sido establecidas en interés de los futuros esposos y no en interés de sus padres, es de temer que, más tarde, cuando los padres hayan desaparecido, las convenciones se revelen poco satisfactorias, si tenemos en cuenta los cambios producidos en la situación de los esposos y la revolución de las condiciones económicas. Por ello, en este caso, la mutabilidad puede ser una condición satisfactoria. Bien entendido que si los padres que han tomado parte en el contrato inicial viven aún deben ser llamados para consentir la modificación.

Queda el argumento del interés de los terceros, agrega la exposición. Los poderes de los esposos, se dice, son función del régimen matrimonial, y si aquéllos tienen la facultad de modificar este régimen a su voluntad, los terceros que traten con ellos pueden correr riesgos si no son informados de los cambios efectuados. Sin embargo, este argumento no es decisivo. En efecto, los intereses de los terceros pueden ser suficientemente protegidos, de una parte por el control judicial que podrá, eventualmente, desenmascarar maniobras dirigidas contra ellos, y, por otra parte, con las medidas de publicidad dictadas en caso de cambio de régimen. En lo que concierne a estas medidas, parece inútil instituir un registro matrimonial; es más sencillo y tan eficaz extender el campo de aplicación de la Ley Valette.

Al proyecto de 1959 se le agregó, en el nuevo texto, la necesidad de una experiencia previa de dos años. La expresión «el interés de la familia» del párrafo primero del artículo sustituyó a la expresión más rigurosa del texto presentado a la Asamblea Nacional que preveía la modificación únicamente cuando el ré-

gimen primeramente pactado se revelaba «gravemente perjudicial a los intereses de la familia». Se consideró que la frase menos rigurosa «en interés de la familia» era suficiente para el ejercicio de un prudente arbitrio judicial.

ENTRADA EN VIGOR.

La Ley del 13 de julio de 1965, cuya reforma del Código civil hemos examinado en parte, dispone en su artículo 9.º «que entrará en vigor el primer día del séptimo mes que seguirá a aquel de su promulgación». Por consiguiente, habrá entrado en vigor el 1 de febrero del año en curso, ya que se publicó en el *Journal Oficial* del 14 de julio de 1965. A contar desde esta fecha, rige, según su artículo 9.º, para todos los esposos, sin consideración a la fecha en que el matrimonio se celebró o a las convenciones matrimoniales realizadas. Por lo demás, la situación de los esposos cuyo matrimonio se hubiera celebrado o los capítulos matrimoniales formalizados antes de dicha fecha serían regulados por lo dispuesto en los artículos 10 al 20, cuyas disposiciones se comentan a continuación.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

La Exposición de Motivos del proyecto de 1959 decía: «Era imposible prever que ninguna de estas modificaciones serán aplicables a los esposos casados antes de la entrada en vigor de la Ley. En efecto, algunas, entre ellas, son, por naturaleza, de aplicación inmediata; para otras, la reforma faltaría en gran parte a su fin si no pudiera afectar más que a las personas que contrajeran matrimonio en el porvenir. Y, por otra parte, jamás ha sido puesto en duda, especialmente después de las Leyes de 13 de julio de 1907 y 22 de septiembre de 1942, que las reglas relativas a los regímenes matrimoniales pudieran aplicarse a las situaciones en curso. La aplicación automática del conjunto de reglas nuevas a todos los esposos ya casados no podrá ser contemplada. De una parte, el respeto a las capitulaciones matrimoniales, ya

formalizadas, debe ser asegurado; de otra parte, la sustitución de un régimen por otro, por el solo efecto de la Ley, arriesgaría engendrar situaciones que faltarían gravemente a la equidad. Se imponían las distinciones. Esta es la razón por la que el texto opera, de partida, entre dos grupos de disposiciones: unas, teniendo la mayor parte carácter general, son inmediatamente aplicables; otras, que afectan, respectivamente, a los esposos, al régimen legal y a aquellos casados con contrato. no pueden aplicarse a las uniones actualmente existentes más que en el caso de manifestación de voluntad expresa de los interesados y bajo ciertas condiciones.»

En las disposiciones transitorias que regulan los artículos 10 siguientes de la Ley debemos distinguir varios grupos:

a) *Esposos casados sin contrato.*—Continúan teniendo como régimen legal la comunidad de muebles y adquisiciones, tal como la definían las disposiciones anteriores de la primera parte del capítulo II, título V del libro I del Código civil.

No obstante, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, y sin perjuicio de los derechos que pudieran haber sido adquiridos por terceros, los esposos tendrán el goce de sus bienes propios y soportarán las cargas usufructuarias correspondientes, así como los intereses y atrasos de las deudas personales. Paralelamente, serán sometidas en lo sucesivo al derecho nuevo en todo lo que afecte a la *administración de los bienes comunes, de los reservados y de los propios* (art. 10).

Además, dichos esposos podrán, por declaración conjunta, situarse bajo el régimen legal previsto en la primera parte del capítulo II del nuevo título V del libro III del Código civil (artículo 16). Es decir, bajo el imperio del nuevo régimen legal. Dicha declaración conjunta debe ser hecha, bajo pena de nulidad, delante de Notario, y en un plazo de seis meses, a contar de la entrada en vigor de la presente Ley. La diligencia del Notario que la hubiera recibido deberá ser mencionada, dentro de los treinta días de su fecha, al margen del acta de matrimonio de los esposos y si existe un contrato de matrimonio sobre la minuta de este contrato. Tendrá efecto entre las partes el día en que fuera recibida y en cuanto a terceros, tres meses después de su

mención al margen de uno y del otro ejemplar del acta de matrimonio. No obstante, en ausencia de esta mención, la declaración será oponible a terceros si en los actos realizados con ellos los esposos les hacen conocer que están sometidos al derecho nuevo (art. 17). Cuando los esposos hayan efectuado la declaración conjunta prevista en los dos artículos precedentes, su régimen matrimonial estará enteramente regulado por el Derecho nuevo, tanto para el pasado como para el porvenir, sin que, no obstante, puedan ser afectados los derechos adquiridos por terceros (artículo 18).

Debemos recalcar aquí, por ser muy importante para los fines de este trabajo, que los esposos casados sin contrato, sin duda la mayoría, aunque no efectúen la declaración conjunta reseñada anteriormente, se regirán por la nueva Ley en cuanto afecte a la *administración*—comprendiéndose en la palabra administración, como ya hizo notar M. COLLETTE ante la Asamblea, tanto la administración en sentido estricto, como la disposición de los bienes comunes, reservados y propios.

b) *Esposos casados con contrato*.—El artículo 11 dispone que los esposos casados con contrato antes de la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán siendo regidos por las estipulaciones de su contrato.

Si, no obstante, los esposos hubieran convenido el régimen de comunidad, el Derecho nuevo les será aplicable, tanto en lo que concierne a la administración de los bienes comunes como a la de los reservados. Salvo declaración conjunta en la forma prevista en el artículo 17, el Derecho nuevo les será igualmente aplicable en cuanto se refiere a la administración de los bienes propios, y sin perjuicio de los derechos que hubieran podido adquirir los terceros, cada uno de los esposos, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, tendrá el goce de sus propios y soportará el pasivo correspondiente. El marido, como efecto de la declaración conjunta anteriormente citada, conservará la administración de los propios de su mujer y ejercitará los poderes de conformidad con los artículos 1.505 al 1.510 del Código civil (este párrafo fué introducido por la Ley de 26 de noviembre de 1965).

Es decir, que para cuando los esposos se rigen por el sistema

de comunidad, anterior a la reforma, pueden elegir entre efectuar la declaración conjunta prevista en el artículo 17, en cuyo caso se continuarían rigiendo por su contrato matrimonial, o no efectuar dicha declaración conjunta, en cuyo caso—a diferencia de lo que ocurre para los esposos casados sin contrato—se registrarán por el Derecho nuevo.

Si en el contrato de matrimonio los esposos hubieran adoptado el régimen sin comunidad o el régimen dotal, continuarán siendo regidos también por las estipulaciones de su contrato, así como, en este caso, por las disposiciones de los artículos 1.530 al 1.535 del Código civil o por aquellas de los antiguos 1.540 al 1.581 del antiguo Código y el antiguo artículo 5.º del Código de comercio. No obstante, durante un plazo de dos años, a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, podrán, observando las otras condiciones prevenidas en el artículo 17, situarse bajo el régimen de comunidad legal o bajo el régimen de separación de bienes (artículo 11).

En el artículo 11 podemos observar una regla general y varias excepciones. Según la primera, los esposos que hubieran formalizado un contrato de matrimonio se continuarán rigiendo por las disposiciones de su contrato. Según las excepciones, no obstante, les afectarán:

a) Toda la regulación de la nueva Ley sobre la administración de los propios—entiendo la palabra en su sentido amplio que comprende los actos de disposición—, cuando tuvieran pactado el régimen de comunidad, a menos de que efectúen una declaración conjunta en la forma ya mencionada de querer continuar rigiéndose por su contrato. En todo caso, les afectarán las disposiciones de la nueva Ley en cuanto se refieran a los bienes comunes y reservados, es decir, a la administración de los mismos, pues la excepción de regirse por la Ley antigua únicamente afecta a la administración de los propios.

b) Si en el plazo de dos años y observando las demás condiciones previstas en el artículo 17, manifiestan, conjuntamente, su voluntad de regirse por el nuevo régimen de comunidad o de separación, será el elegido entre ellos, el que, tanto para el pasado como para el futuro, ordene sus relaciones matrimoniales.

ARTÍCULOS DE LA REFORMA QUE SERÁN APLICABLES A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.

El artículo 12 de la Ley dispone que los artículos 1.442, párrafo segundo, y 1.475, párrafo segundo, serán aplicables en todas las comunidades disueltas después de la entrada en vigor de la presente Ley. El primero dispone: «Si por la falta de uno de los esposos toda colaboración y cohabitación hubiera venido a su fin entre ellos antes de que se reputase la comunidad disuelta, según las reglas que rigen las diferentes causas previstas en el artículo precedente, el otro cónyuge podrá pedir que, en cuanto a sus relaciones mutuas, el efecto de la disolución tendrá lugar desde la fecha en que ellos hubieran cesado de colaborar y de cohabitar.»

Este texto es de gran importancia práctica y también de gran justicia. Todos los Notarios hemos contemplado en nuestros despachos las injustas consecuencias que se derivan cuando se disuelve la comunidad después de una larga separación de hecho; en contra, con frecuencia, del cónyuge que no ha sido causa de esta separación. Monsieur COLLETTE escribía a la Asamblea a este propósito: «Este texto tiene por fin evitar que el esposo responsable de la ruptura del hogar conyugal obtenga beneficio, desde la disolución y la liquidación de la comunidad, de la actividad desplegada por el cónyuge que él abandonó. Esto ocurre, por ejemplo, cuando para que vivan los niños en la morada con él, tiene que continuar la gerencia del establecimiento mercantil y consigue darle una plusvalía. ¿Es admisible que el esposo culpable pueda pretender una parte de esta plusvalía por el único motivo que el otro habría vacilado en dar un carácter definitivo a la ruptura, pidiendo una separación de cuerpos o el divorcio?»

El párrafo segundo del artículo 1.475 concede a uno de los esposos la facultad de adjudicarse, por su valor, un inmueble común, en la disolución, cuando éste es anexo a uno propio.

También será aplicable en todas las comunidades disueltas después de la entrada en vigor de la Ley, excepto en caso de acuerdo amigable o de decisión judicial con fuerza de cosa juzgada, el artículo 1.469 sobre valoración de compensaciones, que ya hemos examinado (art. 12, párrafo segundo de la Ley).

Será aplicable igualmente desde la entrada en vigor de la Ley el artículo 1.402, párrafo segundo, sobre los medios de prueba admisibles para destruir la presunción de comunidad y el 1.538 sobre los medios de prueba en el régimen de separación (art. 13 de la Ley).

Por último, el nuevo artículo 1.397—que prevé la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales—será aplicable a los esposos cuyo matrimonio se hubiera celebrado, o sus capitulaciones, formalizado antes de la entrada en vigor de la Ley. Cuando los esposos usaran de la facultad que se les concede en esta forma, el cambio que ellos puedan realizar en su régimen matrimonial tendrá por efecto someterlo por completo a las disposiciones de la presente Ley, en cuanto se refiera al nuevo régimen que ellos hubieran adoptado. Si, no obstante, la modificación no afecta más que a cláusulas o reglas particulares del régimen anterior, podrán convenir, bajo reserva de homologación por el Tribunal, continuar sometidos a la Ley antigua, en los límites previstos por los artículos 10 y 11 de la Ley. En estos casos, no podrán adoptar cláusulas que estén prohibidas, ya por la Ley antigua ya por la nueva, excepto la reserva hecha por el artículo 20. Los esposos casados bajo el régimen dotal podrán hacer uso de lo dispuesto en el presente artículo (art. 15 de la Ley).

El artículo 20, anteriormente citado, prevé que las cláusulas de los nuevos artículos 1.390 al 1.392, extendidas en los contratos anteriores a la vigencia de la Ley, serán válidas y sometidas a las disposiciones de dichos artículos, excepto cuando hayan sido objeto de sentencia con fuerza de cosa juzgada. Estos artículos prevén la estipulación de que a la disolución del matrimonio el esposo sobreviviente tenga la facultad de adquirir o de hacerse adjudicar en la partición ciertos bienes del premuerto por el valor que tuvieran cuando haga uso de dicha facultad.

NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES SOBRE EL RÉGIMEN MATRIMONIAL EN FRANCIA.

En los países de Derecho consuetudinario francés, el régimen matrimonial de bienes, que normalmente era el de comunidad, se imponía obligatoriamente en el territorio donde la costumbre

regía. En los de Derecho escrito, el régimen legal solía ser el dotal, más o menos modificado por la jurisprudencia de los Par-lamentos. Pero en ambos casos, con absoluto ámbito territorial, solamente se aplicaba en donde la costumbre o la ley tenían su asiento. Además, se entendía que las reglas de la costumbre o del Derecho escrito tenían un absoluto carácter imperativo y no podían derogarse por la voluntad de las partes, aunque gradual-mente, con el transcurso del tiempo, fué perdiéndose esta con-cepción del absoluto carácter imperativo. Incluso territorialistas de tanto relieve como D'ARGENTRÉ llegaron a admitir que por con-trato expreso las partes podían modificar lo establecido en la Ley o en la costumbre, teniendo efectividad sus pactos con preferen-cia a lo establecido en la citada Ley o costumbre.

DUMOULIN dio un paso más, y en 1.525, con motivo de una con-sulta que le fue formulada por los esposos Ganey, dio un dicta-men que fué origen de la denominada *famosisima questio*. Dichos esposos estaban sometidos al régimen legal establecido en la cos-tumbre de París, en donde tenían su domicilio. Se discutía si su régimen legal—el de comunidad—podía surtir efecto fuera del territorio en donde regía la citada costumbre. DUMOULIN era par-tidario de la extraterritorialidad del régimen legal para que se rigiesen también por el régimen de comunidad bienes de los esposos Ganey situados en regiones de Derecho escrito, en donde regía, como régimen legal, otro sistema diferente al de la comu-nidad. Para llegar a esta conclusión argumentaba que, al igual que cuando existía un contrato matrimonial, las cláusulas de dicho contrato prevalecían sobre el régimen legal; éste, que, en realidad, era un contrato tácito, debía regir todas las relaciones patrimo-niales de los esposos, abandonando por completo el sistema de la territorialidad. Ahora bien, después de determinar que era extra-territorial le quedaba por fijar la costumbre a la que habría que acudir para enjuiciar el régimen de los esposos. Los prácticos ya habían decidido esta cuestión a favor de la Ley del otorgamiento, pero DUMOULIN combatió duramente esta teoría, afirmando que debía tenerse en cuenta en primer lugar la intención de los espo-sos, y su voluntad es, ordinariamente, que su régimen se rija por la costumbre del lugar del domicilio del marido. . . .

Las doctrinas de DUMOULIN fueron aceptadas por la mayor parte de los autores franceses del siglo XVIII, y únicamente fueron muy combatidas por el jefe de la escuela territorialista, D'ARGENTRÉ. El Parlamento de París se pronunció por la personalidad de estatuto de la comunidad, y en visperas del Código de Napoleón, las viejas ideas de DUMOULIN son aún determinantes de la jurisprudencia francesa del siglo XIX.

En el Código de Napoleón son muy escasos los preceptos que se encuentran en materia de Derecho Internacional Privado. Únicamente el párrafo tercero del artículo 3.º dice «que las Leyes relativas al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en el extranjero».

La jurisprudencia, después de la entrada en vigor del Código civil, tuvo un primer período en que, siguiendo las doctrinas de DUMOULIN, se pronunció por la Ley del domicilio matrimonial, y si los esposos tenían diferente Ley, por la del domicilio del marido. Tal criterio tenía todos los efectos de una presunción legal, limitándose los Tribunales a indagar la voluntad o intención de los esposos. No obstante, esta presunción admitía prueba en contrario. BATIFOL dice que esta presunción parece útil y legítima. La ausencia de presunción, agrega, llevaría a que el Juez se preguntase lo que las partes habían de hacer y lo que ellas habían pensado. La presunción reduce al límite la previsibilidad por su realismo.

En un segundo período, que comprende los veinte o treinta años que siguen al anterior, se sigue manteniendo el criterio del domicilio matrimonial, pero no utilizándolo con el carácter absoluto de presunción legal, sino que pasa a ser uno de los indicios más importantes de la voluntad de los esposos, pero no el único. Cada vez gana más terreno en este período la teoría de la autonomía de la voluntad, considerando que el régimen matrimonial era un contrato y que, por consiguiente, debía regirse por las normas de conflicto establecidas para los contratos.

El tercer período abarca el último cuarto del siglo XIX, y en éste admiten los Tribunales franceses, de una forma clara y decidida, que el único punto a considerar es la intención de los esposos, y solamente cuando se revela una intención favorable al domicilio conyugal se debe tener éste en cuenta. Este sistema sigue

dominando a la jurisprudencia francesa, incluso inmediatamente después de la primera guerra mundial. El domicilio pasa a ser uno de tantos hechos que podrán ser tenidos en cuenta por los Tribunales para indagar la voluntad tácita de los contrayentes.

En un cuarto período existen varias decisiones de los Tribunales, que proclaman, de manera más o menos resuelta, la competencia de la Ley nacional, especialmente de la Ley nacional del marido, si los esposos no son de la misma nacionalidad, principio que quedó consagrado por la Convención de La Haya de 1905, primero ratificada y después denunciada por Francia. Pero, a partir de 1918, cada vez se aplica más por los Tribunales la Ley del domicilio. BATIFOL (17) dice que las decisiones apoyadas en la Ley nacional, especialmente en la Ley nacional conjunta de los esposos, son pocas y generalmente antiguas y pueden ser consideradas como accidentes en la evolución de la jurisprudencia. Según este autor, los Tribunales tratan de indagar dónde tienen los esposos su domicilio. En primer lugar, tienen en cuenta su domicilio el día del matrimonio, pero la mayor parte de las Sentencias refuerzan esta presunción, revelando circunstancias de las cuales resulta positivamente la intención de las partes. Una de las más características es la existencia de un establecimiento mercantil en el domicilio. A veces se revela también esta intención por la adquisición de inmuebles. Cuando los esposos han cambiado de domicilio poco después de la celebración del matrimonio, se acude a otras presunciones: el domicilio del marido durante largo tiempo antes del matrimonio, el matrimonio celebrado en forma local y no ante el Cónsul de su país, o circunstancias posteriores al matrimonio. El 4 de enero de 1956 el Tribunal de Casación francés casó una Sentencia que atribuía a la Ley nacional del marido competencia imperativa para determinar el régimen matrimonial. Únicamente, según el mismo BATIFOL, cuya exposición sigo en sustancia, suelen aplicar los Tribunales la Ley nacional, en cuanto indicadora del verdadero domicilio matrimonial cuando les parece que el marido, y sobre todo los dos esposos, han conservado la intención de reintegrarse, pronto o tarde, a su domicilio de origen. Este criterio prevalece en muchas decisiones que subordinan ex-

(17) *Traité élémentaire de Droit International Privé*, 1959, pág. 695 3ª edición.

presamente la competencia de la Ley nacional a la conservación del espíritu de «retorno» a la Patria o a la conservación en esta Patria del «domicilio de origen».

No nos debe extrañar demasiado este criterio de la jurisprudencia francesa si tenemos en cuenta que por ser Francia país de inmigración le interesa aplicar sus propias Leyes al mayor número posible de personas, conveniencia que a veces se convierte en necesidad cuando el matrimonio fija su residencia en Francia de una forma permanente, aun cuando ambos sean de una nacionalidad extraña, e incluso repudian las nuevas Leyes de su país de origen. Piénsese en el caso de la multitud de refugiados políticos de países de allende el Telón de Acero. Estos refugiados, que han motivado un buen número de las Sentencias de los Tribunales franceses, en su mayoría no desean regirse por las Leyes, muy cambiadas desde que lo abandonaron, de sus países respectivos.

La Comisión de reforma del Código civil francés ha preparado, entre otros, un proyecto de Ley relativo al Derecho Internacional Privado que comprende 115 artículos. Los artículos 37 al 40 se refieren al contrato de matrimonio y establecen que para el caso de que no se haya estipulado ningún contrato se aplicará la Ley que regía a los esposos en la época del matrimonio, lo que significa que se les aplicará la Ley nacional, si ésta es común. Si no tienen ninguna Ley se someterán a la del lugar de la celebración, exceptuando los casos en que el matrimonio se celebre ante un agente diplomático, en cuyo caso se regirá por la Ley a la que esté sometido el agente. Cuando exista contrato, se debe aplicar, en primer lugar, la Ley elegida por las partes, y en segundo lugar, si los esposos no han manifestado ninguna voluntad, se elegirá sucesivamente la nacionalidad—si es común—y el lugar de la celebración del matrimonio cuando no tienen una nacionalidad común. El artículo 39 dispone que la Ley que rige el matrimonio es la que decidirá si los esposos, durante el matrimonio, pueden modificar éste. Por último, el artículo 40 contiene reglas bien formuladas en materia de publicidad de las convenciones matrimoniales y de salvaguardia de los derechos de los terceros. Según dichas reglas, los esposos extranjeros que han adquirido la

nacionalidad francesa—cuando la adquieren ambos—tienen facultad, bajo reserva de los derechos de terceros, de adaptar, dentro del año de este acontecimiento, sus capitulaciones matrimoniales a las disposiciones del Código civil francés.

Aunque sin ninguna fuerza legal, merecen destacarse en esta materia las recomendaciones que a los países miembros han formulado los Notarios de los países latinos en su VII Congreso Internacional de Bruselas. Se han pronunciado los Notarios, en primer lugar, por que una sola Ley sea aplicada a las relaciones patrimoniales entre esposos; se muestran partidarios del abandono de la tesis francesa del contrato tácito; declaran que es preferible la Ley nacional a la del domicilio, especialmente por ser el concepto de éste muy ambiguo y tener distinta significación en los países. Creen se debe aplicar a los casados sin contrato la Ley nacional común. Si no tienen nacionalidad común, se debe aplicar la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, pero si la nacionalidad del marido es incierta o éste es apátrida, se aplicará la Ley nacional de la mujer, y cuando ambos tienen nacionalidad incierta o son apátridas, la Ley del domicilio común. No obstante, se muestran partidarios de aplicar otras Leyes cuando en los esposos existe un elemento de extranjería, entendiendo por tal los casos en que tienen una nacionalidad diferente, en que se casan en un país distinto al suyo, según sus formas locales, o en que, aun siendo de la misma nacionalidad el domicilio o residencia de uno de ellos, se encuentra en un país distinto. En estos casos recomiendan se tenga en cuenta la voluntad de las partes, pudiendo optar a un régimen distinto del propio.

SISTEMA DE CONFLICTO DE LEYES ESPAÑOLAS.

Aunque el sistema del Derecho español en esta materia es muy parecido al francés en el sentido del dominio del estatuto personal, su regulación legal es más completa—aunque, a pesar de ello, sea incompleta—que la del Código civil francés. La doctrina, la jurisprudencia y alguna disposición legislativa dictada por el

Estado español, han servido para interpretar las escasas disposiciones del Código civil.

Ya con anterioridad a la vigencia del Código civil, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de noviembre de 1868 declaró: «Que la Ley personal de cada individuo es la del país a que pertenece, la cual le sigue a donde quiera que se traslade, regulando sus derechos personales, su capacidad de transmisión por testamento y *ab intestato* y el régimen del matrimonio y familia.

En el Código civil son fundamentales los artículos 9.º y 1.325. El primero dispone: «Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero.» Aunque la declaración de este precepto es unilateral y obliga solamente a los españoles en el extranjero, no disponiendo nada sobre los derechos de los extranjeros en España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las Sentencias de 12 y 13 de mayo de 1885, 26 de mayo de 1887, 7 de julio de 1949 y la Resolución de 16 de enero de 1927, entre otras, aplican la misma doctrina a los extranjeros en España.

El artículo 1.325 dispone: «Si el casamiento se contrajere en país extranjero entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casan bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y, cuando fuera española la esposa, que se casan bajo el régimen de Derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles.»

Se ha criticado mucho por la doctrina este precepto, por considerarlo imperfecto en su redacción, y también incompleto. Efectivamente, no se adivina la trascendencia que pueda tener el lugar de celebración del matrimonio, cuando lo importante es la nacionalidad de los esposos. Siguiendo su tenor literal, se debía aplicar solamente en el caso de que el matrimonio se contrajere en país extranjero y no para el caso de que se contrajera en España. Pero, aunque imperfectamente, está claro en el artículo

que se propone regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges por su estatuto personal.

A nadie ofrece dudas hoy, nos dice LASALA SAMPER (18), que nuestro vigente sistema de conflictos se inspira, en cuanto al régimen matrimonial, en el principio y doctrina de la personalidad del Derecho, con la «nacionalidad como elementos de conexión», siguiendo, en definitiva, la doctrina de MANCINI, muy en boga en la época en que el Código civil se publicó.

La verdadera intención del legislador español se contiene en la doctrina del Dahir jalfiano de 1 de junio de 1914, dictado para la que entonces era nuestra zona del Protectorado en Marruecos. Se expresa en los siguientes términos: «Los efectos del matrimonio respecto a los bienes cuando no se haya celebrado contrato se regirán por la Ley nacional del marido en el momento de celebrarse el matrimonio, sin que el cambio de nacionalidad posterior de cualquiera de los esposos influya para nada en el régimen de bienes.»

APLICACIÓN DE LO EXPUESTO A LOS INMUEBLES ADQUIRIDOS POR FRANCESES EN ESPAÑA.

De cuanto antecede deduciremos fácilmente qué Ley será aplicable a los franceses en España en cuanto a las relaciones matrimoniales y a la capacidad de los esposos. Creemos que se les aplicará su Ley nacional. No existe con los franceses el reenvío a la *lex rei sitae*, característica de los sistemas anglosajones. No obstante, en algunos casos excepcionales, puede existir este reenvío, y según se admita o se rechace su aplicación en España, pueden llegar los Tribunales a soluciones diferentes. Pienso, especialmente, en aquellos casos en que la nacionalidad es incierta o el marido es apátrida, si, además, el matrimonio lleva muchos años de vida en España. Estimo que en estos casos, y en otros similares, los Tribunales podrían encontrar apoyo en la misma jurisprudencia francesa para aplicarles la Ley española.

Por otra parte, es tanta la analogía existente entre los regímenes legales español y francés, que la mayoría de las veces

(18) LASALA SAMPER, obra citada, pág. 160.

será indiferente aplicar una u otra Ley. No obstante, existen algunas diferencias que a continuación examinaremos.

Contrayentes con capitulaciones matrimoniales.—Cuando entre los esposos se ha formalizado contrato matrimonial, tendremos que examinar, en primer lugar, las estipulaciones del mismo y llenar las lagunas que puedan existir en él sobre pertenencia de los bienes, poderes administrativos o dispositivos, con la regulación legal de su país.

A veces se presentará la duda de si existe o no contrato matrimonial, pero la duda puede destruirse fácilmente con la presentación de copia auténtica del mismo o con la presentación de la certificación del matrimonio, ya que, según el nuevo Código civil francés—quiere decir los nuevos artículos del Código civil francés—, el contrato sobre bienes debe ser otorgado ante Notario, y éste debe remitirlo al oficial del Registro Civil antes de la celebración del matrimonio.

Esposos sin contrato.—El nuevo artículo 1.394 del Código civil francés dispone que si en la certificación de matrimonio se menciona que no se ha otorgado contrato, los esposos serán considerados, en cuanto a terceros, como casados bajo el régimen de Derecho común—comunidad de adquisiciones—, a menos que hayan declarado en los contratos celebrados con terceros tener un contrato.

En cuanto a los esposos sin contrato, que seguramente serán la mayoría, hemos visto que existen muy pocas diferencias entre los regímenes legales español y francés.

En cuanto a la disposición de los bienes comunes, hemos podido observar que en ambos se exige la concurrencia de los dos esposos para los actos de disposición sobre bienes inmuebles, con alguna mayor amplitud en el Derecho francés que en el español.

La mayor divergencia en ambos sistemas se encuentra en cuanto a la disposición de los bienes propios. En Francia, después de la Ley de 1965, la mujer puede disponer libremente de sus bienes propios sin necesidad del consentimiento del marido y, por el contrario, en España, precisará la licencia marital. Creemos que en este caso se aplicará la Ley personal que regula la capacidad de la mujer casada o la Ley del régimen matrimonial.

Como en ambos casos procede aplicar la legislación francesa, creemos que cuando esté clara la calificación de propios en cuanto a un inmueble, no se deberá exigir en España, a una mujer casada francesa, el consentimiento o la licencia de su marido. En este aspecto, el cambio de la legislación francesa ha sido completo, pues aun cuando después de las Leyes de 1938 y 1942 podía disponer, sin consentimiento del marido, de sus bienes propios, se entendía que la disposición solamente afectaba a la nuda propiedad, por considerar que el usufructo pertenecía a la comunidad.

También se aplicará la Ley del régimen, es decir, la Ley francesa a los efectos del matrimonio sobre la composición del patrimonio de los esposos. En este aspecto, tampoco habrá grandes divergencias. Unicamente existe diferencia importante en la consideración como ganancial en España, y propio en Francia, del edificio construido en el suelo perteneciente a uno de los esposos, y en la consideración de las rentas, que pertenecen a la sociedad conyugal en España en cuanto se perciben, y en Francia, después de la nueva Ley, cuando se economizan. Se regirán por la Ley francesa las contribuciones de los esposos a las cargas del matrimonio, las causas de liquidación y disolución de la comunidad, las reglas relativas a la partición y la valoración de los bienes.

Por el contrario, se regirá por la Ley territorial el contenido del derecho de usufructo, las reglas del mismo, las hipotecas que se constituyan en garantía de los bienes de uno de los esposos. Como consecuencia del imperio de la Ley territorial no se admitirá la inalienabilidad de los bienes dotales—en los supuestos que como derecho transitorio se mantengan estas cláusulas, que serán imposibles en lo sucesivo por haberse derogado el régimen dotal.

Por último, se regirá por la *lex fori* el procedimiento que sea necesario emplear para obtener el consentimiento o la inspección o declaración judicial en los casos en que es preciso, según la Ley francesa (19).

MANUEL SAINZ LÓPEZ-NEGRETÉ.

Notario.

(19) Los textos legales de la Ley del 13 de julio de 1965, así como gran parte de las opiniones expresadas en la Asamblea Nacional y en el Senado, por los diputados y senadores, han sido tomados del libro publicado por MARCEL HAMIAUT, titulado *La réforme des régimes matrimoniaux*. París. Dalloz, 1965.

NOTAS

Un condicionamiento, un evento condicionante y una contradicción

Disentimos de tres distintas posiciones que se adoptan respecto de los preceptos contenidos en los artículos 759 y 799 de nuestro Código civil.

Esas tres apreciaciones diversas, con las que no nos conformamos, tratan de resolver problemas prácticos de envergadura; mas como ninguna de ellas—a nuestro parecer—toca de lleno a la realidad, hacen inasequible, por esto mismo, toda solución acertada.

De lo que nos separamos, en definitiva, es de la defensa: a) de un condicionamiento; b) de un evento condicionante; y c) de una contradicción.

a) EL CONDICIONAMIENTO

El Profesor DE CASTRO Y BRAVO (1), a propósito de la heredabilidad de la titularidad del aceptante a cuyo favor se ha dispuesto bajo condición suspensiva, sostiene que el oferente puede establecer ésta como condicionante de la cualidad que ha de tener el aceptante, como condicionante—aclara el ilustre Catedrático—de los requisitos habilitantes «(capacidad) para suceder por testamento» (persona, determinabilidad, cualidad, dignidad, condición testamentaria) o, lo que es igual, para poder ser aceptante.

A nuestro modo de ver, el oferente no puede, de ninguna manera, llevar a cabo un tal condicionamiento, supuesto que todo

(1) *Derecho civil de España*. Parte general, I. Ed. 3.ª; pág. 685, nota (6).

lo concerniente al requisito habilitante (*in quantum capere potuit*) se encuentra fuera de su campo de acción.

La Sección primera del capítulo II, del título III, del libro III del Código civil, exige como capacidad o requisito habilitante para suceder por testamento o, lo que es lo mismo, para poder llegar a ser aceptante:

1. *Persona*.—Que se sea persona. El oferente no puede someter a condicionamiento que el aceptante sea o no persona, porque el que no lo sea no podrá llegar a aceptante aunque aquél hubiere condicionado el llegar a aceptante a que no se sea persona, verbigracia: «si nace y no vive veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

2. *Determinabilidad*.—Que se sea persona determinable, no determinada, ya que no es precisa la determinación. El oferente no puede sujetar a condicionamiento que el aceptante sea o no determinable, mandando que lo sea sólo en el caso de que no se pueda determinar.

3. *Cualidad*.—Que se sea persona en quien concurren los requisitos para ser aceptante. Tampoco el oferente, huelga decirlo, podrá subordinar a condicionamiento esta manifestación de capacidad.

4. *Dignidad*.—Que se sea persona digna. No cabrá, esto es obvio, supeditar a condicionamiento la dignidad del aceptante queriendo que se sea aceptante sólo cuando se alcance la indignidad.

5. *Condición testamentaria*.—Que se sea capaz, mediando ésta, al tiempo en que se cumpla. Bien se comprende que no pueda caer bajo condicionamiento esta circunstancia.

Y es que la capacidad del aceptante corresponde regularla al legislador, pero no al ofrente, como ya dijo SAPENA TOMÁS (2).

Con este condicionamiento (que creemos haber demostrado ser de imposible realización por parte del oferente) lo que se pre-

(2) *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo XXIX, página 47.

tende es poder proclamar la autonomía del artículo 759 con respecto al artículo 799, ambos del Código civil, por lo que la opinión del Profesor DE CASTRO no deja de ser un intento, muy estimable por lo esforzado, de leer bien estos dos citados y celeberrimos artículos, pero sin mayor resultado, en nuestra creencia.

Justo será decir, sin embargo, que, a base del concepto de negocio jurídico generalizado en la actualidad, del que él participa (3), ya es encomiástica empresa querer proclamar, sólo palándola, la independencia de estos artículos 759 y 799.

b) EL EVENTO CONDICIONANTE

Nuestro ya citado compañero, JOAQUÍN SAPENA TOMÁS, partiendo de la noción cierta de que del evento condicionante depende, condicionada la *disposición* en sí, la producción de los efectos normales del negocio, de la *disposición* (4)—su «producción», porque no ha lugar a ella mientras el evento no acaezca, y de los «efectos normales», o sea, de los que serían consecuencia directa e inmediata del negocio si no se hubiere condicionado al evento (5)—, llega a la consecuencia de que la «existencia» del designado aceptante al tiempo de ocurrir el evento condicionante de los efectos normales de la *disposición mortis causa* (6), actúa, a su vez, cuando es exigida por el oferente, de evento condicionante de dichos efectos normales de la *disposición*, pues a esto equivale afirmar, como él hace (7), que cuando tal evento no acaece (por fallecer antes de ocurrir el evento condicionante de la *disposición*) queda *extinguido* el derecho del designado aceptante, estimando, así:

que un derecho eventual ha ingresado en su patrimonio;

que este derecho eventual hubiera sido definitivo (efectos normales) de no mediar el evento;

(3) Ob. cit., pág. 694.

(4) Loc. cit., pág. 48.

(5) Loc. cit., pág. 40.

(6) O disposición testamentaria (testamento, en su acepción substantiva). Véase nuestro trabajo *Donaciones y disposiciones testamentarias*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, números 438-439, noviembre-diciembre 1964, páginas 764 y sgs.

(7) Loc. cit., págs. 48 y 49.

que tal derecho eventual desaparece por haberse hecho imposible el acaecimiento del evento; y

que al ocurrir éste se hace definitivo dicho eventual derecho.

Con esta consecuencia—a menos que seamos nosotros quienes no ven claro—no puede solucionarse el problema al que SAPENA llama «huevo de Colón», cuya clave dice haber encontrado (8).

Porque si las cosas se desarrollaran en la realidad, como él nos dice, y condicionada la *disposición*, en un supuesto, con que acaezca un determinado hecho, por ejemplo: la muerte sin hijos de un tercero, y, en otro supuesto, con que acontezca ese mismo hecho—muerte sin hijos de un tercero—en vida del favorecido con la *disposición*, y en ambos supuestos, éste adquiere un derecho eventual, definitivo de no hallarse condicionado, extinguido por incumplimiento de la condición y que pasa a ser definitivo si ésta se cumple, el que en el segundo supuesto no transmita el favorecido a sus herederos el derecho eventual, obedece, ni más ni menos, a la falta de cumplimiento de la condición. Exactamente igual que si en el primer supuesto muere el disponente, muere con hijos el tercero—incumplimiento de la condición—y últimamente fallece el favorecido, éste no transmite nada a sus herederos porque su derecho eventual se había extinguido por el no acaecimiento del evento condicionante. La única particularidad que ofrece el supuesto segundo con respecto al primero es que el incumplimiento de la condición y el fallecimiento del favorecido son hechos simultáneos. En suma, que la transmisibilidad y la no transmisibilidad vendrían a descansar en un motivo de oportunismo y no en una razón de fondo, en un fundamento sólido.

Pero es que, además, el artículo 759 no dispone que «el heredero o legatario que muera antes de que la condición *de que acaezca un hecho en vida de uno u otro* se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos». Y no lo estatuye así porque no podría ser de otra manera, ya que es de esencia de la condición suspensiva que, no pudiendo ésta tener cumplimiento, se pierda el único derecho nacido: el derecho eventual; y, lógica y jurídicamente, no se puede transmitir, después de extinguido, el derecho que se tenía.

(8) Loc. cit., pág. 49.

Parece, pues, que la consecuencia con la que opera *SAPENA* no puede admitirse en manera alguna, porque un tal evento (*existencia* del designado aceptante al acontecer el evento condicionante de la *disposición*) no es un evento condicionante de la *disposición* en sí.

Con lo cual ya no se presentará tan clara—como dice—la solución que da, ni se comprenderá, en su virtud, «que haya vivido, cuando menos latente, en el pensamiento jurídico». Si ella fuere «la única salida»—como opina—, no se conseguiría acabar con la contradicción de la que se huye. Menos mal que ésta ni siquiera existe en lo literal.

c) LA CONTRADICCION

Aquí hay unanimidad. Los más, abiertamente, los menos, pretendiendo buscar, sin encontrarla, una airosa solución, todo el mundo, sin excepción, defiende: Que los artículos 759 y 799 del Código civil español se ocupan de la transmisibilidad del derecho del heredero o legatario sujeto a condición suspensiva que muere antes de que la condición se cumpla, y que como el primero de estos dos artículos dice que *no* se transmite ese derecho y, en cambio, el segundo dice que *sí* se transmite ese derecho, consecuentemente, entre ambos existe contradicción.

Ante esta popularísima (9) antinomia nos atrevemos a opinar que nunca la ha habido, ni en el fondo, ni en la letra, ni aparentemente.

La razón de no haberla es, a nuestro modo de ver, que estos dos artículos, aunque sin precisión técnica, de la que nuestro Código anda escaso, regulan *derechos* completamente distintos uno de otro, a saber:

El artículo 759 completa la contextura del *derecho a aceptar* la disposición *mortis causa*, que tiene el aceptante designado bajo condición suspensiva.

(9) «Estoy seguro—dice HERNÁNDEZ GIL—de que no sale ningún abogado de las aulas universitarias sin conocer la famosa antinomia que existe entre los artículos 759 y 799 del Código» (*En defensa del Código civil*, «Revista de Derecho Privado». 1948, pág. 780).

El artículo 799 declara inmodificada, para que se sepa, después de aquella referida contextura, la configuración del *derecho eventual* que nace de la disposición *mortis causa* hecha bajo condición suspensiva.

Por eso, el primero forma parte de la Sección dedicada al sucesor, y el segundo integra la consagrada a las disposiciones *mortis causa* condicionales.

Pero no puede bastar, no nos bastaría a nosotros mismos, este apoyo de la sistemática codificadora para desterrar un error tan arraigado. De aquí el que tengamos que reforzarlo puntualizando lo siguiente (10):

que el negocio jurídico es un acto común a dos partes: la una, oferente; la otra, aceptante;

que el negocio jurídico *mortis causa* es el que se perfecciona después de la muerte de una de las dos partes: la oferente;

que, así, pues, el proceso de formación del negocio jurídico *mortis causa* es como sigue: a) *Disposición* u oferta; b) *Designación* ineludible (11) del aceptante, el cual ha de resultar más o menos determinado, aunque determinable; c) *Muerte* del oferente o disponente, y d) *Aceptación* por el designado aceptante (12);

que en este proceso, la *muerte* del oferente no admite incertidumbre (art. 991 de nuestro Código civil);

que el *derecho a aceptar*, que nace de la *designación*, tampoco admite, en este proceso, incertidumbre en el momento a partir del cual puede ejercerse (art. 991 de nuestro Código civil);

que, por ende, no estando el designado cierto, en tal momento, de este *derecho a aceptar*, carece en absoluto de él;

que, por el contrario, estando cierto, en dicho momento, lo adquiere, y, por lo mismo, lo transmite a sus herederos (art. 1.006 de nuestro Código civil);

que cuando no se condiciona la *designación*, el momento a

(10) Como en lo que se va a exponer nos apartamos del común sentir respecto de algunos extremos de la teoría general del negocio jurídico, puede verse nuestro trabajo *Ni unilateral, ni revocable*, «Revista de Derecho Notarial», tomo XLVII. enero-marzo, 1965, págs. 35 y sgs.

(11) Tan ineludible es que la Ley dice, para cuando no lo hace el oferente, la que éste habría hecho, y a ella hay que estar.

(12) No es que hay, más que un dar, una atribución a persona determinada, como dice WINDSCHEID, sino ambas cosas.

partir del cual puede ejercerse el *derecho a aceptar* es el de la muerte del oferente;

que cuando se condiciona la *designación*, el momento a partir del cual puede ejercerse el *derecho a aceptar* (por estar ya el designado, cierto de él)—siempre una vez muerto el disponente—es el momento en el que la condición se cumple;

que mientras la condición se cumple, muerto ya el disponente, el designado condicionalmente aceptante no tiene el *derecho a aceptar*, ni definitiva ni eventualmente (13), o sea, no tiene, dicho con palabras del artículo 759 de nuestro Código, «derecho alguno»;

que por no tener *derecho*, ni definitivo ni eventual, *a aceptar* «no transmite (ni puede transmitir) derecho alguno a sus herederos» (art. 759 del Código civil español);

que se condiciona la *designación* cuando ésta se hace depender de un evento consistente en una cualidad—no de las habilitantes para suceder (14)—intrínseca a la persona misma del designado (vida, edad) (15) e independiente (16) de la voluntad (17) del mismo; y

que cuando se condiciona la *disposición* en sí y no la *desig-*

(13) Una mera esperanza, desprovista de toda efectividad, es lo único que tiene, antes de morir el oferente, el designado puramente aceptante, y después de morir el oferente y antes de cumplirse la condición, el designado condicionalmente aceptante. Ello es debido a la misma naturaleza del negocio *mortis causa*. El designado carece, antes de la muerte del oferente o después de ésta, pero antes de acaecer el evento condicionante de la designación—según la califica y desenvuelve el Profesor DE CASTRO—de *titularidad provisional*: a) como posible sujeto definitivo (*titularidad preventiva*), puesto que no tiene, en propio provecho, medios de intervención, ni posibilidad de disposición anticipada; b) como encargado de defender la situación de pendencia (*titularidad interina*), ya que no tiene derechos y deberes de conservación del derecho subjetivo o de la masa patrimonial, ni poderes administrativos, ni puede hacer nada afectante a la situación de pendencia.

(14) He aquí el porqué del atisbo y, a la vez, del desvío del Profesor DE CASTRO.

(15) Cuando se exige, como ocurre en los casos más frecuentes, que el designado aceptante *viva* en un momento posterior a la muerte del oferente, no cabe duda alguna de que lo condicionado es la *designación* y no la *disposición*, a lo que se debe que SAPENA vea entonces resolverse con un evento condicionante el problema institucional del que nos estamos ocupando.

(16) Si dependiera de la voluntad del designado, la designación no sería personalísima del oferente, de donde se desprenderá que no fué la designación lo que se pretendió condicionar, sino la disposición en sí.

(17) El designado no vive el tiempo que él quiera, por mucha voluntad que ponga en ello; la vida es, pues, independencia de la voluntad.

nación (18), el momento a partir del cual se puede ejercer el *derecho a aceptar* (por estar entonces cierto, el designado, de él, ya que no acompaña a la designación la incertidumbre condicional) es el momento en el que el disponente muere, de donde resulta obvio que, en tal momento de la muerte del disponente, el designado aceptante puramente, tiene: a) el *derecho a aceptar* la *disposición* condicionalmente hecha a su favor, por lo que, si muere sin ejercer este *derecho a aceptar*, lo transmite a sus herederos (art. 1.006 citado antes); b) hecha la aceptación, el *derecho eventual* creado por la condición suspensiva impuesta a la *disposición* en sí, cuya condición suspensiva, como toda condición suspensiva, no le impide, si muere, transmitir a sus herederos dicho derecho eventual (art. 799 del Código civil español).

Con cuanto antecede creemos que es suficiente para poder darnos cuenta de que en los artículos 759 y 799 del Código civil se da por sabido, al someterlos a lectura, lo que resaltamos en las transcripciones literales de ellos que de seguida hacemos:

Artículo 759. El heredero o legatario que *designado bajo condición suspensiva* muere antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos.

Artículo 799. La condición suspensiva *de la disposición en sí, no de la designación*, no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

En suma, condicionada suspensivamente la *designación* del aceptante, se priva al negocio *mortis causa* de uno de sus requisitos institucionales: la existencia, por su no certidumbre, del *derecho a aceptar* en el momento de la muerte del oferente (momento a partir del cual existiría, y, por ello, podría ejercerse dicho *derecho*, de no estar condicionada la *designación*). Sin tal certidumbre—repetimos—no existe, el *derecho a aceptar* en el tiempo que medie entre el momento de la muerte del oferente y el del cumplimiento de la condición. Es la misma estructura del negocio *mortis causa* quien impone esta inexistencia, y el artícu-

(18) Puede condicionarse sólo la *designación*, o sólo la *disposición*, o la *designación* y la *disposición* a la vez.

lo 759, en armonía con el artículo 991, el que la declara cuando la condición por dejar en suspenso a la designación (pero en su calidad y no sólo y exclusivamente en su cantidad) y alargar, en consecuencia, el tiempo a partir del cual puede ejercerse el derecho a aceptar, imprime a éste, en el entretanto, incertidumbre, incertidumbre que no se da cuando la condición deja en suspenso a la designación sólo y exclusivamente en su cantidad (19).

Ahora bien, ¿puede el oferente quebrar este requisito estructural del negocio *mortis causa*?

No.

El disponente podrá, si él así lo desea, no condicionar la *designación*, sino sólo la *disposición* (caso en el cual habrá transmisibilidad del *derecho a aceptar* y del *derecho eventual*), pero lo que, a nuestro juicio, no puede hacer es «mandar que transmita el heredero condicional, contra lo dispuesto en el artículo 759», es decir, ordenar que transmita un *derecho eventual a aceptar*, como parece creer Díez PASTOR (20); o que «tenga la condición, por (su) determinación particular, efectos distintos de los previstos por el Código civil», esto es, que los efectos de la condición afectante ya a la *disposición*, ya a la *designación*, pueda hacerlos distintos a los señalados en la norma, como al parecer opina LACRUZ BERDEJO (21).

Contra el criterio de SAPENA (22), que respetamos, podemos

(19) Cuando la condición deja en suspenso a la designación, sólo y exclusivamente en la *cantidad* de designados, no hace incierto el derecho a aceptar, toda vez que la incertidumbre no alcanza a *quiénes son*, sino meramente a *cuántos son*, y, por ello mismo, lo afectado, en realidad, por la condición es la *disposición* en sí (la extensión de la disposición), y no la *designación* que es realizada incondicionalmente. Así, ordenado que «*sean herederos los sobrinos*», en un momento posterior a la muerte del causante, la designación a favor de éstos no es condicional, porque lo que queda condicionado es la extensión de la *disposición* respecto de cada uno de los designados, pero si lo que se ordena es que en ese momento posterior a la muerte del causante «*sean herederos los sobrinos, y si alguno de ellos muriese antes de dicho momento posterior y tuviera descendencia, sean herederos los hijos*», entonces la condición no deja en suspenso sólo y exclusivamente la *cantidad* de designados, sino que la incertidumbre condicional alcanza también al *quiénes son* los designados, con lo que se hace incierto el derecho a aceptar, supuesto que para tener por designados a los sobrinos no se ha de dar el evento de morir éstos antes del momento posterior señalado, con sucesores que no sean hijos suyos.

(20) *Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo VI, pág. 582.

(21) Notas al *Derecho de Sucesión*, de J. BINDER, pág. 81.

(22) Loc. cit., pág. 44.

asegurar: 1) que en nuestro Derecho sí que existe «una norma imperativa que impide la transmisión de derechos del heredero o legatario que mueran antes que la condición se cumpla», cuando uno u otro haya sido *designado* condicionalmente (la del artículo 759); y sí que existe, también, una regla «que la ordena (la transmisión) a todo evento», siempre que la condición no sea impuesta a la *designación* (la del art. 799); 2) que tal es el vigor del precepto que contiene uno y otro artículo, y 3) que, contra lo establecido por cualquiera de los dos artículos, en ningún caso podrá el oferente imponer la solución que quisiere.

Hay, además, que tener presente la ausencia de dificultad técnica para aplazar *inciertamente* (plazo incierto) la *designación* del aceptante (verbigracia: cuando se lega para después de la muerte del heredero) y que en este solo caso resulta, como decían los romanos, que *dies incertus in testamento conditionem facit*, porque aplazar inciertamente la designación equivale a condicionar, a hacer incierta esta *designación*, pues cuando, por ejemplo, se lega a uno para después de la muerte del heredero, el preferido es el heredero, queriéndose al legatario en un segundo término y, por tanto, mientras no se exprese claramente otra cosa, al legatario, pero no a sus herederos, de forma que si no vive al finalizar el plazo incierto no se estima designado; de esta manera, además, lo entiende, si bien sólo vislumbrando el problema, el párrafo 2.074 del B. G. B. (23). Así como también que tampoco hay escollo técnico para aplazar *inciertamente* (plazo incierto) la *disposición* en sí (verbigracia: cuando se lega para después de la muerte del mismo legatario) (24), caso en el cual sólo habrá plazo, porque cuando se lega para después de la muerte del propio legatario, no ofrece duda que, aunque con un plazo, se le lega a él, siendo indiferente que el beneficio no le alcance a él, sino a sus herederos.

Y, en fin, asimismo, ha de tenerse en cuenta que toda sustitución o institución *en defecto*—vulgar—de otra es una *disposición*

(23) Muy probablemente sin darse cuenta, lo que el legislador alemán estableció en este párrafo 2074 es que cuando la disposición es *mortis causa* se entiende, mientras no conste claramente lo contrario, que la condición suspensiva afecta a la *designación* del favorecido y no a la *disposición* en sí.

(24) Está de más la sutileza de ANTONIO GÓMEZ, de que habla Díez PASTOR en la loc. cit., pág. 580.

condicional; que toda sustitución o institución *para después*—fideicomisaria—de otra es una *disposición* a plazo; y que tanto en una como en otra especie de sustitución, la *designación* del sustituto puede estar o no estar sometida a condición o a plazo cierto o incierto, equivaliendo este último a condicionarla (la designación) (25).

Resumiendo cuanto se ha dicho, tenemos que, como es sabido, mientras el negocio *mortis causa*, como ocurre en todo negocio, no se perfeccione con la aceptación, ni hay negocio, ni de él nace derecho alguno, puro, o condicional, o a término, o modal.

Contrariamente, cuando la aceptación se hace, el aceptante, a partir del momento de la aceptación, aunque se reputé adquirido desde el de la muerte del oferente, adquiere, si se ha establecido mediante el negocio *mortis causa* una relación:

- a) pura, un derecho definitivo; si una relación
- b) condicional, un derecho condicional, o sea, no definitivo, sino eventual; si una relación
- c) a término, un derecho definitivo, pero de ejercicio aplazado; y si una relación
- d) modal, un derecho definitivo, aunque con carga.

(25) Por lo dicho, tenemos que no aceptar la afirmación de GONZÁLEZ PALOMINO (*Enajenación de bienes pseudo-usufructuados*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», tomo V, pág. 910) de que lo que explica la solución del artículo 784 del Código civil es que la sustitución fideicomisaria es una institución a término. En nuestra opinión, la solución del artículo 784 es aplicable no cuando el fideicomisario tiene hecha a su favor la disposición a término, es decir, cuando se esté en presencia de una sustitución fideicomisaria, que ello es natural, sino también cuando la tiene hecha a su favor bajo condición, verbigracia: «Nombra heredero fideicomisario a A si no le conceden un título nobiliario antes de la muerte del fiduciario.» El designado puramente fideicomisario en una sustitución condicional adquiere derecho *eventual* a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario, y ese derecho eventual de aquél pasará a sus herederos. Con lo cual, como se ve, la solución del artículo 784 es la adecuada, no para el término que de suyo implica la sustitución fideicomisaria, sino que también para la condición de la sustitución en sí y, desde luego, no es incompatible con el juego de la condición suspensiva. A lo que esta solución es inaplicable es a los casos de sustituciones con designación de sustituto suspensivamente condicionada, lo cual es muy distinto. Repetimos: en las sustituciones condicionales (o con segunda institución condicional), el fideicomisario adquiere su derecho eventual en el momento de la apertura de la sucesión (*dies cedit*) y el derecho definitivo en el momento de cumplirse la condición (*dies venit*), aunque la condicionalidad puede retrasar el *dies cedit* del sustituto, pero para ello ha de tocar, no a la sustitución en sí, sino a la designación del sustituto, o sea, no a *si será* la sustitución, sino a *quién será* el sustituto.

Pero al aceptante del negocio *mortis causa* lo designa el oferente, bien manifestándolo expresamente, bien tácitamente por medio de la Ley.

Cuando al aceptante del negocio *mortis causa* lo designa expresamente el oferente, lo mismo que cuando lo designa tácitamente, el derecho a aceptar que éste le concede a aquél por el solo hecho de la designación, no nace sino a partir del momento en el que el oferente muere, y desde entonces lo adquiere y transmite el designado. Mas esto es así en tanto en cuanto el oferente no someta a condición la expresa designación del aceptante, pues de someterla a condición no habrá certeza, muerto ya el oferente, en *quién* ha de tener ese derecho a aceptar sino a partir del momento en que la condición se cumpla, o sea, que hasta que no llegue este momento no hay nadie que haya adquirido el derecho a aceptar, razón por la que, durante el tiempo comprendido entre la muerte del oferente y el cumplimiento de la condición impuesta a la designación, no haya derecho a aceptar que transmitir.

Así, pues, cuando en el negocio *mortis causa* se establece una relación condicional, hay que atender también a si la designación se ha hecho por el oferente *con* o *sin* condición.

Si la hizo *sin condición*, el designado aceptante adquiere, al morir el oferente, el derecho a aceptar y, hecha la aceptación, el derecho eventual de la relación condicional establecida por el negocio *mortis causa*.

Si la hizo *con* condición, el designado aceptante no adquiere, al morir el oferente, el derecho a aceptar, ni, por carecer de éste, el derecho eventual de la relación condicional establecida por el negocio *mortis causa*, sino que es una vez cumplida la condición afectante a la designación cuando adquiere estos derechos.

O, lo que es igual, que al designado *sin* condición para una relación condicional, la condición suspensiva no le impide adquirir (al premorirle el oferente, se entiende) sus derechos (el de aceptar y el eventual) y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento, según proclama, necesariamente, el artículo 799 de nuestro Código civil; y que, en cambio, el designado *con condición* para una relación pura, condicional,

a término o modal, que muera antes de que la condición de su designación se cumpla, aunque sobreviva al oferente, no adquiere, ni, por ende, transmite derecho alguno (ni el de aceptar, ni o el definitivo de la relación pura, a término o modal, o el eventual de la relación condicional) a sus herederos, como por precisión y sin contradecir precepto de ningún otro artículo del Código, lo estatuye el 759 de nuestro primer Cuerpo legal civil.

Ahora bien, lo que puede ofrecer y, ciertamente ofrece, dificultad en la vida práctica, es la interpretación (26) de la verdadera voluntad del oferente, es decir, la indagación de si con la expresión que ha empleado manifestó el deseo de condicionar la *designación* del aceptante, o el propósito de condicionar sólo la *disposición* en si, o, en fin, la intención de condicionar ambas cosas a la vez.

Nuestro Tribunal Supremo, vencida esta dificultad, aplica el artículo 759 cuando la condición suspende la *designación* y el artículo 799 cuando la condición suspende la *disposición* en sí. De los argumentos de que se vale nuestro más Alto Tribunal para hacerlo así, habrá que decir, con Díez-Picazo (27), que un «análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de ellos no debe ser solamente el propósito de una investigación verdaderamente seria de la jurisprudencia».

La última de sus Sentencias sobre la materia, que nosotros conocemos, es de hace poco más de tres meses cuando esto se escribe (28) y la cláusula testamentaria discutida en ella decía textualmente: «Que a la muerte de mi esposa pasará todo en propiedad a mis sobrinos carnales, por partes iguales; mas si algunos de estos sobrinos falleciese antes que mi esposa y tuviera descendencia, sus hijos heredarán la parte que hubiera correspondido a su padre o madre.»

(26) Piénsese que en la fórmula testamentaria corriente: «Instituyo heredero a A», sin mas palabras, se ha designado aceptante y se ha hecho una disposición pura. Queremos decir que al ir embebida la disposición en la expresión de la designación puede no resultar prácticamente fácil ver en una expresión compacta el ámbito que, dentro de ella, tiene una y otra.

(27) Luis Díez-Picazo, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (La jurisprudencia en broma y en serio)*, en «Revista de Derecho Privado», noviembre 1964, pág. 932.

(28) Lleva la fecha de 3 de abril de 1965. En ella ha sido ponente don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu.

El demandante, apoyado en el artículo 759, sostuvo que, vi- viendo como vivía la esposa del testador, no podría saberse *quié- nes* eran los sucesores hasta el momento de la muerte de ella, en cuyo momento no lo serían los sobrinos vivientes al morir el tes- tador y fallecidos sin descendencia al morir la esposa de éste, y lo serían los no nacidos al morir el testador y que viviesen al morir la esposa del mismo.

Los demandados, fundados en el artículo 657, mantuvieron que sólo eran sucesores los sobrinos que vivían en el momento del fallecimiento del testador.

En favor de éstos decidió el Juzgado y la Audiencia.

El Tribunal Supremo casó la resolución al interpretar la vo- luntad del testador en el sentido de que lo que quiso fué condi- cionar la designación.

Superada la dificultad de la interpretación, aplicó a la situa- ción de condicionamiento de la designación el artículo que regula este condicionamiento: el 759.

En conclusión: una vez más los equivocados son quienes, siem- pre llenos de buena intención—así ha de presumirse—, comentan, desfavorablemente, nuestro Código civil.

PEDRO PORRAS IBÁÑEZ,
Notario.

Un caso de propiedad compleja: el agua

ASPECTOS DE SU TRATAMIENTO REGISTRAL

I. FINCA Y UNIDAD BÁSICA REGISTRAL.

Entre las cosas susceptibles de servir de elemento objetivo a las relaciones jurídico-inmobiliarias existen las que suelen definirse como «superficies deslindadas del globo terráqueo» (Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*), o como «trozos de terreno cercados por una línea poligonal» (ROCA, *Derecho hipotecario*), y que por definición constituyen lo que se ha venido a llamar «unidad básica del sistema registral». Huimos deliberadamente de emplear la palabra «finca», aunque en general la doctrina, la jurisprudencia y en cierta forma la propia Ley, identifican finca y unidad básica registral, y es que creemos que el concepto de finca es en nuestro sistema hipotecario algo más amplio que el de unidad básica registral. CAMPUZANO (*Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*) nos habla de un concepto físico de finca, otro jurídico y, finalmente, un tercero que llama «hipotecario», según el cual es finca la unidad del Registro a la que ha de referirse toda titularidad, la cual puede ser finca normal de descripción común o anormal de descripción especial. Ladislao GARCÍA ARANGO Y CANGAS (RCDI, 772, año 1949) dice: «Si yo afirmase que la finca es la entidad hipotecaria con folio real abierto, diría una verdad, pero sin gran eficacia», y añade: «Si tal definición es admitida por muchos, lo es para abarcar supuestos no ordinarios en los que la Ley asimila a finca, por diversos motivos, entidades que no lo son *per se*». SANZ

FERNÁNDEZ (*Derecho hipotecario*) considera que sería preferible hablar de «entidades hipotecarias normales (la finca) y especiales (todas las demás entidades hipotecarias)», y que si nuestra legislación hipotecaria llama fincas a todas las entidades hipotecarias, lo hace acudiendo a la ficción de que se consideran como una finca para los efectos de la inscripción, pero manteniendo a la finca como base del Registro, no en cuanto sólo ella pueda ser unidad registral—criterio de 1861—, sino en cuanto toda entidad hipotecaria apta para abrir hoja registral ha de tener una proyección fija sobre el suelo, ha de referirse a una finca en el sentido propio de la palabra.

De todo lo que antecede se deduce que no cabe desconocer dos hechos de por sí evidentes: que el funcionamiento técnico del Registro de la Propiedad se apoya en la existencia de trozos de terreno deslindados de la superficie de la tierra (hay otra institución, el Catastro, encargada de facilitar esa base al Registro), y que en el Registro se inmatriculan fincas que no entran en esa definición, o, dicho de otra forma, que en el Registro existen otras entidades hipotecarias que no entran en esa definición. Nuestro Derecho positivo prefiere acudir a la ficción de llamar fincas a todas esas entidades hipotecarias, y dividir las en fincas ordinarias y fincas especiales, las primeras sujetas, en cuanto a su constancia registral, a las normas del artículo 9.º de la Ley y 51 del Reglamento, y las segundas recogidas en diversos artículos dispersos.

Hemos visto cuáles son las definiciones más generalizadas de «finca-unidad básica registral», pero cosa distinta y mucho más difícil sería dar una definición que abarcara todo cuanto nuestra legislación considera como finca (o sea, comprensiva de la llamada finca común y de las fincas especiales), o simplemente de cuanto nuestra legislación considera como finca especial. Como dice Ladislao GARCÍA-ARANGO Y CANGAS (cita anterior), decir que son «entidades hipotecarias» es verdad, pero no resuelven nada. No es nuestro propósito tratar de conseguir tales definiciones ni entrar a fondo en esta materia. Podríamos quizá traer aquí a colación *mutatis mutandi* el criterio de BRONDO BRONDI (en su obra *Il beni*) para la determinación de lo que es inmueble, según el cual resultaría que nuestro Derecho positivo prácticamente con-

sidera como fincas, además de la finca por excelencia, ciertos objetos de Derecho que por su importancia social relevante y que (añadimos nosotros) por su relación con una finca (en sentido propio) requieren un tratamiento análogo. Sea este u otro cualquiera el criterio del legislador, creemos (siguiendo a BRONDO BRONDI en su citada obra) que en ningún caso se puede prescindir de una de las notas tipificadoras de la cosa en sentido jurídico: nos referimos a la necesidad de su posible individualización, como condición inexcusable para ser objeto autónomo de relaciones jurídicas y más concretamente de derechos subjetivos, si bien ese aislamiento de la cosa respecto de la unidad complejo del Universo, de modo que pueda delimitarse su propia esfera jurídica, no es menester que sea físico, sino basta que sea pensable. Y precisamente esta dual posibilidad determina un distinto comportamiento de la técnica del Derecho, según que el aislamiento de la cosa, su individualización, sea perceptible sensorialmente o sólo de modo pensable, pues el cierto esfuerzo intelectual que supone el considerar como cosa algo que los sentidos nos muestran unido a otra realidad, no puede por menos de ser tenido en cuenta y exigir un cierto esfuerzo paralelo y de igual intensidad al transportar la cuestión a la esfera jurídica.

Como conclusión de todo cuanto antecede, a efectos prácticos, concretándonos a nuestro Derecho positivo, basta únicamente señalar, a los fines de este trabajo, que en todos los supuestos en que la Ley habla de fincas especiales, a nuestro juicio, se refiere a bienes inmuebles que dentro de permitir una cierta individualización, sin embargo guardan íntima relación con la unidad básica registral (superficie deslindada del globo terráqueo) y en los que esa individualización no es material necesariamente, sino ideal o social; las llamadas fincas especiales tienen la consideración de tales no porque en el mundo físico se nos presenten ya individualizadas, sino porque es posible su aislamiento ideal en base a consideraciones económicas o sociales. Y es precisamente esa circunstancia la que hace necesario un cierto esfuerzo para llegar a comprender cómo se produce esa individualización y sobre todo frente a la porción de terreno del que en la realidad física forman parte.

II. EL AGUA COMO OBJETO AUTÓNOMO DE RELACIONES JURÍDICAS.

Fisicamente el agua se nos ofrece como unida a la porción de terreno donde nace y por donde corre; pero al ser susceptible de prestar una utilidad al hombre con independencia de la superficie de terreno que ocupa y por ello aislable al menos pensablemente de él, es considerada como objeto autónomo posible de relaciones jurídicas, en definitiva, como finca. Retengamos de esto dos conclusiones: 1) Que el agua es una cosa en sentido jurídico con entidad propia, o lo que es igual, que es posible considerarla como objeto autónomo de relaciones jurídicas (art. 334, 8.º, del Código civil); 2) Que a pesar de ese posible aislamiento, se nos presenta siempre unida físicamente a un trozo de tierra.

Ambas circunstancias tienen ante el Derecho un indudable valor, porque si su cometido es organizar jurídicamente la vida social, ha de tomar en cuenta todo lo que ésta le ofrece y darle un significado jurídico, o lo que es lo mismo, encauzar (y valga la redundancia, hablando de agua) esos elementos por medio de los instrumentos técnicos de que dispone. Y esa valoración, a nuestro juicio, tiene lugar de esta manera: si el agua es socialmente algo con autonomía propia, el Derecho forzosamente ha de considerarla como objeto posible de un derecho distinto del que recae sobre el suelo; pero al mismo tiempo, al estar unida al suelo y mientras no concurren las razones que en la vida social hacen que el agua se considere como algo autónomo, ha de estimar agua y suelo como una unidad, formando el objeto del mismo derecho; y por último, cuando socialmente el agua se estime independiente del suelo, cuando se haya hecho el esfuerzo pensable que supone su aislamiento, ha de facilitar el medio técnico que en Derecho permita ese resultado. Para no hablar más, ese medio es el establecimiento sobre el suelo de una carga de actuación negativa que separe la propiedad del agua y la del suelo, en definitiva, una servidumbre negativa que rompiendo el juego de la regla *inaedificatur solo cedit*, permita una propiedad separada sobre algo que físicamente está unido a otra cosa. De suerte que el agua sólo puede ser objeto de un derecho de propiedad (u otro análogo) aislado cuando tenga como base y antecedente una ser-

servidumbre negativa que impida la accesión normal. Y por consiguiente, si desde el punto de vista económico-social hemos llegado a las dos conclusiones que dejamos apuntadas, desde el prisma jurídico podemos alcanzar estas dos:

1) El agua puede ser objeto de una propiedad separada (y derechos análogos).

2) Para que se dé esa posibilidad es menester el juego de una servidumbre negativa que impida la accesión al suelo.

Si una propiedad independiente del agua no es concebible sin una servidumbre negativa que la posibilite, y la servidumbre no tiene más finalidad que servir a ese fin, quiere decirse que nos encontramos ante una propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables, el dominio sobre el agua y la servidumbre sobre el predio que la contiene o por donde discurre.

Convendría aquí traer a colación, para mejor precisar la naturaleza jurídica de esa propiedad compleja, las diversas opiniones que los autores vienen formulando respecto al problema, no al ocuparse del agua concretamente, sino al estudiar el derecho de superficie, que es, en nuestro sentir, un ejemplo más de la superior categoría conceptual que venimos llamando propiedad compleja. Pero entrar en el examen de tales opiniones alargaría con exceso este pequeño trabajo, pensado sólo en base a una finalidad práctica, más que teórica. Quede para otra ocasión tal estudio y baste remitirnos aquí a un interesante artículo de Roca SASTRE—«Ensayo sobre el Derecho de superficie»—, publicado en el tomo de esta REVISTA conmemorativo del centenario de la Ley Hipotecaria, y en él a la cita que hace de la obra de WIELAND, *Les Droits réelles dans le Code Civil Suisse*.

III. LAS AGUAS DE PROPIEDAD PRIVADA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Y aclarada, a nuestro juicio, en lo que va dicho, la especial configuración jurídica de la propiedad de las aguas, sólo nos queda aplicar las ideas vertidas anteriormente, a fin de obtener un

tratamiento hipotecario del agua como finca a los efectos registrales, lo más claro posible.

A) *Constatación registral*.—Puede el agua figurar en el Registro como elemento integrante de una finca, por aplicación del principio de accesión; lo que ocurrirá siempre que no exista una individualización del agua, ya que, como hemos dicho, el agua es susceptible de esa individualización en base a consideraciones económicas y sociales, pero no ha de existir siempre individualizada de modo necesario. El agua entonces aparece considerada, según dice la Resolución de 24 de marzo de 1922, como *qualitas praedi*. En el mismo sentido el artículo 71 del Reglamento Hipotecario.

También puede figurar el agua como finca independiente, cuya posibilidad implica el reflejo en el Registro de una propiedad compleja, constatada mediante la apertura de folio independiente al agua en cuanto finca, apoyándose esa apertura en una nota marginal extendida en la hoja del predio dominante que la contiene, expresiva de tal circunstancia, parecida, si bien no idéntica, a las notas de segregación.

B) *Titularidad*.—Debemos interpretar nuestro Derecho positivo de acuerdo con lo dicho en el apartado A) anterior, pues lo allí dicho está de acuerdo con la realidad social actual y la naturaleza de las cosas, y como dice VALLET, en su *Panorama del Derecho civil*, la interpretación de la norma positiva ha de hacerse teniendo en cuenta la realidad social contemplada por el legislador, la realidad social actual y la naturaleza de las cosas como aglutinante y límite de la regla de Derecho positivo. Y por todo ello estimamos que puede ser titular del agua:

a) *El que lo sea de la finca en que esté radicada*, cuando conste como dualidad de la misma. No podemos admitir, como hace SANZ (*Instituciones de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 295), que en este caso hay una titularidad distinta sobre el predio y sobre el agua, y una posibilidad de disponer de uno y otra por separado. Lo que existe es la posibilidad de una individualización del agua por parte del titular del predio en que se encuentra, lo cual exige

una segregación, que a efectos registrales precisa ser hecha en instrumento público, y una vez conseguida la individualización, si estaremos ante titularidades y posibilidad de disposición por separado de predio y agua.

b) Si el agua consta como finca independiente, puede ser su titular cualquier persona física o jurídica, o bien el que sea dueño de determinada finca (caso de titularidad predial).

Y no cabe dejar de tener en cuenta que la dicción literal del actual artículo 71 del Reglamento obliga a admitir una tercera posibilidad, que es precisamente la consecuencia de un planteamiento incorrecto de la naturaleza jurídica de la propiedad de las aguas, según hemos expuesto, y en cuyo punto insistiremos más adelante. Esta tercera posibilidad es que el agua, embebida en el folio de la finca de que forma parte, puede ser objeto de una servidumbre predial, cuyo titular activo será quien lo sea del predio dominante, o de una servidumbre personal, que ya es más discutible, y aún cabría la posibilidad aparentemente de una servidumbre en favor de otro predio perteneciente a idéntico dueño que el sirviente, como supuesto de servidumbre en cosa propia.

C) *Titulación.*—Lo que sigue es un breve apunte, hecho en cuanto resulta indispensable para los fines de este trabajo, de un problema merecedor de detenido estudio, que no podemos abordar en serio dados los límites propuestos. Nos contentaremos, pues, con señalar de paso las consecuencias de aplicar la idea de propiedad compleja a esta cuestión, sin ánimo exhaustivo.

Dice ROCA que es suficiente para obtener la inscripción de las aguas de dominio privado «cualquier título de inmatriculación», como si se tratara de una finca corriente, con la única especialidad de que, según el artículo 71, el agua como cualidad de una finca se puede hacer constar en cualquier título inscribible o por medio de acta notarial de presencia. Hemos de reconocer que esa expresión «cualquier título de inmatriculación» nos ha dejado más de una vez perplejos. SANZ aclara un poco más, aunque no demasiado, y dice que se inmatricularán por cualquiera de los medios establecidos en la Ley y el Reglamento, si no estuviesen inscritas en forma alguna, y si lo estuviesen ya en la inscripción de la finca.

donde se encuentren, se puede obtener inscripción separada mediante la correspondiente segregación.

A la luz de lo expuesto, una ojeada a nuestros textos legales permite señalar, como principales, los siguientes medios:

1) El acta notarial de presencia o la descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble. Una vez que se haga constar el agua como *qualitas praedi*, queda el camino abierto para segregarla y constituir la en finca independiente.

¿Cabe utilizar cualquiera de estos dos medios para inmatricular el agua como finca independiente directamente? Parece ello posible en el estado actual del artículo 71; pero lo correcto, a nuestro entender, es seguir el procedimiento del párrafo anterior, es decir, primero hacerla constar como cualidad del predio, y después segregarla, con lo que se logra un reflejo fiel de la situación jurídica.

2) El expediente de dominio, el acta de notoriedad complementaria de un título, la certificación administrativa y los títulos públicos con eficacia inmatriculadora, referidos directamente al agua, de acuerdo con las reglas generales.

3) El juicio declarativo de propiedad.

4) El título de expropiación forzosa.

5) La certificación de adjudicaciones por débitos fiscales.

IV. EXAMEN CRÍTICO DEL ARTÍCULO 71 DEL REGLAMENTO Y CONCLUSIONES.

Nada hay que objetar a los dos primeros párrafos del precepto, que son perfectamente aprovechables, ni tampoco a los cuatro últimos, procedentes éstos de la reforma de 1959, que tratan un problema muy peculiar, también de gran interés práctico, sobre todo en Canarias, pero que queda al margen de nuestro camino.

La poca claridad, reñida con la finalidad perseguida por el legislador de dibujar los derechos inscritos con perfiles cristalinos, y la construcción equivocada, en parte, se manifiestan en los párrafos tercero y cuarto, sobre todo en el tercero, que es el que sería conveniente retocar. Dice dicho párrafo tercero: «El dere-

cho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efectos respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que la contenga».

Como vemos, contempla el supuesto clínico de que las aguas no vengán confundidas con el predio que las contiene y pertenezcan a un titular diferente. Y afirma implícitamente, de acuerdo con lo expuesto por nosotros, la existencia de una servidumbre. Pero a pesar de que en el párrafo primero admite el artículo la posibilidad de que las aguas consten en el Registro como una finca independiente, sin embargo no lo exige, y éste es su error; porque siguiendo con la ya tradicional y en ocasiones perjudicial manía de contemplar todos los problemas desde el prisma de la protección a terceros, sólo afirma la necesidad de que el derecho de una finca a servirse de las aguas de otra «conste en la inscripción de las mismas aguas, o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que las contenga». La primera parte es correcta: si ese derecho consta en la inscripción de las aguas, inmatriculadas como finca independiente, se utiliza la técnica adecuada y el Registro se pronuncia con la debida claridad, pues tendremos dos historiales jurídicos reflejados, como lo exige el principio de especialidad, en dos hojas o folios registrales separados; sólo cabe oponer la objeción de que aunque las aguas figuren como finca independiente, no nos podemos olvidar que guardan íntima relación con el predio que las contiene y que, por tanto, es menester, a fin de romper técnicamente la accesión, hacerlo constar así en el predio que podemos llamar sirviente. Esto se consigue por medio de una nota marginal que revele de una vez para siempre que en el predio en cuestión existen aguas, pero que son objeto de derecho autónomo.

Es el segundo inciso de la frase que dejamos señalada el que resulta totalmente impropio, según nuestra argumentación. Dos son las consecuencias dañosas:

- 1) Que como pone de relieve Roca Sastre (*Derecho hipotecario*, t. II, pág. 138), haciendo constar simplemente el derecho a las aguas en el predio sirviente, tendremos reflejada en el Registro

una servidumbre negativa en favor de otro predio, que será inalienable separadamente de la finca a que activamente pertenece, según el artículo 534 del Código civil, dificultad de orden legal que se hace necesario salvar, porque es un hecho que las aguas se negocian con independencia. Y el autor citado, a renglón seguido de formularse el problema, señala a modo de posible solución: la que se refleja en estas palabras:

«El problema quizá pueda resolverse estableciendo una distinción, o sea, considerar que en tal supuesto existe un caso de verdadera servidumbre predial, y por tanto, no enajenable separadamente como tal del predio dominante; pero el dueño puede enajenar su dominio sobre las aguas fuera de toda idea de servidumbre. Con la enajenación, el agua deja de estar destinada al riego de su heredad, por ejemplo, y este cambio de destino, que en cierta manera es previo a la enajenación, destruye la relación de servidumbre. Se producirá un cambio o alteración previa del estado de hecho que constituye el soporte material de la servidumbre, como servicio entre predios que es. Pero mientras no se produzca esta mutación, el derecho de beneficiarse una finca del agua que se encuentra en otra es inalienable separadamente, como cualquiera otra servidumbre predial».

Pero esta solución es inadecuada y fuerza innecesariamente el concepto técnico de servidumbre, precisamente por no tener en cuenta que lo que se transmite no es la servidumbre, sino el dominio de las aguas, que funciona como objeto de tráfico sin que la servidumbre se altere.

De los dos elementos de que el agua, como propiedad compleja, se compone, en la dinámica del tráfico jurídico inmobiliario sólo se altera uno, el dominio, y sólo esta mutación ha de reflejarse en el Registro, permaneciendo la servidumbre intocada.

2) Otro inconveniente es que, hecha constar solamente la pertenencia del agua en el predio «sirviente», nos encontramos con dos historiales jurídicos relativos a dos fincas distintas concentrados en una misma hoja registral, lo que, entre otras cosas, es contrario a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

Por todas estas razones, proponemos una nueva redacción de

los primeros párrafos del artículo 71 del Reglamento Hipotecario (sin afectar a los cuatro últimos párrafos), tratando de resolver alguno de los problemas estudiados en este artículo, en los siguientes términos:

Párrafo primero: «Podrá hacerse constar la existencia de aguas en la inscripción de la finca de que forman parte físicamente, como una cualidad de la misma o por medio de una nueva inscripción, basada en acta notarial de presencia o describiendo las aguas en los títulos referentes a la finca de que formen parte físicamente, a solicitud de su dueño».

Párrafo segundo: «Una vez hecha constar la existencia de las aguas en la forma determinada en el párrafo anterior, las que conforme a lo determinado en el número 8.º del artículo 334 del Código civil, tengan la consideración de bienes inmuebles, podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocuparon o en que nacieron, previa la oportuna segregación. También podrán las aguas inmatricularse como finca independiente, sin necesidad de segregación, cuando no pertenezcan al dueño de la finca de que forman parte físicamente, por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Siempre que el dominio de las aguas pertenezca a distinto dueño que el del predio que las contenga o en que nazcan, así como para que las mismas puedan ser objeto autónomo de otros derechos, será necesario que consten inmatriculadas como fincas independientes, según dispone este párrafo».

Párrafo tercero: «Siempre que las aguas se constituyan como finca independiente se hará constar esta circunstancia por nota al margen de la primera inscripción de dominio de la finca de que físicamente formen parte. En la inscripción de las mismas aguas se expresará, en su caso, la finca de donde se segregan y siempre aquellas que las contiene o donde nacen, observándose además las reglas generales e indicándose técnicamente la naturaleza de las aguas y su destino, si fuere conocido; la figura regular o irregular del perímetro de las mismas, en su caso; la situación por los cuatro puntos cardinales, o, en otro supuesto, con relación a la finca o fincas que las rodeen o al terreno en que nazcan y cuantas circunstancias contribuyan a individualizarlas en su caso».

Párrafo cuarto: «El derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas dentro de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas».

Párrafo quinto: «La reunión de la propiedad de las aguas con la de la finca en que nazcan u ocupen, se hará constar, a solicitud del propietario, por medio de una cancelación a continuación del último asiento practicado en la hoja abierta al agua y por medio de una nueva nota al margen del predio que las aguas ocupan o en el que nacen».

Párrafo sexto: (Puede estar constituido por el actual párrafo cuarto del artículo, o bien colocar este párrafo inmediatamente a continuación del primero y como parte del mismo, lo que quizá sería mejor).

Y terminemos señalando cómo, aparte del derecho de superficie ya indicado, existen otros supuestos de propiedades complejas que podrían llevarse al Registro de la Propiedad utilizando la misma técnica empleada en la redacción de este artículo. Por ejemplo, el derecho a los pastos de una finca, y en general, cuantas titularidades dominicales sobre bienes inmuebles unidos físicamente a una porción de terreno pueden pensarse. La figura de la propiedad compleja es fecunda y correctamente entendida; puede prestar grandes servicios, cuanto menos, al principio de especialidad.

JOSÉ MANUEL y FRANCISCO JAVIER
DÍE LAMANA.

Registradores de la Propiedad.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1. Ley sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas: modificaciones del proyecto del Gobierno.—2. El problema desde el punto de vista internacional.—3. Contratos-tipo cinematográficos en Italia y Francia y negociaciones entre los grupos interesados.—4. Las propuestas alternativas del Grupo de estudio sueco B. I. R. P. I. para la revisión de la Convención de Berna.—5. La legislación en Francia, Alemania, Países anglosajones e Italia.—6. La discusión en las Cortes.—7. El texto de la Ley: Los autores y sus derechos.—8. El productor y sus derechos.—9. Carácter general de la percepción del porcentaje y su repercusión.—10. Derechos de autor por proyección de películas extranjeras.—11. Inscripción en el Registro De la Propiedad Intelectual.—12. Disposiciones transitorias.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 2 de junio publicó la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas. En ella se modifica, esencialmente, el proyecto del Gobierno, inserto en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 11 de febrero de 1966.

La Ley, mediante normas imperativas, dispone que el Gobierno fijará, en caso de desacuerdo de los representantes de los grupos interesados, los porcentajes de los ingresos procedentes de la exhibición pública de las obras cinematográficas que corresponde percibir a los autores, y prescinde de la salvedad del pacto en contrario que figura en el proyecto remitido a las Cortes.

Esta divergencia entre el proyecto y la Ley requiere una exposición más extensa que la habitual en esta crónica respecto a los precedentes y la finalidad de la reforma y al derecho comparado.

Para determinar el alcance de la tenaz polémica desarrollada en la Comisión de las Cortes es preciso enfocar, previamente, el

problema desde el punto de vista internacional, tal como actualmente está planteado después de superados errores de doctrina y posiciones pasionales.

También es necesario hacer referencia a las negociaciones entre los grupos interesados para resolver por vía contractual los restos de un pasado que no se estima totalmente satisfactorio; a las Leyes representativas de las diversas soluciones—las de los países anglosajones y la alemana, francesa e italiana—; a las propuestas alternativas del grupo de estudio sueco B. I. R. P. I. para la revisión, en 1967, de la Convención de Berna, y a la cuestión fundamental: las normas imperativas en los contratos de explotación de derecho de autor.

2. Desde el punto de vista internacional, importa destacar, en primer término, el régimen especial de los autores de la música de la obra cinematográfica.

El origen, el fundamento doctrinal erróneo y la carencia absoluta de actualidad de este problema, ya superado, lo examinan LYON-CAEN y LAVIGNY (1), SARRAUTE y GORLINE (2), y GERARD (3). De estas obras se toman todos los datos relativos a esta cuestión.

En su comienzo, el cinematógrafo se consideró como una aplicación industrial de un descubrimiento científico y no como medio de expresión espiritual.

Esta concepción era falsa, pues la creación intelectual nunca faltó; pero era entonces tan tenue, que ningún autor pensó en reivindicar el ejercicio de autorizar la proyección del «film». Los exhibidores sólo reconocían los derechos del productor.

Ahora bien, en esta época un piano o una orquesta ejecutaban piezas de música en las salas de espectáculos, mientras se proyectaba en la pantalla el cine mudo, y el exhibidor concertó con la Sociedad mandataria de los compositores—S. A. C. E. M.—autorización para ejecutar su repertorio de canciones y música ligera—el llamado pequeño derecho—mediante el pago de un porcentaje de los ingresos.

(1) LYON-CAEN y LAVIGNY, *Traité Théorique et Pratique de Droit du Cinéma*. París, 1957, tomo I, pág. 303.

(2) SARRAUTE y GORLINE, *Droit de la Cinématographie*. París, 1965, pág. 139.

(3) GERARD, *Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos*. Madrid, 1958, págs. 252 y 256.

La S. A. C. E. M. era una Sociedad civil a la que habían aportado los compositores los derechos de ejecución en público de sus obras musicales. Los artículos 18 y 21 de sus Estatutos prohibían formalmente a compositores socios ceder el derecho de representación que habían aportado a la Sociedad.

El contrato con la S. A. C. E. M. revestía la forma de abono con el usuario y el precio alzado convenido se percibía, tanto si se ejecutaban obras de compositores socios de la S. A. C. E. M. como si eran autores de la música personas extrañas a la Sociedad.

Cuando la explotación del cine se convirtió en potencia industrial, la música se incorporó a la pantalla con el «film» sonoro y el Convenio de Roma de 1928 se abstuvo de regular los derechos del autor de la obra cinematográfica, los exhibidores, que habían considerado natural continuar el abono con la S. A. C. E. M. en los primeros tiempos del cine sonoro, secundando una actitud temerosa y, al mismo tiempo, decidida de los productores y distribuidores, se negaron a satisfacer a la S. A. C. E. M. el precio alzado del abono convenido con ella.

La cuestión se convirtió en debate judicial y en los años 1931 a 1933 se fallaron en diversos países que pertenecían a la Unión de Berna varios litigios sobre tal contienda. En Polonia—sentencia de la Corte de Casación de 8 de junio de 1931 (4)—, en Alemania—sentencia del Tribunal del Reich, 1.ª Cámara de lo Civil, de 5 de abril de 1933 (5)—y en Suiza—sentencias del Tribunal Supremo de Ginebra de 10 de mayo de 1932 y 12 de diciembre de 1933 (6)—.

Las demandas de las Sociedades de percepción fueron estimadas, pero no por el especioso razonamiento de que los derechos de autor fueran o no divisibles y de que tuvieran que ser retribuidos independientemente los derechos de reproducción y proyección de la obra cinematográfica, sino sencillamente, porque los compositores, haciendo uso de la autonomía contractual, siempre reconocido a los autores y que es fundamental en la Convención de Berna, se habían reservado el dere-

(4) *Revue de Droit d'Auteur*. 1931, pág. 119.

(5) *Revue de Droit d'Auteur*. 1933, pág. 124.

(6) *Revue de Droit d'Auteur*, 1934, pág. 82.

cho de percibir directamente de los exhibidores, a través de las Sociedades de percepción, la retribución correspondiente a la proyección del «film».

Todas las sentencias se fundaban en el mismo hecho: los compositores sólo habían cedido el derecho de reproducción y se habían reservado expresamente el de proyección en favor de las Sociedades de percepción.

Los demás autores de la obra cinematográfica, que también en virtud de la autonomía contractual, repetimos fundamental en la Convención de Berna, habían cedido al productor por un precio alzado todos los derechos de explotación económica del «film», no podían recibir, a través de las Sociedades de percepción, cantidad alguna de los exhibidores.

La situación especial de los compositores se consolidó en la práctica, porque los productores la estimaron ventajosa y porque el sistema de abono de las Sociedades de percepción del pequeño derecho que correspondía a los compositores, había sido establecido en todos los países pertenecientes a la Unión de Berna mucho antes de la implantación del espectáculo cinematográfico y hubiera significado una gran perturbación el cambio de usos comerciales tan arraigados.

La ventaja principal que encontraron los productores consistía en que el autor de la música no entregaba su obra al productor, sino al editor, pues el grabado de la música es la operación indispensable y previa a las demás. El editor de la música es socio de las Sociedades de percepción del pequeño derecho, y lo que más le interesa no es la venta al «detall» de un fragmento de la música, sino la percepción de la parte de los derechos de ejecución pública que le ha sido cedida por el compositor. La Sociedad de percepción distribuye el importe de tales derechos entre el compositor y el editor, y este último proporciona gratuitamente al productor de la obra cinematográfica no sólo el papel grabado, sino también los instrumentos musicales, pagando, asimismo, sin retribución alguna, a los ejecutantes y a la orquesta.

Está justificado que por vía estrictamente contractual se haya llegado a convenios colectivos entre los representantes de los grupos interesados. Así, en Francia, la S. A. C. E. M. y

la Federación Nacional del cine francés convinieron que la primera autorizara la ejecución de su repertorio mediante el pago del 1,50 por 100 de los ingresos netos del espectáculo, y, por otra parte, la Federación Nacional y la Federación Cinematográfica francesa estipularon, asimismo, repartirse la carga del 1,50 por 100, debido a la S. A. C. E. M., correspondiendo abonar el 1,20 por 100 a los productores y distribuidores, y el 0,30 por 100 a los exhibidores.

Estos acuerdos estaban en vigor con anterioridad a la discusión parlamentaria de la Ley de derechos de autor francesa de 11 de marzo de 1957 y sirvió de fundamento para que la Ley mantuviera el régimen especial de los autores de la música de las obras cinematográficas.

La dificultad para extender este régimen a los demás autores de la obra cinematográfica, se examinarán después de una breve reseña de los contratos-tipo entre productores y autores y entre distribuidores y exhibidores de los «films».

Las restricciones a que quedará sometida la legislación de los países de la Unión de Berna para regular estas materias dependen de la reunión de la próxima Convención y es el aspecto más importante para determinar el alcance de la divergencia entre la Ley y el proyecto del Gobierno, razón por la cual no puede ser omitido en esta crónica.

3. Como punto de partida para el examen de la situación de hecho actual y para poner de relieve la complejidad del problema, nada mejor que una sumaria exposición de los contratos-tipo entre productores, autores y distribuidores y entre éstos y los exhibidores.

Este propósito sólo es factible, con los medios de información de que se dispone, con datos referidos en cuanto a Francia, a la fecha de 1957 y respecto a Italia, a la de 1959.

Los datos italianos son más completos y actuales, pues existen todos los expresados contratos-tipo. Su análisis proporciona una enseñanza al mostrar en la medida en que queda anulada la autonomía contractual de los autores, en un país en que rige el sistema de la cesión legal.

Los datos franceses son incompletos, pues no existían con-

tratos-tipo en 1957 entre autores y productores, y se desconoce si la aplicación de la Ley francesa de derechos de autor de 11 de marzo de 1957 ha removido los obstáculos que impedían su formación. También se deriva una enseñanza, por tratarse de un país en que rige el sistema de cesión, con la salvedad de estipulación en contrario: en 1955, conocido el proyecto de Ley, los grupos de intereses en conflicto iniciaron conversaciones para resolver, por vía contractual, los problemas planteados.

Dos razones justifican que, no obstante su carácter fragmentario, dichos datos se recojan en esta crónica: primera, que la naturaleza de este trabajo siempre imprevisto, heterogéneo y a fecha fija, no consiente una documentación más amplia, y segunda, que todo dato, relativamente próximo, indica directrices que influirán en la próxima revisión de la Convención de Berna.

De Italia interesa seleccionar algunos extremos citados por GIANNINI (7) y que se refieren a los contratos-tipo siguientes:

a) Contrato con el autor de la obra original.

Sus principales cláusulas son:

1.ª De la obra originaria se podrán derivar uno o más «films» de cualquier forma, en una o más ediciones mudas o sonoras, en uno o varios idiomas, empleados de modo directo o por medio de doblaje. El productor se reserva la facultad de realizar en el argumento, en el título y en todas las partes de la obra, modificaciones, ampliaciones, sustituciones y supresiones, tanto mientras se elabore la película como después de su presentación al público, con renuncia del autor a formular cualquier reclamación por ello, salvo el caso de infracción del derecho moral, o sea, en cuanto pueda redundar en perjuicio del honor o de la reputación del autor.

2.ª La autorización se extiende a que el productor pueda realizar todos los actos necesarios para la puesta en circulación de la obra, y con fines de publicidad, en cualquier idioma y en cualquier forma, tanto respecto al argumento como a la escenificación de la película y del modo como se ha realizado.

(7) GIANNINI, *Il diritto dello spettacolo*. Roma, 1959, págs. 91 y 127.

3.^a El autor designará un mandatario especial para conocer y aceptar durante el rodaje las modificaciones de la obra original.

4.^a Se faculta al productor para ceder en todo o, en parte, los derechos transmitidos por el contrato.

5.^a El autor, bajo pena de caducidad, se obliga a poner en conocimiento del productor, con dos meses de anticipación, cualquier reclamación judicial contra el mismo.

6.^a La compensación que corresponde al autor por los derechos cedidos se fijará en (precio alzado) y se satisfecerá en dos partes: una en el acto y otra al obtener la autorización para el rodaje de la película.

7.^a El autor no tendrá derecho a compensación porcentual en razón de los ingresos obtenidos por la explotación del «film».

b) Contrato con el autor del argumento.

Las principales cláusulas del contrato son las antes expuestas, sin más modificaciones que la relativa al objeto de la cesión, aquí el argumento, en vez de la autorización para adaptar la obra original.

c) Contrato con el autor del guión.

Las principales cláusulas del contrato continúan siendo iguales, con idéntica salvedad respecto al objeto de la cesión, aquí el guión.

d) Contrato con el autor de la música.

Las principales cláusulas del contrato continúan siendo las mismas, con dos salvedades: primera, la derivada del objeto de la cesión; segunda, se pide también al autor la renuncia al derecho de percibir directamente de quienes proyectan la obra una compensación separada, cláusula sorprendente, porque tal derecho se haya establecido por norma que no admite estipulación en contrario.

e) Contrato con el director artístico.

Las principales cláusulas son:

1.^a El director artístico se obliga a realizar en un idioma determinado un «film» sonoro, cuyo título provisional y argumento se expresa en la cláusula. A tal fin debe asumir personalmente

la dirección artística y todas las operaciones conexas, hasta la entrega de la copia «standard» sonorizada.

2.^a Las prestaciones del director artístico comienzan con la firma del contrato, expresándose la fecha aproximada del comienzo del rodaje y la duración total del convenio, que termina con la entrega de la copia «standard».

3.^a La compensación de las prestaciones y derechos del director artístico se fija en un precio alzado, determinando la suma máxima que le correspondería percibir, en su caso, por los riesgos eventuales que son detalladamente tarifados.

4.^a La compensación pactada implica la renuncia a la compensación porcentual, por razón de los ingresos obtenidos por la explotación del «film».

5.^a El productor adquiere, mediante la compensación global expresada, el derecho a explotar la obra en las utilidades posibles de la misma, aunque no tengan carácter cinematográfico.

6.^a El productor se reserva el derecho exclusivo de usar para la publicidad del «film» los retratos y reseñas de las actividades del director artístico, y éste no podrá utilizar fotografías del «film», sin el consentimiento por escrito del productor.

7.^a En el caso de incumplimiento del contrato por parte del director artístico, éste debe satisfacer al productor la indemnización que con carácter provisional se fija en el contrato, no obstante poder reclamarse otra mayor atendida la cuantía del perjuicio, y si temporalmente el director artístico no cumple sus obligaciones, el productor podrá nombrar quien le sustituya, utilizando la parte de la obra realizada y aprobada con anterioridad.

8.^a Cuando por hecho o culpa del productor el contrato se rescinda, el director artístico tendrá derecho a percibir una indemnización, cuya cuantía se fija en el contrato.

9.^a El director artístico se obliga a comunicar al productor por escrito su domicilio, así como a formular también por escrito sus informes y advertencias.

10.^a El director artístico se obliga a no consumir mayor número de metros de película negativa que los fijados, a este efecto, en el contrato.

f) Contrato de distribución de la obra cinematográfica. No obstante, la larga práctica no existe contrato-tipo y las relaciones contractuales entre productor y distribuidor asumen diversas formas: contrato de mandato, de empresa y de agencia, regulados por el Código civil y el llamado de licencia.

g) Contrato entre el distribuidor y el exhibidor. GIANNINI expone con detalle las cláusulas de este contrato-tipo, pero a los fines de esta crónica no interesa examinar más que las siguientes:

1.^a El productor y el distribuidor liberan al exhibidor de toda obligación del pago de los derechos de autor, salvo que la Ley lo imponga, y, aun en este caso, asumen la carga mediante descuento en la liquidación correspondiente.

2.^a El precio que debe satisfacer el exhibidor tiene que ajustarse a las normas dictadas anualmente por el Presidente del Consejo de Ministros. Puede revestir tres modalidades: precio alzado, precio alzado con suplemento y porcentaje fijo.

3.^a Se determinan en el contrato los gastos e ingresos computables, y el control de los ingresos computables se especifica extensa y minuciosamente.

En Francia, LYON-CAEN y LAVIGNY (8) y SARRAUTE, y GORLINE (9) estudian los contratos entre productor y distribuidor y entre éste y el exhibidor.

LYON-CAEN y LAVIGNY (10) se lamentan de que todos los proyectos de contratos-tipo entre autores y productores han fracasado como consecuencia de los puntos de vista contrapuestos de los representantes de ambos grupos de intereses.

Sólo se pueden exponer las principales cláusulas de los contratos-tipo entre productor y distribuidor y entre éste y el exhibidor.

a) Contratos entre productor y distribuidor. La práctica comercial se ha consolidada admitiendo dos variedades muy diferentes de estos contratos: el de cesión de derechos de representación y el mandato de distribución.

(8) LYON-CAEN y LAVIGNY, Ob. cit., tomo II, pág. 138.

(9) SARANTE Y GORLINE, Ob. cit., pág. 241.

(10) LYON-CAEN y LAVIGNY, Ob. cit., tomo I, pág. 306.

El rasgo esencial del primero consiste en que el cesionario obra por su propia cuenta y no por la del cedente, asumiendo los riesgos de la operación. Es adoptado para la exportación de «films» franceses al extranjero. Es, generalmente, redactado, utilizando un formulario impreso y, por tanto, puede calificarse como una variedad de los contratos-tipo.

El Sindicato de productores de «films» y el Sindicato de exportación del «film» francés han establecido, de común acuerdo, las «condiciones generales para la cesión de los derechos de representación de los 'films' en el extranjero», a las que se remiten las partes en el formulario impreso.

En cuanto al precio convenido, debe satisfacerlo el cesionario en los plazos pactados, sin que tenga obligación de rendir cuenta al cedente de los resultados de la explotación.

Por el contrato de mandato de distribución, el productor concede al distribuidor la exclusiva, en una zona determinada, para consentir, por cuenta del productor, el arrendamiento de un «film» a los exhibidores. También es, generalmente, redactado, utilizando formularios impresos, que, asimismo, se remiten a las «condiciones generales para la cesión de los derechos de representación de los 'films' en el extranjero», no obstante la diferencia esencial de la naturaleza jurídica de ambos contratos.

Respecto al precio, la formula impresa, redactada en forma de carta, dice: después de la autorización de los gastos enumerados en el párrafo 8, los ingresos brutos de la explotación del «film» serán repartidos en la forma siguiente: ... por 100 para nosotros y ... por 100 para usted.

Se entiende por ingresos brutos, la cantidad recibida del exhibidor.

La comisión del distribuidor varía entre el 25 y el 40 por 100 de dichos ingresos.

b) Contrato entre el distribuidor y el exhibidor. Las «condiciones generales de arrendamiento de films» fueron establecidas por un acuerdo entre la Cámara Sindical de Distribuidores de «Films» y el Sindicato Francés de Directores de Cinematógrafo.

En su forma actual entraron en vigor el 1. de julio de 1935.

El artículo 1.º de dichas condiciones define el término «arrendamiento de films» como cesión del derecho de proyectar en público una obra filmada por un tiempo y en un lugar determinado.

Según el artículo 8.º, el precio del arrendamiento de «films» puede fijarse: por precio alzado, por porcentaje y por porcentaje con un mínimo garantizado.

A los efectos de determinación de bases para el porcentaje se entenderá por ingreso bruto el precio global percibido por las entradas, comprendidos los arrendamientos de plazas, y por ingreso neto, dicha cantidad disminuida en el importe de los derechos para los pobres, la tasa del Estado, la tasa municipal y, salvo pacto en contrario, los derechos de autor satisfechos a la S. A. C. E. M.

En Francia, como en Italia, interviene el Estado, dictando normas sobre el precio en estos contratos.

El artículo 3.º del Decreto de 21 de agosto de 1953 define el ingreso neto como el ingreso bruto, disminuido en el importe del derecho de timbre, de la tasa de la producción, de la tasa de espectáculos y de lo satisfecho por derechos de autor.

La decisión reglamentaria del Centro Nacional de Cinematografía de 7 de octubre de 1948 dispuso que la tasa del porcentaje será libremente pactada entre un 25 y 50 por 100, pudiendo reducirse a un 20 por 100 como mínimo y un 40 por 100 como máximo.

c) Negociaciones entre autores y productores de la obra cinematográfica.

La causa de la inexistencia de contratos-tipo entre autores y productores era la divergencia entre ambos grupos de intereses respecto a la pretensión de los autores de percibir directamente de los exhibidores un porcentaje de los ingresos como retribución del derecho de autor de la obra cinematográfica.

Para resolver el problema se reunió en 1955 una comisión mixta, en la que estaban representados autores y productores. LYON-CAEN y LAVIGNY (11) refieren los puntos esenciales de la discusión.

Los productores afirmaron que estaban completamente de

(11) LYON-CAEN y LAVIGNY, Ob. cit., tomo I, pág. 307.

acuerdo sobre el principio de percepción de los autores directamente de los exhibidores sus derechos de autor.

El autor se obligaría a no poner obstáculo a la proyección de la obra cinematográfica, si los exhibidores habían suscrito un contrato con su mandatario—la Sociedad de percepción—y el productor no autorizaría la utilización del «film» a todo exhibidor que no fuera titular de un contrato con el autor o su mandatario.

Establecidas estas bases del acuerdo, surgió una nueva dificultad. Los autores pretendían que el porcentaje correspondiente al autor se percibiese sobre el ingreso bruto, deducidas exclusivamente las tasas, régimen que se aplica en las representaciones teatrales y en los cinematógrafos respecto a los compositores. Los productores deseaban revisar el sistema vigente en cuanto a los autores de la música, y propusieron tomar, en todo caso, como base del cálculo del porcentaje, sólo la parte de los ingresos que percibían los productores-distribuidores. No se llegó a un acuerdo.

Se estimó que el porcentaje debía fijarse de común acuerdo, según la media aritmética del precio alzado que actualmente pagan los productores a los autores del guión, de la adaptación y del texto hablado y al realizador.

Resultó evidente que la percepción del porcentaje a convenir no debía resolverse en una retribución suplementaria para los autores y en una nueva carga para los productores, ya que era equitativo el precio alzado que como retribución única se abonaba a los autores.

4. El director del B. I. R. P. I., en su carta circular de 26 de julio de 1964, consultó a la Unión Europea de Radiodifusión sobre las propuestas presentadas por el grupo de estudio sueco—B. I. R. P. I.—relativas a la revisión de la Convención de Berna. La *Revue de l'UER* (12) publicó el texto que le había sido remitido y en el que figuraban las alternativas A y B, referentes al artículo 14 de la Convención de Berna.

(12) *Revue de l'UER*, núm. 91 B, mayo 1965, pág. 54.

Alternativa A.

4) Salvo estipulación en contrario, la autorización de realizar la adaptación y la reproducción cinematográfica de una obra literaria, científica o artística implica, en provecho del productor, la autorización de reproducir, poner en circulación, de representar, de ejecutar o de transmitir públicamente, de refundir y de traducir la obra así adaptada o reproducida.

5) Salvo estipulación en contrario, la obligación de aportar contribuciones literarias o artísticas, en la realización de la obra cinematográfica, implica, en provecho del productor de esta obra, la autorización de reproducir, de poner en circulación, de representar, de ejecutar o de transmitir públicamente, de radio-difundir y de traducir la obra cinematográfica.

6) La legislación de los países de la Unión tiene la facultad de disponer, en provecho de los autores de las obras a que se refieren los anteriores apartado 4) y 5), una participación en los ingresos provenientes de la explotación de dicha obra.

7) A menos que la legislación nacional decida en contrario, las disposiciones de los anteriores apartado 4) y 5) no se aplica:

a) A las obras o contribuciones que no se fijan a un soporte material, con el consentimiento de los autores.

b) Al derecho de representación, de ejecución o de transmisión pública o al derecho de radiodifusión de obras musicales, con o sin texto, utilizadas en la obra cinematográfica.

8) Cada país de la Unión, cuya legislación nacional aplicable en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención confiera al productor el derecho de autor sobre la obra cinematográfica, podrá, en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención, o de su adhesión a ella, notificar por escrito a que entiende mantener tal disposición, en vez de las previstas en el anterior apartado 5).

9) Cada país de la Unión, cuya legislación nacional aplicable en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención, disponga, en provecho del productor, una cesión legal

de los derechos previstos en los anteriores apartados 4) y 5), podrá, en el momento de la ratificación o de su adhesión a ella, notificar por escrito a que entiende mantener tal disposición, en lugar de las previstas en los apartados 4) y 5).

10) Todas las notificaciones hechas a, conforme a las disposiciones de los apartados 8) y 9) de este artículo, serán comunicadas por aquél a todos los países de la Unión.

11) Corresponde a la legislación de los países de la Unión dictar las disposiciones propias para resolver equitativamente los conflictos de intereses susceptibles de producirse entre autores y productores en cuanto al ejercicio del derecho previsto en el artículo 6 bis.

Alternativa B.

4) El acuerdo entre el productor de una obra cinematográfica y las personas que se obligan a aportar contribuciones literarias o artísticas a la realización de esta obra, implica, en provecho del productor, salvo estipulación contraria o particular, la autorización de explotar la obra.

Por estipulación contraria debe entenderse toda condición restrictiva entre el productor y las personas mencionadas.

5) No son afectadas por las disposiciones del apartado 4), a menos que la legislación nacional decida en contrario:

a) Las obras que no estén fijadas a un soporte material, con el consentimiento de los autores.

b) Los derechos de autores de obras literarias, científicas o artísticas, de las que ha sido derivada la obra cinematográfica y los de obras musicales, con o sin texto, utilizadas en la obra cinematográfica.

6) Cada país de la Unión, cuya legislación nacional aplicable en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención confiera al productor el derecho de autor sobre la obra cinematográfica, podrá, en el momento de la ratificación de la presente Convención o de su adhesión a ella, notificar por es-

crítico, a que entiende mantener tal disposición, en lugar de las previstas en el anterior apartado 4).

Los países extraños a la Unión, que accedan por vía de adhesión a la presente Convención y cuya legislación nacional aplicable en el momento de la adhesión confiera al productor el derecho de autor sobre la obra cinematográfica, tendrán la facultad de notificar por escrito a que entiende mantener tal disposición, en lugar de las previstas en el anterior apartado 4).

7) Cada país de la Unión, cuya legislación aplicable en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención disponga, en provecho del productor, una cesión legal del derecho de explotación previsto en el anterior apartado 4), podrá, en el momento de la ratificación de la presente Convención o de su adhesión a ella, notificar por escrito a que entiende mantener tal disposición, en lugar de las previstas en el apartado 4).

8) Todas las notificaciones hechas a, conforme a las disposiciones de los apartados 6) y 7) del presente artículo, serán comunicadas por aquél a todos los países de la Unión.

9) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión dictar las disposiciones propias para resolver equitativamente los conflictos de intereses susceptibles de producirse entre autores y productores en cuanto al ejercicio del derecho previsto en el artículo 6 bis.

Ambas alternativas corresponden a la misma finalidad: encontrar un compromiso aceptable para todos los países de la Unión, teniendo en cuenta los derechos nacionales en vigor. Esta es, según BOLLA (13), la misión del legislador internacional.

Pero claramente se advierte en ellas una escala de preferencias y su reverso de hostilidades, según se ajusten o se aparten los diferentes sistemas de la concepción de los derechos de autor de la Unión de Berna y que no es otra, para ULMER (14), que la de otorgar al autor de la creación intelectual una protección de elevado nivel y que en este nivel se sitúen no solamente las normas sobre los derechos patrimoniales y el derecho moral, sino también el principio básico en que se fundan.

(13) P. BOLLA, en *Melanges Marcel Plaisant*. París, 1960, pág. 209.

(14) E. ULMER, en *Melanges Marcel Plaisant*, pág. 185.

Que el derecho de autor nace en la persona misma del creador intelectual.

La escala de preferencias a que antes se alude viene establecida en las alternativas—y en esto no se diferencian en nada—, según que el sistema elegido respete más o menos la autonomía contractual, reflejo inmediato del derecho discrecional y exclusivo conferido al autor y que requiere un extremo cuidado al establecer y dosificar normas imperativas que lo limiten.

El sistema más satisfactorio, afectado por las dos propuestas, sin restricción alguna respecto a su implantación, es el de la cesión de los derechos del autor al productor, salvo estipulación en contrario [apartados 4) y 5) de la propuesta A y 4) de la B]. En él, el derecho de autor solo se limita en la medida estrictamente necesaria para la explotación de la obra cinematográfica.

El sistema del productor-autor [apartado 8) de la propuesta A y 6) de la B] rige, como es notorio, en los países anglosajones. En realidad, sólo confiere al productor un derecho conexo—*ancillary rights* lo denomina la doctrina inglesa—y en él se respetan, más de lo que se piensa, los derechos de los creadores intelectuales de la música, del argumento y del guión, a quienes se confieren los derechos de autor de obra original. Ambas propuestas se aceptan sólo en favor de los países de la Unión que lo tuvieran establecido en el momento de la entrada en vigor de la Convención, lo que implica que los demás países de la Unión no podrán implantarlo. Ahora bien, también se admite en favor de los países no pertenecientes a la Unión, si lo tienen establecido en el momento de adherirse a la Convención.

El sistema de la cesión legal, en el que no se admite la salvedad de la estipulación, en contrario [apartado 9] de la propuesta A y 7) de la B] y en que la autonomía contractual es restringida de un modo incompatible con el nivel que debe alcanzar el derecho del autor, sólo se acepta en favor de los países de la Unión que lo tengan establecido en el momento de entrada en vigor de la Convención; pero como signo indiscutible de la hostilidad al sistema, no se permitirá adherirse a la Convención a ningún país que lo tenga establecido, o, lo que es lo mismo, previamente dicho país tendrá que derogar el sistema en vi-

gor y aceptar el de cesión, con la salvedad de la estipulación en contrario.

Estas preferencias escalonadas y claras hostilidades sirven para la interpretación del alcance de las competencias atribuidas a la legislación de los países de la Unión respecto al régimen especial de las obras musicales, con o sin texto [letra b) del apartado 7) de la propuesta A y letra b) del apartado 5) de la B], y respecto a la facultad de disponer, en provecho de los autores, una participación de los ingresos provenientes de la explotación de la obra cinematográfica [apartado 6) de la propuesta A]. Las normas dictadas, al amparo de dichas competencias, no podrán, en caso alguno, lesionar la autonomía contractual de los autores.

El apartado 11) de la propuesta A y el 9) de la B, obedecen a la necesidad de resolver los conflictos de intereses que puedan producirse entre autores y productores en cuanto al ejercicio del derecho moral. Para determinar su alcance es necesario recoger lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957, los artículos 14 y 93 de la Ley alemana de 9 de septiembre de 1963 y el 47 de la Ley italiana de 1941.

Dispone la Ley francesa que si uno de los autores se niega a terminar su contribución a la obra cinematográfica, no podrá oponerse a la utilización, con vistas a la terminación de la obra, de la parte ya realizada de la contribución.

Ordena la Ley alemana, que en lo que concierne a la producción y explotación de la obra cinematográfica, los autores no pueden prohibir más que las deformaciones «groseras» u otras mutilaciones groseras de sus obras.

Preceptúa la Ley italiana, que el productor podrá introducir en las obras utilizadas en la producción cinematográfica aquellas modificaciones necesarias para su adaptación a la misma. La necesidad de introducir o no las modificaciones hechas o que hayan de hacerse en la obra cinematográfica, cuando no haya acuerdo entre el productor y uno o más de los autores, lo decidirá un grupo o comisión de técnicos, nombrada por el Ministro de Cultura Popular, con arreglo a las normas fijadas por el Reglamento. Las decisiones del grupo o comisión tendrán carácter definitivo.

no 5. Se seleccionan para una sumaria descripción las legislaciones de los países representativos de los tres sistemas a que se hace referencia en el número anterior.

Francia y Alemania, que admiten la salvedad de la estipulación en contrario.

Los países anglosajones, en que rige la concepción del productor-autor.

Italia, como exponente del sistema de la cesión legal.

a) *Francia.*

Regulan los derechos del autor de la obra cinematográfica los artículos 14 al 17 de la Ley de 11 de marzo de 1957.

Se ajustan estos preceptos a los clásicos principios de la Unión de Berna.

Todos los aspectos del problema han sido objeto de metódico estudio, y en los términos empleados se ha buscado una rigurosa precisión técnica, para que dichos principios se adapten a esa compleja realidad, que es la producción y explotación de un «film». No tiene el carácter innovador de la Ley alemana, y la finalidad única ha sido lograr una perfecta congruencia con los derechos reconocidos al autor en otras manifestaciones de la creación intelectual, al propio tiempo que se tenían en cuenta los rasgos peculiares que, para su regulación jurídica, presenta la obra cinematográfica.

Se parte de la situación de hecho surgida como consecuencia de los pactos normales, limitándose a ratificarlos en la Ley.

El autor de la música, se puede decir que, sin excepción, en el contrato con el productor, se ha reservado siempre el derecho a percibir una retribución por la proyección del «film», y los demás autores han cedido al productor sus derechos patrimoniales por un precio alzado. Es legítimo deducir, en uno y otro caso, que los autores de la música se han reservado el derecho de proyección y los otros no. Y ésta es la norma interpretativa del punto 3.º del artículo 17. No hay más. Si el autor de la obra musical conviene con el productor cederle el derecho

de proyección, la estipulación es lícita, si los demás autores, mediante pacto individual o contrato-tipo, acuerdan recibir una retribución proporcional a los ingresos de la explotación del «film» directamente o a través de Sociedades de percepción, habrá que atenerse a lo estipulado, y aun en el caso de que, en virtud de norma imperativa, los autores no estuvieran comprendidos en las excepciones del artículo 35, y, por tanto, tuvieran derecho a percibir una cantidad proporcional de los ingresos, la fijación de su cuantía y de su modo de percepción tendría que hacerse por contrato individual o contrato-tipo. Las tarifas de las Sociedades de percepción, en todas sus modalidades, tienen que acordarse entre los representantes de los grupos interesados, sin intervención alguna gubernamental.

Las normas imperativas sólo restringen el derecho del autor, en los casos y en la medida que es indispensable, y en otros más bien la amplían.

Así, los derechos morales durante el rodaje del «film» son objeto de una mínima restricción, la impuesta en el artículo 15, y en ella no hay nada que implique la intervención gubernamental. El texto del citado artículo se ha recogido en el número anterior de esta crónica.

La enumeración de los autores del artículo 14, que no es limitativa, se atiene a la doctrina admitida, después de amplias discusiones y sólo contiene, en su último párrafo, una auténtica ampliación de los derechos de autor al otorgar al de la obra original la condición de coautor de la obra cinematográfica. Esto se aparta de la norma general establecida para las relaciones de incorporación (15), pero lo explica DESBOIS, citado por LE TARNEC (16), diciendo que con ello se ha pretendido dar a los autores de la obra adaptada medios de acción enérgicos, tanto en el curso de la elaboración como en la proyección del «film»; sus intereses patrimoniales y morales estarán mejor defendidos cuando si se les concede, al precio de un artificio, la cualidad de coautores.

(15) HUGUET, *L'Ordre public et les contrats d'exploitation du Droit d'Auteur*. París, 1962, pág. 97.

(16) LE TARNEC, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*. París, 1966, página 256.

b) *Alemania.*

Regulan los derechos de autor de la obra cinematográfica los artículos 88 al 95 de la Ley de 9 de septiembre de 1965.

La Ley alemana, la más moderna y original, parte, como la francesa, de la situación de hecho, con vigencia normal en la práctica: los autores ceden al productor, por vía contractual, sus derechos de autor en la medida indispensable para la explotación de la obra cinematográfica. Para sancionar esta práctica, para simplificar la formación del contrato y para evitar disputas en torno al contenido del mismo, la Ley establece una disposición interpretativa de los pactos entre autores y productores. En caso de duda, se entiende que al productor se le han cedido, con el derecho de producción cinematográfica, los derechos de utilización exclusiva de reproducción, de poner en circulación, de representación pública y de traducciones y adaptaciones de la obra cinematográfica.

El productor no necesita de autorización del autor para ceder los derechos de utilización a terceros, ni para otorgar derechos de utilización exclusivos y no está sujeto a las disposiciones de carácter general relativas a la renovación por no ejercicio de los derechos de utilización o por cambio de opinión del autor.

Lo que se refiere al derecho moral, ya fué expuesto en el número anterior de esta crónica.

La originalidad de la Ley alemana se acusa: primero, en el establecimiento de dos grupos diferenciados de autores de la obra cinematográfica; segundo, en la concesión al productor de un derecho conexo; tercero, en las disposiciones relativas a la participación de los autores en los provechos obtenidos por los productores, y cuarto, el haber sometido al autor de la música al régimen establecido para los demás autores.

La Ley distingue entre los autores de obras independientes, utilizadas para la producción de la obra cinematográfica, tales como el autor del argumento, del guión y de la música del «film»—autores de obras preexistentes—, y los autores de la obra cinematográfica propiamente dicha, que comprende las contribuciones creadoras del director artístico y otras personas que participen en la producción con aportaciones de la misma calidad.

Unos y otros quedan sometidos al mismo régimen, con la única diferencia de que sólo se concede el derecho a participar en los provechos del productor a los autores de las obras preexistentes.

Este último derecho lo establece la Ley en forma de derecho legal inalienable en caso de desproporción manifiesta entre la remuneración pactada con el autor y los beneficios obtenidos por la obra.

Teniendo en cuenta que la producción del «film» constituye en todos los casos un arriesgado negocio desde el punto de vista de la organización y de la capacidad financiera, la Ley concede al productor un derecho conexo. Este derecho recae exclusivamente sobre la película o banda magnética en la cual la obra cinematográfica ha sido registrada, pero no sobre la obra misma. Comprende el derecho de reproducción, de poner en circulación y el de explotación por representaciones públicas y por emisiones de radiodifusión, y alcanza también a una protección contra las deformaciones o cortes de la película. El plazo de duración de este derecho conexo es de veinticinco años.

Como puede comprobarse por lo expuesto, la Ley alemana, con su norma interpretativa, no limita en absoluto la autonomía contractual de los autores.

El derecho legal inalienable, que les confiere de participar en los beneficios producidos por el «film», se refiere a un hecho futuro que no puede ser previsto al formalizarse el contrato, no está sometido a tarifas oficiales ni a ninguna intervención gubernamental y, por tanto, tampoco lesiona la libertad contractual del autor.

La percepción de los derechos de autor de la música por la G. E. M. A. podrá continuar como actualmente, amparándose en la libertad contractual, pero dicha sociedad de percepción no podrá acogerse a la presunción de que el autor se ha reservado, en favor de la misma, el derecho de proyección y tendrá que hacerse constar así en el contrato.

c) *Reino Unido y USA.*

Regulan los derechos de autor: en el Reino Unido, los artículos 2, 13 y 48 de la Ley de 5 de noviembre de 1956, y en los Estados Unidos de Norteamérica, el artículo 5.º de la Ley codificada en 30 de julio de 1947, y los artículos 202-7, 202-8 y 202-15 del Reglamento de 8 de agosto de 1956.

Observa ULMER (17), que, según el artículo 14 de la Ley francesa, tendrán la calidad de autores de una obra cinematográfica la persona o personas naturales que realicen la creación de dicha obra y que el *copyright act* atribuye los derechos de autor al productor.

Ahora bien, añade, estas concepciones parecen diametralmente opuestas, pero no se hace justicia, al valor de las dos reglamentaciones, si se considera exclusivamente esta oposición.

La ciencia del derecho comparado está expuesta fácilmente al peligro de contentarse con confrontaciones esquemáticas y sólo es realmente fecunda cuando penetra en el fondo de las cosas.

El *copyright* no trata de los «films» en el título I, que se ocupa de las obras originales, sino en el título II, que trata de los fonogramas, de los «films» cinematográficos, de las radioemisiones, etc. Las normas sobre los «films» se aproximan esencialmente a las que rigen los fonogramas. No se trata de un verdadero derecho de autor, sino de un derecho conexo, que se consigna en una sección particular de la Ley, y que queda sometido a disposiciones especiales. En la doctrina se habla de *ancillary right* y corresponde a la análoga distinción continental entre derecho de autor y derecho conexo.

Así, no es ello lo que diferencia la doctrina inglesa de la continental. Lo que, en realidad, las separa es la concepción de la obra cinematográfica.

La doctrina y la Ley inglesa consideran que el autor del argumento, del guión y de la composición musical no son autores de la creación cinematográfica, sino de obras preexistentes, objeto de derechos de autor particulares, y, por tanto,

(17) E. ULMER, *Ob. cit.*, pág. 181.

dichos derechos no son, en forma alguna, restringidos por la concesión de un derecho conexo a los productores de los «films».

La concepción francesa es diferente: las obras cinematográficas son verdaderas obras espirituales—la creación cinematográfica no comienza con el rodaje—. Al contrario, el autor del argumento, del guión y de la música son creadores de la obra cinematográfica, fijada en una pantalla existente en su imaginación, aunque dicha creación encuentra su efectividad solamente al rodarla, bajo la dirección del realizador, quien entra por este motivo en el círculo de los autores.

Estas apreciaciones de ULMER muestran cómo la doctrina del productor-autor anglosajona respeta la libertad contractual del autor y no se aleja, en la medida que habitualmente se piensa, de las tradiciones de la Unión de Berna.

Basta lo expuesto para el tema de esta crónica. Sólo resta recoger el régimen que se aplica en la USA a los autores de la música.

LYON-CAEN y LAVIGNY (18) citan una sentencia del Tribunal del distrito de New York de 19 de julio de 1948 prohibiendo a la Sociedad de percepción A. S. C. A. P. percibir derecho alguno por la ejecución pública de las composiciones musicales sincronizadas en los «films». Estas medidas, después reiteradas, tuvieron su origen en la aplicación de las Leyes «antitrust», y, por tanto, carecen de directa conexión con la cuestión que se examina.

d) *Italia.*

Regulan los derechos de autor de la obra cinematográfica los artículos 44 al 50 de la Ley de 22 de abril de 1941.

El artículo 45 establece el sistema de la cesión legal; el 46, párrafo 3.º, dice que los autores de la música, composiciones musicales y letra de las mismas tendrán derecho a percibir directamente, de quienes proyectan públicamente la obra, una compensación especial por tal proyección, fijándose la misma, a falta de acuerdo entre las partes, con arreglo a las normas del Reglamento.

(18) LYON-CAEN y LAVIGNY, Ob. cit., tomo I, pág. 374.

Lo dispuesto en el artículo 47 sobre el derecho moral se expuso en el número anterior de esta crónica.

El reflejo de este sistema en los contratos-tipo y la valoración del mismo por el grupo de estudio sueco—B. I. R. P. I.—hacen innecesario nuevo comentario en relación con la materia que se examina.

6. La discusión en las Cortes versó sobre el carácter divisible o indivisible de los derechos de reproducción y representación de los autores de obra cinematográfica, y fundándose en la tesis de la divisibilidad y en que a cada uno de los derechos corresponde una retribución de carácter distinto, se cambió la naturaleza de las disposiciones interpretativas propuestas por el Gobierno, convirtiéndolas en normas de orden público.

7. A efectos de la Ley, tendrán la consideración de autores de la obra cinematográfica: 1.º, quienes lo fueran del argumento, adaptación, guión, diálogos o comentarios; 2.º, los autores de las composiciones musicales y, en su caso, de la letra; 3.º, el director-realizador.

También podrán gozar de esa consideración las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participen en la realización de la obra.

Los autores de la obra cinematográfica, con independencia de los pactos que hayan estipulado con los productores, tendrán, en todo caso, los siguientes derechos de carácter irrenunciable:

1.º A percibir, de quienes exhiban públicamente la obra cinematográfica, un porcentaje de los ingresos procedentes de dicha exhibición pública, descontados los tributos que graven específicamente la misma.

2.º A que su aportación se haga constar en la película y en cuantos actos de reproducción se lleven a cabo de la parte o actuación que les corresponda.

3.º A exigir, tanto en la realización como en la exhibición, el respeto de su aportación, pudiendo perseguir las alteraciones sustanciales que se lleven a cabo sin su autorización, así como los demás actos que atenten contra su derecho moral de autor.

4.º A disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la película.

Además, se dispone que la cesión global de las obras futuras será nulo de pleno derecho, y que el autor y sus cesionarios y causahabientes tienen la facultad de pedir el depósito del producto de las entradas en defensa de sus derechos patrimoniales de propiedad intelectual.

Los autores de obras de ingenio que se utilicen o incorporen a la película tienen el derecho exclusivo de autorizar dicha utilización o incorporación. El mismo derecho corresponde a sus cesionarios o causahabientes.

Cuando el titular de los derechos de autor sea el mismo productor, el porcentaje por exhibición se entenderá incluido en la cantidad que por aquélla deba percibir por el arrendamiento de la misma.

8. Se entiende por productor de la obra cinematográfica la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la realización de aquélla. Se presume como tal el titular del permiso de rodaje.

Corresponde al productor o a sus cesionarios o a sus causahabientes el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica. El ejercicio de estos derechos incluye la facultad de reproducir la película en cuantas copias sean convenientes para su explotación, así como la de proyectar públicamente dichas copias en las salas destinadas al efecto, sin ninguna restricción o limitación.

El productor, sus cesionarios o causahabientes serán los únicos titulares legitimados para hacer efectivas las facultades establecidas en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 49 de la ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

9. Los exhibidores satisfarán el porcentaje establecido con carácter general, pudiendo deducirlo de lo que deban abonar a los cedentes de la película.

Las cantidades satisfechas que no tengan titular en el extranjero recibirán el destino de interés social en beneficio de los

autores cinematográficos españoles, que señale el Gobierno en la reglamentación de la Ley.

10. Los derechos de autor por la proyección de película extranjera se devengarán únicamente en el caso de que se hallen reconocidos en las Leyes de las naciones respectivas y ateniéndose al principio de reciprocidad, tanto en cuanto al reconocimiento del derecho como en cuanto a las personas a quienes se reconozca. Todo ello sin menoscabo de los compromisos que se deriven de los convenios y tratados internacionales sobre la materia, ratificados por España.

11. La obra cinematográfica y los derechos de sus autores se inscribirán en el Registro de la Propiedad Intelectual en la forma y con los requisitos que se establezcan en la reglamentación de la Ley.

12. La Ley contiene tres disposiciones transitorias:

1.^a Si en el plazo de treinta días, a partir de la publicación de la Ley, no hubiesen llegado a un acuerdo los representantes de los grupos afectados, conforme al orden jurídico vigente, acerca de la fijación de porcentaje de los ingresos que corresponde percibir a los autores por la exhibición pública de la obra cinematográfica, la representación de cualquiera de dichos grupos podrá pedir la fijación de los referidos porcentajes, lo que se realizará por el Gobierno, a la vista de las propuestas, informes y audiencias que determina la Ley.

2.^a La compensación de los autores cinematográficos por el periodo comprendido, desde el 1 de febrero de 1965, hasta la fecha de aplicación de la Ley será objeto de convenio entre las partes o, en su defecto, del acuerdo del Gobierno a que se refiere la anterior disposición transitoria.

3.^a La repercusión de lo satisfecho por los exhibidores respecto a los cedentes de la película no tendrá vigencia para los contratos entre dichas personas celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

Curso de Conferencias en la Academia Matritense del Notariado

Durante los meses de mayo y junio se ha desarrollado en la Academia Matritense del Notariado el Curso de Conferencias que habitualmente organiza el Colegio Notarial de Madrid.

Por su gran interés, insertamos a continuación un resumen de cada una de ellas.

I

Donación con reservas de facultad de disponer, por don Antonio Rodríguez Adrados, Notario de Madrid.

Frente a lo que proclama el adagio francés «donner et retenir ne vaut», con frecuencia lo que quieren los donantes es precisamente dar y retener, con diversas finalidades, no sólo lícitas, sino encomiables y dignas de protección por el Ordenamiento jurídico, y que no pueden enteramente satisfacerse ni con la donación «reservato usu fructu», ni con la donación con prohibición de disponer completada entre partes con documento privado. A este interés práctico del artículo 639 del Código civil se une un interés histórico, al demostrar la originalidad del Proyecto de 1851 y del Código civil, que inspirándose en los artículos 946 del Código de Napoleón y 1.069 del Código italiano de 1865, tan directamente que un observador superficial calificaría, como tantas veces, de mera labor de traducción, sin embargo, con una modificación en la consecuencia jurídica del supuesto, con ordenar que en caso de que el donante falleciera sin haber usado de la facultad reser-

vada de disponer los bienes afectados por ella pertenecerían al donatario y no a los herederos del donante como en los precedentes extranjeros, instauraron un sistema no sólo distinto, sino contrapuesto al francés, acorde con nuestra tradición jurídica, y cuya superior calidad ha venido a ser corroborada por la vigente Codificación italiana, que en el nuevo artículo 790 sigue un sistema semejante al español.

* * *

Comienza, pues, por estudiar los precedentes franceses del artículo 639, elevándose al estudio de la regla «donner et retenir ne vaut», del que la regulación francesa de la donación con reserva de la facultad de disponer es mera consecuencia. Expone el sentido originario de la misma, esto es, la necesidad de tradición corporal en la donación y su evolución al moderno significado, «cuando el donante se ha reservado el poder de disponer libremente de la cosa donada», para decirlo con las palabras del artículo 274 de la Costumbre de París. Las definiciones de la donación del artículo 894 del Código francés y del 1.050 del italiano del 65, al exigir al donante un despojo actual e irrevocable, parecen acoger este segundo sentido del adagio, y las consecuencias están patentes en su articulado, según las respectivas doctrinas: nulidad de la donación de bienes futuros, nulidad de la donación bajo condición potestativa «a parte donantis», nulidad de la donación bajo condición de pago por el donatario de deudas futuras del donante y regulación de la donación con reserva parcial de la facultad de disponer; expone y estudia sucesivamente los preceptos del Código de Napoleón (arts. 943, 944, 945 y 946) y del antiguo Código italiano (arts. 1.064, 1.066, 1.067 y 1.069) y su doctrina, deteniéndose especialmente en los últimos el 946 francés y el 1.069 italiano: si la donación bajo condición potestativa «a parte donantis» es nula, igualmente lo será aquella en que el donante se ha reservado la facultad de disponer de todos los bienes donados o de todo su valor; por ello, el supuesto de hecho de estos preceptos tiene que ser el de la reserva parcial, en que la donación es válida en cuanto a la parte no afectada por la reserva, pero es evidentemente nula en cuanto a la parte reservada; nulidad

parcial, pues, pero radical o absoluta, sin posibilidad de pacto contrario ni de confirmación; los bienes donados en la parte comprendida en la reserva, precisamente por ser la donación nula, siguen siendo propiedad del donante; la consecuencia que estos preceptos deducen es obvia: si el donante fallece sin haber ejercitado la facultad de disponer, los bienes se transmiten del donante a sus herederos, sin que quepa pactar que para tal evento sean adquiridos por el donatario.

Pasa a estudiar la cuestión en nuestro Derecho histórico, en los Proyectos de 1851 y 1882 y en el Código civil, demostrando que entre nosotros siempre ha sido válido donar y retener. Se detiene en el concepto de donación del artículo 618 del Código civil, en que no se menciona el despojo actual e irrevocable; no existe en nuestro Derecho, ni ha existido nunca, una «irrevocabilidad especial» de las donaciones, más rigurosa, sino que las donaciones son irrevocables como cualquier otro acto jurídico bilateral. En consecuencia, es válida la donación bajo condición potestativa de parte del donante (art. 641) y es válido el pacto de pago de deudas futuras (art. 642); bien es verdad que es nula, también entre nosotros, la donación de bienes futuros (art. 635), pero ello nada tiene que ver con que sea o no válido donar y retener, como sostienen la doctrina francesa e italiana, sino que es debido a que la donación es en nuestro Derecho un acto de disposición, no generador de obligaciones, y, por tanto, no un contrato en el sentido del artículo 1.254, que es lo que haría posible la prestación de cosas futuras (art. 1.271).

Esta repulsa del donar y retener no vale; está también patente en la regulación que de la donación con reserva de facultad de disponer hace el artículo 639 del Código civil; frente al sistema francés de nulidad, se acoge un sistema de validez; la donación es válida incluso en la parte afectada por la reserva; los bienes pasan, en su virtud, del patrimonio del donante al del donatario, que los adquiere con la carga de la reserva, a favor del donante, de la facultad de disponer; si el donante muere sin haber ejercitado la facultad reservada, la adquisición del donatario se purifica; de aquí que el Código se limite a disponer que, para tal caso, los bienes pertenecerán al donatario, y no, como en Francia, a los herederos del donante.

Finalmente expone las razones históricas que dieron origen al axioma en el Derecho francés, y, con la debida crítica, los argumentos racionales en que se ha pretendido fundarle, así como la crisis del principio en el moderno Derecho italiano y en la misma doctrina francesa.

* * *

Entrando en los problemas concretos que plantea el artículo 639, estudia con separación los dos tipos de reserva que el precepto admite, de bienes y de cantidad con cargo a ellos. Admite con gran amplitud la reserva de la facultad de disponer de bienes, defendiendo que, en principio, están comprendidos todos los actos de disposición, cualquiera que sea su objeto (dominio pleno, parte indivisa, parte dividida con facultades previas de segregación, constitución de derecho real, arrendamiento) y cualquiera que sea su naturaleza jurídica (actos «inter vivos», a título oneroso, con adquisición de la contraprestación por el donante o por el donatario, y a título gratuito, e incluso actos «mortis causa»), si bien en concreto será problema de interpretación de voluntad el determinar qué actos han sido reservados. Señala las dificultades que presenta la reserva de disponer de cantidad con cargo a los bienes donados y estudia los diversos supuestos (hipoteca, carga y, dudoso, obligación personal del donatario).

En uno y otro casos la reserva sólo puede hacerse a favor del donante mismo, no de sus herederos, ni del enajenante por acto jurídico distinto de la donación, estudiando la Resolución de 8 de octubre de 1924. En cambio, el acto dispositivo puede ser realizado a favor de cualquiera, si bien suela limitarse en la escritura este ámbito subjetivo a determinados parientes del donante o del donatario, sobre todo cuanto es gratuito o «mortis causa»; por excepción, cree no admisible de manera directa el acto dispositivo a favor del donante mismo—caso en el que juzga aplicable el artículo 641 y no el 639—, aunque sí de manera indirecta, mediante acto oneroso con facultad del donante de hacer suya la contraprestación.

Dudoso es, en cuanto a la extensión cuantitativa de la reserva, el problema de la admisibilidad de la reserva total, esto es, com-

prensiva de todos los bienes donados o de cantidad que suponga todo su valor, supuesto silenciado por el artículo 639 por su inspiración en los preceptos extranjeros del sistema francés, en que no cabía plantearle; estudia las diversas posturas de nuestra doctrina y de la moderna italiana, en que la cuestión ha sido ampliamente debatida (BALBI, TORRENTE, BIONDI, etc.), y acaba incliniéndose, en tesis general, por la no admisibilidad de la reserva total en nuestro Derecho. Ello conduce a la exigencia de la determinación de los bienes o cantidad afectados por la reserva; expone la doctrina de la mera determinabilidad, dominante en Italia a partir de ASCOLI, que rechaza, tratándose de inmuebles, en virtud del artículo 633 del Código civil, y, en su caso, del principio hipotecario de especialidad. La exclusión de la reserva total y el principio de determinación de la parcial hacen inadmisibles la aplicación del artículo 639 a la donación manual de cosa mueble. Esta parte de la conferencia que resumimos concluye con el estudio de las consecuencias jurídicas de la indeterminación: teorías de la nulidad de la reserva sólo con validez de la donación (ASCOLI, MAROI y la generalidad de los autores franceses), y de la nulidad de la donación misma (COVIELLO, SCUTO).

* * *

Ya conocido el sentido y principales cuestiones que plantea el artículo 639, cree llegado el momento de referirse a los problemas de naturaleza jurídica. Expone y critica las principales teorías que han surgido sobre la naturaleza de la donación con reserva de la facultad de disponer de bienes, especialmente la dominante, que la concibe como una donación bajo condición resolutoria potestativa, con sus variantes, la de la donación «mortis causa» y la de la reserva del «jus disponendi» integrante del dominio, en paralelismo con la donación con reserva de usufructo, y, en cuanto a la reserva de disponer de cantidad, se fija especialmente en la teoría de la donación no condicional, sino onerosa, estando afectada la carga por una condición suspensiva potestativa «a parte creditoris».

Examina igualmente la naturaleza jurídica del derecho o facultad reservado por el donante, que, en el Derecho francés, no

es otro que la propiedad misma, que el donante no pierde por ser la donación nula; en nuestro sistema, afirma que es un derecho potestativo o de modificación jurídica, de naturaleza real, innominado, excepcionalmente permitido por la Ley, de carácter personalísimo, intransmisible por actos «inter vivos» y «mortis causa» y de ejercicio libérrimo por parte del donante, inembargable, no susceptible de ejercicio por los acreedores del donante por acción subrogatoria, y, en sí mismo, sin valor económico.

Con todos estos datos, fija las respectivas posturas del donante, y del donatario o sus herederos, en la situación de pendencia; además la del adquirente, cuando el donante ejercita la facultad de disponer reservada, y, finalmente, la de todos los interesados, cuando el donante fallece sin haberla ejercitado.

* * *

Trata, por último, de la donación de bienes gananciales con reserva de la facultad de disponer; hace referencia a los casos excepcionales en que puede donar gananciales el marido solo (artículos 1.409 y 1.415), o uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 1.419, II), que, al existir un solo donante, no plantean problemas a efectos del artículo 639; y centra su atención en el supuesto normal de donación de gananciales por ambos cónyuges en el mismo plano: la reserva ha de hacerse a favor de los dos cónyuges donantes, y el ejercicio de la facultad dispositiva se regirá por las normas del acto de que se trate, no por las de la donación.

El problema más grave surge al fallecimiento de uno de los cónyuges sin que se haya hecho uso de la facultad de disponer; sostiene que la facultad de disponer es extraña a la distinción de bienes gananciales y privativos, por carecer en sí misma de valor económico, por su intransmisibilidad a los herederos del donante y por el carácter libérrimo que para el donante tiene ejercitarla o no; en la liquidación de la sociedad de gananciales no podría ser inventariada, porque no puede adjudicarse al haber del premuerto, ya que sus herederos no podrán ejercitarla, ni al del sobreviviente, porque no se le puede obligar a usar de ella ni a sufrir las consecuencias económicas de su falta de ejercicio. ¿Podrá, sin

embargo, ser ejercitada por el cónyuge superviviente? La cuestión no ha sido resuelta, ni siquiera tocada, por la sentencia de 4 de enero de 1965, contra lo que ha dicho alguna publicación jurídica; entre las soluciones posibles (permitir su ejercicio al sobreviviente en cuanto a la totalidad de los bienes afectos a la reserva, o sólo en cuanto a la mitad de los mismos; o declarar extinguida la facultad reservada por ser imposible su ejercicio), el conferenciante se inclina, a título puramente personal y considerándolo extremadamente dudoso, por la admisibilidad del ejercicio total por el cónyuge superviviente, en virtud de argumentos de analogía y de justicia; pero bien entendido que si la disposición fuere onerosa y el donante hiciese suya la contraprestación, ésta sí tendría carácter ganancial y habría que adicionarla a la liquidación de la sociedad conyugal.

II

Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas, por don Joaquín Sapena, Notario de Valencia.

El Notario, en su labor creadora del Derecho, recoge de la realidad el hecho diario, el *hecho social*, y jurídicamente lo plasma, configura y regula. Y así han salido del estudio notarial, perfiladas y aptas para la sanción legislativa, instituciones y figuras en aquel quehacer formadas. Una de ellas es, hoy en génesis incipiente, pero que crece a marchas forzadas, la urbanización privada que pretende proporcionar al mejor coste el apartamento o vivienda en el campo o en la playa.

Por urbanización privada se ha de entender aquella en la que cabe una regulación de tipo colectivo o comunal, pero particular, es decir, sin sometimiento a normas de derecho público. Por lo que sólo será posible en lo que la Ley del Suelo califica de suelo rústico y no en el urbano ni en el de reserva urbana, que necesariamente han de quedar sometidos a un plan administrativo que trastoca los bienes de servicio común en bienes de uso o servicio público. Lo cual, por la misma imperativa de sujeción al plan

administrativo, sucede también en los Centros de interés turístico. Ahora bien, en todos estos casos es posible la urbanización de tipo mixto, esto es, la enclavada en un plan de Derecho público, pero permitiendo la existencia de bienes de servicio colectivo privado junto a los de uso o servicio público, urbanización mixta cuya problemática es la misma de las totalmente privadas o de tipo particular puro.

El fin primordial de toda urbanización particular ha de ser la garantía para el adquirente de una parcela, edificio o departamento de que el ordenamiento de la zona perdurará en las mismas condiciones en que inicialmente se ha plasmado, tanto sobre los derechos y limitaciones de las propiedades particulares como sobre el uso de los elementos comunes. Lo que exige en su contenido normativo una adecuada reglamentación sobre las limitaciones de uso, destino y construcción en las parcelas, por una parte, y, por otra, respecto a los elementos de uso común para lograr la seguridad de su perpetuo destino al servicio que les incumbe, conseguir la permanencia en el mismo mediante su adecuada conservación y alcanzar, en el máximo grado posible, la exclusividad en tal uso para las parcelas o propiedades de la zona, con exclusión de los extraños a la misma.

Concretadas así las finalidades, hay que buscar los medios jurídicos más aptos para conseguirlas. En cuanto a las limitaciones de las propiedades particulares, establecidas con carácter recíproco, y, por tanto, pesando sobre cada una en provecho de las demás, no cabe duda que la figura más apta de las hoy consagradas es la servidumbre real, positiva o negativa, generalmente recíproca, salvo casos especiales, y que aunque, continuas por esencia, físicamente sean no aparentes, jurídicamente lo serán siempre por su extrema publicidad escrituraria y registral. Pero respecto a la regulación de los elementos comunes, su problemática es ardua, surgiendo ya las dudas en cuanto a quién debe ostentar su titularidad.

La adscripción de tales elementos al uso y servicio de las parcelas o edificios de propiedad privada, nos compele también al uso de la figura de la servidumbre real para dar carácter perpetuo e inmutable a tal adscripción. Pero precisamente por tal razón la existencia de un predio o predios sirvientes comporta necesaria-

mente la titularidad de los mismos. Y en cual sea la más apta, está el problema.

Como solución sencilla, y aparentemente la más adecuada, se nos presenta la del condominio por los propietarios de la zona, en régimen de comunidad romana y en la misma proporción en que lo sean de la servidumbre que absorbe su propiedad. Solución que tiene un grave inconveniente práctico: el de que la titularidad de la parcela y sus derechos en la urbanización se plasma registralmente en dos—la de la propia parcela y la de la cuota indivisa—en los elementos comunes, lo que con el tiempo nos lleva al abandono en la transmisión formal de esta última y consecuente desacuerdo entre la realidad registral y la extrarregistral. Otro inconveniente, el de la imposibilidad legal de enervar la acción de división de la cosa común, a más de que teóricamente pudiera ser superado, prácticamente deja de serlo en cuanto tal división de bienes, cuyo disfrute está agotado por la servidumbre que sobre ellos pesa, a nada conduce.

La conveniencia de que la titularidad de los elementos comunes sea paralela a la de las parcelas particulares, compele a otra solución más perfecta: la de la Sociedad civil, cuyo objeto será llevar a cabo la actuación necesaria para lograr y mantener la efectividad del Ordenamiento jurídico de la urbanización, por lo que su gobierno es casi idéntico al que correspondería a una comunidad organizada de los titulares de la zona. Sociedad que, en la línea de lo expuesto, puede ser la titular de los elementos comunes, pero que también ha sido construida como titular de unos predios dominantes de servidumbres limitativas del uso y construcción en las parcelas particulares—predios sirvientes—, siendo su objeto tanto mantener tales limitaciones como administrar los elementos comunes, que de este modo cumplen su misión no tanto por exigencias de una relación de servidumbre como por razón de la propia reglamentación social.

El punto de apoyo de esta Sociedad estriba en configurar la titularidad de la cuota social, y por tanto la condición de socio, como aneja a la propiedad de una parcela o departamento de la zona. Desde el punto de vista de la titularidad de la parcela, no hay obstáculo para tal conexión, pues si ésta lleva anejos ciertos derechos de servidumbre sobre las demás parcelas y los elementos co-

munes, la necesaria pertenencia a la Sociedad puede ser una consecuencia de la reglamentación de los mismos. Mas desde el otro lado, desde el de la condición de socio, cabe preguntarse si es posible adscribirla a la titularidad de determinado bien.

Surgen dos obstáculos fundamentales: el de que la Sociedad es un contrato *intuitu personae*, característica violada en cuanto la condición de socio la determina un título de propiedad, y la falta del ánimo de lucro, requisito por definición exigido por el legislador. En cuanto al primero, cabe argumentar en contra que si el mismo Código sustituye el *intuitu personae* por un *intuitu familiae* al permitir la transmisión «mortis causa» de la cuota social como excepción a la norma general prohibitiva (arts. 1.704 y 1.696 del Código civil), lo que en la práctica suele pactarse en contemplación a un objeto social que no exige la adscripción de la Sociedad a personas determinadas, sino que interesa la perduración de la misma en beneficio de las familias de los socios, tal *intuitu personae* puede ser sustituido por un *intuitu rei*, cuando el fin social es mantener determinadas condiciones de unas propiedades particulares.

Respecto a la falta de ánimo de lucro, no hemos de olvidar que el Código civil contempla una Sociedad de tanto vigor y vigencia como la mercantil, pero las condiciones actuales, tan distintas de las de los tiempos codificadores, han dejado aquella relegada de tal modo frente a la Sociedad mercantil, que casi, casi, está en desuso. Pero que podría recobrar su pujanza si de la misma nos sirviéramos como molde y cauce de contratos asociativos atípicos, cada día más florecientes. Lo que no es ningún sueño: la indiscutida viabilidad, en próspero auge, de las comunidades de aprovechamientos de aguas privadas subterráneas que en la huerta valenciana adoptan la forma de sociedad civil, siendo el sostén de ricas zonas de nuevos regadíos, así lo prueba.

Todo lo cual, unido a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que en estos puntos han minado el rigor del Código, nos lleva a la conclusión de que esta Sociedad civil es viable. Pero lo dudoso es que para cubrir y salvaguardar los inconvenientes de una comunidad valga la pena embarcarse en los problemas que la solución societaria, como se ve, comporta, sin olvidar los de carácter fiscal que indudablemente surgirían. Mas cuando si, como

se verá, cabe encontrar el camino apto y especial para esta nueva figura.

Otra solución simplista—y la más adecuada en muchos casos a las finalidades que se pretenden conseguir—sobre la titularidad de los elementos comunes, es la de adscribirla al propio promotor. Que puede tener para el mismo ventajas indiscutibles en cuanto lo vincula para siempre a la urbanización, dándole un derecho de veto—el del propietario de la finca gravada—sobre disposición de los elementos comunes contraria a su finalidad inicial, aunque todos los usuarios estén conformes en ello; o bien le permite disponer de los mismos, con las limitaciones que se hayan plasmado, para incluir la urbanización en un plan administrativo, para obtener la declaración de centro de interés turístico o para ampliarla adscribiendo nuevos terrenos a la misma. Surgiendo como principal inconveniente de esta solución el de dar salida al promotor que luego quiera separarse, si bien esto podría soslayarse configurando *a priori* su libre y posible renuncia a la titularidad de los elementos comunes como una renuncia traslativa que los transfiera a la comunidad formada por los propietarios de la zona.

Una variante de la Sociedad civil es la solución cooperativista, pues mediante la creación de una persona jurídica intermedia mantiene la titularidad económicamente en los propietarios de la urbanización. Solución restringida en cuanto las únicas Cooperativas de la Ley contempla en esta materia son las llamadas de viviendas protegidas, a cuyo objeto escapan las urbanizaciones de tipo veraniego o residencial, estando en entredicho por otra parte su brillante señuelo de protección fiscal.

Finalmente, en sendas de picardías jurídicas, caben aquellas soluciones en que, con desaparición registral de los terrenos destinados a los elementos comunes, su titularidad se adscribe a la de las parcelas. Como es la de describir cada una con sus lindes exactos, pero expresando que de su total superficie una—la propia de ella—es de uso particular, y la otra—la parte que en aquellos elementos le corresponda—está destinada al servicio común.

En todas dichas soluciones, cualquiera que fuere la aceptada, la complejidad de las relaciones nacidas exige una regulación clara y detallada, precisa y firme: la configuración jurídica de la zona en suma.

Su título será el constitutivo de la urbanización, continente de las reglas que la conforman. Estas, sea cual sea la denominación que se les dé, precisan de plena eficacia y para ello de su inscripción en el Registro de la Propiedad, requiriéndose, por tanto, la escritura pública. Pero, en la básica y referida relación de servidumbre, su nacimiento jurídico exige la dualidad de titulares (artículo 530 del Código civil), mas esto no impide que previamente puedan tener acceso al Registro como circunstancias de la finca o fincas, como signo aparente, jurídico-escrito en este caso. que dé lugar al nacimiento de la servidumbre cuando aquella dualidad se produzca (art. 541 del Código civil).

Aun inscritas todas las reglas de la urbanización, en teoría podría distinguirse entre normas con efectos reales y otras meramente personales. Diferenciación que no sólo sería perniciosa, sino que incluso debe estimarse imposible: en cuanto todas tales reglas afectan al contenido de unos derechos reales, son, necesariamente, de naturaleza real. Y como tienen todas igual exteriorización, igual publicidad, igual es también su eficacia.

Dentro de la urbanización puede haber, y de hecho casi siempre las habrá, junto a las propiedades ordinarias, otras de tipo horizontal. En tal caso, según cual sea el tipo de construcción predominante, deberá fijarse la distribución de las cargas de la zona. Si es el chalet con una o pocas viviendas, las parcelas deben ser las unidades terminales de responsabilidad, con distribución interna de la cuota que les corresponda entre sus diversos departamentos en su caso. Y si lo fuere el edificio con departamentos, éstos—cada departamento en sí—deben ser los responsables, con adscripción diferenciada e independiente de cuota, frente a la total comunidad.

Las cuotas de responsabilidad deben fijarse, por otra parte, según el tipo de urbanización. Si se trata de parcelas de distinto tamaño y situación, con construcciones aisladas, que implican una desigualdad de valores, conforme a éstos, y con criterio de equitativa proporcionalidad, deben señalarse las cuotas. Pero si la situación y tamaño carecen de relevante importancia, cual sucede en aquellas en que predomina el edificio o bloque de departamentos, lo aconsejable será la cuota igualitaria, por parcela-chalet o departamento, es decir, por unidad residencial.

Uno de los puntos de mayor interés en la normativa de estas urbanizaciones es el de la exigibilidad de las cargas económicas, pues la seguridad del cobro de los *dividendos pasivos* es presupuesto necesario de su estabilidad. La solución está en la propia configuración del derecho a los elementos comunes como de servidumbre real. Y en la complejidad, en forzosa unidad por integración, del supuesto. Pues el dueño de cada parcela, al tiempo que titular activo de unas servidumbres, es titular pasivo de otras. Como titular del predio dominante debe contribuir a los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre en proporción al beneficio que le reporte (art. 544 del Código civil). De *obra* habla el Código, obras en este caso perfectamente reguladas en el título de la urbanización, desde la administración hasta la reconstrucción, estando ya fijado el módulo de participación en las mismas. Carga ésta derivada de un derecho real: carga real en suma. Que en el supuesto especial de la urbanización se ve reforzada en su obligatoriedad, porque si bien deriva de una titularidad activa, puede considerarse también como secuencia de la pasiva, con imposibilidad práctica—no conceptual—de separar una de la otra.

Como la servidumbre se extingue por renuncia del dueño del predio dominante, aunque se trate de un derecho en comunidad, puede preguntarse si por tal renuncia es posible liberarse de las cargas de la urbanización. En estos casos (arts. 546, 5.º, y 395 del Código civil) el legislador contempla siempre una relación desde el lado activo, mientras que en el nuestro dichas cargas no se derivan simplemente de la servidumbre, sino que nacen de la propia condición de las parcelas, de la titularidad dominical de las mismas, por el complejo de relaciones de naturaleza real que la benefician y gravan, que al tiempo que amplían sus derechos los limitan.

En cuanto a la posibilidad de modificar los elementos de uso común, si bien cada uno de los propietarios tiene un derecho inderogable a los mismos, cuando en el título constitutivo se fijan delimitaciones y permisos concretos para ciertos elementos como actos que en el conjunto urbanístico pueden ser considerados de administración, la mayoría podrá decidir sobre ellos. Pero si tanto con relación al bien concreto como a toda la zona, por la función

que aquél cumple en la misma, la modificación entraña un acto de disposición, se precisará la unanimidad de los condueños.

Finalmente, en cuanto a las reglas contenidas en el título constitutivo, cabe decir que la determinación de la exclusividad en el uso de los elementos comunes por los propietarios de la zona, es perfectamente posible; que es muy conveniente regular los derechos del promotor cuando alguno se reservare, y que igualmente deben fijarse con la mayor claridad las reglas sobre la administración de la zona.

Queda claro que con los medios jurídicos de que hoy se dispone se puede alcanzar la perfecta o casi perfecta regulación de una urbanización privada, pues para ello basta con combinar hábilmente las figuras en uso que se han examinado. Pero no hay que quedarse satisfechos. Frente a la realidad social que contempla, no encajable exactamente en ninguna de las figuras que conoce y maneja, el jurista procede a analizarla y descuartizarla, aplicándole por partes soluciones adecuadas. Pero no basta. Pues si la fuerza del hecho obliga a su repetición en una línea constante, surge la figura exigente de una reglamentación, no como amalgama de las normas de otras, sino como conjunto de las propias. Y no—tampoco—por la sola razón de ese repetirse que pudiera quedarse en machaconeo, sino porque por ser así se configura, se delimita, se perfecciona y en suma se purifica: se sedimenta, se plasma. Y a esa figura *sui generis* que la realidad social nos da no debe el Derecho negarle su reconocimiento.

Queda visto que los pilares fundamentales en esta materia son la propiedad privada de las parcelas o departamentos, sujeta a una reglamentación general que deriva de la unidad urbanística, con propiedad o disfrute común de los elementos a tal fin destinados, que consecuentemente se traduce desde el lado pasivo en soportar las cargas correspondientes. Esto no es propiedad horizontal, pues no encaja ni en el artículo 396 del Código civil ni en la Ley de 1960, ya que en estas normas se parte de un supuesto de hecho especial y concreto: el edificio dividido en departamentos singulares por la construcción en planos horizontales. Pero en la relación entre los condueños el caso es similar: el conjunto en que una y otra figura se integran, exige normas que lo regulen como unidad, limitando de tal modo los derechos de los propie-

tarios singulares que los convierten en propiedades especiales, tanto por ser su objeto los departamentos que forman parte de un mismo edificio como por serlo los trozos acotados de una misma urbanización.

Sin paradoja ninguna, la propiedad horizontal es consecuencia de la verticalidad en la construcción, mientras que la urbanística, con propiedades en vertical—*usque ad sidera*—lo es de la horizontalidad en su planteamiento. ¿Qué se ha hecho? Tumbiar la propiedad horizontal: las escaleras y ascensores se han convertido en caminos y viales; las terrazas y patios de luces, en zonas verdes y de recreo; los departamentos, en parcelas, y hasta los porteros de la verticalidad en sus funciones han pasado a guardas, con vigilancia en horizontal.

Cierto que la razón sustancial de la propiedad horizontal está en su propio ser, en la unidad sustancial del edificio, mientras que en la urbanización, la unidad nace del destino, por lo que, desaparecido éste, subsistiendo el objeto material, cesa la unidad, cuando en la propiedad horizontal para que se extinga ha de dejar de existir el propio edificio. Pero en uno y otro caso la permanencia está en el suelo, sustentáculo común; la urbanización se descompone y el edificio se derrumba cuando fallan sus respectivas estructuras jurídica y material, mas en uno y otro caso se trata de un hecho social con idéntica motivación: no se puede lograr tan buena vivienda urbana ni departamento o chalet actuando por separado como adscribiéndolos, respectivamente, a un edificio en propiedad horizontal y a una urbanización privada. La distinción ciertamente existe, pero por razón de destino llegamos a una identificación, si bien por ésta no se justifica la aplicación o trasplante de las normas de propiedad horizontal, aunque de ellas podamos servirnos por analogía.

Plasmada la urbanización particular en el artículo correspondiente, nos encontramos ante una regulación de la propiedad, y si bien no se trata de figura reconocida o mentada por la legislación registral, tiene su entrada abierta como inscripción de un acto relativo al dominio de una finca, título declarativo del mismo que *ex novo* lo configura y regula como uno de aquellos que modifica algunas de las facultades dominicales sobre bienes inmuebles (artículos 1.º y 2.º, L. H., y 7.º, R. H.). Lo que no se separa del sentir

doctrinal y jurisprudencial que restringe el *numerus apertus* legislativo en verdadero *numerus clausus*, pues los motivos que a ello compelen no se dan aquí. Ya que ni estamos ante una construcción caprichosa, ni ante una amalgama de distintos derechos reales—de ello precisamente se trata de huir—, ni en un caso encajable en figura sancionada, sino precisamente ante una situación que viene del mundo de lo real y que en su exigencia de unidad, si bien hoy no encuentra otro camino que el del conglomerado de normas, nos debe forzar a los juristas a abrirle y construirle el que, como propio, sea su vía adecuada, una más de las tantas que de nuestros protocolos han surgido.

La finca general, como unidad física o de destino, debe ser una sola registral. De ella se segregan trozos para formar fincas independientes, sujetas, como partes de un todo, a la regulación fijada para aquélla. Estas reglas sobre derechos y cargas, conforme a la interpretación actual de las normas sobre inscripciones y segregaciones registrales deben reproducirse en el asiento por el que cada parcela se separa y abre folio. Pero en interpretación progresiva y por analogía con las inscripciones separadas de los departamentos en propiedad horizontal, debe bastar con su referencia a la de la finca matriz de que procede.

También conforme a las normas vigentes cada segregación obliga a una disminución de la pertinente cabida de la finca matriz. Lo que no sucede en la propiedad horizontal ni tampoco debiera ser aquí: la expresión de que se dispone por separado de una parcela, abriendo folio a ésta, no debe alterar la inscripción de la finca matriz más que en cuanto a constatar que aquel hecho se ha producido, pero sin alterar su cabida, comprensiva de todas las parcelas, ni sus linderos.

La solución está en contemplar la total zona de urbanización como la finca general de la que se separan para formar fincas independientes las parcelas de propiedad particular, pero que continúan integradas en aquélla y sujetas a la reglamentación que el Registro acoge en el folio de la finca madre. Solución viable incluso cuando por haberse dispuesto ya de todas las parcelas no queda titular de la finca matriz, pues el caso es el mismo del edificio en propiedad horizontal con todos los pisos separados en folios: no hay titulares de aquél, sino de los pisos que lo integran.

El camino es sencillo. Si Notarios y Registradores lo quieren, dando una vez más prueba de su buena voluntad y mejor arte, se conseguirá. El éxito aquí sólo depende de querer lograrlo. De no esperar cómodamente a que el legislador o la jurisprudencia nos lo den hecho; se puede y se debe hacer: hay que ir a por ello.

III

La mujer casada y la disposición de sus bienes, por don Angel Martínez Sarrión, Notario de Barcelona.

I. *La realidad ambiente*.—Los cambios experimentados en el transcurso de los últimos decenios en nuestras instituciones civiles han ido agigantando la disociación en lo que se refiere a las relaciones familiares y, por tanto, con repercusiones sobre la esfera patrimonial, en forma tal que ha sido dable el poder constatar como todo lo que afecte a fiscalización o intervención de actuaciones de uno cualquiera de los cónyuges por el otro, puede decirse, en línea de principios, que va en contra del espíritu de los tiempos.

Juega para ello por un lado la experiencia de los casos prácticos que brinda el despacho notarial, y de otro lo que la doctrina y singularmente la jurisprudencia han puesto de manifiesto, con la multiplicación de las separaciones de hecho, que si bien en el año 1932 podían parecer caso insólito para nuestro Tribunal Supremo, que llegó a afirmar que «la separación es opuesta al deber que el artículo 56 impone a los cónyuges», muy pronto ha tenido que rendirse a la evidencia de un proceso que cada vez se va «normalizando», cualesquiera que sean los principios que se profesen, para dejar de manifiesto esa ruptura de la estabilidad de la familia con el agigantamiento de la separación entre el sistema jurídico y la realidad que la vida impone. Fenómenos hoy ya naturales a los que hay que unir, de manera más o menos circunstancial, la emigración en busca de trabajo de la población campesina, y el que la mujer tenga que hacer frente a las necesi-

dades del hogar y de los hijos, e invertir los ahorros, si no en las inversiones más rentables, si en las más útiles.

A esta situación conviene recordar la facilidad de cambiar de vecindad civil, para, adquiriendo la catalana o balear, poder prescindir del requisito de la licencia marital, y es que, cuanto menos efectivos son los sistemas intervencionistas, más suelen oprimir.

II. *El principio de una normación.*—Nuestro sistema jurídico, mantenido hasta no hace mucho tiempo con una uniformidad formal, ofrece en la actualidad un verdadero abanico de preceptos, que, sin género de duda, desde una mera consideración externa, pueden calificarse de discordantes.

El examen de estos preceptos en nuestra legislación civil lleva a la necesaria consideración de casos aislados recogidos en los varios Cuerpos legales:

1. Existe una regla general de incapacidad de la mujer, al menos en lo que a su formulación se refiere, en el artículo 1.263, 3.º, del Código civil.

Aunque la Ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, parece que ha venido a cambiar de signo a lo existente, sin embargo basta recordar su artículo 5.º para darse cuenta de que no ha penetrado en la esfera de las relaciones civiles, pues que con un mayor criterio rigorista, si cabe, exige «cuando por Ley se requiera autorización marital, ésta deberá constar en forma expresa», llegando a la conclusión el conferenciante que con ello viene a dar la razón a los que sostienen que todas las revoluciones que no se traducen en el Derecho privado son más platónicas que efectivas, más efectivas que consolidadoras.

2. La necesidad de efectuar actos dispositivos con licencia marital, exigida en general por el artículo 61 del Código civil, y en especial por el artículo 1.387 respecto a los parafernales.

Partiendo de los «bona recepticia» en el matrimonio «sine manu» a que se refiere la Oratio de Catón de 169 a. de C. y con referencia a textos clásicos de Cicerón y Marcial y el fragmento de Ulpiano en D. 23, 2, 9, 3, así como a la regulación que de los bienes parafernales hicieron Teodosio y Valentiniano el 450 después

de C., se puede apreciar el sistema completo de autonomía que sobre ellos competía a la mujer. Ni se comunicaban al marido, ni, por ende, se requería intervención, licencia o autorización alguna de él. «In his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communio-nem» (Códex, 5, 14, 11).

La necesidad de la licencia marital respecto a los bienes parafernales viene impuesta por las Leyes 55 a 59 de Toro; principio que hará exclamar a los Comentarista que «ista licentia mariti, et sine ea uxor nihil potest facere por nostras leyes». Esta posición ha sido la que inalterada ha informado la doctrina de nuestra legislación, que ha abierto aún más las puertas con el artículo 60 del Código civil, precepto que ha servido de argumento base a todas las reclamaciones de los maridos que invocando los sacratísimos derechos de sus indefensas mujeres se han convertido en paladines de sus particulares y personalísimos intereses, por lo que convendría recordar a la hora de las aplicaciones, cosa que no siempre suele hacerse, la sentencia de 26 de febrero de 1956, en ponencia de don CELESTINO VALLEDOR, que afirma que la norma del artículo 60 del Código civil, a tenor de la cual corresponde al marido la representación de su mujer, no es absoluta, ya que referida a un bien parafernial, habrá de ser utilizada con el consentimiento e intervención de la mujer.

3. Los artículos 6.º y 7.º del Código de Comercio, que parecen agrandar la posibilidad de actuación de la mujer casada comerciante, por la amplitud de responsabilidad que establece el artículo 101 del mismo. En ello está acorde toda la doctrina mercantilista.

Sin embargo, no se presta atención a un problema fundamental: A la serie de posibilidades que nuestro Código de Comercio pone en manos del marido con bienes privativos abundantes para que diestramente pueda devenir empresario oculto. Se viene a estar en presencia de una figura intermedia entre el comerciante individual con responsabilidad ilimitada y el comerciante individual con responsabilidad limitada, que se podría llamar con «responsabilidad concretada».

4. Los supuestos especiales del artículo 44 del Apéndice de Derecho aragonés, que recoge íntegramente la Ley 54 de Toro con mayor pureza que el Derecho castellano y el criterio rígido de licencia minuciosamente detallada que campea en el Proyecto de Fuero Compilado de Navarra, obra de la Comisión presidida por don FELIPE ZALBA, que dedica los artículos 29 a 32.

5. La supresión de la licencia marital por el artículo 49-2.º de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y el artículo 4.º-2.º de la de Baleares.

El Derecho del Principado no conoció la licencia marital hasta que fué introducida por una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1966, y en este sentido nuestra Dirección General, en Resolución de 29 de abril de 1865, declaró inscribible una escritura de venta de bienes parafernales, otorgada en Cataluña por una mujer casada sin intervención de su marido, criterio recogido por la Ley de 19 de junio de 1934, siguiendo el Anteproyecto de MALUQUER y VIDALOT, en el que intervinieron los Notarios ROCA SASTRE y PAR TUSQUETS.

Ahora bien, la reforma no ha sido completa, y si en los territorios del Código civil la puerta abierta venía dada por el artículo 60, aquí se ha dejado sin construir un tabique: el ocupado por la presunción muciana recogida por el artículo 23, de suerte que, si bien no será necesaria la licencia, quizá convendría meditar sobre las razones que abonan la intervención marital para deshacer el signo de la presunción, mediante una auténtica confesión extrajudicial.

III. *Los nuevos horizontes jurídicos.*—Un gran paso hacia la unificación de los criterios civiles en torno a la supresión de la licencia marital se puede apreciar en el panorama europeo. La Ley alemana de 21 de junio de 1957 ha buscado cohesionar la gestión familiar y las supresiones de la licencia y modificaciones de los regímenes de bienes en las Leyes holandesa de 14 de junio de 1956, belga de 30 de abril de 1958, francesas de 18 de febrero de 1938, modificadora del artículo 213 del *Code*, completada con la del régimen legal de 13 de julio de 1965, que un ministro francés llamó de «descolonización de la mujer», sin olvidar los pre-

cedentes de la italiana de 17 de julio de 1919, que modificó el artículo 134 del viejo *Codice civile* y recogida en el nuevo. Y es que mantener el requisito de la licencia marital ha venido a ser sinónimo de país subdesarrollado.

IV. *La licencia marital en el régimen supletorio del artículo 1.315 del Código civil.*—Después de examinar las teorías que afirman la existencia de un patrimonio en común en la sociedad de gananciales, que dice han partido todas ellas de dar por bueno el patrimonio en común, que es precisamente lo que hay que someter a juicio, mantiene que lo que verdaderamente entraña la expresión «sociedad de gananciales» es lo que las fuentes romanas exponían sin la menor vacilación: una comunicación de bienes del patrimonio de la mujer al del marido. No existe un patrimonio independiente, ni es tampoco la manera adecuada de expresar el resultado que con el matrimonio respecto a los bienes gananciales se obtiene, sino una ampliación patrimonial originada a consecuencia de una ampliación de las titularidades de goce y dispositivas, aunque limitadas, que se confieren al marido. ¿Qué razones militan para que la dote pase al patrimonio marital y no suceda igual con las ganancias y lucros obtenidos «constante matrimonio»? Hay una ampliación de titularidades en el espacio, semejantes a las que en el tiempo se producen respecto a los bienes fideicomitidos, en el período en que su titularidad la ostenta el fiduciario. Ciertamente, tiene que transmitir—más que conserva, como decía GONZÁLEZ PALOMINO, *es reserva*—, mas no hay que establecer un patrimonio común, aunque la titularidad compartida con los fideicomisarios imponga restricciones e incluso actos de disposición conjuntos. De análoga forma es el marido el que hace suyos todos los bienes, no por derecho propio, sino por comunicación establecida en la Ley, con una finalidad y alcance previamente fijados: la de que al fallecer cualquiera de ellos, y en general, a su disolución, entrará en juego el artículo 1.392 y habrá de entregar o le serán detraídos a sus herederos la mitad matemática de ellos, porque es entonces precisamente cuando la titularidad se normaliza. Y ahora no es que se transforme en comunidad romana, si no es que no puede ser de otra manera, porque siempre que hay indivisión existe comunidad. Piénsese que

esta ilusión óptica, vamos a llamarla así, hizo por mucho tiempo sostener a los juristas que entre los «sui» y el «pater» había una comunidad en los bienes que integraban la «*hereditas*». En definitiva, respecto a los bienes gananciales, juega plenamente el aforismo romano, reducido a la dote, y que ampliado a todos los bienes juega así: «*Constante matrimonio dos in bonis maritii est*».

Ahora bien, permaneciendo sin comunicación alguna con el patrimonio del marido los bienes parafernales, que continúan en poder de la mujer, ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio. Esto es, como si todo accionista de una Sociedad se le obligase a mantener un capital de reserva por si acaso la Sociedad necesitaba emplearlo para evitar caer en quiebra.

IV

Actos dispositivos realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, por don Francisco Escrivá de Romani y de Olano, Director General de los Registros y del Notariado.

Se tratan en la conferencia tres problemas fundamentales: el de la naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris», es decir, del consentimiento que la mujer ha de prestar en la enajenación de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales a partir de la reforma del artículo 1.413 del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958; el de la posibilidad de convalidar el acto o negocio jurídico al que le falta el consentimiento «uxoris» y, por último, el de los efectos generales del acto o negocio carente de tal consentimiento.

I. *La naturaleza jurídica del consentimiento «uxoris»* ha ocasionado una extensa literatura jurídica. Se pueden citar las siguientes tesis fundamentales:

1. *Tesis de la codisposición*, según la cual, el marido y la mujer disponen conjuntamente, actúan en un mismo plano. En este sentido, LA RICA, en sus *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 100, nota 17.

2. *Tesis del consentimiento a la disposición ajena*. Según esta tesis, el consentimiento que presta la mujer es un consentimiento a la disposición ajena que viene a encuadrarse entre los negocios de asentimiento. Sostuvo este punto de vista RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Disposición onerosa de bienes gananciales*, «Revista de Derecho Notarial», tomos 21 y 22, pág. 194.

3. *Asentimiento a la disposición del marido como equivalente a licencia marital*. Esta tesis se basa en que ni en la licencia ni en el consentimiento «uxoris» se trata de remediar incapacidades y en que, en ambos casos, cabe acudir al remedio judicial supletorio. La tesis ha sido sostenida por MANUEL DE LA CÁMARA en *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, «Anuario de Derecho Civil», tomo XII, núm. 2, pág. 465.

4. *Requisito habilitante de la disposición del marido*. Una posición bastante parecida a la anterior es la que considera que el consentimiento de la mujer no atribuye a ésta ningún poder de disposición sobre los bienes gananciales y es, tan sólo, un requisito habilitante para la disposición que hace el marido. Tesis de SANZ en *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Centenario de la Ley del Notariado, sección 3.ª, vol. I, pág. 323.

5. *Posición propia*.

A) *Terminología*. La terminología del artículo 1.413 del Código civil, al exigir que la mujer preste «consentimiento», es correcta y viene a coincidir con la empleada en los artículos 1.359, 1.363, 1.383 y 1.416 del Código civil.

B) *Carácter esencial de consentimiento de la mujer*. El consentimiento de la mujer no está en paridad con la licencia marital en la enajenación de los parafernales, sino que es un consentimiento esencial que es parte del acto mismo, que no adquiere plena eficacia hasta que ha sido prestado. La situación es parecida a la regulada en los artículos 597 y 1.259, párrafo 2.º del Código civil.

Hasta que no recae el consentimiento de la mujer *estamos ante un acto incompleto*, ante un acto al que le falta algo: el consentimiento «uxoris» que actúa como «conditio iuris» de eficacia. La situación es similar a la del acto o negocio jurídico bajo condición suspensiva en el periodo de «pendente conditione».

C) *El consentimiento como veto*. En su aspecto negativo «el no consentimiento de la mujer» tiene la eficacia de un verdadero veto.

D) *Argumentos en favor de nuestra tesis*. Pueden destacarse los siguientes argumentos:

1.º El marido necesita nada menos que el «consentimiento» de su mujer. La mujer no se limita a completar una capacidad del marido, sino que consiente el acto mismo. La terminología coincide con la del artículo 1.261 del Código civil.

2.º Si se hubiera querido asimilar la posición de la mujer a la que tiene el marido que da su licencia, se hubiesen reformado los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, especialmente el artículo 1.301, y asimismo se hubiese incluido en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, entre los actos inscribibles, a pesar de ser anulables, el de enajenación de los bienes gananciales sin consentimiento de la mujer, aprovechando la reforma de 27 de marzo de 1959, que retocó dicho precepto.

3.º El artículo 1.413 del Código civil parte de la base de que tales actos «no podrán perjudicar a la mujer». Pero si se obliga a la mujer a ejercitar una acción de nulidad, resulta notablemente perjudicada.

4.º La asimilación a la licencia tampoco puede admitirse si se tiene en cuenta que cuando el marido otorga aquélla en la enajenación de los bienes parafernales, la mujer es la única propietaria, pero cuando otorga ésta su consentimiento en la enajenación de los gananciales, es cotitular de los mismos.

II. *Convalidación a «posteriori» de los actos realizados sin consentimiento de la mujer.*

Entre los varios procedimientos de convalidación pueden citarse:

1. *Consentimiento prestado por la mujer en momento posterior a la enajenación.* Es el procedimiento normal.

2. *Autorización judicial subsidiaria «posteriori».* Esta posibilidad, negada por la doctrina, debe, sin embargo, admitirse en casos especialmente justificados. Piénsese en la negativa caprichosa de la mujer a consentir una enajenación totalmente necesaria, o muy útil, ya realizada por el marido.

3. *La gestión de negocios ajenos como forma de convalidación.* Si la sociedad de gananciales se aprovecha de las ventajas de una enajenación, hay que entenderla convalidada al amparo del artículo 1.893, párrafo 2.º del Código civil.

Asimismo, hay que admitir tales convalidaciones cuando se trata de evitar «cualquier perjuicio inminente y manifiesto» al amparo del artículo 1.893, párrafo 2.º del Código civil.

En ambos casos la gestión del marido debe considerarse convalidada a «posteriori».

4. *Convalidación por consentimiento tácito.* Cuando la mujer presta su consentimiento tácito en la enajenación, que se deducirá de sus propios actos, la convalida a «posteriori».

5. *Aplicación de la colación del artículo 1.419 del Código civil.* También en este caso si la mujer o sus herederos admiten esta colación se produce una convalidación a «posteriori».

6. *Renuncia a la sociedad de gananciales.* Si por aplicación de los artículos 1.364, 1.394 y 1.418, 1.º, del Código civil la mujer o sus herederos renuncian a la sociedad de gananciales, también deben considerarse convalidados los actos dispositivos del marido.

7. *Adjudicación del bien enajenado en el lote del marido o de sus herederos al liquidar la sociedad.* También en este caso, por

aplicación del principio del artículo 399 del Código civil, debe considerarse convalidado el acto de enajenación.

III. *Efectos de la enajenación realizada sin consentimiento de la mujer.*

El acto no puede considerarse inexistente ni radicalmente nulo, porque evidentemente la prestación del consentimiento del marido y de las personas que con él contrataron debe producir algunos efectos y, como quedó ya consignado, puede convalidarse «a posteriori».

Tampoco la rescisión, que es un medio de impugnación subsidiario y excepcional (arts. 1.293 y 1.294 del Código civil), debe considerarse aplicable.

El acto tampoco debe considerarse anulable por falta de analogía entre el consentimiento que presta la mujer y la licencia que da el marido.

En nuestra opinión, el acto realizado por el marido sin consentimiento de su mujer reúne las siguientes características:

- 1.^a *El acto existe y no es radicalmente nulo.*
- 2.^a *El acto no es rescindible.*
- 3.^a *El acto no es simplemente anulable* (aunque así lo afirme el Tribunal Supremo).
- 4.^a *El acto es incompleto* con situación parecida a la del artículo 597 del Código civil, produciendo efectos obligacionales entre el marido y el tercero.
- 5.^a *La mujer puede limitarse a desconocer* el acto sin necesidad de impugnarlo.
- 6.^a *No se producen efectos juridico-reales* ni transmisión de la propiedad.
- 7.^a *El acto puede devenir válido «a posteriori»* por diversas causas.
- 8.^a *Se produce una situación parecida a la recogida en el artículo 1.259, párrafo 2.º, del Código civil.*

Nuestra posición lleva consigo las consiguientes *consecuencias*.

A) El acto obliga al marido y al tercero que contrata con él, pero no hay transmisión del dominio ni eficacia jurídico-real de ninguna clase, por tratarse de un acto incompleto.

B) La posición de la mujer se caracteriza porque:

a) La mujer es extraña al acto y puede limitarse a desconocerlo sin impugnarlo.

b) La mujer goza de acción declarativa de simple constatación de la ineficacia del acto y de la nulidad de todos sus efectos, tales como escrituras, inscripciones, etc., que puede ejercitarse mientras dura el matrimonio y quizá durante quince años más.

c) También goza de acción reivindicatoria si ha perdido la posesión, ya que la propiedad continúa en la sociedad de gananciales.

d) También parece que goza de los interdictos de retener y recobrar la posesión, en su caso.

e) La mujer goza de diversas acciones contra el marido, tales como la de indemnización de daños y perjuicios, y en ciertos supuestos la de incapacitación por pródigo.

También puede solicitar las medidas judiciales de aseguramiento a que se refiere el artículo 1.413, párrafo 2.º, del Código civil.

f) Puede optar por la colación del artículo 1.419 del Código civil, antes aludido.

C) *Posición del marido.*

a) El marido queda obligado por el acto de disposición, ya que nadie puede ir contra sus propios actos.

b) Parece que el marido no puede impugnar el acto realizado por él mismo por aplicación analógica del artículo 1.302 del Código civil.

c) Es dudoso que el marido pueda negarse a cumplir o consumir el acto dispositivo, en beneficio de la sociedad.

D) *Posición del tercero que contrata con el marido.*

a) En principio no adquiere el dominio o derecho real de que se trate.

b) Puede adquirir el bien de que se trate por «usucapión», sirviendo de justo título el negocio adquisitivo incompleto, salvo casos excepcionales en que deba considerársele poseedor de mala fe.

c) Puede revocar o resolver el acto al amparo de los artículos 1.259, párrafo 2.º, y 1.124 del Código civil, respectivamente, mientras no recaiga el consentimiento de la mujer.

E) *Posición de los subadquirentes.* No pueden quedar nunca protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el acto no es inscribible.

F) *Inscripción en el Registro de la Propiedad.* El acto no es inscribible al amparo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario que no puede ampliarse por analogía. Solamente sometiendo el acto dispositivo a la condición suspensiva de que recaiga el consentimiento «uxoris», podría inscribirse de conformidad con los artículos 9.º, regla 2.ª y 23 de la Ley Hipotecaria y 56 de su Reglamento. El acto se registraría como condicional con todas sus consecuencias.

IV. *Estudio de la eficacia del acto dispositivo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo ha abordado esta materia en las sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. Los puntos más importantes que han quedado resueltos son los siguientes:

1.º La potestad de administrar y enajenar reside exclusivamente en el marido.

2.º Se rechaza, expresamente, la tesis de la codisposición.

3.º La mujer no es parte en el acto dispositivo.

4.º La mujer se limita a sancionar los efectos del acto dispositivo en su propia esfera jurídica.

5.º El consentimiento de la mujer es equivalente a un negocio de asentimiento.

6.º El consentimiento de la mujer tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, por lo que se le pueden aplicar, por analogía, las normas de esta institución.

7.º La mujer puede, en relación con el acto dispositivo, confirmarlo, ratificarlo o impugnarlo.

8.º La legitimación activa de la acción de impugnación, que es una acción de anulabilidad, sólo corresponde a la mujer o a sus herederos.

9.º El marido es responsable frente al que contrató con él, y aunque se obtenga la declaración de nulidad, subsisten las obligaciones y responsabilidades del marido sin perjuicio de que pueda destruirse el efecto fundamental del acto, o sea, el efecto dispositivo.

10. El tercero que contrató con el marido puede exigir el cumplimiento del contrato en tanto no haya sido ejercitada la acción de nulidad por la mujer, pero sin que tenga que demandar para ello a ésta, contra la que carece de acción (esta posición del Tribunal Supremo que choca contra el artículo 144 del Reglamento Hipotecario deja en realidad a la mujer privada de toda defensa, dentro de los cauces de la acción de cumplimiento).

11. El tercero puede actuar también mediante acción de resolución, cuando el marido incumple su deber de procurar que el contrato reúna todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr la plenitud de sus efectos.

12. No parece que la mujer pueda actuar mediante reconvencción, interviniendo así en la acción de cumplimiento, aunque nada diga sobre esto el Tribunal Supremo.

13. Aunque tampoco se pronuncia sobre ello el Tribunal Supremo, no creemos que pueda intentar la mujer una tercería de dominio o de mejor derecho, ya que ni la mujer es dueña de los bienes enajenados ni parece que se le conceda otro derecho que el de ejercitar una acción de nulidad.

14. Si parece factible, al amparo de los artículos 161, núms. 2.º y 5.º, y 162, núm. 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que la mujer ejercite la acción de nulidad en forma simultánea a la acción de cumplimiento intentada por un tercero, solicitando la acumulación de los autos de ambos juicios.

15. Aunque tampoco se haya pronunciado sobre este punto el Tribunal Supremo, parece que en esta clase de procedimientos no se aplica la cosa juzgada, pues, aunque exista sentencia firme favorable al tercero que pidió el cumplimiento del negocio dispositivo, la mujer puede ejercitar, en todo momento, mientras dure el matrimonio y durante cuatro años más, la acción de nulidad.

Crónicas

LA OFERTA DE CONTRATO Y SU ACEPTACION

(Sentencia de 17 de marzo de 1966)

La sociedad mercantil anónima «El Porvenir, Compañía General de Minas y Aguas», desarrolló sus actividades normales hasta el 20 de junio de 1922, en que se acordó la disolución y liquidación de la citada sociedad, procediéndose a la división del capital social, que estaba integrado por bienes inmuebles que comprendían manantiales de aguas con sus edificaciones y tierras. Disuelta la compañía mercantil, los socios que habían integrado la sociedad decidieron continuar explotando los manantiales de aguas en régimen de comunidad de bienes, y así nació «La Comunidad de Propietarios de Aguas», regulada por un reglamento aprobado en asamblea de la totalidad de los comuneros.

En 1961 don J. S. formuló por escrito una oferta a la Comunidad de Propietarios de Aguas, en la que se comprometía espontáneamente a cederles, de modo gratuito, una finca de su propiedad, y cuando dicha entidad diera su conformidad a la citada oferta, formularía la correspondiente escritura de compraventa a favor de la misma. A cambio de este pleno dominio a favor de la Comunidad de Propietarios de Aguas, vendría obligada ésta a facilitar al propietario, que generosamente entregaba dicha parcela, veintiséis o veintiocho horas de agua entre los riegos de invierno y majenca, al precio de salida en la subasta. Esta oferta iba dirigida a la Comunidad de Propietarios, indicando que cuando

dicha entidad diera su conformidad a la citada oferta se formularia por don J. S. escritura de compraventa a favor de la misma.

El 1 de diciembre de 1961 el presidente de la Comunidad de Propietarios de Aguas, requiere notarialmente a don J. S., manifestándole que la Comunidad ha aceptado integramente el contenido de la oferta formulada por él, y asimismo le requiere para que señale día y hora, a fin de otorgar ante Notario escritura pública de cesión de la parcela de terreno ofrecida. Don J. S. estimó que quien formulaba el requerimiento notarial no tenia facultades para hacerlo y no contestó al mismo. Con posterioridad a la aceptación de la oferta por parte del presidente de la Comunidad, se reunió la Asamblea general ordinaria de ésta, en la que se acordó por mayoría aceptar el contenido de la oferta de don J. S.

En enero de 1962 la Comunidad de Propietarios de Aguas deduce demanda contra don J. S., pidiendo que se condene al demandado a que dé pleno cumplimiento al contrato estipulado con la Comunidad, otorgando escritura pública de cesión gratuita de la parcela ofrecida, haciendo constar en la escritura las obligaciones contraídas por la Comunidad de Propietarios de Aguas, consistentes en facilitar al demandado veintiséis o veintiocho horas de agua al precio de salida en la subasta, con destino exclusivamente a la finca a que se contrae, quedando nula esta obligación en el caso de que las aguas no se elevasen ni discurriesen por el canalillo.

El señor J. S. se opuso a la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios de Aguas, planteando previamente la excepción de falta de personalidad en la actora por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio y, por otro lado, la falta de personalidad en el Procurador por insuficiencia e ilegalidad del poder, excepciones amparadas por los números 2 y 3 del artículo 535 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto al fondo del asunto, se oponia a la demanda argumentando que la aceptación de su oferta habia sido realizada por persona sin facultades para hacerlo y fuera del plazo normal y razonable.

Tramitado el juicio, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. En la resolución del Juzgador de Primera Instancia no se recogen las dos excepciones formuladas por don J. S., y en cambio, en cuanto al fondo, se acepta la postura

del demandado, insistiendo en que la asamblea que aceptó la oferta del señor S. fué dieciséis días después del requerimiento notarial del presidente de la Comunidad de Propietarios de Aguas, exigiendo el cumplimiento al demandado, cuando ya dicho señor había revocado su primitivo ofrecimiento, y por tanto no han concurrido la aceptación y oferta necesaria para la existencia del contrato.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia y, en consecuencia, condenó al demandado a que otorgara la correspondiente escritura pública en los términos expresados en la oferta hecha por el demandado a la Comunidad de Propietarios de Aguas.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia de la Audiencia, señalando, en el motivo primero de su recurso, infracción por violación de los artículos 397 y 398 del Código civil. Argumenta el recurrente que se comete esta violación en el fallo de la sentencia recurrida, al condenar a don J. S. a dar cumplimiento a un contrato basado en una declaración de aceptación, que fué emitida a nombre de unos comuneros sin haber precedido el acuerdo unánime de los mismos, acuerdo que era necesario, a tenor de los artículos citados anteriormente, los cuales impiden que un condueño sin el consentimiento de los demás comuneros, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos. Basa el recurrente este motivo de casación en la distinción bien conocida entre los actos de mera administración y los actos que exceden de esa administración y son relativos a una comunidad de bienes. Para los actos de administración y mejor disfrute de la cosa común basta el acuerdo de la mayoría de los comuneros, pero cuando se trata de actos que exceden de la simple administración, el régimen de mayoría se sustituye por el régimen de unanimidad de los condueños. Los actos de enajenación del todo o parte de la cosa común entrañan, evidentemente, una alteración de esa cosa común, y el Código civil exige para estos actos el consentimiento unánime de todos los condueños, incluso en el supuesto de que de esas alteraciones pudieran resultar ventajas para todos los comuneros. El contrato que fué objeto de la oferta del recurrente a la Comunidad de Propietarios de Aguas constituía

una oferta de contrato de permuta: Se cambian tierras por agua, y este agua es precisamente el bien sobre el que recae el condominio de los comuneros. La aceptación de este contrato debió constituir no una declaración de simple mayoría, sino una declaración de la totalidad de los condueños. La declaración de la sentencia recurrida de que la impugnación de esta aceptación de contrato sólo puede ser esgrimida por los partícipes disidentes del acuerdo o perjudicados por el mismo, está en contradicción con las normas contenidas en los artículos 397 y 398 del Código civil, que son de carácter imperativo y que, por tanto, no pueden ser sustituidas por ningún acuerdo contrario de los comuneros, y si se infringen, el acto llevado a cabo por consecuencia de un acuerdo mayoritario que debió ser unánime, carece de eficacia jurídica.

El segundo motivo del recurso, autorizado como el primero por el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infringido, por violación, el artículo 1.259 del Código civil. Se comete la violación de este artículo en la sentencia recurrida, al condenar al demandado a dar cumplimiento a un contrato, cuya oferta fué aceptada por quien no tenía la representación de la entidad aceptante, ya que el presidente de la Comunidad de Propietarios de Aguas era presidente de una llamada «Junta de Administración» y carecía de poderes representativos para comprometer a la Comunidad en un contrato de permuta, no habiendo recibido poderes especiales para tal contrato por la totalidad de los condueños, como exigía el artículo 397 del Código civil, ni habiendo sido ratificada su actuación por la totalidad de las personas a cuyo nombre se quiso otorgar el contrato y que eran, como es obvio, todos los que componían la Comunidad de Propietarios de Aguas. Si esta ratificación se ha producido, ha sido sólo por la mayoría de los condueños, pero no por la totalidad de ellos.

En el motivo tercero del recurso, autorizado también por el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian infringidos por aplicación indebida los artículos 1.258 y 1.262 del Código civil. Esta infracción se comete al aplicar la sentencia recurrida los dos artículos del Código civil que se denuncian infringidos, olvidando que, en este caso, no puede hablarse de la existencia de un contrato, puesto que la aceptación de la oferta hecha por don J. S. a la Comunidad de Propietarios fué dada

por quien no estaba autorizado para representar a la totalidad de los comuneros. Si la aceptación fué hecha por persona que no tenía facultades para hacerla, es claro que no puede hablarse de aceptación, y al no haber aceptación, tampoco puede haber consentimiento, no pudiendo aplicar, por tanto, el artículo 1.258 del Código civil cuando afirma que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y la Ley. La sentencia recurrida, dando por supuesto un consentimiento que no existe, obliga al demandado a que dé pleno cumplimiento al contrato estipulado, y al imponer así una obligación derivada de un contrato que no existe, infringe los artículos 1.258 y 1.262 del Código civil.

El cuarto motivo de casación afirma que se han aplicado indebidamente los artículos 1.302 y 1.284 del Código civil. La sentencia recurrida parte de una realidad inexacta: la existencia de un contrato entre la Comunidad demandante y el demandado. El artículo 1.302 del Código civil presupone la existencia de un contrato al permitir ejercer la acción de nulidad al obligado en virtud de tal contrato, añadiendo que las personas capaces no pueden alegar la incapacidad de aquellos con quien contrataron. Resulta improcedente aplicar este artículo al caso debatido, ya que el demandado no alegó la incapacidad de la persona con quien contrató, sino que lo que alegaba es que el contrato no llegó a perfeccionarse, y que, por tanto, no hay que hablar de capacidad ni incapacidad de las partes de un contrato que no se perfeccionó y que, por tanto, no llegó a existir.

Si aquí, según el recurrente, no hay contrato, mal puede hablarse de las cláusulas contractuales determinadas en el artículo 1.284 del Código civil, y, por tanto, no tiene aplicación este precepto que ordena entender las cláusulas de los contratos en el sentido más adecuado para que produzcan efecto.

La comunidad de Propietarios de Aguas se opuso al recurso formulado por don J. S., argumentando que el contrato existió al haber consentimiento por ambas partes, determinado por la oferta y la aceptación, y que la incapacidad o posible incapacidad de una de las partes no podía ser esgrimida por la contratante que contrató con el incapaz, a tenor de lo establecido en el artículo 1.302

del Código civil, añadiendo que en el pleito sólo se había tratado de si don J. S. había o no retirado su oferta antes de la aceptación por parte de la Comunidad de Propietarios de Aguas, siendo, por tanto, inadmisibles los motivos de casación del recurrente que plantea nuevos problemas no debatidos en el pleito.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de marzo de 1966, acoge estos últimos razonamientos de la Comunidad de Propietarios de Aguas. Los cuatro motivos del recurso, dice la sentencia, combaten la de la Audiencia, basados en que el supuesto contrato debatido constituye no un acto de administración de bienes, sino de disposición, por lo que al no integrar la Comunidad de Propietarios de Aguas una entidad jurídica independiente de los que la forman sus acuerdos, debían ser tomados no por mayoría, sino por unanimidad, y así la actuación del presidente aceptando la oferta sin el previo asenso de los restantes comuneros, es nulo conforme al artículo 1.397 del Código civil que estima violado, así como el 1.259, que prohíbe contratar a nombre de otro, sin que sean de aplicación al caso concreto lo dispuesto en los artículos 1.258, 1.262, 1.302 y 1.284, también del Código civil, como realiza la sentencia de la Audiencia, puesto que figurando como parte en el supuesto contrato y resultando perjudicado por su contenido, está legitimado el demandante para instar su nulidad; pero teniendo en cuenta que la jurisdicción civil es rogada, y circunscrita por las partes, la discusión en el período expositivo del pleito, al hecho concreto de si había sido o no retirada la oferta con anterioridad o posterioridad a su aceptación, todas aquellas alegaciones constituyen cuestiones nuevas no admisibles en casación y por ello tiene que perecer el recurso en su totalidad, sin que sea obstáculo para ello el que tales problemas se hubieran suscitado en el escrito de conclusiones del recurrente, al no ser el momento procesal oportuno para ello, ni tampoco el que fueran tratadas por la sentencia de instancia, puesto que de haber sido aceptadas originarian incongruencia derivada de la indefensión en que quedarían los litigantes al no poder alegar ni probar sus razones de oposición a una actitud que no fué manifestada en el proceso oportunamente.

Esta sentencia, al declarar que las alegaciones del recurrente constituyen cuestiones nuevas en la casación y desestimar el recurso por este motivo, deja prácticamente sin resolver los proble-

mas planteados en el recurso, exceptuando la declaración de que el demandado, en este caso, estaba legitimado para instar la nulidad del contrato, declaración que parece estar en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.302 del Código civil, y también con numerosa doctrina jurisprudencial.

JUAN LUIS PÉREZ-MULET.

JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia comentada

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1964 y el artículo 224 del Código de Comercio

La Sentencia de 7 de marzo de 1964 contempla un supuesto de aplicación del artículo 224 del Código de comercio. Artículo que tiene por contenido la concesión al socio de una Sociedad colectiva o comanditaria de la facultad de exigir la disolución de la Sociedad cuando ésta ha sido pactada por tiempo indefinido o no tiene plazo determinado de duración.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo se ocupa de la materia, pero sí es la Sentencia en la que se fundamenta en términos más concretos una doctrina, a nuestro juicio, errónea, sobre la naturaleza, contenido y forma de aplicación del artículo 224.

El razonamiento del Tribunal Supremo descansa en los siguientes puntos fundamentales:

1) «Reconocimiento de 'la facultad del socio de separarse unilateralmente de una entidad de la que forma parte', fundamentado en la necesidad de evitar que entre sus componentes no reine la armonía necesaria para la buena marcha de los intereses comunes.» Facultad que encontramos ya reconocida en el Derecho romano, que se recoge en nuestro Derecho histórico y que

pasa a ser contenido de los preceptos 1.705 del Código civil y 224 del Código de comercio.

2) La eficacia de esta facultad frente a los demás asociados está condicionada, en términos del artículo 224, a que se trate de una Sociedad colectiva o comanditaria, que esté concertada por tiempo indeterminado, que el promotor de la disolución del ente social obre de buena fe, y no con *animus sibi lucrandi*.

3) Así mismo, condiciona el Tribunal Supremo la eficacia de dicho derecho a que se haga valer de forma judicial o extrajudicial, según lo estime conveniente, al no establecer la Ley el medio de hacerlo efectivo y ser principio general de Derecho el que dice *que ubi lex non distinguitur, nec non distinguere debemus.*»

Añadiendo que, «en el último supuesto»—fórmula extrajudicial—, «el acuerdo de disolución habrá de ser adoptado por unanimidad y no por simple mayoría». Y en defensa de esta afirmación aporta los siguientes argumentos:

a) «Que si para el simple nacimiento de los negocios jurídicos se exige el consentimiento de cuantos en ellos intervienen artículos 1.258 y 1.261, núm. 1, del Código civil.., para su disolución, que en las Sociedades de tipo personalista conduce inexorablemente a su extinción, tras un periodo provisional liquidatorio, deberá requerirse igualmente una emisión conjunta de voluntades, tanto porque mientras ello no se consiga, las obligaciones anteriormente contraídas vinculan en todos los socios y tienen fuerza de ley entre los mismos: *contractus enim legem est conventionem accipiunt* (arts. 1.091 y 1.278 del Código civil), sin que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de alguno o varios de ellos, aunque representen la mayoría (art. 1.256 del Código civil), como por virtud del apotegma jurídico que dice que: *ubi est eadem ratio debe esse eadem juris dispositio.*»

b) Que la Sociedad colectiva se formalizó en documento notarial inscrito en el Registro Mercantil de acuerdo con los artículos 119 y 125, en relación con el artículo 17 del Código de comercio y 90 del Reglamento de 14 de octubre de 1956. De donde, su disolución habrá de obtenerse también por medio de escri-

tura pública, que causará asiento en la misma oficina registral, «para lo cual es indispensable que se haya hecho constar el consentimiento de todos los socios, conforme a las prevenciones del artículo 139 del indicado Reglamento».

c) Que si los actos de administración de estas Compañías corresponden a la totalidad de los componentes..., los de disposición, de mayor entidad, no pueden gozar de un tratamiento jurídico inferior y ser adoptados por simple mayoría de votantes, siendo así que el convenio de disolución lleva consigo, como secuela ineludible, la división del capital social y el reparto entre los asociados del remanente, si lo hubiere...

d) Que «si se admitiese la tesis de que para resolver estos problemas no fuese preciso el acuerdo unánime de los componentes de la entidad social colectiva, los derechos que el artículo 224 otorga a los minoritarios serian ilusorios, porque si fuesen éstos quienes unilateralmente denunciaran el contrato la disolución de la Sociedad no se produciría imperativamente, como establece dicho precepto al emplear el verbo 'exigir', sino que se supeditarían a la voluntad de los demás, y si, por el contrario, fuesen los socios mayoritarios los que desearan desvincularse de las estipulaciones concertadas, los disidentes carecerían de la potestad conferida por el artículo 224 de oponerse a tal pretensión, alegando la mala fe de los peticionarios y de la que les concede el artículo 1.706 del Código civil al ser éstos quienes habrían de enjuiciar su propia conducta, soluciones ambas que por conducir al absurdo deben de ser rechazadas» (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1873 y de 25 de marzo de 1915).

4. Todo ello lleva al Tribunal Supremo a concluir que para ejercitar la facultad reconocida en el artículo 224 al socio de la Sociedad colectiva o comanditaria pactada por tiempo indefinido es necesario «que concurren la conformidad de todos los interesados o se venza la oposición formulada por alguno de ellos mediante la correspondiente interpelación judicial, de la que no es posible prescindir».

COMENTARIO.

Un análisis detenido de la argumentación del Tribunal Supremo nos lleva hasta una serie de conclusiones acerca del régimen jurídico de la disolución de las Sociedades colectivas y comanditarias en virtud de la facultad conferida por el artículo 224.

El Tribunal Supremo comienza hablando de la «facultad de un socio de separarse unilateralmente de una entidad de la que forma parte», términos que suponen la confusión inicial de dos derechos fundamentalmente distintos: el concedido por el artículo 224, facultad de exigir la disolución de la Sociedad y el derecho de separación que se reconoce en el artículo 225. Ambos tienen su razón de ser en un mismo imperativo: la necesidad de que la relación de Sociedad, en las Sociedades de tipo personalista, descanse en la armonía de la convivencia, cuya quiebra conduce hasta la inoperancia de la vida social. Pero el contenido, forma de actuación y, muy especialmente, las consecuencias prácticas de cada uno de estos derechos, son esencialmente diferentes. Es un error de técnica jurídica calificar de facultad de separación al derecho a exigir la disolución de la Sociedad colectiva. En la actuación del derecho de separación, el socio sólo pretende separarse de la Compañía. La Sociedad continuará subsistiendo después de la separación. Por el contrario, en términos del Profesor RUBIO, en un trabajo sobre el tema, que más adelante citamos, «toda la mecánica de la disolución por voluntad del socio, en nuestro Derecho, tanto civil como mercantil, se apoya precisamente en el supuesto de la existencia de esa voluntad de disolución. El artículo 224 parte expresamente de la base de que el socio «exija» la disolución, y dispone que sus compañeros no puedan oponerse a su proposición sino por causa de mala fe.

El derecho de disolución de la Sociedad por voluntad del socio es un derecho inherente a la naturaleza del contrato de Sociedad, cuando la relación de Sociedad viene informada por principios individualistas y personalistas. Por esto, sus orígenes se remontan al Derecho romano y pasa a nuestro Derecho histórico, como se recoge en la Sentencia que comentamos. En el

Derecho romano, no sólo hallamos en el *Digesto*, Ley 63, párrafo primero, título II, libro XVII, su reconocimiento, sino que en la Ley 65 del mismo título, encontramos la limitación típica de este Derecho: la del dolo por parte del socio que intenta la disolución de la Sociedad. Señala la Sentencia que este concepto, en análogos términos, volveremos a encontrarlo en las *Partidas*, y es curioso que el Tribunal Supremo, haciéndose eco de una cita que también nuestra doctrina recoge de forma errónea, señale a la Ley 2 del título XI, Partida V, como fuente del mismo, cuando, en realidad, es en la Ley 11 de la misma *Partida* y título donde lo encontramos.

Tanto en el Derecho romano como en el Derecho histórico, la Sociedad tiene la consideración fundamental de contrato. Pero es, por otra parte evidente, que desde primera hora el régimen contractual de las Sociedades vendrá informado por la necesidad de tener en cuenta las características específicas de este tipo de contratos, lo que llevará hasta la quiebra de algunos de los principios del régimen contractual general. En el Derecho romano, esencialmente individualista, la Sociedad viene informada por el *intuitu personae*; la relación de Sociedad goza de ese carácter esencialmente personal que determina, no sólo el nacimiento del contrato de Sociedad, pactado en base a la consideración de las personas de los socios, sino también a la subsistencia de la misma; la relación de Sociedad presupone la armonía constante de voluntades, en razón de un fin común; la confianza permanente de cada uno en los demás, cuando ésta quiebra, la vinculación a la Sociedad deviene inoperante, y la vida social puede llegar prácticamente hasta la desaparición, o, cuando menos, hasta la total ineficacia. Entonces, frente al principio general de que nadie puede separarse de una obligación válidamente constituida sin el consentimiento de los demás contratantes, que rige en materia contractual, aparece esta norma específica, que será privativa del contrato de Sociedad y que supone la resolución del contrato por voluntad del socio.

El precepto pasará, como acabamos de ver, a nuestro Derecho histórico. Aquí importa destacar cómo vamos a encontrarlo en nuestro Derecho positivo, que a su vez se hará eco de la necesidad de reconocerlo en determinados tipos de Sociedades.

En nuestro Ordenamiento jurídico lo encontramos sistematizado dentro de las causas de disolución de las Sociedades, tanto en el Código civil como en el Código de comercio. En el Código civil, en el libro IV, título VIII, capítulo III, bajo la rúbrica «De los modos de extinguirse la Sociedad», en el párrafo 4 del artículo 1.700, por voluntad de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707. En el Código de comercio vigente, en el libro II, título IV, Sección décimotercera, bajo la rúbrica «del término y liquidación de las Sociedades mercantiles», en el artículo 224.

No entendemos, por ello, a GARRIGUES cuando afirma que no está considerado en nuestro Código como causa de disolución (artículos 221 y 22); añadiendo: «pero efectivamente lo es en las Sociedades colectivas y comanditarias» (pág. 443 del «Curso de Derecho Mercantil», t. I, 4.ª edición).

Cabe destacar que en nuestro Derecho positivo hallamos trazada una acertada sistemática de las causas de disolución de las Sociedades, régimen de Derecho común y régimen de Derecho especial. Y dentro del Derecho especial, una causa específica referida a un tipo específico de Sociedades, las colectivas y comanditarias, que tiene, a su vez, su antecedente en el Derecho común. Del mismo sentir, el Profesor RUBIO, en su artículo sobre el *Principio de conservación de la empresa y la disolución de las Sociedades en el Derecho español*, publicado en la «Revista de Derecho Privado», año 1935, pág. 292.

En el Derecho comparado, en general, merece la consideración de causa de disolución. En esta línea, el Derecho alemán, artículos 123, número 6, y 124 del Código de comercio. En Derecho francés, en donde aparece sólo en el Código civil, artículo 1.865. En el Derecho brasileño, en el viejo Código de comercio italiano; contrariamente, en el vigente, sólo se habla de causa de separación (artículo 2.285 del Código civil). En el Derecho argentino, en el Código de comercio, sólo en ciertos supuestos es causa de disolución, concretamente en aquellos en que el socio que intente ejercer el derecho figure en la razón social, artículo 422, número 5.

Verdadera causa de disolución, viene referida a un tipo de Sociedades: las pactadas por tiempo indefinido, en el régimen

del Derecho común, y en el de Derecho Mercantil, sólo a aquellas Sociedades pactadas por tiempo indefinido, pero que además sean colectivas o comanditarias. Es decir, sólo en aquellas Sociedades en las que se cumple la razón de ser histórica que lo originó: la consideración personal del socio y el consiguiente influjo de la misma en la vida social.

Cabe establecer el régimen positivo de la disolución de las Sociedades por voluntad de un socio en los siguientes términos:

I) *Derecho civil.*

Facultad contenida en el artículo 1.700, número 4: conferida a un socio, con sujeción a lo dispuesto en la artículos 1.705 y 1.707, es decir, sometida a las siguientes condiciones:

a) Que sólo tendrá lugar cuando no se haya señalado término de duración a la Compañía o no resulte éste de la naturaleza del negocio, artículo 1.705, 1.º

b) Que sea hecha de buena fe, en tiempo oportuno, y puesta en conocimiento de los demás socios, artículo 1.705, 2.º

c) El artículo 1.706 hace referencia al concepto de mala fe, que ya halláramos en el *Digesto*, y que se equipara al *animus lu-crandi* del socio que intenta el ejercicio del derecho. Así como también da un concepto de «tiempo oportuno», a fines del precepto, teniéndose que prorrogar la vida de la Sociedad en tanto se cumple este concepto de oportunidad.

Por su parte, dentro del Código de comercio, cabe establecer la siguiente sistemática de las causas de disolución de Sociedades, dentro de las que encontramos la disolución por voluntad del socio:

Artículo 221. Causas de disolución total, de carácter general, aplicables a «las Compañías de cualquier clase que sean...»

Artículo 222. Causas de disolución total, generales, pero específicas, de las Sociedades colectivas y comanditarias.

Artículo 224. Causas de disolución total específicas de un tipo específico de Sociedades colectivas y comanditarias: las pactadas

por tiempo indefinido: facultad concedida a un socio para que promueva unilateralmente la disolución.

El artículo 224 no condiciona el ejercicio de esta facultad sino a la existencia de mala fe por parte del que la ejercita. Los términos del precepto son los siguientes: «los demás socios—dice—no podrán oponerse sino por causa de mala fe en el que se lo proponga». Recogiendo en el parágrafo 2.º del mismo artículo el concepto de mala fe que es constante en el Derecho histórico y que viene, a su vez, recogido en el artículo 1.706 del Código civil.

Importa, porque da luz sobre la interpretación del Tribunal Supremo, hacer referencia al régimen que gozó la disolución de Sociedades por voluntad de un socio en el Código de 1829. La sistemática es distinta, ya que, mientras que la del Código vigente se basa en la distinción entre Sociedades personalistas y Sociedades de capitales, como se desprende de sus preceptos, y es la razón de que no figure en el artículo 221 la disolución de Sociedades por voluntad de un socio, de igual manera que tampoco figuran las demás causas específicas del 223, el Código de 1829 no seguía este criterio. Y así, el artículo 329 hace referencia a todas las causas de disolución, las del artículo 221 actual, que son propias de toda clase de Sociedades; las del 222, que únicamente lo son de las Sociedades colectivas y comanditarias, y la del artículo 224.

Argumento que viene a abundar en la posición que hemos mantenido de considerar como verdadera causa de disolución a este derecho del artículo 224.

El artículo 329 del Código de 1829, tras de establecer en su parágrafo 1.º «que las Compañías mercantiles se disuelven totalmente por las causas siguientes», pasa a enumerar cinco supuestos, y el sexto se refiere concretamente a «por simple voluntad de uno de los socios cuando la Sociedad no tenga un plazo u objeto fijo». Es curioso que se utilice el término «objeto fijo», que después no recogerá el Código de comercio vigente, pero que sí encontramos en el Código civil, cuando hace referencia, además de al no señalamiento de término para la Sociedad, a que éste no resulte de la «naturaleza del negocio».

Después, el Código del 29 especifica cuándo tendrá lugar la

disolución de las Sociedades por acciones (art. 330), y en el precepto 333 hará referencia concreta al régimen de disolución por voluntad unilateral del socio.

Estimamos que merece la pena detenernos en los términos en que el precepto está redactado; dice textualmente: «La disolución de la Sociedad ilimitada por la voluntad de uno de sus individuos no tiene lugar hasta que los demás socios han aceptado, y éstos podrán rehusarla siempre que aparezca mala fe en el socio que la proponga.» Haciendo referencia en el párrafo 2.º al concepto de mala fe que veremos repetido en el artículo 224 del Código vigente.

A primera vista, nos encontramos aquí con una condición para el ejercicio del derecho de disolución, que recoge cierta jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pero que no aparece en el Código de comercio de 1885, con la necesidad de que la disolución propuesta por el socio sea aceptada por todos los demás socios. Quizá sea éste el origen de una jurisprudencia que tendría así una razón de ser bajo un régimen jurídico, el del Código de 1829, pero que, como habremos de concluir, no tiene apoyo legal en el vigente. Esto nos lleva a preguntarnos por qué no se recoge en el artículo 224 actual la necesidad de que los demás socios acepten la voluntad de disolver la Compañía. Y yo entiendo que fué simplemente por no hacerse eco de una redundancia, ya que una cuidadosa interpretación del art. 333 nos lleva a concluir que, en definitiva, la única causa que aparece en este precepto de oposición a la aceptación de los demás socios es la probada mala fe por parte del socio que ejercita el derecho: «y éstos podrán rehusarla siempre que aparezca mala fe en el socio que la proponga», es decir, no en ningún otro caso. Otra interpretación lleva a privar de eficacia a un derecho singular impuesto por una necesidad específica. Sin embargo, cabe que el Tribunal Supremo se dejase influenciar por una interpretación que conduce a esta concepción de que el derecho de disolución planteado por voluntad unilateral está condicionado a la aceptación de los demás socios. Vemos que, a mayor abundamiento, el Tribunal Supremo aporta a favor de la tesis otros argumentos.

El artículo 334 del Código de 1829 hace referencia como el

vigente, al derecho de separación del socio junto con el de disolución por voluntad del socio; pero tampoco se establece el régimen específico del mismo, sin más que esa alusión de que para que el cumplimiento de los mismos tenga lugar, será preciso que previamente se concluyan las negociaciones pendientes del modo más favorable a la Sociedad, es decir, la condición para la posible división de bienes y efectos que tendrá lugar como consecuencia del ejercicio de estos derechos, será ésta del cumplimiento de la actividad social.

También es interesante antes de entrar en el análisis concreto del problema, puesto que además se señala por la doctrina una pretendida corriente jurisprudencial a favor de la tesis de la necesidad de que los demás socios acepten la propuesta del socio que pretende la disolución, hacer referencia específica a algunas sentencias anteriores a la que es objeto del comentario. En general, en las sentencias del Tribunal Supremo encontramos simplemente el reconocimiento del derecho otorgado por el artículo 224. Así, en la Sentencia de 2 de enero de 1940, tan citada.

Destaca la doctrina la Sentencia de 18 de febrero de 1948, en la que, sin embargo, no vamos a encontrar tampoco alusión alguna a la fuente de la pretendida necesidad de que sea aceptada unánimemente la propuesta de disolución del socio. Se trata de un supuesto de disolución de Sociedad de responsabilidad limitada, a la que, en ausencia de un régimen jurídico específico, por analogía, se aplica el de las Sociedades colectivas. Cabe señalar cómo en la vigente Ley de Sociedades de responsabilidad limitada no aparecen recogidos ni el derecho de disolución por voluntad del socio, ni el derecho de separación del socio. Frente a una concepción personalista de la Sociedad de responsabilidad limitada, parece que ha imperado al concebirla, por lo menos entre otros, en este aspecto, y seguramente a la necesidad sentida más imperativamente en este tipo de Sociedades en nuestros días de la conservación de empresas, la concepción capitalista. Por el contrario, la Ley de Sociedades anónimas reconoce el derecho de separación al socio.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 18 de febrero de 1948, se plantea concretamente la cuestión de si es suficiente por

sí sola la denuncia del contrato para producir la disolución de la Sociedad. Y concluye negativamente, entendiendo «que el hecho de haberse pedido la disolución en el tiempo y forma previstos en el contrato no opera por sí solo el efecto jurídico de la disolución querido, pues para conseguir esta finalidad es necesario que concurra la conformidad de todos los interesados, o que sea vencida la oposición mediante la correspondiente interpelación judicial, sin que exista posibilidad de prescindir de este elemento complementario para la eficacia de la denuncia».. Pero en la Sentencia no encontramos ningún argumento en apoyo de esta pretendida necesidad de la unanimidad de todos los socios.

Se argumenta únicamente que si no cabe prescindir de este elemento complementario es en razón a que la denuncia «no se trata de una condición resolutoria propiamente, que por sí misma determine la cesación de la Sociedad en el momento de ser cumplido el evento de la denuncia..., sino que se está en presencia de una estipulación o supuesto de hecho, *ex voluntate*, que actúa únicamente con la concurrencia del referido elemento complementario»... Pienso no sólo que no es suficiente hacer descansar el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 224 en un elemento complementario, cuya fuente desconocemos, ya que la Sentencia no hace referencia alguna a ella, sino que no cabe plantearse el problema de si el derecho del socio es una condición, una estipulación o un supuesto de hecho *ex voluntate*, ya que estamos simplemente ante un derecho o facultad explícitamente reconocido por la Ley.

Otras sentencias, como la de 24 de octubre de 1903, citada por DE BENITO, nada añade de nuevo a la doctrina sobre este punto. Se habla simplemente de voluntad de la mayoría frente al criterio de la unanimidad.

Y antes de proseguir el análisis de la Sentencia de 7 de marzo de 1964, queremos, finalmente, hacer referencia a la posición de nuestra doctrina. Doctrina no muy abundante, en un punto de evidente interés práctico, y frecuentemente influida por la tesis jurisprudencial que desnaturaliza el artículo 224.

Importa el trabajo citado del Profesor RUBIO, que, aunque no se ocupe del punto concreto objeto de la Sentencia, da luz sobre

algunos aspectos del derecho de disolución por voluntad del socio y establece su diferencia con el derecho de separación, como en su momento vimos.

Cabe hacer una referencia a ECHAVARRI y DE BENITO como doctrina clásica. Y GARRIGUES y URÍA, como posiciones típicas en el Derecho moderno.

Para ECHAVARRI, el derecho de los socios a pedir la disolución de la Sociedad tiene carácter «indeclinable», por su propia naturaleza (se fundamenta en que no deben de ser permitidos los compromisos perpetuos). Y a su actuación sólo puede oponerse la mala fe del socio que la plantea (pág. 434 de sus *Comentarios al Código de comercio*, Valladolid, 1935). DE BENITO se limita a admitirla como causa de disolución de las Compañías, haciéndose eco de las Sentencias de 23 de marzo de 1885 y de 24 de octubre de 1903, que exigen la necesidad de la mayoría para que la disolución surta efecto.

GARRIGUES, en su *Tratado*, al estudiar el que califica de derecho de denuncia legal y de derecho a exigir la disolución, escribe, que en las Sociedades colectivas por tiempo indefinido, para exigir su disolución, no es necesario «ni el acuerdo de todos los socios ni la alegación de un justo motivo». «Basta con que un socio, sin necesidad de dar cuenta de su motivación personal..., exija la disolución de la Sociedad.» «Basta, pues, en este caso la voluntad unilateral para romper el vínculo creado por el acuerdo de los socios» (pág. 1.215 del t. I, v. III).

Los términos son concluyentes: no hay necesidad alguna de que se produzca la unanimidad ni la mayoría ante la denuncia del socio que pretende la disolución.

Basta la voluntad unilateral del socio, sin más limitaciones que la ausencia de mala fe y la que aparece en el artículo 225, puramente temporal, que supedita en el caso de que existan negociaciones pendientes, el cumplimiento de las mismas de la manera más favorable para la Sociedad para que el derecho tenga efectividad.

Contrariamente, URÍA, en su breve referencia al tema, se hace eco de las Sentencias de 18 de febrero de 1948, que acabamos de analizar, y de la que está siendo objeto de este comentario, con-

cluyendo, en la línea de las mismas, que no basta, cuando la denuncia unilateral del contrato de Sociedad es extrajudicial, con la voluntad del socio para producir la disolución, sino que es preciso el acuerdo unánime de todos los demás socios (*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1964), pág. 156, 5.ª edi.

Derecho positivo, jurisprudencia y doctrina, nos llevan a sostener el alcance del artículo 224 en los siguientes términos: derecho de disolución concedido al socio de las Sociedades colectivas y comanditarias pactadas por tiempo indefinido, sometido a la única limitación de obrar de buena fe. Y a la limitación, en cuanto al momento de su eficacia, de que la Sociedad haya terminado las negociaciones pendientes. A este último requisito cabe reconducir el concepto de tiempo oportuno de que habla el artículo 1.705 del Código civil. Y se desprende de su propia naturaleza y de la consideración jurídica del concepto de Sociedad que haya de ponerse en conocimiento de los demás socios.

Frente a esta posición, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 7 de marzo de 1964, persiste en condicionar el ejercicio del derecho concedido por el artículo 224 a la aceptación unánime de todos los socios. Sólo que en esta ocasión aporta, como vimos, una serie de argumentos en apoyo de sus tesis. Sostiene la necesidad de que la disolución pedida por el socio sea aceptada por todos los demás socios, pero no cita ningún precepto concreto que establezca este régimen de unanimidad para este supuesto concreto de disolución de las Sociedades colectivas y comanditarias.

Y ante la ausencia de un precepto concreto, argumenta, en primer lugar, que así como para el nacimiento de los negocios jurídicos se exige el consentimiento de cuantos en ellos intervienen, para su disolución será precisa también la intervención de todos aquellos que dieron su consentimiento. Pero precisamente la razón de ser de este precepto es establecer esta excepción a este principio general en materia de negocios jurídicos; es reconocer la posibilidad de la disolución por voluntad unilateral de un socio. Excepción fundamentada, como hemos venido repitiendo, y como el Tribunal Supremo reconoce, en la peculiaridad de la relación social en las Sociedades colectivas y comanditarias, en cualquier tipo de Sociedad personalista. Y en la esfera mer-

cantil cabe añadir al argumento general otro tan calificado como éste. No sólo porque la Sociedad se pacta en razón de las condiciones personales de los socios, en las que descansa la confianza mutua, lo que conduce a la disolución de la Sociedad, no sólo en el supuesto que analizamos, sino en los de muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios. Sino porque nadie debe de quedar indefinidamente sometido a una responsabilidad ilimitada por la actuación de aquellos que han dejado de merecer su confianza. Y porque, en definitiva, si el contrato de Sociedad colectiva o comanditaria supone la colaboración personal del socio, la dedicación del mismo a la actividad de la Sociedad, esta colaboración no puede venir indefinidamente sometida, de la misma manera que no se concibe la relación laboral por tiempo indefinido sin posibilidad de quebrar la vinculación. Véase la Sentencia de 20 de junio de 1960.

Y cuando el legislador condiciona este derecho de disolución, ni en el Código civil, ni en el Código de comercio se hace referencia alguna a una limitación que, en último término, tornaría inoperante a este derecho. Incluso cuando en el Código de 1829 se habla de la necesidad de que los demás socios acepten la disolución, se recoge simplemente la idea, que luego aparecerá más clara en el Código vigente; la necesidad de proteger a la Sociedad contra la mala fe por parte del peticionario: sólo cabrá la oposición cuando venga fundada en la existencia probada de esta mala fe. Otra cosa es la simple puesta en conocimiento de los socios del ejercicio del derecho, fundada en la organización o construcción de la Sociedad.

Esto dentro de la tesis clásica contractualista de las Sociedades mercantiles. Modernamente, cuando la doctrina, de la que se hace eco la legislación más progresiva, supera la concepción puramente contractualista de la Sociedad, no puede parecer extraño un precepto fundado en un orden de consideraciones completamente acorde con la naturaleza de una figura jurídica que es algo más que un contrato y que da lugar a una relación que va más allá del puro vínculo contractual.

Intenta el Tribunal Supremo reforzar su argumento poniendo de relieve que «la disolución de las Sociedades de tipo personalista

conduce inexorablemente a su extinción tras un período provisional liquidatorio»... Confundiendo así dos hechos distintos: la disolución total conduce a todo tipo de Sociedad a su extinción. Y la denuncia de disolución por voluntad unilateral del socio es un supuesto de disolución total. Sólo la disolución parcial opera de distinta forma en las Sociedades que se denominan personalistas que en las capitalistas. Y en este sentido, el artículo 222 del Código de Comercio. Que esta extinción inexorable tiene como consecuencia la apertura de un período liquidatorio para el que deberá «requerirse igualmente una emisión conjunta de voluntades, tanto porque mientras ello no se consiga las obligaciones anteriormente contraídas vinculan a todos los socios y tienen fuerza de ley entre los mismos sin que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de alguno o varios de ellos, aunque representen la mayoría.» Una vez más se pone de manifiesto la desnaturalización del concepto de Sociedad en la visión del Tribunal Supremo, sometida a la concepción contractualista. Porque la Sociedad es algo más que un contrato, y aun cuando en el tipo de Sociedad como el de la colectiva, exista una responsabilidad de los socios ilimitada y subsidiaria a la de la Sociedad, no hay que perder de vista que la vinculación de la actividad social viene siempre referida a la persona social y no a la de los socios. Que además el legislador, teniendo en cuenta esto, y el hecho de que la Sociedad origina un orden doble de relaciones, uno de los cuales afecta a los terceros, ha cuidado de recogerlo especialmente en aspectos como el de la disolución de Sociedades. Y, señala la doctrina que, como consecuencia, el fenómeno de la disolución entraña una complejidad impuesta por el hecho de que la disolución no viene referida a un contrato de Sociedad, sino a muchos contratos (GARRIGUES), los de la Sociedad. Hay un proceso que se manifiesta en los siguientes términos: causa de disolución, liquidación, división del haber social, en su caso, entre los socios. La disolución no lleva, por tanto, a la extinción, sin más, de la Sociedad, sino que abre el período de liquidación, durante el cual se cumplirán los negocios jurídicos, las relaciones jurídicas de la Sociedad con los terceros. En nuestro Código de Comercio vigente se distingue perfectamente entre estos dos períodos. No cabe, por tanto, en este orden de ideas, encontrar obstáculo al

ejercicio del derecho otorgado por el 224. A mayor abundamiento, el legislador recoge en el 225 la necesidad de que el socio que por voluntad unilateral promueva la disolución de la Sociedad no pueda impedir la conclusión de las negociaciones pendientes del modo más conveniente para la Sociedad. «Causa de disolución significa fundamento legal o contractual para declarar a una Sociedad o por los interesados o por el Juez, en estado de liquidación. Las causas de disolución son, en suma, hechos o situaciones que dan paso a la disolución efectiva del vínculo social. Pero la disolución no supone la extinción inmediata de la Sociedad», escribe GARRIGUES (*Curso...*, pág. 437), supone simplemente el paso al período liquidatorio.

Hace hincapié el Tribunal Supremo en el hecho de que siendo así que los actos de administración de estas Compañías corresponden a la totalidad de los componentes, no pueden dejarse a la voluntad de las mayorías un acto de disposición, de mayor entidad por sus consecuencias, que el de administración. Pero es que no se trata de establecer un régimen jurídico de una materia en ausencia de precepto legal, sino que tenemos un precepto específicamente referido a la materia en el que el legislador, a la vista de su alcance y naturaleza, no lo ha sometido a ningún régimen de mayorías ni de unanimidad; ha establecido simplemente cuándo habrá una causa de disolución: cuando en la Sociedad por tiempo indefinido la promueva un socio cualquiera.

Todavía aparece a nosotros menos clara la argumentación que recogemos en el apartado d), en donde el Tribunal Supremo habla de los derechos que el artículo 224 otorga a «los minoritarios». En primer lugar, porque el referido precepto ni utiliza textualmente el término «minoritarios», ni del espíritu del mismo se desprende el concepto de minoritarios. La idea obsesiva se impone a la mentalidad del Tribunal Supremo a través de la interpretación errónea del precepto y de la no menos errónea de someter una facultad legal, concretamente delimitada, al funcionamiento de la vida de la Sociedad. El legislador no señala el procedimiento de hacer valer este derecho, que no será otro sino la comunicación a los demás socios, y en el caso de oposición, el correspondiente procedimiento para obtener el reconocimiento de su ejercicio a través de la vía judicial. No cabe, por tanto, ha-

blar de derecho de los minoritarios ni de los mayoritarios, ni de necesidad de unanimidad para no tornar ineficaz este derecho.

Por otra parte, el carácter imperativo del derecho viene reconocido en el precepto mismo y no condicionado a la unanimidad de su aceptación. El 224 emplea el término «exigir» en este sentido. Y sólo lo limita, repetimos, a que la Sociedad esté pactada por tiempo indefinido y a la ausencia de mala fe por parte del que intenta su ejercicio. Se conjugaría mal este reconocimiento con la necesidad de su sometimiento a la voluntad de los demás socios. Tampoco en el Derecho común encontramos base a este argumento, ya que no hay ningún sometimiento al régimen de la voluntad unánime o mayoritaria de los socios.

El artículo 1.705 del Código civil se hace eco del procedimiento que señalamos, simplemente, de la necesidad de poner en conocimiento de los demás socios el ejercicio del derecho, y esto en razón de la naturaleza del contrato de Sociedad, que es algo más que un contrato y que supone una vinculación que obliga a algo más que a una mera relación negocial. Cabe traer aquí la opinión de ECHÁVARRI, a la que hiciéramos referencia en otro lugar de este comentario cuando estima que el derecho concedido por el artículo 224 es un derecho «indeclinable», en virtud de que se fundamenta en la no permisibilidad de los compromisos perpetuos. Entendiendo «que sería nula la renuncia que en la escritura social hiciere cualquiera de los socios del mismo». Op. cit., pág. 434.

Finalmente, nos queda hacer referencia al argumento recogido en el apartado b) por nosotros, y que, en razón de la sistemática pretendida en el análisis, dejamos en último lugar. Argumento extraído de la interpretación del artículo 139 del vigente Reglamento del Registro Mercantil.

La Sociedad colectiva, formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil, conforme a lo estatuido en los artículos 119 y 125, en relación con el artículo 17 del Código de comercio para su originación, necesita, en el caso de su extinción, análogo procedimiento. Y esta inscripción habrá de hacerse en los términos del artículo 139 del Reglamento del Registro Mercantil. Siendo así que en este precepto se establece para la inscripción de la disolución de Sociedades colectivas y comanditarias que conste en la escritura el consentimiento de todos los socios

colectivos, salvo cuando la disolución tiene lugar por el cumplimiento del término prefijado en el contrato, por la declaración de quiebra de la Sociedad, o de alguno de los socios colectivos o por el fallecimiento de cualquiera de éstos, si no existiere en el contrato social pacto expreso de continuar la Sociedad con los herederos del difunto o de subsistir entre los sobrevivientes, y como quiera que entre estas excepciones a la necesidad de que conste el consentimiento unánime de todos los socios no figura el supuesto de disolución por voluntad unilateral del socio, el Tribunal Supremo infiere un fundamento más a favor de su tesis.

Pero entendemos que la interpretación es bien distinta. Consecuente con la Ley substantiva, no hace el Reglamento del Registro Mercantil referencia alguna específica al supuesto de la disolución por voluntad unilateral del socio. Y de los términos del artículo 139 no cabe deducir la necesidad de la unanimidad, ya que, una de dos, o puesto en conocimiento de los demás socios el ejercicio del derecho conferido por el artículo 224, éstos aceptan la disolución, en cuyo caso en la escritura se traducirá el consentimiento unánime, o, por el contrario, manifiestan su oposición al ejercicio de este derecho uno o más socios, lo que dará lugar a la correspondiente resolución judicial, que, en el caso de que lo reconozca, conducirá al mismo resultado. Razón por la cual haría ociosa cualquier referencia en el artículo 139 de este supuesto concreto de disolución de Sociedades colectivas y comanditarias.

TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor adjunto de Derecho civil.

2. Sentencias del Tribunal Supremo

CIVIL

I. FAMILIA

SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1966.—*Principios de orden público nacional. La norma de indisolubilidad del vínculo matrimonial es de orden público.*

El demandado, don C., y la demandada, doña L., contrajeron matrimonio civil ante el Juzgado Municipal de Barcelona número 1 el día 3 de junio de 1935, siendo el demandante soltero y la demandada divorciada de su anterior esposo, con separación de cuerpos, respecto al matrimonio canónico que había contraído en Costa Rica, y con divorcio vincular, según la legislación civil de dicha nación.

El actor, don C., alegó que el matrimonio civil aludido debía regirse por la legislación española, tanto en virtud del principio de que el matrimonio se rige por la Ley nacional del marido como por el hecho de haberse celebrado en España, y por ello entendía que era irrelevante el hecho de la nacionalidad costarricense de doña L. cuando celebró tan aludida unión matrimonial civil en Barcelona.

Pedía la nulidad de este matrimonio civil celebrado en Barcelona, por ser incompatible con el vínculo matrimonial canónico que anteriormente ligaba a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulo el matrimonio civil contraído en Barcelona. La Audiencia, en apelación, revocó la sentencia de Primera Instancia y absolvió de la demanda a la señora demandada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al Recurso de Casación que interpuso el demandante y dictó segunda sentencia, por la que confirmó íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia.

Dicen los Considerandos de la primera sentencia:

«Que si se llevara a sus últimas consecuencias el principio de la soberanía territorial del Estado nunca surgiría la posibilidad de aplicar en él Leyes promulgadas por otros Estados o de ejecutar o dar eficacia a sentencias no dictadas por sus Tribunales; mas como esto se opone a las exigencias de la realidad y vendría a suprimir el comercio jurídico internacional y las rela-

ciones jurídicas entre súbditos de distintos países, surgió la necesidad de permitir que el extranjero no sea sustraído a sus propias Leyes en determinadas materias.

Que, sin embargo, como en muchas ocasiones, la vigencia de este derecho ajeno a la eficacia de esas sentencias extranjeras puede chocar con ciertos principios que el Derecho nacional reputa intangibles dentro del territorio de su soberanía—pues los sistemas jurídicos de los distintos países no están basados, en todas sus partes, en idéntica normas—, es igualmente necesario proveer a la defensa de esos principios que se consideran intangibles y que constituyen lo que se llama orden público nacional, que está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales, e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.

Que a la defensa de estos principios, reputados como intangibles por el Derecho español, obedece el precepto contenido en el párrafo tercero del artículo 11 del Código civil, a tenor del cual «no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a sus personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por Leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenios acordados en país extranjero».

Que nuestro sistema legislativo imperante en materia de matrimonio es absolutamente opuesto a la disolubilidad del vínculo, sin que contra ello pueda prevalecer la Ley de 2 de marzo de 1932, que ha sido derogada, como la revelan las siguientes normas y precedentes legislativos: a) la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, que prevenía que la declaración de fallecimiento no autorizaría al cónyuge presente a contraer ulterior matrimonio (Base 6.ª); b) el artículo 52 del Código civil, que, de acuerdo con esa Base, dispone terminantemente que «el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges»; c) el artículo 51 de dicho Código, que ya anticipa que «no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente»; d) el número 5.º del artículo 83, que prohíbe contraer matrimonio a «los que se hallaren ligados con vínculo matrimonial»; e) la Ley de 24 de abril de 1958, que, a fin de poner en armonía el Código civil con el Concordato vigente, en su preámbulo nos dice que «se ha querido desterrar del Código el término divorcio y sus derivados, lo que se ha traducido en el simple retoque de algunos artículos y rúbricas de secciones, y en una disposición general por la que en todo el Código el término 'divorcio' se sustituye por la expresión 'separación personal'»; f) el artículo 2.º de esta Ley, que dispone sea efectiva sustitución en las rúbricas de varias secciones; g) el artículo 4.º de la misma Ley, que ordena que en todo el texto del Código la expresión «separación matrimonial» sustituya al término «divorcio», y h) el artículo 104 del Código redactado de conformidad a esa Ley, que dispone que «la separación produce la suspensión de la vida común de los casados y los demás efectos previstos en el artículo 73», entre los cuales no figura la disolución del vínculo.

Que, consiguientemente, la norma de la indisolubilidad del vínculo matrimonial tiene que ser reputada como de orden público, en nuestro país, y así la ha proclamado: a) el Ministerio de Justicia, en varias resoluciones, entre las cuales son de destacar las de 10 de enero de 1949 y 26 de marzo de 1951, en las que estableció esa norma contra su fuerza, en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias, y b) esta propia Sala, que, en su sentencia de 12 de mayo de 1944, declaró que «es inconciliable la disolución del vínculo ma-

rimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español, y ante este conflicto o colisión entre la Ley extranjera aplicable y el orden público nacional, debe prevalecer siempre, sin excepción alguna, este último», doctrina que ha vuelto a ratificar en sentencia de 21 de diciembre de 1963.

Que, en atención a todo lo expuesto, resulta evidente que la sentencia recurrida, cuando otorga validez y eficacia a la declaración de divorcio vincular obtenida por doña L., en Costa Rica, respecto a su matrimonio canónico allí celebrado en el año 1924, y entiende que no es nulo el posterior matrimonio civil contraído por ella en España el 3 de junio de 1935 con el súbdito español don C., comete las infracciones legales que en el recurso se acusan, pues, de un lado, interpreta erróneamente el párrafo tercero del artículo 11 del Código civil, que impide la eficacia en España de sentencias de divorcio vincular de matrimonio canónico, obtenidas en otro país, aunque sea de súbdito perteneciente a tal país, y, por otro lado, deja de aplicar el número 5.º del artículo 83 del Código civil y los 51, 52 y 104 del mismo Cuerpo legal, que eran de pertinente aplicación y que impidieron a doña L. contraer válidamente en España un ulterior matrimonio.»

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1966.—*Reconocimiento de hijo natural como consecuencia de posesión continua de tal estado. Evolución de la doctrina jurisprudencial en sentido favorable al reconocimiento.*

Por la madre de unos menores, y en representación de ellos, se demandó a los presuntos herederos del padre fallecido y al Ministerio Fiscal para que se declarase que eran hijos naturales de aquél, se ordenase la inscripción de tal declaración en el Registro civil y también se declarase tenían derecho a suceder a su expresado fallecido padre.

Triunfó la demanda en Primera y Segunda Instancias. No prosperó el Recurso de Casación. La sentencia del Tribunal Supremo contiene la siguiente doctrina:

Que, conforme al número 2.º del artículo 135 del Código civil, puesto en relación con el primer párrafo del mismo precepto legal, la obligación de reconocimiento existe cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia, teniendo el citado artículo del Código su antecedente histórico en la Ley 11 de Toro, en cuanto concede eficacia al reconocimiento no formal y solemne de la paternidad natural al permitir que sea ponderada y constatada por los Tribunales, siendo de señalar que si bien el mencionado precepto venía aplicándose anteriormente con un criterio riguroso y restrictivo, tanto en el caso de escrito indubitado como en el de posesión de estado, la doctrina jurisprudencial acompañando a la científica, ha evolucionado y, a partir de las sentencias de esta Sala, de 25 de mayo y 3 de julio de 1945, viene propugnando la *interpretación declarativa* del mencionado precepto, siendo de citar a tal respecto las sentencias de 24 de mayo de 1956 (segunda sentencia) y 16 de mayo de 1963, cambio de directriz inspirado en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos «disposiciones odiosas», y en una más generosa concepción de los haberes de la paternidad en favor de los hijos, según las

ideas sociales imperantes, siendo, en suma, la posesión de estado una cuestión de hecho, sometida a la apreciación judicial, de acuerdo con muy reiterada y conocida jurisprudencia de este Tribunal, si bien se requiere que los elementos constitutivos de esa posesión se acrediten por prueba directa y no por meras y simples presunciones, de modo que la posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente, en principio, de la libre apreciación de los Tribunales de instancia, aunque los elementos probatorios sean combatibles en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, elementos que pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos *nomen*, *tractatum*, fama o *reputatio*, si bien los dos últimos son los que tienen en el orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad, pero en cuanto al último (fama o *reputatio*) debe admitirse que, de acuerdo con la doctrina, no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostentosos como en los propios de la familia legítima, ya que en ésta los cónyuges nada tienen que esconder u ocultar en las relaciones paterno-filiales; pero, en cambio, es normal y corriente que el padre natural no suela alardear de su paternidad, y, en lo que atañe al *nomen*, es lógico se prescinda del apellido por las razones que se expresan en la ya citada sentencia de 24 de mayo de 1956, con apoyo legal en el artículo 132 del Código civil, y de acuerdo también con la sentencia de este Tribunal de 10 de junio de 1962.

Que en el presente recurso no se combaten los hechos que el Tribunal *a quo* estimó probados por medio del cauce que enmarca el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, sino que los dos motivos sustentadores del recurso se erigen al amparo del número 1.º del citado precepto procesal, por lo que las apreciaciones y consiguientes afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida deben ser respetadas íntegramente, lo cual, en principio, no obsta a su posible insuficiencia, en razón de la especial cuestión debatida, siempre que en virtud de tales hechos la norma legal no pueda o no deba ser aplicada. Así, en el motivo primero se acusa la aplicación indebida del número 2.º del artículo 135 del Código civil, en cuanto los recurrentes no estiman aplicable este precepto legal, con base en los hechos que en la sentencia recurrida se aprecian como probados, por lo que viene a mantenerse la insuficiencia de la sustentación fáctica en que se apoya la sentencia impugnada para proclamar la posesión de estado como hijos naturales de los dos menores de que se trata; mas, para llegar a esa conclusión, se parte de una interpretación rigurosamente restrictiva del precepto legal que como transgredido se invoca, en contra de la actual doctrina de esta Sala, expuesta en el razonamiento inicial de esta sentencia, y, además, se prescinde de los elementos probatorios documentales que en la impugnada se citan, especialmente el escrito del párroco bautizante de los aludidos menores, corroboratorio de una abundante prueba de testigos que el juzgador estima demostrativa de los requisitos *tractatus* y fama, pretendiendo los recurrentes valorizar a su modo esa prueba de testigos con apreciaciones parciales, cuando, como es sabido, tal apreciación incumbe al Tribunal *a quo*, por lo que es obvio que tampoco se respetan íntegramente los hechos tal como en la sentencia se estimaron probados; y en lo que atañe al requisito de fama o publicidad, también se ataca el criterio sostenido por el Tribunal sentenciador, sin tener en cuenta lo razonado atinadamente al respecto por el juzgador, con criterio coincidente con el sostenido en el primer Considerando de esta sentencia,

tratando de demostrar así los recurrentes una ocultación y clandestinidad en las relaciones, que es, en realidad, inexistente, discrepando de la prueba practicada, razones todas conducentes al decaimiento del motivo examinado, pues la base probatoria es sólida y los razonamientos del Tribunal adecuados para estimar rectamente aplicable el número 2.º del artículo 135 del Código civil.

Que por el mismo cauce procesal se alega en el motivo segundo y último la infracción por violación de la doctrina jurisprudencial «que prohíbe fundar en presunciones o pruebas imprecisas o indirectas la posesión del estado de hijo natural, de acuerdo con lo exigido por el mismo artículo 135 del Código civil»; pero tal doctrina no es desconocida por el Tribunal *a quo*, sino que expresamente la menciona y reconoce, siendo de notar que el comportamiento de don M. A. con los menores y los actos continuados por aquél realizados tienen su base esencial en la apreciación de una abundante prueba de testigos, reforzada por elementos probatorios documentales, prueba directa que el Tribunal *a quo* aprecia en uso de sus facultades soberanas, sin que los recurrentes quieran tener en cuenta para censurarla, ni su resultancia total, ni siquiera la corta edad de los niños cuando sobrevino la inesperada muerte de su padre; pero, además, también merece destacarse, en lo que concierne a la argumentación referente al Considerando quinto de la sentencia impugnada, que los recurrentes quieren dar a la frase «*es sintomático en relación con lo expuesto*» un alcance presuntivo que no tiene, pues al referirse la Sala sentenciadora «a la fotografía de los menores de la mano del repetido Miguel» y al hecho de «que al ser bautizados los niños se les impusiera como nombres, a uno, el correspondiente al presunto padre (Micaela o Miguelina) y al otro el compuesto formado por los nombres del padre y un hermano de M. A., no hace más que constatar dos hechos que el mismo Tribunal *a quo* califica como «de mucha menor importancia» a los antes apreciados hechos que, por otra parte, deben estimarse ciertos, por no haber sido adecuadamente combatidos, y que refuerzan, como simples elementos corroborantes, los requisitos *tractatus* y *nomen*, sin que aisladamente el juzgador los atribuya valor decisivo; siendo inconsistentes las demás razones que en este motivo segundo se exponen, pues los recurrentes vuelven a incidir en la anomalía de apreciar por su cuenta determinados extremos de las declaraciones de algunos testigos, cuando esa apreciación no es válida ni, cual ya queda dicho, de su incumbencia, por todo lo que ese motivo segundo debe también ser rechazado al no existir la infracción que en el mismo se denuncia, y, en consecuencia, debe declararse no haber lugar al recurso con los demás pronunciamientos inherentes a esa declaración.

II. PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1966.—*Para la adquisición por prescripción de las servidumbres positivas se requiere sean aparentes, lo mismo en el Código civil, que en la Compilación de Derecho civil de Cataluña. En ésta no se contienen disposiciones sobre la servidumbre de acueducto, por lo que rige el Código civil. La servidumbre de acueducto es aparente por su naturaleza. No aplicación de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria.*

Se instó acción negatoria de servidumbre, consistente la pretendida servidumbre en un manantial subterráneo conocido por «Font Figuereta», que se

encuentra a unos treinta y cuatro metros del río Tordera; que tiene su origen en el subsuelo de la finca propiedad de los demandantes y a unos cincuenta y dos metros de la pared norte del edificio del matadero municipal de Santa María de Palautordera, y que consistía en una galería de captación de noventa y seis metros de longitud, cuya sección media un metro treinta centímetros de altura, y de cincuenta a sesenta centímetros de ancho; que discurre la galería por la finca de los señores demandantes y del matadero municipal, concluyendo en el centro del camino antiguo de San Celoni a Santa María de Palautordera, donde existía el desagüe del limpie que vierte al río Tordera, que continúa la conducción mediante tubería a una profundidad de ochenta centímetros, aproximadamente, en una longitud de doscientos veintiocho metros, atravesando predios de don J., entrando en la finca de los demandados, terminando en un partidor que envía el agua a dos balsas; la menor se utilizaba para el riego de las parcelas de éste.

Dicha acción negatoria se entabló como consecuencia de haber iniciado los demandados el acta regulada en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario.

No prosperó la demanda en Primera ni en Segunda Instancia, y sí, por el contrario, la reconvencción en la que se pedía el reconocimiento de la servidumbre.

No prosperó el recurso de casación. El Tribunal Supremo razonó así:

«Considerando: Que para la aplicación del régimen de adquisición por prescripción de las servidumbres positivas aparentes, tanto en el sistema general del Código civil como en el especial del artículo 343 de la vigente Compilación catalana de Derecho civil de 21 de julio de 1960, se requiere indefectiblemente la concurrencia de dicho requisito de apariencia, porque tal procedimiento adquisitivo está excluido, por el número 8.º del artículo 283 de la referida Compilación, para «las servidumbres no aparentes, considerándose tales las que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio», lo cual implica una simple cuestión de hecho en relación con esta visibilidad que en el presente caso, y con respecto a la servidumbre discutida de captación de aguas y acueducto, tanto la sentencia del Juzgado como la del Tribunal *a quo*, contra la que ahora se recurre en casación, estimaron que estaba perfectamente demostrada, de acuerdo con el conjunto de la prueba practicada. Esta demostración fáctica, sobre la que se apoya la consiguiente normativa jurídica que tienen en cuenta los mencionados fallos, impide entrar en la discusión de los preceptos jurídicos con que lo segundo se lleva a cabo hasta que aquélla no sea desvirtuada, al propio tiempo que por su misma naturaleza y dado el rigor consubstancial a este recurso extraordinario de casación, no es susceptible de ser desvirtuada sino a través del cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cosa que no se ha hecho por el recurrente, que, al quedar incólume la base de hecho de la que parte el juzgador de instancia, está imposibilitado para atacar las consecuencias jurídicas a que aquél llegó.

Considerando: Que, por otra parte, y a tenor de lo establecido en la Disposición final segunda de la Compilación de Derecho civil catalán actualmente vigente, «en lo no previsto en la presente Compilación, regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general», resultando que este Cuerpo legislativo foral no contiene referencia alguna de carácter específico relativa a la servidumbre de acueducto, mientras que, por el contrario, el primer Código sustantivo nacional tiene, entre otros, el precepto concreto contenido en el artículo 561, que por

ello tendrá que ser aplicable en Cataluña, diciéndose en el mismo que «para los efectos legales, la servidumbre de acueducto será considerada como continua y *aparente*, aun cuando no sea constante el paso del agua o su uso dependa de las necesidades del predio dominante o de un turno establecido por días o por horas», suficiente por sí solo para evidenciar, no ya la procedencia de su aplicación frente a lo que se dice en el motivo segundo del recurso, que se ampara en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal civil, sino también la necesidad de tomar en consideración las reglas atinentes a la prescripción de las servidumbres, una vez que quedó perfectamente constatado «según la sentencia recurrida y no ha sido desvirtuado por el recurrente» el requisito del tiempo, en contra todo ello de lo que se expone en el motivo primero igualmente amparado en el ordinal primero del mismo artículo de la Ley de Enjuiciamiento, donde se alega violación por inaplicación del número 3.º del artículo 283 de la Compilación catalana y aplicación indebida del 343 del mismo texto legal, por cuya causa es obligada la desestimación de ambos motivos.

Considerando: Que, como ya tuvo ocasión de declarar la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en la sentencia de 14 de abril de 1914, la servidumbre acueducto es aparente por su naturaleza, no porque le resulte atribuido artificialmente este carácter por el artículo 561 del Código civil, el cual lo que hace es sencillamente imponer dicho carácter para todos los efectos legales, es decir, en cuanto a su constitución, requisitos y extinción ante la posibilidad de que puedan ocultar o desaparecer los signos exteriores que revelen su aprovechamiento, ya por alguna de las distintas formas que les es dado adoptar para su construcción, «como son las de acequia cubierta o tubería soterrada», o ya por el derecho condicionado que el artículo 560 concede al dueño del predio sirviente para edificar sobre el acueducto. Al entenderlo así la sentencia que es objeto de impugnación en este recurso, es inquestionable que dio del precepto la única interpretación posible, en contra de lo que se afirma en el motivo señalado con el número 3.º, donde al amparo del ordinal primero del artículo 1692 de la Ley procesal civil, se denuncia interpretación errónea del referido artículo 561 del Código, y que por ello está igualmente condenado a perecer.

Considerando: Que, como lógica consecuencia de todo lo anterior, es también forzosa la desestimación del motivo cuarto del recurso en que, a través del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega violación del artículo 36, especialmente en su apartado b), en relación con el 34, ambos de la Ley Hipotecaria, porque con absoluta independencia de la dificultad de aplicación al presente caso de los referidos preceptos hipotecarios que contemplan situaciones relativas a personas que tengan la condición jurídica de «terceros», cuando quienes los quieren traer a colación son los que tienen la titularidad dominical de los predios sirvientes, no puede caber la menor duda de que, tratándose de una servidumbre aparente, como es la aquí contemplada, nos encontramos ante el supuesto previsto en el apartado a) del mismo artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en que se dice que prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o que pueda consumarse *cuan-do se conocía o había medios racionales y motivos suficientes para conocer*, que la finca o derecho estaba poseída de hecho por persona distinta de su transmitente, y como inevitable derivado del perecimiento de este motivo, se produce la desestimación del recurso en su totalidad.»

Nada tenemos que oponer al fallo contenido en esta sentencia, dados los antecedentes de hecho que se tienen por indiscutibles, pero si a cierto giro o expresión del último Considerando, relacionado con los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria. Nos referimos a cuando dice: «... porque con absoluta independencia de la dificultad de aplicación al presente caso de los referidos preceptos hipotecarios que contemplan situaciones relativas a personas que tengan la condición jurídica de 'tercero', cuando quienes los quieren traer a colación son los que tienen la titularidad dominical de los predios sirvientes...».

Pues ¿qué? ¿El titular del predio que se pretende sea sirviente no puede ser tercero? Si se trata, como decía el recurrente, de adquirentes a título oneroso, con buena fe, de persona que aparecía con facultades para transmitirlo y que han inscrito su derecho, ¿no pueden ser terceros protegidos frente a una pretendida servidumbre, siempre que estén excluidos de los supuestos contemplados en los párrafos a) y b) del artículo 36?

Comprendemos que lo esencial, lo fundamental en la resolución de un litigio es el contexto general de la sentencia y el fallo, pero no hemos querido silenciar nuestra oposición respetuosa a ese giro o elocución que puede servir para pretender apoyos dialécticos contrarios a la aplicación de fundamentales preceptos de la Ley Hipotecaria.

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1966.—La protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, no a la fecha del título inscrito. Eficacia de la anotación preventiva de embargo. Necesita el embargo para desarrollar toda su eficacia real que se haga constar en el Registro de la Propiedad, mediante la anotación preventiva.

Mediante escrito de fecha 9 de agosto de 1962, el Procurador don ..., en nombre de don Sebastián ..., formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pamplona contra don José ... y contra don Pedro ..., alegando sustancialmente como hechos. Primero: Que en los autos de juicio ejecutivo seguidos en ese mismo Juzgado a instancia de don José ... contra don Pedro ... fueron embargados, como propios del referido demandado, entre otros, los siguientes bienes: edificio industrial, de forma irregular etc. (se describen dos fincas inscritas en el Registro de la Propiedad). Segundo: Que firme y ejecutoria la sentencia de remate dictada en los autos ejecutivos referidos, se había procedido a su ejecución y cumplimiento, y en el *Boletín Oficial de Navarra* correspondiente al día 11 de julio de 1962 se publicó el correspondiente edicto judicial acordando sacar a pública subasta las dos fincas referidas, habiéndose señalado para su celebración el día ..., señalándose como precio de la tasación de ambas fincas la cantidad de cuatrocientas cuarenta mil pesetas. Tercero: Que las fincas embargadas y descritas anteriormente pertenecían en plena propiedad al demandante en virtud de la correspondiente escritura de compraventa, otorgada el día *treinta de diciembre de mil novecientos sesenta y uno*, ante Notario, cuyo documento se hallaba debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad de Vergara. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia declarando que las dos fincas embargadas al ejecutado don Pedro ..., y descritas en el hecho primero de la demanda, pertenecían

en plena propiedad al demandante, mandando alzar las trabas y embargos causados sobre las mismas fincas, dejándolas sin valor ni efecto, imponiendo las costas del juicio a la parte que se opusiera. Al relacionado escrito acompañaban los documentos citados en los hechos.

Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados don José y don Pedro, compareció en autos el Procurador don ..., en nombre del primero, y mediante escrito de fecha 17 de septiembre de 1962, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos: Primero: Que estaba conforme con el correlativo, que, en efecto, en los aludidos autos se embargaron los bienes al demandado, pero se hizo porque en la fecha en que tuvo lugar el embargo, *veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y uno*, pertenecían dichos bienes al mismo y no al tercerista don Sebastián, quien adquirió los mismos con posterioridad, el 30 de diciembre de 1961. Segundo: Conforme con el correlativo. Tercero: Que las fincas embargadas a partir del día 30 de diciembre de 1961, en que tuvo lugar el otorgamiento de la escritura de compraventa del ejecutado a favor del tercerista, hoy actor, serían propiedad de éste, pero con anterioridad a dicha fecha, que era cuando tuvo lugar el embargo de los bienes vendidos, eran propiedad del don Pedro, y dicha traba causada sobre ellos afecta a los mismos para cubrir la responsabilidad derivada del juicio ejecutivo, aunque después pasaran a un tercer poseedor. Cuarto: Que la conducta del ejecutado don Pedro, en relación con los bienes objeto de tercera y en confabulación con el tercerista, había sido fraudulenta en extremo y tendente a abortar el cobro de los créditos de diversos acreedores de aquél, y, haciendo una pequeña historia de la cuestión: que contra don Pedro se formularon, que supiera el demandado, los siguientes procedimientos judiciales: primero, por don Julián ..., en reclamación de 115.000 pesetas de capital y 30.000 de costas; segundo, por don Julián ..., en reclamación de 89.000 pesetas de principal y 34.000 de costas e intereses, en el Juzgado de Vergara; tercero, por don Jesús ..., en reclamación de 40.065 pesetas de principal y 12.000 pesetas de costas, intereses y gastos, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona, y de él dimanaba la presente tercera; cuarto, por don Julian ..., en reclamación de 52.000 pesetas de principal y 30.000 para costas y gastos; quinto, por don José ..., en reclamación de 35.281 pesetas de principal y 15.000 para costas, gastos e intereses; sexto, por la Sociedad ..., en reclamación de 7.546 pesetas y 4.500 para intereses y costas; que los respectivos actores mencionados embargaron al don Pedro los bienes objeto de esta tercera y anotaron su derecho en el Registro de la Propiedad de Vergara, pues de aquí se desprendía la titularidad de los mismos a favor del deudor; que los embargos de algunos procedimientos, entre ellos del que dimanaba la tercera, tuvieron lugar antes del 30 de diciembre de 1961, en cuya fecha el deudor otorgó escritura de venta de los bienes a favor del tercerista, y la mala fe del don Pedro resaltaba del hecho de que, a pesar de haber vendido las fincas en la fecha indicada, en los embargos posteriores a la misma nada dijo de tal venta y se comportaba como auténtico dueño y propietario, y ello hizo que se anotaran dichos embargos en el Registro de la Propiedad, pues, como se ha dicho, de aquí se desprendía también la titularidad a favor del mismo, ya que la escritura de venta otorgada el 30 de diciembre de 1961, *no tuvo entrada en el Registro hasta el mes de julio de mil novecientos sesenta y dos*; que la conducta del deudor era típicamente fraudulenta, ya que, conocedor de los procedimientos que se habían incoado contra él y de los embargos realizados, se apresuró a vender los bienes para colocarse en estado de insolvencia y burlar los derechos de los acreedores, y

un bien que había sido tasado en 440.000 pesetas se vendió al tercerista por 55.000 pesetas, libres de cargas, con la agravante de que dicho precio no fue entregado ante Notario, sino que se confesó haberlo recibido con anterioridad, que el tercerista tenía conocimiento de los embargos trabados con anterioridad a la compraventa, y, no obstante, no vaciló en interponer la presente tercería, como si fuera el auténtico dueño cuando aquéllos tuvieron lugar. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia teniendo por contestada la demanda absolviéndole de la misma e imponiendo al demandante las costas procesales. Por providencia de 18 de diciembre de 1962 se declaró en rebeldía al demandado don Pedro, dándose por contestada la demanda respecto del mismo.

Conferido traslado a las partes para evacuar los trámites de réplica y dúplica, lo verificaron por su orden, manteniendo las alegaciones de hecho y de derecho de sus escritos de demanda y contestación y suplicando se dictara sentencia conforme tenía interesado.

Unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuados por las partes los traslados de conclusiones, el Juez de Primera Instancia del número 1 de los de Pamplona, con fecha 22 de mayo de 1963, dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda formulada en nombre de don Sebastián, declaró que las dos fincas embargadas al ejecutado don Pedro y descritas en el hecho primero de la demanda, pertenecían en plena propiedad a don Sebastián; en cuanto al resto de las peticiones de la demanda, se absolvía a los demandados, sin hacer expresa imposición de costas.

Contra la expresada sentencia del Juzgado se interpuso por la representación de la parte actora recurso de apelación, y, sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala de lo Civil de dicha Audiencia, dictó sentencia por la que, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, confirmó en todas sus partes la pronunciada por el Juzgado.

Se interpuso recurso de casación, que no prosperó en mérito de los siguientes razonamientos:

«Considerando: Que el presente recurso plantea, en primer término, un sugestivo problema de carácter eminentemente procesal—no suscitado por las partes, pero cuyo examen hay que acometer, sin embargo—, consistente en determinar si el juicio promovido por don Sebastián ..., tercer adquirente de las fincas litigiosas, contra el acreedor ejecutante, don José ..., y contra el deudor ejecutado, don Pedro ..., para que se declare que son del dominio del don Sebastián las fincas que se embargaron cuando todavía eran del deudor y para que se alzarán los embargos, puede calificarse de juicio de tercería de los que nuestra Ley de Enjuiciamiento regula como tales y qué consecuencias pueden derivarse en el supuesto de que no merezca tal calificación.

Considerando: Que el problema fundamental que el recurso somete a la resolución de la Sala de casación es de índole estrictamente sustitutiva, y se reduce a determinar cuál sea la eficacia que se ha de otorgar a una anotación preventiva de embargo, practicada meses después de realizada la traba, frente a una posterior inscripción de dominio causada por quien, siete días después de trabado el embargo, adquirió, por compra al deudor, los bienes embargados, silenciándose en la compraventa la existencia de esta traba.

Considerando: Que en cuanto al primer problema conviene hacer notar que, a tenor de las prescripciones de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil—artículos 1.533 y 1.537—y jurisprudencia concordante, la eficacia del título presentado por el tercerista ha de tener la preferente validez *obstativa del derecho* del acreedor embargante, *en el momento de efectuarse el embargo*, que es

cuando se realiza el acto contra el que reclama el tercerista, y cualquier otro derecho, así de quien reclama la preferencia del dominio o del producto de lo embargado, sea el acreedor ejecutante o el ejecutado, si le conviene coadyuvar a la acción del acreedor, siempre que se pretenda fundar en actos jurídicos que no tuviesen realidad en el momento de practicarse el embargo, como extraño al juicio de tercería..., se debe decidir fuera del mismo, por estar éste legalmente limitado, según derecho de procedimiento al que atañe al preferente derecho del tercerista y a la oposición contraria, circunscritas al momento del embargo—sentencias de 25 de noviembre de 1926, reiterada en 4 de febrero de 1936; 15 de marzo y 22 de junio de 1928, 25 de mayo de 1946, 18 de junio de 1960 y 20 de octubre de 1961—.

Considerando: Que aun cuando en el caso presente el título esgrimido por quien se llama a sí mismo tercerista, no acredita que él fuera dueño de las fincas embargadas con anterioridad al acto de la traba, sino que lo refiere al adquirido siete días después—y en tal sentido no puede hablarse propiamente de tercería de dominio—, sin embargo, lo cierto es que, como también reiteradamente tiene proclamado esta Sala en sentencias de 16 de marzo de 1893, 8 de julio de 1905, 13 de enero de 1913 y 6 de febrero y 13 de junio de 1958, los terceros adquirentes de bienes embargados pueden hacer valer sus derechos en cualquier momento y en el juicio que corresponda: por tanto, repútese o no tercería el juicio de que dimana este recurso, la verdad es que en él el demandante pretende que se declare su dominio sobre los bienes embargados y que se alcen los embargos, fundándose en ser titular registral de ellos, y que tales declaraciones se postulan en un juicio declarativo de mayor cuantía, que es apto para ello, y que no pierde su cualidad, porque, indebidamente, y con la aquiescencia de todas las partes litigantes, se haya llamado juicio de tercería, y tercerista al tercer adquirente que lo promovió, a pesar de que no era dueño de los bienes embargados con anterioridad al acto de la traba.

Considerando: Que el primer motivo del recurso, con apoyo en igual ordinal del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia recurrida interpretación errónea de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria; mas al desarrollar su fundamentación prescinde de razonar la manera o forma como, a su juicio, se infringe el primero de dichos artículos, y se refiere únicamente al segundo, alegando que, al verificarse la posterior inscripción del dominio del recurrente, la eficacia protectora del Registro se retrotrae a la fecha de la transmisión, y, consiguientemente, por el principio de la fe pública registral, para él deben considerarse como inexistentes los títulos, derechos, acciones, actos o hechos que no estuvieran inscritos en el Registro al tiempo de aquella adquisición; y, consiguientemente, según dicho recurrente, al no entenderlo así la Sala sentenciadora declarando la subsistencia del embargo anotado con fecha 22 de febrero de 1962, frente a la adquisición realizada por la escritura de 30 de diciembre de 1961, infringe, por interpretación errónea, el aludido artículo 34.

Considerando: Que la protección registral que el recurrente propugna es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurren los demás requisitos que el artículo 34 señala, pero *únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación*, como se previene en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición; por eso interpreta acertadamente aquel artículo la sentencia que no se le concede porque de tal precepto no se colige semejante retroactividad.

Considerando: Que para comprender cuál sea la eficacia de la anotación preventiva de un embargo es preciso tener en cuenta que el embargo es la afectación de unos bienes concretos y determinados, a un proceso, con la finalidad de proporcionar al Juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal futura—embargo preventivo—o actual—embargo ejecutivo—, que origina un derecho de análogas características al real, ya que recae inmediatamente sobre una cosa y se puede hacer valer frente a todos, es decir, concurren en él las dos facultades esenciales del derecho real, a saber: el *jus persequendi*, que autoriza a hacerse con el bien, aunque su titularidad haya variado con posterioridad al embargo mismo, y el *jus prioritatis*, que garantiza al primer embargante en el tiempo la preferencia jurídica en la satisfacción de su derecho, es un verdadero derecho de realización de valor, en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación, *que necesita para desarrollar toda su eficacia real que se haga constar en el Registro de la Propiedad mediante la anotación preventiva, que viene a complementarlo.*

Considerando: Que ese carácter lo corrobora, no sólo la circunstancia de ser una derivación histórica de la antigua hipoteca jurídica, sino porque el párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el 143 del Reglamento le dan ese trato en el supuesto de que los bienes sobre los que opera la anotación hayan pasado a poder de un tercer poseedor, y lo reafirma el artículo 71 de aquella Ley, cuando con expresión poco feliz dispone que «los bienes inmuebles o derechos reales anotados—quiere decir sobre los cuales se haya tomado anotación preventiva—podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación», prevención inútil esta última, si no se quería reservar al acreedor embargante el derecho a perseguir el bien embargado, cualquiera que fuere su poseedor.

Considerando: Que esta doctrina, que después de la reforma de 1909 es ya menos discutible, también fue admitida por esta Sala con anterioridad, siendo de citar en este respecto: a) la sentencia de 28 de abril de 1885, según la cual, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, era procedente dejar a salvo los derechos del acreedor que había adquirido por el embargo de las fincas practicado con anterioridad a su venta, y su anotación preventiva también anterior a la inscripción de dicha enajenación, y b) la sentencia de 24 de diciembre de 1900—recaída en proceso iniciado en 11 de octubre de 1901—, que proclamó «que realmente quien adquiere una finca embargada a resultas de un juicio ejecutivo no hace más que subrogarse respecto de ellas en las condiciones del mismo deudor».

Considerando: Que en el motivo segundo del recurso, también con amparo en el primer número del artículo 1.692, se imputa a la sentencia recurrida infracción por falta de aplicación del artículo 1.923 del Código civil, en relación con el 44 de la Ley Hipotecaria y la doctrina legal constituida por las sentencias que señala, y con relación a dicho motivo, basta observar que la referencia que hace aquel precepto de la Ley Hipotecaria, al artículo 1.923 del Código civil quiere dar a entender que actuará esa preferencia cuando se trate de los supuestos de concurrencia y prelación de créditos, que no es el del actual proceso, y en cuanto a las sentencias de esta Sala, que se invocan como apoyo del recurso, es de advertir que no se refieren a transmisiones de bienes que se hubiesen realizado después de haberse trabado el embargo de los mismos, que es lo sucedido en el caso presente, y no son, por tanto, aplicables a él.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso se atribuye a la sen-

tencia recurrida aplicación indebida de los ya citados artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, infracción que se comete, en sentir del recurrente, de equiparar, a los efectos de plena protección registral, el simple anotante, con el tercero hipotecario, haciendo a aquél beneficiario de la fe pública registral, desestimando la demanda en el particular de dejar subsistente el embargo anotado.

Considerando: Que este motivo tampoco puede prosperar por las razones que ya quedan expuestas, respecto al valor y eficacia de la anotación preventiva de embargo, con relación a la enajenación de los bienes embargados, realizada después de haberse trabado dicho embargo»

Merece repasarse el séptimo Considerando de esta sentencia que define el embargo como un derecho de análogas características al real, derecho de realización de valor, en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación, que necesita para desarrollar toda su eficacia real que se haga constar en el Registro mediante la correspondiente anotación.

Ya decía DE LA PLAZA que el proceso de embargo habrá de preocuparse también de arbitrar las medidas que, de modo menos perjudicial para el deudor, hagan ostensible el cambio de situación jurídica que por el embargo se determina, lo que, tratándose de cosas muebles, obligará a recurrir a la medida, ciertamente más onerosa y perjudicial, de la tradición, al paso que, cuando la traba se haga sobre inmuebles, la anotación bastará para lograr el fin perseguido sin un trastorno semejante al que por el cambio de poseedor se lleva a cabo.

PIETO CASTRO ha puesto de manifiesto el carácter constitutivo de la anotación preventiva de embargo, creadora de una hipoteca judicial, criterio conforme con el de los hipotecaristas (ROCA, LA RICA).

Después de la sentencia de 14 de octubre de 1965 (de la que dimos cuenta en el número 450-451 de esta REVISTA), que fue extensamente comentada por LA RICA en el número 454 de la misma, sentencia que, en sus razonamientos, aunque de pasada, parecía desconocer los decisivos efectos de la anotación de embargo, ésta, recogida de la doctrina estimada comúnmente correcta y legal, merece, como decíamos, repasarse.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966.—*Retracto de colindantes regulado en la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954. Parcelación de indole urbana. Aplicación de los artículos 1, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la calificación de finca rústica.*

Se formuló demanda de retracto de colindantes, el prevenido en el artículo 3.º de la Ley de 15 de julio de 1954. La parcela del retrayente y la del retraído se describen en la titulación y en el Registro como rústicas: «trozo de tierra secano».

La demanda no prosperó en el Juzgado de Primera Instancia ni en la Audiencia por haberse estimado que la parcelación perseguía fines de expansión urbana.

Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar al mismo.

Los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo dicen:

Que en las sentencias recaídas en la instancia, habida cuenta de que la dictada por la Audiencia acepta en su integridad los Considerandos de la del Juzgado, se basa el pronunciamiento absolutorio de la demanda en dos razones fundamentales: a) la primera y principal, en que la naturaleza y circunstancias de que la parcela sobre la que se pretende ejercitar el retracto, no permite calificarla de «rústica», hallándose, por tanto, fuera de la hipótesis de aplicación, contemplada en la Ley de 15 de julio de 1954, a cuyo amparo se acciona, y b) la subsidiaria o a mayor abundamiento de que, aun suponiendo lo contrario, estima que concurre, en el caso de autos, la excepción que se regula en el párrafo segundo del artículo 2º de la Ley mencionada

Que, respecto a la primera cuestión, los juzgadores de instancia, con expresa declaración de que así lo infieren del resultado de la prueba practicada en su conjunta apreciación, proclaman las circunstancias de hecho que han de servir de base a la calificación, fijándose, ante todo, en la naturaleza del terreno, consignando textualmente que la parcela discutida es «de deficiente constitución geológica, reseca, caliza, arcillosa y escasa capa de tierra; hállase improductiva desde hace más de cuarenta años, siendo los únicos signos de vegetación, en la total extensión que abarca, tres olivos, con sensible desfiguración, por efecto de los vientos del mar, con el que linda, y algunas cepas diseminadas, sin poder», en cuanto a su valor. El Juzgado destaca la calidad de la prueba aportada al efecto y, según la cual, «la hanegada, en el lugar donde está enclavada la parcela de autos tiene un precio, en el mercado inmobiliario, que oscila entre las 175 000 a 200 000 pesetas, y esta misma hanegada, a efectos puramente agrícolas, está valorada en 20 000 pesetas, atendido al rendimiento del cultivo de la vid», por lo que la Audiencia estima la duplicidad valorativa a que se refiere el párrafo tercero del número 2º del Decreto de 29 de abril de 1959, que, en este punto, reprodujo lo dispuesto en el apartado c) del artículo 2º de la Ley de 15 de marzo de 1935, «con exceso se aprecia, tanto en la finca del actor, como en la del demandado»; en lo tocante a su conceptualización administrativa, la Audiencia destaca, como por propia certificación del Ayuntamiento de Denia, a efectos de la aplicación de las Ordenanzas fiscales, el paraje donde se encuentra ubicada la parcela se considera como clase especial, entre otras avenidas, calles y plazas del término municipal, la «Zona del Barrio Residencial de las Rotas» en que está aquella enclavada, y, por lo que se refiere a su destino, el Juzgado subraya que entre los edificios construidos o en construcción en aquel paraje hay casi quinientos, en una extensión aproximada de doscientas treinta hectáreas; por todo lo que la Audiencia considera que la especulación sobre tales terrenos no tiene un fin agrícola, sino urbanístico o de edificación, como lo acredita el terreno poseído por el propio actor o familiares suyos, a los que hizo la venta de porciones del mismo «en que fueron construidos chalets de recreo, llenando todas las condiciones necesarias de habitabilidad, incluido el servicio de agua potable» y toda esta suma de apreciaciones fácticas, lleva a los juzgadores de instancia a sentar la conclusión jurídica de que la parcela discutida, por su naturaleza, valor, catalogación y destino, está fuera de la hipótesis prevista en la Ley llamada de Fijación de Unidades Mínimas de Cultivo, que tiende a evitar la atomización de la propiedad en zonas donde la actual fragmentación sea un obstáculo al desarrollo y modernización de la Agricultura, pero que no puede ser aplicada, so pena de contrariar su esencia y

finalidad al caso en que la parcelación persiga fines concretos y bien especificados, de indudable expansión urbana.

Que, contra dichas afirmaciones fácticas y estimación jurídica de la Sala sentenciadora, en orden a la verdadera naturaleza del objeto de la litis y a efectos de improcedencia de la aplicación del precepto legal a cuyo amparo se acciona, se alzan los cinco primeros motivos del recurso, sobre los que, a los fines de su decisión, procede hacer las observaciones siguientes: A) El motivo que se articula en primer lugar, es el único de los que van a examinarse, en que, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se aborda la parte fáctica del problema planteado, intentando combatir las aseveraciones de la Sala mediante la denuncia de un pretendido error de hecho cometido en la apreciación de la prueba y señalando, en calidad de documentos auténticos que lo evidencian, la certificación registral expedida en 7 de abril de 1962 y la escritura pública de compra de la parcela en cuestión, de 4 de diciembre de 1961; en sentir del recurrente, de tales documentos se infiere que, registral y notarialmente, la parcela se considera como «rústica, cultivo de secano, indivisible y retraible por colindantes», lo que debió vincular a la Sala sentenciadora, por tratarse de circunstancias auténticas que, en su momento, no impugnó el ahora recurrido, pero, aparte de que los conceptos de indivisibilidad y retroactividad, aunque hayan de partir de ciertas premisas de hecho, son, en definitiva, calificaciones jurídicas que desbordan el área del motivo, las otras circunstancias de predominante índole fáctica, tampoco pueden vincular, como se pretende, al Tribunal sentenciador si ante el mismo se plantea la cuestión referente a la verdadera naturaleza del bien litigioso, en orden a la aplicación de una Ley determinada, pues, en este caso, compete al juzgador fijar aquélla según el resultado que la prueba arroje, sin detenerse en el simple examen o circunstancias, digo, o circunscribirse a la constancia documental que pueda o no reflejar la realidad de lo que trata de inquirirse o haber sido fiel a ella y encontrarse posteriormente desbordada por causas patentes de expansión que no quepa desconocer; y como en el caso actual la prueba fue apreciada en su conjunto, según se declara y así se desprende de la pluralidad de los medios acreditativos que se citan al respecto, el recurrente no hace, en definitiva, otra cosa que conferir a cierta probanza un valor predominante que no tiene, pretendiendo con ello destruir aquella conjunta apreciación que se he de mantener, al no justificarse la denunciada equivocación del juzgador con la fehaciencia y evidencia que la Ley impone para que pueda prosperar un motivo de esta clase, por lo que su desestimación se impone. B) En consecuencia: al quedar en pie las aseveraciones fácticas de la Sala, en orden a determinar la verdadera naturaleza del objeto litigioso, al concreto fin de la aplicación de una Ley especialísima, como lo es la de fijación de las unidades mínimas de cultivo, la que requiere la concurrencia de circunstancias que no se dan en el caso de autos, los restantes motivos de esta parte del recurso, que se ocupan de la cuestión, desde el punto de vista jurídico, se desvanecen, ya que: a) en el motivo segundo se intenta llevar a efecto una forzada aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria que se citan, siendo de ver, en cuanto al artículo 1.º, que la salvaguardia de los libros del Registro no impiden a los Tribunales hacer pronunciamientos sobre alguna manifestación no exacta de los mismos, cuando ello sea procedente, con arreglo a Derecho; que la presunción del artículo 38 (muy remotamente aplicable al caso de autos) es meramente *juris tantum*, admitiendo prueba en contrario y la cita del párrafo segundo del artículo 34, no se adapta—aun estimando hipotéticamente, como

también citaba su párrafo primero—al evento de autos; b) en cuanto al motivo tercero, su materia sería propia de la denuncia de un error de derecho en la apreciación de la prueba, no susceptible de ser tratado por el cauce que se emplea, e implicando, en realidad, una repetición de lo argumentado en la exposición del primer motivo, a la que puede aplicarse idéntica refutación a la ya realizada al estudiar aquél; c) el motivo cuarto intenta dar una extensión y repercusión, evidentemente exageradas, a los principios y postulados que invoca, llevándolos más allá de lo que puede permitir una adecuada inteligencia y aplicación de los mismos, yugulando así la posibilidad de defensa de sus derechos a la contraparte, que si pueden estar afectados por la Ley especial que se invoca, ello es—como reiteradamente queda dicho—sólo cuando se den las circunstancias que aquélla exige y que, en el caso actual, evidentemente, no concurren; d) por último, el motivo quinto, como el propio recurrente reconoce, sólo sería viable en el caso de que fueren estimados los que le preceden, decayendo, por el contrario, con ellos, como ha de suceder, por todo lo razonado hasta aquí

Que, en cuanto al segundo punto de vista, en que las sentencias de instancia se apoyan, «a mayor abundamiento», para llegar a la absolución de la demanda, basta con tener en cuenta la índole subsidiaria para que, al mantenerse la integridad de los fundamentos en que se aborda la cuestión principal, carezca aquélla de toda importancia y no pueda influir en la decisión del recurrente, siendo, por otra parte, de tener presente que el motivo sexto no desvirtúa, como pretende, lo fácticamente admitido por la Sala, al ser contrastado con unos documentos que no reflejan la realidad acreditada por el conjunto de la prueba que en autos se practicó, y el motivo séptimo decae al quedar sin posible apoyo en el anterior, aunque en él se insista en dar un valor trascendente inadmisibile al silencio de las partes ante las advertencias que el Notario se creyó en el caso de hacer, por estimar que a ello le obligaban los precepto de la Ley, cuya adecuada aplicación no quedaba por ello prejuzgada; en definitiva—y a ello apunta el recurrente—, lo que podría ponerse en tela de juicio es la oportunidad del estudio de la excepción acogida, aunque sea como refuerzo del argumento fundamental, pues es obvio que si la parcela discutida, por cuanto antecede, no ha de merecer la calificación de «rústica», a los fines pretendidos en la demanda, es intrascendente el concepto que se tenga de lo que ya aparece construido en la misma, pues si la regla general que una norma contiene no es aplicable al caso a que se resuelve, las excepciones a la misma carecen, polémicamente, de interés; por todo lo cual estos dos últimos motivos del recurso han de ser, también, rechazados sin mayor argumentación.»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1966.—*Principio de Derecho que prohíbe obrar en contradicción con los actos propios*: «*Nemine licet adversus sua pacta venire*». Su fundamento y requisitos para su aplicación.

Es doctrina de esta sentencia:

Que el principio general de Derecho que prohíbe obrar en contradicción con los actos propios: *Nemine licet adversus sua pacta venire*, conocido en diversos pasajes de la legislación justiniana, entre los que figuran las Leyes 75 y 155, prefacio, del título XVII, libro L, del *Digesto*, y desde antiguo admi-

tido por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 1 de diciembre de 1886 y 11 de mayo de 1888), se funda en la necesidad de proteger la buena fe, confianza, apariencia y estabilidad de las relaciones jurídicas (sentencia de 16 de noviembre de 1960), y exige, para que su autor quede vinculado frente al sujeto pasivo de los mismos, la concurrencia, entre otros, de los siguientes requisitos: Primero. Que sean válidos y eficaces en Derecho (sentencias de 24 de abril de 1895 y 21 de junio de 1945) Segundo. Que obedezcan a una determinación espontánea y libre de la voluntad, manifestada de forma expresa o tácita, pero indubitada y concluyente (sentencia de 30 de septiembre de 1960). Tercero. Que su objeto consista en crear, modificar o extinguir algún contrato (sentencias de 9 de noviembre de 1961 y 12 de diciembre de 1962), de tal suerte que causen estado y definan inalterablemente la situación de quien los realice (sentencia de 7 de diciembre de 1896). Cuarto. Que se opongan a la acción ejercitada por éste (sentencias de 13 de julio de 1892 y 27 de noviembre de 1961). Y quinto Que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido (sentencias de 3 de enero de 1913 y 17 de mayo de 1941).

Que el documento suscrito por el recurrido en 19 de abril de 1961, en relación con las cartas aportadas al juicio de que dimanen las presentes actuaciones, fechadas en 11 de marzo y 24 de noviembre de 1960 y 15 de abril de 1961, demuestran de forma clara y precisa que dicho señor reconoció explícitamente su falta de derecho a percibir la comisión convenida con el otro litigante en contrato de 23 de junio de 1958, y prestó su conformidad a que en lo sucesivo esta Entidad, en lugar de abonarle dichas sumas, las dedujera de las que, a la vista de las certificaciones de obra pertinentes, había de satisfacer la Comunidad religiosa por cuya cuenta trabajaban ambos contendientes, y siendo ello así, los indicados documentos no sólo ponen de relieve el error de hecho padecido por el Tribunal de instancia en la apreciación de la prueba al no haber tenido presente su contenido y opinado lo contrario, sino también la realidad de que el demandante, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 1.620 del Código civil, realizó actos propios incompatibles con la acción ejercitada que le privan de legitimación activa para el éxito de su demanda, razones ambas que conducen a la estimación de los motivos primero y tercero del presente recurso, acogidos, respectivamente, a los números 7.º y 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en los que se denuncian tales infracciones, por lo que debe casarse la sentencia recurrida, sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes motivos.

SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1966.—*Caducidad. Prescripción de acciones. Rescisión por aplicación de los artículos 1.483 y número 5.º del 1.291 del Código civil y artículo 50, número 4.º, de la Ley de 12 de mayo de 1956 (Ley del Suelo).*

Resumen de la demanda: En el mes de diciembre de 1958, la Sociedad Anónima N. P., demandante, convino con el demandado don Isidro ... la compra a éste de la siguiente parcela: «Parcela en término de Barajas», etc. Se vendió a razón de 10 pesetas pie cuadrado, lo que totaliza un precio de pesetas 1.028.854,40. Esta parcela de terreno no es susceptible de edificar, por impedirlo el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, aprobado por Decreto-Ley de 1 de marzo de 1946 y las Ordenanzas Municipales de la Edi-

ficación en Madrid, redactadas en armonía con él, aprobadas por el Ayuntamiento en pleno el 16 de julio de 1948 y 29 de noviembre de 1950 por el Ministro de la Gobernación. La imposibilidad de edificar sobre la parcela deriva de que la zona donde se encuentra enclavada está calificada por el Plan General de Ordenación como «Zona verde», no siendo posible edificar sobre ella. El vendedor, don Isidro ..., no hizo constar expresamente en la escritura pública de compraventa de 22 de diciembre de 1958 esta calificación, esta imposibilidad de edificar sobre la parcela, y sí manifestó expresamente en la escritura pública que la finca se hallaba libre de toda clase de cargas, y que en concepto de libre de cargas la vendía. No habiendo transcurrido seis meses desde que la parcela fuera vendida cuando la Sociedad compradora descubrió que sobre ella no se podía edificar por impedirlo la calificación urbanística de «Zona verde», dada por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid. Como esa prohibición no la hizo constar expresamente el vendedor en la escritura de compraventa, y como sí expresó, en cambio, que la parcela se hallaba libre de toda clase de cargas y que en tal concepto la vendía, la Sociedad compradora consideró delictiva la manifestación y conducta del vendedor, y el 20 de junio de 1959 formuló querrela criminal contra don Isidro ... por los delitos de falsedad en documento público y estafa. En esta querrela no sólo se ejercitaron las acciones penales y las civiles derivadas del delito, sino también expresamente la acción derivada del derecho que confiere a su poderante el artículo 1.483 del Código civil. El 27 de junio de 1959 fue admitida a trámite la querrela y el sumario incoado terminó, previo procesamiento del hoy recurrido, con sentencia dictada por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 12 de diciembre de 1961, que absolvió libremente al procesado don Isidro ..., y donde se afirma que en el caso de que la Sociedad compradora estime perjudicados sus derechos «libremente puede acudir a otra vía, donde con toda clase de garantías y amplias posibilidades, cabe resolver lo que a cada uno corresponda en relación con la finca de referencia». Dicha sentencia fue declarada firme y ejecutoria el día 18 de enero de 1962. La Sociedad compradora, antes de ser declarada firme la sentencia recaída en la causa, formuló, con fecha 2 de enero de 1962, papeleta de conciliación previa a la demanda origen de autos para que el demandado se aviniese a rescindir el contrato público de compraventa de 22 de diciembre de 1958, a devolver a su principal el precio de compra y a indemnizarle de los daños y perjuicios ocasionados. El acto de conciliación se celebró sin avenencia por incomparecencia del demandado el día 16 de enero de 1962. Citó fundamentos de derecho y suplicó se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: Primero. Declarar rescindido el contrato de compraventa de la parcela vendida y a que se contrae la escritura pública de 22 de diciembre de 1958, otorgada ante el notario de Madrid don M. Segundo. Condenar al demandado como vendedor a devolver a la Sociedad compradora el precio real de la compra estipulada, esto es, 1.028 854,40 pesetas, incrementada en las cantidades que, por concepto de intereses de parte del precio aplazado, satisfizo al demandado. Para ello, una vez firme y ejecutoria la sentencia, se practicará la oportuna liquidación, teniendo en cuenta, tanto el resultado del procedimiento ejecutivo seguido por don Isidro ... contra la Sociedad N. P., en reclamación de 637.106,50 pesetas, como el resultado de la retención judicial que, como medida cautelar, se solicita en esta demanda. Tercero. Condenar al demandado a pagar a la demandante los intereses del precio real convenido, así como el de las cantidades que en concepto de intereses de la parte del precio aplazado satisfizo al demandado. Para el cálculo

de tales intereses, en la liquidación que al efecto se practique, habrá de tener en cuenta las siguientes fechas, etc. Cuarto. Condenar al demandado a los daños y perjuicios originados al mismo como consecuencia del contrato de compraventa rescindido; daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia, previa la oportuna liquidación, sirviendo de base para ello los gastos notariales de escritura, los de las letras de cambio y los de renovación de éstas, los de derechos reales, los de timbres, los de inscripción en el Registro de la Propiedad, las cantidades que en concepto de costas y gastos de todas clases ha desembolsado o desembolsó la Sociedad N. P., a instancia del demandado en el procedimiento ejecutivo que éste sigue contra dicha Entidad, y, en general, cuantos gastos se originen a su poderdante como consecuencia del contrato de compraventa que se rescinde, computando, asimismo, los intereses que las cantidades que sirven de base para la evaluación de los daños y perjuicios hayan devengado a favor de la demandante, teniendo en cuenta para dicho cómputo, además de las fechas respectivas en que se produjeron o se produzcan tales gastos, la de ..., etc. Quinto. Condenar al demandado al pago de cuantas cosas, tasas y gastos en general se causen en el procedimiento.

Resumen de la contestación:

Aceptaba el contenido de la escritura pública de compraventa, por la que su representado vendió a la Sociedad demandante la parcela que se describe. En realidad, la finca vendida fue un terreno de labor, de carácter rústico, rodeado de otras fincas también rústicas, destinadas a cultivo de secano y regadío, existiendo algunas edificaciones en las inmediaciones de aquéllas. Era de señalar que la manifestación del vendedor respecto a la libertad de toda clase de cargas de la finca fue cierta, radicando la cuestión en la interpretación errónea que da a dicha cláusula la parte compradora demandante. Que a los pocos meses de celebrado el contrato de compraventa, la Sociedad N. P. manifestó primero su intención de cumplir sus obligaciones y luego se opuso abiertamente a dicho cumplimiento, mientras que por su parte en todo momento cumplió sus obligaciones contractuales, dando a mayor abundamiento a la Sociedad actora toda clase de facilidades para la renovación de la letra de 525 000 pesetas, a que se refiere la demanda. Que los autos del juicio ejecutivo promovido a nombre de su mandante contra la Sociedad N. P., que tramita el Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta capital sobre pago de letras de cambio, que importan un total de 525.000 pesetas de principal, precisamente derivadas de la operación a que se refiere el hecho cuarto de la demanda, demuestran quién es el incumplidor del contrato de compraventa. En 19 de junio de 1959, la Sociedad actora formuló demanda de conciliación en la que solicitaba, por una parte, «revisión del precio convenido, que debe ser fijada, como máximo a razón de cinco pesetas el metro cuadrado». y por otra, pedía la resolución del contrato y otorgamiento de nueva escritura de venta en el precio que se convenga, o, en su caso, en el que resulte de la indicada en el apartado anterior, con abono de daños y perjuicios y devolución de las cantidades percibidas de más, etc., lo que demuestra que la intención fue la de lograr, con la comunicación de litigios, la reducción del precio de venta del terreno en un 50 por 100. Su representado en ningún momento garantizó, ni se hizo constar tampoco en la escritura, la posibilidad del particular destino, industrial, o de otro orden, que la compradora quiera dar a la finca, extremo del que en ningún momento se habló nada. Don Isidro ... se limitó a vender la finca libre de toda clase de cargas, entre las

que no se encuentran, como es lógico y corriente y normal, las cargas públicas o gravámenes inscribibles en el Registro de la Propiedad, o de contenido puramente privado. Prueba de ello es que la finca tributa por contribución rústica y como tal figura en el Catastro de Rústica de la Provincial, que designaba a efectos probatorios. La propia Entidad actora, por tratarse de un terreno de labor o rústico, solicitó en su día del Ayuntamiento de Madrid la exención del arbitrio municipal de Plusvalía, a lo que accedió el Ayuntamiento con base en la anulación de la liquidación aprobada por Decreto de 13 de septiembre de 1956, girada cuando el vendedor compró la finca de que se trata. Obvio era aclarar que el expresado arbitrio le había sido girado a la referida Sociedad en virtud de la compra de la parcela de terreno, impugnando aquella mediante la alegación de tratarse de finca rústica, lo que ahora combate. Por consiguiente, independientemente del contenido de la Ordenanza número 29, que habrá de verificarse, son inaplicables a estos casos de venta de fincas rústicas las normas invocadas por la parte actora. Respecto a la manifestación de que la calificación urbanística, en cuanto a la finca vendida, se halla, a su entender, sujeta a la Ordenanza número 29, no aparece inscrita en el Registro de la Propiedad, ello no indica anomalía alguna, por cuanto que tampoco constan en las inscripciones de las casas y solares de Madrid las Ordenanzas de Urbanización a que están sujetos, por tratarse de cargas públicas. La Sociedad N. P. otorgó libremente un contrato de compraventa y debe cumplir las cláusulas pactadas. Don Isidro ... ha obrado en todo momento con la mejor buena fe, limitándose a exigir la parte del precio aplazado en la forma convenida, ya que el precio constituye la contraprestación por la entrega del terreno vendido, del que tomó posesión la actora, y en cuya posesión quieta y pacífica se encuentra. A consecuencia del incumplimiento del pago del precio, pese a las múltiples gestiones que infructuosamente se practicaron con tal finalidad, su representado no tuvo otra opción que formular demanda ejecutiva sobre pago de las letras de cambio adeudadas en autos que viene tramitando el Juzgado de Primera Instancia número 1, según se dice de adverso. La causa criminal, a que se refiere la actora, sumario 52, de 1959, terminó con sentencia absolutoria, con toda clase de pronunciamientos favorables, y es firme.

En Primera Instancia prosperó, en parte, la demanda. La Audiencia, en apelación, estimó caducada la acción y absolvió al demandado.

Prosperó el recurso de casación. Dicen los Considerandos:

Que la caducidad o decadencia de derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que, transcurrido ese término, no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos, cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, característica que la diferencia de la prescripción. Pues así como ésta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto de que un importante sector doctrinal sostiene que en realidad es un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual, y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, distinción que es una sutileza en los derechos de tracto único, en los que, por agotarse en un

solo acto de ejercicio, son tan semejantes que tal distinción carece de trascendencia práctica, puesto que el término fijado para el ejercicio eficaz de un derecho hace que su transcurso sin ejercitarlo imponga la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón objetiva de su no utilización.

Que los llamados derechos potestativos conceden a su titular la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, con la finalidad de producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otros, lo que puede tener lugar haciendo cesar un preexistente estado de derecho, cual sucede en la impugnación de la validez del matrimonio, o de la legitimidad de los hijos, revocación de donaciones, rescisión y resolución de relaciones contractuales, etc., hasta el punto que, en realidad, se es titular de acción creante y no del derecho creado, puesto que para que surja éste es condición indispensable que se ponga en ejercicio la acción concedida para modificar o extinguir situaciones jurídicas, ejercicio que ha de actuarse en el plazo prefijado, pues si transcurre éste sin que la acción concedida se utilice, el derecho de anular los efectos lesivos de una venta desaparecen al quedar caduca dicha acción, dado que la caducidad es falta de ejercicio de aquella acción, y en este sentido es esencial en este recurso el motivo tercero, en el que, por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba al no tener la sentencia impugnada por ejercitada la acción dentro del plazo establecido en el artículo 1483 del Código civil, y 50, por lo que lo primero que es necesario dilucidar es si realmente hubo o no ejercicio de la acción entablada con anterioridad a la demanda inicial de este recurso.

Que los artículos 1483 y 50, antes mencionados, suponen que el comprador, al que no se dijo que el terreno adquirido no era susceptible de edificación, fue inducido a error al comprar por el silencio de esta circunstancia, y como este error pudo producirlo el vendedor consciente o inconscientemente, y tener por ello el acto ilícito caracteres delictivos, para depurar su conducta se ejercitó la acción penal mediante querella y a la vez la acción civil, basada en el artículo 1483 repetido, cual se consigna expresamente en el fundamento de derecho VIII de aquélla, y prescindiendo de si tal ejercicio era o no correcto y viable, como la totalidad es que tal acción se planteó, ya no podía entablarse pleito civil, según el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, hasta que recayera sentencia firme en la causa criminal, la que, pronunciada el 12 de diciembre de 1961, envía al perjudicado a la vía civil para obtener la reparación de su derecho quebrantado, y de estos hechos, que constan con toda evidencia en el testimonio del sumario instruido, que, para estos efectos, goza de autenticidad, ha acreditado que la acción encomendada a la modificación de la situación jurídica creada por la venta se ejercitó a los seis meses de concertado el contrato, y como este ejercicio es incompatible con la caducidad que la sentencia impugnada aprecia, se impone la estimación de este motivo y la casación de aquélla, con los pronunciamientos del artículo 1745 de la Ley procesal, al no ser ya necesario el estudio de los dos primeros motivos.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo dice:

Considerando: Que siendo un hecho cierto que en la venta concertada en la escritura de 22 de diciembre de 1958 no se consiguió que el terreno vendido no es susceptible de edificación, y que a los seis meses de tal otorgamiento se ejercitó, juntamente con la penal, la acción que al comprador perjudicado conceden los artículos 1483 del Código civil y 50, número 4.º, de la Ley de 12

de mayo de 1956, es evidente que procede estimar la acción rescisoria ejercitada en la demanda, por concurrir los requisitos de dichos preceptos, a tenor del número 5.º del artículo 1.291 del Código civil, y como el efecto principal de esta rescisión es destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando aquél se celebró, puesto que, según el artículo 1.295, la rescisión obliga a la devolución de las cosas con sus frutos y del precio con sus intereses, es procedente condenar al pago de éstos, pero no así a los daños y perjuicios reclamados, por no haberse acreditado la existencia real de los mismos.

Considerando: Que, por lo expuesto, procede, con revocación parcial de la sentencia de Primera Instancia, estimar en parte la demanda, sin expresa condena de costas.

BARTOLOMÉ MENCHÉN.
Registrador de la Propiedad.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1965.—*Obras de reparación necesarias para conservar la vivienda o el local arrendados «en estado de servir para el uso convenido»: derecho del arrendador que las realizó «en compensación parcial del importe» de dichas obras: notificación al arrendatario, contestación de éste al arrendador y cómputo (dies a quo) del plazo de caducidad de la acción del arrendador (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículos 109 y 101, apartado 2, reglas 2.ª y 5.ª, y 106, apartado 1) caso de haberse producido sucesivamente dos notificaciones al arrendatario.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolvió al arrendatario demandado de la pretensión de resolución del contrato

«Considerando (1.º) que el motivo tercero del recurso viene a sostener la tesis de que, al contestar el arrendatario demandado a la notificación de la parte actora de 1 de octubre de 1962, no rechazó la elevación propuesta, sino que se limitó a advertir su ilegalidad o insuficiencia, en cuya virtud se le repitió la notificación adecuadamente, y sólo entonces, a partir de la negativa a esta segunda notificación, debe computarse el plazo de caducidad, y, al no hacerlo así, por la sentencia recurrida se infringió, por interpretación errónea, el artículo 106, número 1.º, de la Ley de arrendamientos urbanos; pero esta posición implica el planteamiento del problema de la interpretación del documento de 26 de octubre de 1962, en que se contiene la contestación del demandado, lo que no se hace por el recurso; por lo que, si no se ha denunciado la infracción de ninguna de las normas hermenéuticas contenidas en el capítulo IV del título II del libro IV del Código civil, hay que estimar correcta y adecuada la interpretación hecha por la sentencia recurrida, y cae por su base la consecuencia que trata de deducirse por este motivo, que, por tanto, ha de desestimarse.

Considerando (4.º) que el arrendador, que es muy dueño de ejercitar su derecho de exigir del arrendatario la compensación parcial del importe de las obras a que se refieren los artículos 107 y 108 de la Ley de arrendamientos urbanos mientras no prescriba la acción oportuna, puede elegir el momento de practicar la notificación previa que preceptúa el número 1.º del artículo 101, consignando en ella la cantidad que a su juicio debe pagarse como aumento de renta y la causa de ello; pero, una vez iniciada de este modo la reclamación extrajudicial, ha de atenderse a los plazos que, en aras de la seguridad jurídica y económica, le impone el párrafo último del número 5 de dicho artículo, lo que sería fácil eludir si se permitiera la renovación de los requerimientos o notificaciones, a pretexto de aclaraciones, con efectos dilatorios, máxime cuando, como en el presente caso ocurre, la contestación no solicitó dichas aclaraciones, ni la condicionaba a que se hicieran (lo que por respeto a la buena fe, que en toda clase de negocios y relaciones jurídicas imponen: el artículo 1.258 del Código civil, de una manera genérica, y el 9 de la Ley

especial, de una manera específica, hubiera obligado a atribuirles trascendencia), sino que el arrendatario, como dice la sentencia recurrida y demuestra la simple lectura del documento de 26 de octubre de 1962, presentado por la misma parte actora, dice rotundamente que no acepta la obligación de pago propuesta; todo lo cual obliga a desestimar el recurso, que, a efectos de costas, se considera temerario.»

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: por «destrucción del local arrendado» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 118): obras de «reparación» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 110) y obras de «reconstrucción» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 118, apartado 2).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda de condena del arrendador a la ejecución de obras de «reparación» y estimara la reconvención del arrendador sobre resolución del contrato de arrendamiento.

«Considerando (único) que admite, explícita o implícitamente, el recurrente que un expediente iniciado por el dueño de la finca donde está emplazado el local de negocio para obtener la declaración de ruina de aquélla terminó acordando la Autoridad municipal que se realizasen unas obras que la sentencia recurrida, de acuerdo con la prueba pericial, califica como obras, no de «reparación», sino de «reconstrucción», cuyo costo excede del 50 por 100 del valor real, no sólo del local arrendado, sino de todo el edificio; y, partiendo de este supuesto, el recurso, en su motivo único, combate la sentencia que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento por pérdida de la cosa, por estimar que se ha infringido el artículo 110 de la Ley de arrendamientos urbanos, que obliga al arrendador a realizar las obras de reparación necesarias ordenadas por la Autoridad competente y que, si se declara aplicable el artículo 118, se produciría un fraude de Ley por medio del cual eludiría el arrendador el cumplimiento de sus obligaciones, pero al razonar así cambia los supuestos de la cuestión omitiendo que no se trata en el caso de autos de obras de «reparación», sino de «reconstrucción» cuyo costo, al superar el 50 por 100 del valor de edificio, si no una pérdida real, ocasiona una pérdida técnica, considerada como tal por el párrafo segundo del artículo 118, y que, como tiene reiterado este Tribunal en una copiosa jurisprudencia, de la que pueden citarse como más representativas las sentencias de 3 de julio y 30 de noviembre de 1957 y 24 de enero de 1953, para que la pérdida de la cosa arrendada se produzca no es necesaria la destrucción total de la finca, sino que basta con que exceda del 50 por 100, pues en uno y otro caso las obras necesarias para reconstruir o reparar las fincas dan a éstas la consideración de «nuevas», y es tal carácter el que constituye el fundamento de la resolución de los contratos, y que ésta es procedente, ya obedezca a caso fortuito o a culpa o negligencia, sin perjuicio en este caso de la acción del arrendatario para obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento por parte del dueño de sus obligaciones contractuales, porque la Ley no distingue el origen que pueda tener la pérdida de la cosa

arrendada, pues el sentido gramatical del «siniestro», a que la misma Ley se refiere, equivale a avería grave o pérdida de importancia que sufre la propiedad; y el presupuesto de la acción resolutoria es la «pérdida» de la cosa, con independencia de la causa que la produce; y, finalmente, que es misión de los Tribunales, y no de la autoridad administrativa, el decidir sobre la procedencia de las acciones resolutorias del contrato de arrendamiento, y determinar si éstas se producen por «ruina», cuya declaración previa compete a la Administración, o si se ha producido la «pérdida» a que se refiere el artículo 118, en cuyo caso la competencia pertenece privativamente a los Tribunales: por todo lo cual hay que desestimar el recurso, que, a efectos de costas, se reputa temerario»

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato por «no reunirse las circunstancias exigidas... para la prórroga forzosa» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 11.ª): derribo del inmueble para edificar otro con más viviendas (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 62, caso 2.º): derecho de retorno del arrendatario (Ley de arrendamientos urbanos, citada, arts. 78 y 81).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (arrendatarios) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los actores, arrendadores, a la que se adhirieron los demandados) por la Audiencia territorial revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia (estimatoria de la demanda de resolución del contrato y de la reconvencción sobre el derecho de retorno) en cuanto al derecho de retorno ejercitado en la reconvencción, que desestima.

«Considerando (1.º) que viene establecido por la jurisprudencia en materia de interpretación de normas legales que, aunque si bien se ha de tener en cuenta el tenor literal del texto, ha de combinarse con los demás preceptos del mismo Cuerpo legal que tratan de la cuestión a resolver para averiguar el verdadero sentido y espíritu del ordenamiento que se aplica, y, como en el caso de autos se trata de fijar el verdadero significado del artículo 81 de la Ley de arrendamientos urbanos, donde se dice que los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado suscribirán antes de desalojarlo con el arrendador documento que así se exprese con los detalles que especifica, y, como este acto es consecuencia de trámites anteriores, ha de coordinarse con los preceptos precedentes que los regulan, los que disponen que, autorizado el derribo de la finca por el Gobernador con fijación de plazo para el inicio de las obras, se notificará al ocupante con un año de antelación con determinación de la fecha en que han de ser iniciadas, quedando sin efecto el permiso si caducare el tiempo concedido para la demolición, de cuyo conjunto de normas necesariamente ha de entenderse que el derecho de retorno está subordinado al cumplimiento por el arrendatario del desalojo dentro del tiempo de requerimiento y, de no hacerlo, incurrirá en la sanción de pérdida del mismo, por lo que el documento de reserva necesariamente ha de firmarse antes de transcurrir el año de desalojo, y no sin limitación de tiempo, como pretende el recurso, pues, de lo contrario, se daría el absurdo de mantener una prerrogativa legal a favor del inquilino que obstaculice el

desarrollo del proyecto que tiende exclusivamente a aumentar el número de locales disponibles, finalidad primordial de la Ley, y además con la inadmisibles consecuencia que el derecho de reedificación se haría depender de él, ya que al retraer el desalojo demoraría el comienzo de las obras, con la pérdida del derecho de la propiedad por no iniciarlas dentro del plazo concedido, por todo lo cual se ha de estimar correcta la acepción dada por la sentencia recurrida al tan mentado artículo 81, por tanto, se ha de rechazar el único motivo del recurso.»

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato por subarriendo (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 2.ª) y traspaso ilegal (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 114, causa 5.ª).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la demandante: arrendadora) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (único) que ... de todo lo anteriormente expuesto se llega a la conclusión de que la afirmación contenida como básica en la sentencia recurrida en cuanto a la existencia de una sociedad constituida por los demandados, ha dado lugar a la introducción de un tercero, total o parcialmente compartido, en el local arrendado, resulta inalterable, decae por sí solo el motivo cuarto, que se basa en la aplicación indebida de las causas 2.ª y 5.ª del artículo 114 de la Ley, y, de consecuencia, hay que desestimar el recurso.»

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: por llevar a cabo el arrendatario «sin el consentimiento del arrendador, obras que modifiquen la configuración... del local de negocio» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 7.ª).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida decreta la resolución del contrato de arrendamiento, por estimar que el conjunto de la prueba acreditada que el arrendatario ha realizado, sin permiso de la arrendadora, obras que modifican la configuración de la cosa arrendada, consistentes en la transformación de dos huecos de la fachada, en la parte correspondiente a la vivienda, convirtiendo en uno de ellos la ventana en puerta y en el otro la puerta en ventana.

Considerando (2.º) que, frente a esa decisión, se alza el recurso, en cuyo primer motivo se denuncia un error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial de la demandante, el cual se desestima, porque

la sentencia, lejos de negar, reconoce que ha habido un aumento de renta, pero afirma que lo fue única y exclusivamente por la autorización otorgada para otra obra diferente, la de transformar en el local comercial una puerta en ventana-escaparete, y esa afirmación es la que se ataca en el motivo segundo, pero sin éxito, porque el recurrente, partiendo de que en los autos no existe prueba alguna respecto a los términos en que el convenio sobre aumento de renta se produjo, establece por su cuenta los hechos que estima por conveniente, para llegar a la conclusión de que tal convenio comprende también la autorización para llevar a cabo las obras apreciadas como causa de resolución, poniendo así de manifiesto que lo que en realidad pretende es que su propio e interesado criterio prevalezca sobre el más ponderado y objetivo de la Sala sentenciadora.

Considerando (3.º) que la desestimación de los dos motivos anteriores acarrea la del tercero y último, porque, modificando dichas obras la configuración del local de negocio arrendado, y habiéndolas realizado el arrendatario sin el consentimiento de la arrendadora, se dan todos los supuestos del artículo 114, causa 7.ª, para decretar la resolución del contrato de arrendamiento, decayendo, en consecuencia, el recurso...

SENTENCIA DE 3 MARZO DE 1965.—Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: «por concurrir alguna de las causas de denegación de la prórroga forzosa» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, artículo 114, causa 11.ª*): por permanecer «cerrado» «durante más de seis meses en el curso de un año» (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 62, caso 3.º*).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento.

«Considerando (único) que la sentencia recurrida afirma como resultado de la prueba practicada que el objeto del contrato de arrendamiento cuya resolución se postula es un local de negocio con destino específico de exposición y venta al público de diversas mercaderías y que, por su configuración física, exigía que el acceso del público se tuviera precisamente a través de la puerta de la calle, coincidiendo las partes en que dicho acceso quedó cerrado y con él el establecimiento; y contra estos hechos lo que se pretende por el recurrente es que se acepte una presunción que configura por su parte, y que razona diciendo que, si se autorizó por el arrendador la comunicación de este local con otro independiente, objeto de otro contrato y dedicado a garaje, pueda y deba estimarse que la tienda continuaba abierta al público, el cual no había hecho otra cosa que cambiar de acceso, porque podía llegar hasta aquella por la puerta del garaje, y a través de éste; pero... se trata de dos negocios diferentes, dos locales independientes a pesar de su comunicación interior en beneficio del arrendatario; ... el cierre de la puerta de una tienda que tiene este acceso directo y normal es un signo externo de incomunicación, y así ha de interpretarlo el público, porque «cerrar» un establecimiento, según la acepción ordinaria, es poner fin a sus actividades...»

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—*Derecho de retracto del arrendatario: arrendatario único de todo el inmueble: agrupación registral del inmueble arrendado con otros, vigente el contrato de arrendamiento.*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (compradores) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de retracto interpuesta por el arrendatario

«Considerando (2.º) que ... se impone respetar el hecho de la Sala de que el actor era ocupante del total edificio que reclama...

Considerando (3.º) que el motivo segundo, amparado en la causa 3.ª, por aplicación indebida del artículo 48 de la Ley y (el artículo) 1.518 del Código, plantea el problema de qué ha de apreciarse por finca independiente a efectos arrendaticios, y no puede por menos de estimarse, siguiendo el reiterado criterio de la Sala, manifestado en sentencias, entre otras, de 27 de noviembre de 1947, 12 de diciembre de 1954, 14 y 23 de noviembre de 1956 y 17 de junio de 1958, que la unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca, que en el Registro aparece como una sola, en la realidad está formada por varias, ya que dar valor decisivo a la inscripción equivaldría, en muchos casos, a hacer ilusorios los derechos de tanteo y retracto, dada la voluntariedad de aquélla y la posibilidad de las agrupaciones, por lo que, reconocido y apreciado en el caso de autos que la finca se arrendó como independiente, y así aparecía en el Registro, y que, vigente el contrato, se agregó a otras y que ello no alteró su realidad física, ni su independiencia a efectos catastrales, tributarios ni arrendaticios, ha de estimarse finca independiente a estos efectos, lo que hace desestimable este motivo y, como consecuencia, el recurso, con expresa condena de costas.»

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato. «por concurrir alguna de las causas de denegación de la prórroga forzosa del contrato» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 11.ª): «cuando el local de negocio permanezca cerrado durante más de seis meses en el curso de un año» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 62, caso 3.º): «cierren» de «almacén» («local de negocio» no abierto al público): a él equivale el cese de su utilización para la función específica a que estuviera destinado; prescripción de la «acción».*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendador demandante) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda, y declarando resuelto el contrato.

«Considerando (2.º), en cuanto al segundo (motivo), amparado en la causa 3.ª, por aplicación indebida del artículo 114, 11.ª, en relación con el 62, 3.º

«de la Ley de arrendamientos urbanos, citada), y 1.964 (del Código civil), que el uso de la cosa arrendada es un deber del arrendatario que perdura con el contrato, y, como no es la realización de un hecho aislado en el tiempo, que por su transcurso se pueda estimar tolerado, subsistiendo el no uso, se está produciendo el hecho prohibido, y no puede hablarse de prescripción; pero es que, aun en el supuesto de que el no uso, por el tiempo en que se produjo y caso de haber cesado, pudiera determinar prescripción, como esta causa resolutoria nació con la Ley de 1956, con arreglo a su disposición transitoria 9.ª, sólo podría contarse a partir de dicha fecha, y tampoco habría prescripción, razones por las que se desestima el motivo.

Considerando (3.º), en cuanto al tercero (motivo), amparado en igual causa del artículo 136, por aplicación indebida de los artículos 114, 11.ª, y 62, 3.º, de la Ley, que, declarado probado por la Sala que desde 1946 el local no se usa para su destino, que dejó de existir en tal fecha, y que sólo se hace ocasionalmente con objetos diversos, como el uso de la cosa arrendada se configura, no sólo por el de su superficie o espacio, sino en función de su destino y finalidad, para la actividad negocial del arrendatario, si no cumple esta función, queda privado del objeto, lo mismo que por cierre físico o material del espacio, y, si desde 1946 no tiene función específica, y sólo en circunstancias no ordinarias ni habituales se usa, no puede negarse que, por no tener función que cumplir específicamente, se tiene que apreciar no ocupado, pues el no uso para negociar es desocupación a todos los efectos, por lo que se desestima este motivo . »

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento de «local de negocio»: resolución del contrato: «por concurrir alguna de las causas de denegación de la prórroga forzosa del contrato» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 114, causa 11.ª): «cuando el local de negocio permanece cerrado durante más de seis meses en el curso de un año» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 62, caso 3.º). conversión de negocio abierto al público en depósito, o «almacén».*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida ... declara probado que el demandado, en virtud de contrato verbal celebrado con el actor, ocupa el local de autos, donde originariamente tenía establecido su negocio abierto al público de vulcanización y reparación de cámaras y cubiertas de automóviles; que este negocio fue trasladado a otro local, en el año 1959, desde la cual fecha el de autos quedó destinado a mero depósito cerrado y sin relación con el público, y, como estas declaraciones no se han impugnado al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, hay que atenerse a las mismas, y desestimar, en consecuencia, el primer motivo del presente recurso, que se ampara en la causa 3.ª del artículo 136 de dicha Ley y se basa en aplicación indebida del artículo 62, número 3.º, y causa 11.ª del 114 de la Ley arrendaticia, al no quedar demostradas las infracciones que se denuncian.

Considerando (2.º) que, declarado probado que el local de autos, donde el demandado tenía un negocio abierto al público, ha sido convertido en «almacén», que no implica cesación de toda actividad, se está en presencia del caso que contempla el número 3.º del artículo 62 de la Ley de arrendamientos urbanos, que ha sido correctamente interpretado, sin que se haya interpretado erróneamente el artículo 5.º, párrafo segundo, ni se haya aplicado indebidamente la causa 11.ª del artículo 114, todos de la citada Ley; por lo que procede la desestimación del motivo segundo, que, amparado en la causa 3.ª del artículo 136 de la misma, se basa en supuestas infracciones de tales preceptos legales.»

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamiento (y subarrendamiento) de «local de negocio»: continuación del contrato por «los herederos» del arrendatario (y subarrendatario) (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 60, apartado 1), y disposición transitoria 4.ª, apartado a).*

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la actora (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los demandados: arrendatario y subarrendatario) por la Audiencia territorial revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y absolviendo de la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (único) que ... de los tres motivos . el primero ..., fundado en la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley especial arrendaticia urbana, denuncia la errónea interpretación del artículo 60 de la misma, así como la indebida aplicación de la disposición transitoria 4.ª (apartado a), porque, según el recurrente, hubiere sido necesario, para aplicar correctamente dichas normas substantivas, reconocer previamente la condición de «heredero» al demandado señor G., ya que, según aduce, la Ley, cuando habla de la sucesión del artículo 60, se expresa «en singular», y no «en plural», cosa ésta que no hace la sentencia que se impugna; y, en este aspecto, no tiene en cuenta dicho recurrente que, ocurrido el fallecimiento del arrendatario—en este caso ha de entenderse el «subarrendatario», de conformidad con el contenido de aquella disposición transitoria—, ocupa por subrogación su puesto el «heredero único», si es uno solo el llamado a la sucesión, o «el plural», si son varios, pudiendo estos últimos renunciar a su derecho a continuar el arrendamiento en favor de uno o de algunos de ellos, aparte de que, si la herencia no está dividida, hasta tanto no lo sea, la facultad de sustituir al causante en el vínculo locativo corresponde al conjunto de todos los herederos, y, como la resolución recurrida declara que al subarrendatario fallecido le sucedieron «sus herederos», prosiguiendo con ellos el subarriendo, ello resulta perfectamente correcto, por lo que, al no haberse infringido aquellos preceptos arrendaticios base del motivo, se impone la inviabilidad del mismo .»

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—*Arrendamientos excluidos de la legislación especial de urbanos: «arrendamientos de temporada» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 2, apartado 1). Interpretación de los contratos: es función del Tribunal de instancia: su interpretación sólo es impugnabile en casación imputándole equivocación evidente.*

Desestima el «recurso de casación por infracción de ley» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar a la demanda de desahucio por extinción del plazo contractual.

«Considerando (1.º) que el Tribunal *a quo* funda su calificación de arrendamiento de temporada en el estudio de los contratos de 21 de febrero de 1958, 29 de abril de 1959 y 20 de abril de 1960, en todos y cada uno de los cuales establecieron sus otorgantes que la duración del arriendo sería para la temporada de verano, añadiéndose en el de 10 de abril de 1962 que también incluiría la de primavera, siendo tan claras y precisas las palabras usadas en su respectiva redacción, manifestando paladina y notoriamente la voluntad de las partes en orden a la duración del convenio, que, conforme a las reglas de interpretación contenidas en el art. 1.281 del Código civil, demuestran cuál fué la indudable intención que animaba a los otorgantes de manera tan evidente que no puede dárseles sentido y explicación distinta a lo que literalmente expresaban, pero, aparte de esta realidad, que también se infiere del mismo hecho de suscribir anualmente contrato nuevo sobre el mismo objeto, cuya única razón era el variar el precio que señalaba, la prueba documental, expresiva de la autorización gubernativa de cierre temporal del negocio del demandado, desde el 23 de octubre de 1962 al 15 de marzo de 1963, la renovación del permiso para utilizar la pista de baile durante los años 1960 a 1963, la calificación sindical de «establecimiento de temporada» del referido negocio, y aun las afirmaciones del Alcalde pedáneo de la barriada y del Vigilante de la Asociación Sindical de la misma expresan «en su conjunto y relación» la realidad del hecho unánimemente expresado en aquellos contratos, y que antes se ha sentado, hecho, por otra parte, paladinamente reconocido por el propio demandado al confesar...

Considerando (3.º) que igual suerte ha de correr el motivo segundo, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.281 del Código civil y la no aplicación del 1.282 del mismo Cuerpo legal, pues, siendo función propia del Tribunal *a quo* la interpretación de cuáles sean las manifestaciones de voluntad de los contratantes y alcance de sus estipulaciones, sólo es susceptible de impugnación en casación en el supuesto de que incida en equivocación evidente del juzgador, y es lo cierto que la (interpretación) sentada por la Audiencia se ajusta perfectamente a los términos de la cláusula que analiza, y se corrobora por abundantísima prueba documental que ni siquiera se ha intentado impugnar.»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1965.—«Recurso de injusticia notoria»: cauce procedente para impugnar el fallo de instancia sobre cuál de las dos sucesivas repulsas del arrendatario a aceptar la obligación de pagar al arrendador la compensación parcial del importe de las obras de reparación por éste realizadas marca el comienzo del plazo de caducidad de las acciones del arrendador (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 101, apartado 2, regla 5.ª) cuando éste ha producido también sucesivamente dos notificaciones al arrendatario no son adecuados ni el de la causa 4.ª (error de hecho en la apreciación de la prueba) ni el de la causa 3.ª (infracción de precepto o doctrina legal) denunciando la infracción de los preceptos (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, arts. 101, apartado 2, regla 5.ª, y 106, apartado 1) que establecen tal caducidad y su plazo, sino esta misma causa 3.ª para denunciar la infracción de las normas sustantivas con arreglo a las cuales ha de ser interpretada la contestación del arrendatario a la primera notificación del arrendador (Código civil, artículos 1.281 a 1.289); formalidades en la «formalización» (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, segundo y último párrafo).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandante (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolvió al arrendatario demandado de la pretensión de resolución del contrato.

«Considerando (2.º) que el motivo primero, formulado al amparo de la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, más que demostrar la evidencia del error de hecho que denuncia, lo que pretende es discutir la eficacia de la notificación del arrendador, de fecha 1 de octubre de 1962, que determinó la expresa negativa del arrendatario, a la luz de los artículos 109 y demás que cita de la Ley de arrendamientos urbanos; lo que obliga a desestimarlos por inadecuación del cauce elegido, ya que se trata en él de una cuestión jurídica, y no de revisión de premisas fácticas.

Considerando (3.º) que la sentencia recurrida no ignora lo que son documentos públicos, según la definición que de los mismos hace el artículo 1.216 del Código civil, ni el valor probatorio que les atribuye el 1.218, ni la equiparación que establece el 1.225 con los documentos privados con respecto a las partes que los hubieren suscrito; y, por tanto, no ha cometido la infracción que el motivo segundo le atribuye de dichos preceptos, únicos que cita expresamente, sin que sea admisible dar por reproducidos en dicho motivo, sin enunciarlos, preceptos citados en el motivo anterior a otros fines, silenciando, además, el concepto en que han podido ser infringidos; por lo que también hay que desestimarlos.

Considerando (1.º) que el motivo tercero del recurso viene a sostener la tesis de que, al contestar el arrendatario demandado a la notificación de la parte actora de 1 de octubre de 1962, no rechazó la elevación propuesta, sino

que se limitó a advertir su ilegalidad o insuficiencia, en cuya virtud se le repitió la notificación adecuadamente, y sólo entonces, a partir de la negativa a esta segunda notificación, debe computarse el plazo de caducidad, y, al no hacerlo así, por la sentencia recurrida se infringió, por interpretación errónea, el artículo 106, número 1.º, de la Ley de arrendamientos urbanos; pero esta posición implica el planteamiento del problema de la interpretación del documento de 26 de octubre de 1962, en que se contiene la contestación del demandado, lo que no se hace por el recurso, por lo que, si no se ha denunciado la infracción de ninguna de las normas hermenéuticas contenidas en el capítulo IV del título II del libro IV del Código civil, hay que estimar correcta y adecuada la interpretación hecha por la sentencia recurrida y cae por su base la consecuencia que trata de deducirse por este motivo, que, por tanto, ha de desestimarse.»

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1965—«*Recurso de injusticia notoria*»: *error de hecho en la apreciación de la prueba* (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 4.ª); *infracción de precepto legal* (Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 3.ª); *error de Derecho en la apreciación de la prueba*: «*presunciones*» (C. c., art. 1253). «*confesión judicial*» (C. c., art. 1.233).

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la demandante: arrendadora) por la Audiencia territorial revocando la absolutoria del Juzgado de Primera Instancia y estimando la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (único) que se hace conveniente, para el estudio del recurso formalizado, comenzar por el análisis del motivo segundo, que, amparado en la causa 4.ª, del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, denuncia el manifiesto error en la apreciación de la prueba, sin tener en cuenta el recurrente que lo que pretende no es otra cosa que deducir una conclusión probatoria distinta a la sentada por el Tribunal *a quo* para, sobre ella, montar una contradicción con el fallo recurrido, conducta esta inadmisibles, por contraria a la técnica procesal que caracteriza la causa 4.ª, y, como las actas notariales a que se refiere el motivo, en las que se recogen las manifestaciones que en ella constan, nunca pueden revestir la condición de prueba documental que exige aquélla, ya que tales manifestaciones no tienen otro carácter que el de meras expresiones testificales, se hace indudable que el citado motivo ha de decaer necesariamente, y asimismo el primero de ellos, que, amparado en la causa 3.ª, denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, y el solo hecho de consignarse que el Tribunal *a quo* no hizo uso de las presunciones para llegar a la premisa sentada en su resolución ahora recurrida, sino que la derivó de la prueba directa, al no haberse atacado ésta (con base) en los preceptos de valoración de la prueba de la misma, se hace impropio, al igual que el motivo tercero, que combate la apreciación que de la confesión judicial se contiene en la sentencia recurrida, denunciando la violación del art. 1.233 del Código civil, ya que desde el momento que juntamente con esta prueba se emplean otros medios, que, recayendo sobre los mismos hechos objeto de aquélla, constituyen, por el mecanismo de la apre-

ciación conjunta sobre la practicada, a deducir por el Tribunal, libremente, el resultado de todas, y así ha ocurrido en el presente litigio, en el que la Sala sentenciadora deduce su premisa de hecho de distintos medios probatorios...»

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: «por infracción de precepto y de doctrina legal» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 3.ª*): error de Derecho en la apreciación de la prueba.

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (2.º) que, frente a esa decisión se alza el recurso, en cuyo primer motivo se denuncia un error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial de la demandante, el cual se desestima, porque la sentencia, lejos de negar, reconoce que ha habido un aumento de renta, pero afirma que lo fué única y exclusivamente por la autorización otorgada para otra obra diferente, la de transformar en el local comercial una puerta en ventana-escaparate, y esa afirmación es la que se ataca en el motivo segundo, pero sin éxito, porque el recurrente, partiendo de que en los autos no existe prueba alguna respecto a los términos en que el convenio sobre aumento de renta se produjo, establece por su cuenta los hechos que estima por conveniente, para llegar a la conclusión de que tal convenio comprende también la autorización para llevar a cabo las obras apreciadas como causa de resolución, poniendo así de manifiesto que lo que en realidad pretende es que su propio e interesado criterio prevalezca sobre el más ponderado y objetivo de la Sala sentenciadora»

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por error de hecho en la apreciación de la prueba (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 4.ª*); por «infracción de precepto y de doctrina legal» (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, causa 3.ª*): infracción del Código civil, art. 1.253 (presunciones).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento

«Considerando (único) que la sentencia recurrida afirma, como resultado de la prueba practicada, que el objeto del contrato de arrendamiento cuya resolución se postula es un local de negocio con destino específico de exposición y venta al público de diversas mercaderías y que, por su configuración

física, exigía que el acceso del público se tuviera precisamente a través de la puerta de la calle, coincidiendo las partes en que dicho acceso quedó cerrado y con él el establecimiento; y contra estos hechos lo que se pretende por el recurrente es que se acepte una presunción que configura por su parte, y que razona diciendo que, si se autorizó por el arrendador la comunicación de este local con otro independiente, objeto de otro contrato y dedicado a garaje, pueda y deba estimarse que la tienda continuaba abierta al público, el cual no había hecho otra cosa que cambiar de acceso, porque podía llegar hasta aquella por la puerta del garaje, y a través de éste; pero, al razonar así, trata de sustituir la valoración de pruebas directas, entre ellas documentos públicos, demostrativos, no sólo del cierre sino de la desocupación, por una mera presunción que no puede ser más ilógica, porque se trata de dos negocios diferentes, dos locales independientes, a pesar de su comunicación interior en beneficio del arrendatario; y la tesis del recurrente es contraria al buen criterio humano y a toda regla de experiencia, ya que el cierre de la puerta de una tienda que tiene este acceso directo y normal es un signo externo de incomunicación, y así ha de interpretarlo el público, porque «cerrar» un establecimiento, según la acepción ordinaria, es poner fin a sus actividades, y, como los dos motivos del recurso tienden a la defensa de la tesis rechazada, procede la desestimación del recurso, cuya temeridad a efectos de costas es evidente.»

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—«Recurso de injusticia notoria»: «por infracción de precepto legal» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 3.ª*): incongruencia (*Ley de enjuiciamiento civil, aplicable, subsidiariamente, según la Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 150, art. 359*): acumulación inicial de pretensiones alternativas.

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por el arrendador demandante) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda, y declarando resuelto el contrato.

«Considerando (1.º) que en el primer motivo del recurso, fundado en la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley, por infracción del 359 de la de Enjuiciamiento, se alega incongruencia, porque en el fallo se omitió la desestimación de la pretensión de que el contrato que liga a las partes está fuera del ámbito de la Ley, y, como tal pretensión fué alternativa con la de resolución, tratándose de peticiones alternativas, la sentencia que accede a una de ellas es congruente, no siendo preciso pronunciamiento expreso, si se accede a una de las peticiones, con respecto a la otra: sentencia, entre otras, de 1 de febrero de 1946, por lo que no puede estimarse este motivo del recurso.»

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por «error en la apreciación de la prueba» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 4.ª*). no son esgrimibles los documentos interpretados y valorados por la Sala a qua; «cuestiones nuevas» (*Ley de enjuiciamiento civil, subsidiariamente aplicable según la Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 150, art. 1.729, 5.º*).

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por los demandados (compradores) contra la sentencia dictada en apelación (también por ellos interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de retracto interpuesta por el arrendatario.

«Considerando (1.º) que en el tercer motivo del recurso, amparado en la causa 4.ª del art. 136 de la Ley, el recurrente enfrenta a la declaración de la Sala de que el actor ocupa la totalidad del edificio y que éste es finca independiente a efectos del retracto, el contrato de arriendo, que la Sala interpreta y valora, y la certificación del Registro, que también es objeto de controversia y ha sido valorada por la Sala, y, como los documentos interpretados por el Tribunal no pueden servir de fundamento a la causa 4.ª, según reiterada doctrina de esta Sala, porque ellos no denotan contradicción, sino diversa interpretación de los mismos por la parte, se impone la desestimación del motivo.

Considerando (2.º) que, no habiéndose podido estimar el motivo tercero, se impone respetar el hecho de la Sala de que el actor era ocupante del total edificio que reclama, sin que se pueda aceptar el motivo primero, que, partiendo de un hecho distinto, fijado por el recurrente, que el actor sólo ocupa el piso bajo, saca la consecuencia de la infracción de los artículos 47 y 48 de la Ley y 1.518 del Código, pues, como hay que aceptar la ocupación total del edificio, que declara la Sala, el motivo decae, como de todas formas sería inviable, pues la sola ocupación del piso bajo es problema que surge en el recurso, sin haberse alegado en la instancia, y, como cuestión nueva, tampoco se podía tomar en consideración»

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: por «error en la apreciación de la prueba» (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 136, causa 4.ª*): no constituye prueba «documental» el acta notarial en que se exteriorizan manifestaciones testificales ni puede argumentarse la existencia de tal error con la infracción de preceptos legales; es indispensable concretar «el concepto» de la infracción alegada (*Ley de arrendamientos urbanos, citada, art. 136, segundo párrafo*).

Desestima (sin costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la actora (arrendadora) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los demandados: arrendatario y subarrendatario) por la Audiencia territorial revocando parcialmente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y absolviendo de la demanda de resolución del contrato.

«Considerando (único) que ..., como en el motivo segundo, amparado en el manifiesto error en la apreciación de la prueba, no solamente se aduce el contenido de un acta notarial que, por exteriorizar unas manifestaciones testificales, no es documento apto a los fines de la causa 4.ª, sino que, citándose la infracción de preceptos legales en apoyo del supuesto error de hecho aducido, queda totalmente eliminado el mencionado motivo; e igual suerte ha de seguir el tercero, desde el momento que en el mismo no se expresa el concepto de la infracción que achaca a doctrina legal a que alude, y, como con ello se quebranta el rigor formal que debe presidir en su formalización y es exigido de manera inexcusable por el artículo 1.720, en relación con el número 4.º del 1.729 de la Ley de enjuiciamiento civil, así como en el último párrafo del 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, el motivo de decaer por causa de inadmisión, que en el presente trámite procesal se convierte en la dsestimación, según reiterada doctrina de esta Sala...»

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1965.—«*Recurso de casación por infracción de Ley*: error en la apreciación de la prueba (*Ley de enjuiciamiento civil*, artículo 1.692, número 7.º): no es dable argumentarlo desarticulando las pruebas apreciadas en conjunto; error de Derecho: «*confesión judicial*» y documentos privados; «*cuestión nueva*» (*Ley de enjuiciamiento civil*, artículo 1.729, número 5.º).

Desestima el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar a la demanda de desahucio por extinción del plazo contractual.

«Considerando (2.º) que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no es lícito en casación, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, como rotundamente lo afirma el Tribunal *a quo*, separar alguna de las probanzas o elementos de ella, para, con apoyo en los mismos, acusar al juzgador de haber incidido en equivocación, lo que hace decaer los motivos primero y cuarto, máxime, en cuanto al primero, la confesión, que sólo hace prueba plena cuando está prestada con juramento decisorio, según el párrafo segundo del artículo 580 de la Ley procesal civil, no tiene preferencia sobre los otros medios de prueba y debe apreciarse en combinación con los demás aducidos; y, respecto al cuarto motivo, el documento no ha sido averado por la actora, por lo que no le son de aplicación los artículos 1.225, 1.228 y 1.232 del Código civil, citados como infringidos.

Considerando (5.º) que, por último, tampoco puede prevalecer el motivo cuarto, por tratarse de una cuestión que, al no haber sido oportunamente planteada en el período expositivo del proceso, tiene el carácter de cuestión nueva en casación...»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de abril de 1965.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960 SOBRE EL RECARGO TRIBUTARIO QUE ESTABLECE EN CUANTO A LAS ADQUISICIONES A TÍTULO LUCRATIVO, CUANDO LA PARTICIPACIÓN INDIVIDUAL EXCEDA DE DIEZ MILLONES DE PESETAS.

Antecedentes.—En 7 de enero de 1963, doña Antonia J. P. y sus tres hijos otorgaron escritura de manifestación de la herencia de su esposo y padre, respectivamente, don J. Bonet, muerto bajo testamento en el que hizo varios legados e instituyó herederos a dichos hijos, relacionándose diferentes bienes con un valor declarado de 20.224.499,69 pesetas y adicionándose en documento posterior 287.600 pesetas.

Presentados los documentos en la Oficina liquidadora y realizada la comprobación de valores arrojó un resultado de 35.951.396,83 pesetas.

Se giraron las correspondientes liquidaciones por timbre y Derechos reales y una liquidación complementaria a nombre del hijo don José Bonet, en concepto de recargo para atenciones de carácter social, con arreglo a la Ley de 21 de julio de 1960, sobre una base de 10.220.550,01 pesetas, al tipo del 7 por 100, que produjo un total de 715.458,50 pesetas.

Recurrida la liquidación ante el Tribunal provincial, alegó el interesado que la Oficina liquidadora había incurrido en error al tomar una base improcedente, a tenor de la Ley de 21 de julio

de 1960, que establece dicho recargo para las adquisiciones a título lucrativo en cuanto cada participación individual en aquéllas exceda de diez millones de pesetas, es decir, que lo gravado con el recargo es únicamente el exceso sobre la dicha cantidad, sin que pueda prevalecer la tesis del liquidador de que para la fijación de la base habrán de seguirse las mismas normas que las del impuesto de Derechos reales, o sea, que la base del recargo no es la total porción de lo que al heredero se le adjudique, sino que será la cantidad en que la porción individual exceda de diez millones de pesetas.

En definitiva, la base liquidable del recargo debiera ser, según el recurrente, la de 220.550,01 pesetas, que era la cantidad en que lo adjudicado rebasaba los diez millones de pesetas.

El Tribunal provincial acordó desestimar el recurso con fundamento en que la tarifa de la Ley de 21 de julio de 1960 para la exacción del recargo destinado al Fondo Nacional de Asistencia Social está redactado en forma análoga a la comprendida en los números 29 al 39 de la tarifa general del impuesto de Derechos reales, y, por consiguiente, debía aplicarse en idéntica forma.

Notificada la resolución del Tribunal provincial fué recurrida ante el Central con razonamientos análogos a los de la primera instancia, añadiendo que el fundamento del recargo es distinto al que fundamenta el de Derechos reales, ya que éste contiene límites exentos y en cambio la tarifa del recargo parte de los diez millones para aplicar el tipo más bajo de la escala, aparte de que la tesis del Tribunal inferior puede perjudicar al heredero, puesto que en determinados casos la voluntad del testador de beneficiar al heredero se quebrantaría, si la cifra exigida al mismo fuese superior a la mejora o beneficio pretendida por el causante, como en el caso ocurre, puesto que se exigen por Derechos reales 715.438,50 pesetas y ser la verdadera base del recargo la de 220.550,01 pesetas.

El Central comienza por transcribir el artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, que dice: «las adquisiciones de bienes a título lucrativo realizadas a partir del 1 de enero de 1961, en cuanto que cada participación individual en aquélla exceda de diez millones de pesetas, quedarán sujetas a un recargo con arreglo a la tarifa adjunta que se exigirá con independencia del impuesto a Derecho reales por las mismas Oficinas competentes para su li-

quidación y al tiempo de practicar éste...», destinándose su importe a cubrir las atenciones que el mismo artículo enumera; de donde nace la discordia entre la Oficina liquidadora y el contribuyente, al sostener aquélla que la base liquidable, a tenor del artículo 8.º de la misma Ley, lo constituye la cuantía total de la participación individual en tales adquisiciones, en cuanto exceda de diez millones de pesetas como entendieron la Oficina liquidadora y el Tribunal provincial; o más bien, como entiende el reclamante, deba tomarse como base la cantidad en que la adquisición exceda o sobrepase los diez millones de pesetas, en el caso 220.550,01 pesetas. El Central acepta esta interpretación, «siendo de observar —dice— que la locución en cuanto viene usada en este caso, dado el sentido de la frase, como adverbio de cantidad que califica al verbo activo exceder y, de consiguiente, lo sometido al recargo es únicamente la cantidad que sobrepasa los diez millones de pesetas, conclusión, añade el Central, a que también se llega a simple vista de la propia estructura de la tarifa que comienza en la cifra de 10.000.000,01 pesetas, sin someter a tributo las cantidades a participaciones individuales inferiores a esa cantidad.

En su consecuencia, la Resolución que comentamos anula la del provincial, así como la liquidación por el recargo para el Fondo Nacional de Asistencia Social para que sea sustituida por otra a cargo del mismo contribuyente, tomando como base liquidable la cantidad de 220.550,01 pesetas, reconociendo al recurrente el derecho a la devolución de la cantidad que en cumplimiento del fallo sea procedente.

Comentarios.—Estamos de completo acuerdo con la doctrina e interpretación sentada por el Tribunal Central en la reseñada resolución y con los razonamientos sentados en la misma, nacidos de la interpretación de los artículos 7.º y 8.º de la citada Ley de 21 de julio de 1960, aplicable a partir del 1 de enero de 1961 y destinado el importe del recargo que establece a necesidades de carácter benéfico-social que la misma detalla en los artículos 2.º y 7.º

En ambos se da el concepto del recargo que la Ley crea, y así dice el 7.º que «las adquisiciones de bienes a título lucrativo a partir del 1 de enero de 1961, en cuanto cada participación individual en aquéllas exceda de diez millones de pesetas quedarán su-

jetas a un recargo con arreglo a la tarifa adjunta, que se exigirá con independencia del impuesto de Derechos reales, y el 8.º, después de decir que la base del recargo se determinará conforme a las normas del impuesto de Derechos reales, añade que el recargo que se crea se liquidará e ingresará con independencia del impuesto de Derechos reales y no podrá exigirse por ningún concepto otra cantidad que la que resulte de la aplicación de la tarifa adjunta».

Aunque no sean precisamente un modelo de claridad y precisión los preceptos transcritos, es indudable que su lectura atenta dice que el recargo creado grava las participaciones individuales sobre la base de la cantidad en que las mismas sobrepasen los diez millones de pesetas.

No tenemos a la vista el expediente, ni por lo mismo las hojas de liquidación, pero de la relación de hechos que la resolución da se ve que la base del recargo que tomó la Oficina liquidadora fué la de 10.220.550,01 pesetas y no la de 220.550,01, en que la porción individual del heredero recurrente, como tal heredero, excede a la porción individual hereditaria, lo cual implica que la porción hereditaria de los diez millones fué gravada dos veces, una por el impuesto de Derechos reales y otra por el recargo, lo cual está fuera de lo pretendido por la Ley, puesto que, como hemos repetido, ésta no somete al recargo más que aquello en que lo adjudicado exceda de los diez millones.

De lo expuesto se desprende claramente que ante los razonamientos anotados carecen de eficacia los razonamientos del provincial, porque el que las tarifas del recargo están redactadas análogamente a las de los números 29 al 39 de la tarifa general nada significa, y además porque de la propia tarifa del recargo, como apunta el Central, se desprende un argumento definitivo a favor del recurrente, y es el de que tal tarifa da como primera base sometida el recargo la de diez millones y una peseta, lo cual prueba que esos diez primeros millones no están sometidos al recargo, puesto que la tarifa no los grava y si lo están las cantidades que sobrepasen dicha cantidad.

En síntesis, nuestro parecer es que los 10.220.550 pesetas pagan por Derechos reales y además las 220.550 pesetas habrán de ser gravadas con el recargo correspondiente, en este caso del 7 por 100,

apartado A) de la tarifa del mismo, que dice: A) Transmisiones a favor de hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio—10.000.000,01 a 25.000.000—, 7 por 100.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de mayo de 1965.

DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE SIMPLE GESTIÓN Y LOS PROPIAMENTE ADMINISTRATIVOS DECLARATORIOS DE DERECHOS.

Antecedentes.—Como consecuencias de la liquidación practicada por la Oficina liquidadora por el impuesto de Derechos reales de la compra de una casa acogida a los preceptos de la Ley del Suelo, se giró una liquidación aplicando aquellos preceptos y prescindiendo de los de esa Ley en cuanto a exenciones.

La compradora, doña M. de la P, ante ese hecho solicitó del Delegado de Hacienda la declaración de nulidad de la liquidación y la devolución de la cantidad ingresada, fundada en no haberse aplicado los beneficios fiscales de dicha Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en el artículo 193.

El Delegado de Hacienda, de acuerdo con el informe de la Abogacía del Estado, desestimó la petición por carencia de competencia para resolver la cuestión, fundado en que la no aplicación de la exención no podía estimarse como error de hecho de los comprendidos en el artículo 217 del reglamento del impuesto, ya que de existir error lo sería de derecho, y esta clase de errores no se puede combatir sino mediante los recursos establecidos en el artículo 216 del mismo reglamento, o sea, por medio de recurso económico-administrativo ante el Tribunal provincial.

La reclamante, no conforme con tal decisión, interpuso recurso contra el acuerdo del Delegado ante el Tribunal provincial económico-administrativo, y éste acordó desestimar la reclamación con fundamento en que la concesión o denegación de exenciones es cuestión de derecho que debió plantearse en el oportuno recurso económico-administrativo, esto aparte de que aunque se estimase el escrito ante el Delegado de Hacienda como escrito inicial de la

reclamación, el plazo para reclamar era de quince días y estaba agotado, puesto que la liquidación fué ingresada en 5 de junio de 1959 y la instancia de devolución no fué presentada hasta el 3 de marzo de 1961, lo cual prueba que el plazo de quince días improrrogables estaba agotado.

Entablado recurso ante el Tribunal Central, alegando que notificadas las liquidaciones se formuló «in voce» la oportuna reclamación ante la Oficina liquidadora, la que mantuvo las liquidaciones, entendiendo que no procedía la exención, y alegando también la recurrente que en la tramitación de primera instancia se había producido quebrantamiento de forma al no haber sido puesto de manifiesto el expediente.

Respecto al fondo del asunto se alegó el artículo 193 de la citada Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que establece la exención por Derechos reales y timbre para las enajenaciones de fincas a favor de particulares regulada en esta Ley, así como la transmisión de los edificios que se construyan en polígonos de nueva urbanización, cuando tengan lugar dentro de los seis primeros años de la terminación del edificio.

Por tanto, se cometió el error del hecho regulado en el artículo 217 del reglamento del impuesto, el cual concede el plazo de cinco años para solicitar la devolución de los ingresos indebidos a consecuencia de tales errores, sin que contra esta tesis quepa el criterio de que no se trata de un error de hecho, ya que el texto del artículo 193 de la Ley de 12 de mayo de 1956, ya citada, es tan claro y preciso que ninguna duda puede ofrecer su contenido al liquidador. Por todo ello se solicita la anulación de las actuaciones y en su defecto que se revoque el acuerdo del Delegado de Hacienda y procedente la exención solicitada.

El Central, en su resolución, empieza por decir, ocupándose de las infracciones procesales de primera instancia con la tramitación del expediente, que no existen, ya que el Provincial conoció plenamente de la cuestión planteada, referente a la exención con arreglo a la citada Ley del Suelo, y dilucidó si el problema consistía en un error de hecho o de derecho a los efectos de determinar si la devolución denegada por el Delegado de Hacienda era procedente, debiendo concluirse en primer lugar que la indefensión

alegada no se produjo, ni por tanto la nulidad de las acusaciones, según el artículo 61 del reglamento de procedimiento.

Respecto a la cuestión de fondos es necesario distinguir entre error de hecho y error de derecho para determinar el procedimiento legal utilizable para la impugnación del acto económico-administrativo, plazo para hacerlo y efectos económicos que se deriven.

Esto supuesto, el Central se extiende largamente en determinar lo que en general se entiende por error de derecho, partiendo de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y continuando después por las diferentes Leyes administrativas y con mención de los recursos y procedimiento para su impugnación, terminando con el concepto legal y procesal del error de hecho, el cual está constituido por «errores diferentes a sucesos u orden de cosas que tienen una realidad independiente de la opinión o criterio de interpretación de las normas jurídicas aplicables o que se estimen de aplicación al caso de que se trate, como son la reiteración del ingreso de una misma liquidación, la determinación del lugar donde están situados los bienes inmuebles, la inclusión en la base tributaria de errores que erróneamente se creían del contribuyente causante, la patente equivocación sufrida por el contribuyente al hacer una declaración fiscal y otras análogas como, por ejemplo, el señalamiento de un tipo de tarifa equivocado o el error aritmético al practicar una liquidación.

Mas es, sigue diciendo la resolución que nos ocupa, la circunstancia de que la Oficina liquidadora hiciera caso omiso de que la transmisión objeto de la liquidación impugnada estuviera comprendida en los beneficios del artículo 193 de la repetida Ley del Suelo, aun admitiendo que hubiera constituido una omisión involuntaria no patentizaría por sí sola que fuera indebido el ingreso en la Hacienda Pública, ya que para llegar a tal conclusión hubiera sido preciso pronunciarse sobre si estaban o no cumplidos los requisitos establecidos en la Ley para aplicación de tal exención fiscal, lo que no se ha efectuado en el caso ni puede hacerse en el procedimiento especial regulado por el artículo 6.º del Reglamento de 29 de julio de 1924, modificado por Decreto de 2 de agosto de 1934 y artículos 217 y 218 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, por estar reservada la impugnación del acto

administrativo al procedimiento de plena jurisdicción en materia económico-administrativa como dispone el artículo 219 del reglamento de impuesto de 15 de enero de 1959.

Es decir, en conclusión, que los errores de hecho, propiamente dichos, se ventilan ante el Delegado de Hacienda, conforme de la Abogacía del Estado, y los que no tienen esa cualidad, o sea, los errores de derecho, ante la jurisdicción económico-administrativa.

El Central, en definitiva, desestima el recurso de alzada y confirma la decisión del Provincial.

Comentarios.—Nos parece perfectamente clara la doctrina expuesta en cuanto a la distinción entre el error de hecho y de derecho, y eso supuesto no es discutible el acierto de la resolución analizada.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL,

Abogado del Estado.

LIBROS

CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO.—*Sección segunda: Estudios de Derecho notarial.*—Volumen II.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

Este volumen comprende varios trabajos, que se distribuyen en dos grupos: el primero, denominado «Estudios», y el segundo bajo el epigrafe de «Ponencias y Comunicaciones».

I.—ESTUDIOS.

1. *Los protocolos de más de cien años y su conservación*, por José A. García-Noblejas.

La importancia que tienen los protocolos notariales es resalta-da acertadamente por el autor, pues constituyen un verdadero tesoro documental de gran valor histórico, jurídico, social y, en definitiva, de la vida de toda España. Legalmente ha sido reconocido así, pues el Decreto de 24 de julio de 1947 los comprende en el Patrimonio Histórico de la nación, diciendo que constituye el patrimonio histórico documental y bibliográfico de España, cuya conservación y acrecentamiento es inexcusable deber del Estado, el conjunto de manuscritos, impresos y encuadernaciones de interés histórico, bibliográfico o artístico, cualquiera que fuese su poseedor (art. 49).

Considera el autor que la documentación notarial centenaria constituye la más copiosa masa documental en España para la investigación histórica; que es precisa una ordenación sistemática permanente de la misma, y que la importancia y volumen de esta documentación exige un ingente esfuerzo técnico para su catalogación científica, que debe correr a cargo del Estado.

El fundamento de la conservación de los protocolos notariales radica no tanto en razones jurídicas (porque la fe pública notarial es imprescriptible y no decae o pierde vigor por el transcurso del tiempo), como en consideraciones de índole histórica, unido esto a un interés público y en general de carácter informativo; de ahí que los protocolos notariales que sobrepasan una cierta antigüedad tengan dos notas características: la pérdida de su carácter jurídico y su creciente valor como fuente de investigación histórica.

Presupuesto el interés público en la conservación de los protocolos notariales, nada de extraño tiene que la reglamentación de su conservación se remonte a tiempos muy antiguos en España; ya las Partidas y el Fuero Real contienen disposiciones al efecto, reiteradas constantemente por las Cortes de la Edad Moderna y declarado sin lugar a dudas en la vigente Ley Orgánica del Notariado de 1862.

Hasta la publicación de esta Ley se dice con frecuencia que los protocolos eran de propiedad privada de los escribanos. El autor reconoce que erróneamente participó de esta opinión, pero que no existe ninguna disposición anterior a dicha Ley de 1862 en la que se reconozca que fueran propiedad privada de los escribanos. Antes al contrario, hay multitud de disposiciones de las que directa o indirectamente puede sacarse la conclusión de que siempre fueron considerados de propiedad estatal. Lo que tuvieron los escribanos, a juicio del autor, fué un derecho de carácter administrativo sobre los protocolos, consecuencia del estado posesorio de su Oficio público.

La formación de los Archivos de protocolos debe su origen a la Real Cédula de 5 de marzo de 1764, por la que se disponía que en tal archivo ingresarían los registros y protocolos de todos los Escribanos Reales que fueren falleciendo; y de tal forma se puso en práctica la nueva reglamentación, que subsistió hasta la Ley Orgánica de 1862, siendo origen y antecedente inmediato del actual archivo de protocolos de Madrid. Antes de esta Ley, el importante proyecto de 1829 ya preveía la creación de archivos generales de distrito. Después de diversas modificaciones legislativas, hoy existen las tres siguientes clases de Archivos: 1.ª, en los Colegios Notariales, a cargo de los mismos, servidos por Archiveros Facul-

tativos; 2.^a, en los Históricos y Provinciales (del Ministerio de Educación Nacional), como Sección independiente de ellos, bajo la dirección y custodia del Notario Archivero, y servidos también por funcionarios del Cuerpo Facultativo. A estas Secciones se pueden incorporar protocolos seculares de otros distritos de la misma provincia; 3.^a, en los archivos de cada distrito notarial, a cargo del Notario Archivero, que deberá formar el catálogo con asesoramiento del Cuerpo Facultativo. A tales archivos, pues, corresponde la conservación de los protocolos de más de un siglo.

Finalmente, señala el autor los puntos críticos de la legislación actual:

a) El escollo que supone el principio del secreto del protocolo (que se remonta a la Ley de Partidas) y que no distingue para nada la antigüedad de la fecha de los documentos, que aplicado rígidamente haría imposible pudieran servir para cualquier labor histórica o científica.

b) Funcionarios a quienes debe encomendarse su custodia. Si por un lado corresponde al Notariado conservar los protocolos, por otro lado debe reconocerse que el Cuerpo Facultativo de Archiveros es el administrativamente idóneo para ordenar su técnica. El autor cree que deben superarse perjuicios profesionales y de cuerpo en esta materia, dando a cada uno lo suyo: técnica a los Archiveros profesionales y fe pública al Notariado.

c) Los Archivos de distrito notarial en su mayor parte deben ser suprimidos y refundidos en los Históricos provinciales; especialmente en aquellas cabezas de partido que no puedan contar con los funcionarios Archiveros tan necesarios para la organización técnica de tales archivos.

2. *El Notariado como Corporación*, por Juan M. A. Alvarez Robles.

El autor realiza un intento de considerar al Notariado como Corporación, llevando a sus últimas consecuencias esta idea. Mucho se ha escrito sobre el corporativismo, pudiendo definirse la Corporación, con MÜLLER, como organización unitaria de segundo

grado de las fuerzas vitales o funcionales de la nación. En esta definición existen tres ideas fundamentales: la de función, que señala el fin; la idea de organización, que señala el medio para el logro de este fin, y la idea de nación, que señala el ámbito.

El autor afirma que el Notariado español, y mucho más una vez instaurada por Decreto de 2 de febrero de 1951 la Junta de Decanos, es una auténtica Corporación nacional, puesto que es una organización unitaria de todos los Colegios Notariales, ordenada al ejercicio de una función de ámbito nacional, de carácter evidentemente público y con un contenido que la Ley concreta en la dación de fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales. Concurren, pues, las tres ideas características de toda Corporación. El Notariado español es persona jurídica, a juicio del autor, y así es reconocida expresamente por la Ley su Junta de Decanos.

Termina con dos anexos: uno, relativo a la lista de Notarios españoles publicistas en activo el 27 de mayo de 1962 (que arroja un total de 278); y el otro, relativo a un anteproyecto de regulación de la Corporación Notarial, en el que destaca la consideración de que será regida, como órgano supremo, por la Junta de Decanos.

3. *El Notario como funcionario, como técnico en Derecho, consultor y asesor*, por D. Danés y Torras.

Una auténtica historia del Notariado está por escribir, dice el autor; no obstante, hay datos que permiten conocer que la función se remonta a tiempos muy antiguos. Por lo que respecta a España, no cabe duda que la Institución Notarial se introdujo por los romanos una vez conquistada la Península.

Es en el año 641, fecha en que se promulga el Fuero Juzgo, cuando se encuentran ya expresamente nombrados en el título V, que versa «De los que falsan los escriptos» y numerosas Leyes o disposiciones posteriores se refieren a los Escribanos y Notarios.

Después de examinar las teorías de los diversos autores, no resulta claro que el Notario sea funcionario público; a juicio del autor, parece que el Notario tiene carácter público y privado al

mismo tiempo; que es un funcionario público y un profesional del Derecho, o sea, un funcionario del Estado y un funcionario de los particulares, todo a la vez. Todos los Reglamentos notariales han reconocido el carácter de funcionario público del Notario (y el vigente de 2 de junio de 1944, en sus artículos 1, 60, 64, 65 y 71), por lo que el concepto de funcionario público atribuido al Notario en el distrito de su Notaría es indudable.

El ser considerado funcionario público tiene ventajas e inconvenientes; pero estima el autor que para el Notario ser funcionario público resulta algo así como de orden secundario, pues debe prevalecer en él el carácter de técnico profesional del Derecho y el de consultor y asesor de quienes reclamen su ministerio. Además, la moralidad es tan necesaria en el Notario como la ciencia.

La ciencia (conocimiento del oficio) que debe tener el Notario, saturada de moral, como anteriormente se dice, lleva al autor a considerar que la Notaría es arte que enseña a redactar con precisión y claridad y con arreglo a las Leyes, los actos y contratos de los particulares. Para mejor redactar los instrumentos públicos se recurre a los formularios, porque las fórmulas vienen a ser como una condensación de la ciencia y teoría; si bien a veces pueden apartar del estudio (a que siempre debe estar entregado el Notario) y fomentar la pereza.

El particular que reclame el ministerio notarial produce en el profesional la consecuencia de inducirle a asesorar al público; por esto, con el asesoramiento comienza el quehacer del Notario y es donde primero se percibe la importancia de su condición de perito en Derecho.

En España el Notariado está rodeado de cierto prestigio social, de todos conocido y por todos considerado. Trata de estructurar las relaciones jurídicas de modo «sano y seguro», haciendo prevalecer el espíritu sobre la fría letra de la Ley (según dijo Su Santidad Pío XII en su mensaje al Notariado latino en 1958).

4. *Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial*, por F. Palá Mediano.

El interesante tema de las notificaciones en sus diversos aspectos, la esencia de las mismas, clases, requisitos, fases que contiene y efectos es examinado por el autor en este intresantisimo estudio con gran profundidad.

Partiendo de que los hechos juridicos afectan a todos los hombres, todos han de respetar los efectos que el ordenamiento juridico les atribuye, y algunos han de disfrutar o sufrir directamente tales efectos, se deduce la importancia que tiene el conocimiento de las normas de los hechos y de las situaciones jurídicas.

Afirma que la comunicación propiamente dicha o notificación es una actividad tendente a dar a conocer hechos jurídicos a sujetos determinados o determinables. Así la notificación puede ser personal o pública. La notificación puede constituir un acto procesal, de Derecho público, canónico, administrativo y aun penal. El resultado de la notificación formal es el conocimiento legal, admitido como sucedáneo del conocimiento real o como equivalente al mismo.

En el campo de la notificación extrajudicial, objeto primordial del estudio del autor y a la que se refieren los párrafos que siguen, se distinguen en Derecho español entre notificaciones y requerimientos, entendiendo por éstos aquellos que tienen una función excitativa de la voluntad del requerido para que haga o se abstenga de hacer algo o para que formule una declaración, una afirmación o una negación. No obstante, cree PALÁ que tal distinción entre notificaciones y requerimientos no tiene demasiada trascendencia doctrinal ni práctica.

Las notificaciones, en este sentido amplio, se hallan reguladas principalmente en los artículos 202 al 207 del Reglamento Notarial, cuyos preceptos no agotan las normas aplicables a las mismas. Debemos entender que en la notificación no entra la comunicación de una propuesta negociable, oferta de contrato, al menos en principio. Su contenido tanto puede ser una declaración de voluntad, referente a un hecho propio, como una manifestación de querer, como de conocimiento de un hecho, etc.; en

definitiva, pueden ser notificaciones de voluntad o notificaciones de presentación o representaciones. Así, existe una variada terminología referente a las notificaciones: intimación, conminación, oposición, interpelación, ofrecimiento, separación, denuncia, indicación, elección de instrucciones u órdenes, de intento, citaciones, convocatorias, avisos, información, etc.

En el proceso notificativo cabe considerar los siguientes elementos:

1) El sujeto activo, notificante, que es la persona que impulsa o promueve el procedimiento, ya sea obrando en su propio nombre y por su propio interés o en interés o en nombre ajeno. Su actuación puede ser una carga, un deber, o una simple facultad. En punto a capacidad de este sujeto, si bien en principio no se le exige la negocial, no obstante habrá que distinguir en cada caso para determinar si basta con una capacidad meramente natural.

2) El sujeto pasivo de la notificación es su destinatario, si bien el receptor puede ser persona distinta de este sujeto pasivo. El derecho que reconoce la legislación notarial de contestar por parte del notificado, supone una situación fuera del proceso de notificación propiamente dicho. En principio la capacidad que ha de tener el notificado será la meramente natural; pero bien entendido que la incapacidad natural o jurídica del interesado no puede impedir el desarrollo y fin del proceso notificativo. No obstante, en aras al principio de la buena fe, debe imponer al notificante un comportamiento especial cuando conoce la incapacidad del notificado.

En la relación entre los sujetos de la notificación, debe tenerse en cuenta el principio jurídico fundamental de la buena fe, ya que ésta es regla de convivencia, conducta y colaboración que impone a los sujetos de una relación jurídica un comportamiento activo y se traduce en derechos y obligaciones accesorios al derecho o deber, pretensión o prestación.

La transmisión de las notificaciones puede realizarse por muchos medios. Notarialmente, interesan las formas especiales del acta de protesto, del requerimiento de pago en los procedimientos hipotecarios, de la cesión del crédito hipotecario, etc., etc.; pero

el procedimiento de notificación en sí debe ajustarse en todo caso a las reglas del derecho notarial.

En cuanto a la recepción, las reglas de nuestra legislación son muy amplias, pues se confía en la discreción y experiencia de los Notarios su desarrollo y aplicación en la práctica en cada caso (protestos, requerimientos de pago, etc.), regulándose la necesidad de entregar copia del contenido de la notificación o simple cédula en cada caso.

La actividad del comunicante llega hasta colocar su declaración en situación de ser recibida y poder ser conocida por el destinatario; y si al comunicante no se le puede pedir más, puede ocurrir que existan hechos y actos posteriores a la recepción que puedan influir en la notificación, o en la relación jurídica a que ésta se refiere. Ya se ha indicado antes cómo la contestación dada al requerimiento es algo externo a la notificación propiamente dicha.

Pero hay que considerar también que las notificaciones pueden adolecer de vicios, defectos o irregularidades. Tales son las que se refieren al error en la transmisión, para cuyo caso el autor cree debe distinguirse entre la declaración emitida erróneamente y la transmitida inexactamente, haciendo aplicación del artículo 1.281 del Código civil. Entre las irregularidades que pueden producirse en el proceso de notificación hay que tener en cuenta: la falta de personalidad o de legitimación en el comunicante; el error en la persona del destinatario y domicilio; la comunicación incompleta; la recepción tardía o fuera de término.

El efecto primordial e inmediato de la notificación es el de producir una situación de cognoscibilidad para el destinatario. Tal conocimiento adquiere relevancia jurídica cuando mediante Ley o por pacto se ha establecido que por tal fenómeno se opere en la situación o relación sustantiva preexistente una modificación, un efecto jurídico. Los efectos de la notificación se producen unas veces en la esfera jurídica del propio comunicante, otras en la del destinatario y aun en las de ambos. Aunque no existen en nuestro Ordenamiento normas generales que determinen los efectos jurídicos de las notificaciones, se pueden adelantar algunas consideraciones, tales como: mediante la notificación el notificante puede oponer al destinatario el hecho comunicado; cuán-

do por Ley o por pacto ha de realizarse en un determinado tiempo una manifestación; a veces se exige la notificación como requisito de eficacia del acto comunicado. Pero nunca, repite el autor, puede considerarse la notificación como constitutiva de un negocio jurídico. A veces la Ley impone la necesidad de notificar: son las notificaciones debidas o la obligación de notificar, de la que, sin embargo, a veces por consideraciones especiales, se exceptúa a algún sujeto.

En definitiva, dadas las características del funcionario que las autoriza, las notificaciones notariales presentan «a priori» los caracteres de una comunicación bien hecha, y ofrecen las garantías necesarias para fundamentar la presunción del conocimiento del destinatario.

5. *El acta de protesto de letras de cambio*, por M. Guimerá Peraza.

Una de las materias por las que muestra predilección GUIMERÁ PERAZA es esta del protesto, por lo que el presente trabajo no es, ni mucho menos, el primero que escribe, con su habitual maestría, sobre el tema. Diferentes aspectos y problemas son tratados y solucionados por el autor, quien tiene la valentía de exponer, fundamentado, su criterio en las cuestiones debatidas y de difícil solución.

Si bien el protesto es un acta notarial destinada a hacer constar la falta de aceptación o de pago de las letras de cambio, su carácter le hace diferir sustancialmente de las actas notariales comunes de notificación o de requerimiento. Además, se rige fundamentalmente por las normas del Código de Comercio, de suerte que los preceptos del Reglamento notarial sólo tienen el carácter de complementarios.

Que el protesto es necesario se deduce de los artículos 481, 516 y 521, y especialmente 502 y 509, del Código de Comercio. Pero surge el problema de la validez y eficacia de la cláusula sin gastos.

En cuanto a la validez de tal cláusula, el autor la considera fuera de duda (arts. 1.255 y 4 del Código civil, aplicables por el 50

del Código de Comercio). Problema distinto es el de su eficacia. Frente a la opinión de su ineficacia total, considera el autor que produce determinados efectos; por de pronto, si se levantara el protesto, los gastos que ocasione serán de cuenta del tenedor. Además, si se quiere evitar la estampación de esta cláusula, puede ponerse la de «con gastos», que si bien normalmente no añade nada (pues, como hemos dicho, el protesto es necesario), sin embargo impide que posteriormente se estampe la cláusula de sin gastos o sin protesto.

Analiza el autor posteriormente algunos problemas relativos a los requisitos del protesto. En cuanto al Notario autorizante, cree que será competente el del domicilio consignado en la letra, o aquel en que corresponda hacer el protesto, según luego aludiremos. En cuanto al tiempo, señala que nada impide que el protesto pueda realizarse el mismo día del vencimiento de la letra, pues el plazo que el Código fija es «hasta» las veinte horas del día siguiente; y con relación a los días hábiles, reconoce la falta de claridad y de determinación de los que son festivos y los que son hábiles.

Aunque ya no es necesario dar fe del conocimiento de la persona con la que se entienden las diligencias, puede surgir alguna duda en cuanto a la capacidad de dicha persona y el concepto de vecino. En este aspecto, por casa abierta debe entenderse tanto la vivienda como la tienda o local abiertos al público.

La determinación del lugar del protesto nos coloca ante el problema más arduo que en la práctica tiene planteado el protesto. GUIMERÁ cree que domicilio de pago y domicilio de protesto se identifican, como consecuencia natural del principio de que allí donde se faltó a la obligación de pagar la letra, allí deberá levantarse el acta que constate tal incumplimiento.

De los requisitos formales que debe tener el acta notarial de protesto (no se exige comparecencia, ni dación de fe de capacidad ni de conocimiento del requirente), el uso ha introducido la supresión de la firma del requirente, tenedor o portador de la letra. En cambio, la reseña literal de la letra constituye un verdadero testimonio notarial; impide que se realicen en el texto de la letra alteraciones posteriores. En cuanto al derecho del requerido a contestar, entiende que la Ley concede esta facultad a la

persona con la cual se haya entendido el protesto, y no al librado, si no ha sido el requerido. Aunque el artículo 505 del Código de Comercio sigue hablando de copia, no cabe duda que esto se les pasó a los reformadores de 1945, y debe entenderse en el sentido de cédula, pues así lo dice reiteradamente el artículo 504.

Hay casos especiales, que son agrupados por el autor en:

1) *Por razón del tiempo* en que se realicen. Aquí incluye aquellos protestos verificados antes del vencimiento de la letra, así como los verificados después del vencimiento; tal es el caso de la letra perjudicada, protesto que, una vez advertidos los interesados por el Notario, puede levantarse, e incluso puede tener utilidad para el caso del artículo 460 del Código de Comercio.

Interesante es el protesto de la letra con dos vencimientos, supuesto que en la práctica se da con alguna frecuencia, y que para resolverlo, el autor señala reglas concretas

2) *Por la cantidad* objeto del protesto, distingue la aceptación o pago parcial de la letra, para cuyo caso entiende que si bien la aceptación parcial es admisible, el pago parcial requiere convenio expreso entre el librado y el tenedor o el librador, por ser aquí de preferente aplicación el artículo 1.169 del Código civil, y teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 494 del Código de Comercio. Se ocupa asimismo de la persona que debe correr con los gastos del protesto de la letra, distinguiendo los supuestos de aplicación.

3) *Por razón de otras personas obligadas* en la letra, aquí distingue el protesto al indicatario, el protesto con intervención, señalando la importancia de la notificación del protesto, especialmente a los efectos del artículo 517 del Código de Comercio. Analiza seguidamente la importancia de la reforma introducida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 en los artículos 521 del Código de Comercio y 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En resumen, la ejecución se despacha mediante el reconocimiento de las firmas en las diligencias preparatorias de ejecución, y lo que ocurre ahora es que tal reconocimiento puede ser sustituido por la diligencia previa de legitimación de las firmas de la letra de cambio, con lo que entiende que la diligencia judicial ha sido sustituida por la extrajudicial. En caso de que exista avalista cam-

biario, entiende que después de la Ley de 1954, habiendo quedado equiparado el avalista al librador y endosante, se hará preciso el reconocimiento judicial de su firma en diligencias preparatorias de la ejecución.

En cuanto al timbre de la letra en base a la Ley de 11 de junio de 1964 (art. 175), cree que el deficiente reintegro de las letras de cambio sólo tiene por efecto la carencia de eficacia ejecutiva, y no es por sí solo suficiente para estimar que contiene una prohibición de levantar el protesto.

6. *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, por J. L. Alvarez Aivarez.

Con este notable estudio contribuye su autor a esclarecer diversos puntos dudosos o sometidos a controversia en la doctrina y práctica española en tema tan interesante como es el de la propiedad horizontal. Expone la posición de los autores que directa o indirectamente se han referido a la materia, así como la práctica observada más comúnmente, lo que no es obstáculo para que exponga con claridad su punto de vista, justificando el camino que cree más certero. Todo esto hace que su trabajo resulte de gran utilidad.

Parte del hecho de que diversos pisos de un edificio pertenezcan a distintos propietarios, lo que constituye una realidad viva y la Ley de 1960 no ha hecho más que venir a regular esa realidad; lo que explica que ya en la Exposición de Motivos de la Ley se diga que es una ordenación «ex novo» de la propiedad por pisos. La Ley fija unos límites a la voluntad negocial, quita flexibilidad a la propiedad horizontal a cambio de darle seguridad, publicidad y generalidad. En adelante la propiedad horizontal necesitará de un título constitutivo, mientras que antes la propiedad horizontal podía surgir espontáneamente y como consecuencia de una comunidad de tipo incidental.

El acto de constitución de la propiedad horizontal cree participa de la naturaleza de un negocio jurídico, que puede ser unilateral o plurilateral; de tipo configurativo, pero que no es propiamente un negocio de disposición; más bien se trata de un ne-

gocio que afecta al dominio, pero no tiene carácter ni valor de enajenación o gravamen. En otro sentido, es un típico negocio de administración.

Examina los elementos de capacidad, objeto y forma del acto constitutivo. En cuanto a la capacidad, dependerá de que se constituya por actos «inter vivos» o «mortis causa». El marido, en bienes gananciales, no necesita el consentimiento de la mujer; el padre, respecto a los bienes de sus hijos en patria potestad, no precisará autorización judicial; el tutor precisará de la autorización del Consejo de familia (art. 269, núms. 5.º y 7.º, del Código civil); el menor emancipado no necesita el consentimiento del padre o madre; la mujer casada mayor de edad necesita, en cuanto a sus bienes parafernales, licencia del marido, y si es menor, pero mayor de dieciocho años, regirá igual regla; pero si es menor de dieciocho años, además de la licencia marital necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor; el representante del ausente no necesitará autorización judicial para otorgar el título constitutivo; el fiduciario también podrá hacerlo por sí mismo; el usufructuario carece de tales facultades; el nudo propietario puede realizar el acto constitutivo de la propiedad horizontal sin intervención del usufructuario, siempre que no resulte perjudicado el usufructuario en sus legítimas facultades; el contador partidor puede formalizar el título constitutivo de la propiedad horizontal; el apoderado con facultades para realizar actos de dominio y de disposición puede constituir la propiedad horizontal; pero el apoderado con facultades de administrar solamente no puede constituirla, y en los casos de que se trate de poderes con facultades intermedias será cuestión de interpretación en cada supuesto.

El objeto de la propiedad horizontal recae sobre un edificio que tenga pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, siendo irrelevante que la finca haya tenido o no acceso al Registro. La Ley de propiedad horizontal será la más adecuada para regular algunas situaciones anómalas como: propiedades independientes superpuestas horizontalmente; pisos contruidos mediante autorización del propietario de un edificio a otra persona para que los levante (art. 16 del Reglamento Hipotecario); fincas discontinuas con diversas edificaciones relacionadas dentro de un

perímetro que, cual sucede en zonas residenciales, playas y lugares de turismo, gozan de ciertos servicios en común; bloques de viviendas que, estando formados por diversas casas (entendiendo por tal aquellas que tienen número independiente de una calle de la ciudad), tienen en algún aspecto una situación unitaria.

La forma de título constitutivo de la propiedad horizontal normalmente será el otorgamiento de la escritura que contendrá el título constitutivo de la propiedad y pudiendo contener también los estatutos y las ordenanzas; pero sólo es preciso que contenga el referido título, y deberá describir el inmueble y los pisos, «independizando» éstos. No es que esté prohibida ni la división ni la segregación por la Ley, pero ya no es necesario hacerlo; basta con constituir la propiedad horizontal (independizando los pisos).

Como requisitos del título constitutivo señala:

1) Descripción del inmueble (que habrá de hacerse conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51 de su Reglamento y 170 del Reglamento Notarial), con expresión de las instalaciones y servicios con que cuente el edificio. Deberá determinar además los elementos comunes, que el autor distingue en naturales y accidentales. Estos vienen a ser reconocidos por vía indirecta en el artículo 4.º de la Ley, y son tales ciertos locales, pisos o incluso servicios (por ejemplo, garajes) creados de intento para el servicio o utilidad común, y que para su alteración se precisará la unanimidad de los titulares. La forma ideal será comprender estos elementos en los servicios.

2) Descripción de los pisos o locales.—Necesitará cumplir los requisitos de la Ley y Reglamento Hipotecarios y del Reglamento Notarial, expresando el edificio en que se encuentra. En la superficie convendrá distinguir la parte que pertenece al piso propiamente dicho, distinguiendo la superficie total de la útil, la superficie de terrazas más o menos cubiertas y la de anejos. Los linderos deberán expresarse por la derecha, izquierda y fondo, pudiendo consignarse también el lindero inferior y el superior. Aunque sea un piso alto, puede expresarse que linda con un solar contiguo al inmueble a que pertenece el piso. Es dato indispensable el expresar la planta en que se encuentra el piso.

Los anejos son una dependencia en el edificio aislada de los pisos, que depende o sirve como accesorio a un piso y que tiene acceso directo desde un elemento común. La Ley de Propiedad Horizontal habla de ellos en el artículo 3.º, en el 5.º y en el 8.º Es importante que sean consignados en el título de constitución de la propiedad horizontal, pero no se les atribuye cuota de participación. El anejo tiene aptitud natural para convertirse en independiente, y aunque lo normal es que se encuentre en el edificio del piso a que pertenece, puede ocurrir que se encuentre en otro distinto, pero deben estar registrados en la misma finca. Por lo demás, el anejo puede ser privativo de un piso o en proindivisión de dos o más.

3) El número correlativo que debe asignarse a cada piso o local, a que se refieren los artículos 5.º de la Ley y 8.º de la Ley Hipotecaria, debe ser fijado, pero su utilidad es muy dudosa; incluso si no consta, puede ser atribuido por el Registrador.

4) La cuota.—Es requisito que debe constar en el título constitutivo, por lo que parece que se excluye la aplicación del artículo 393 del Código civil; se ha de fijar en centésimas precisamente y ha de ir referida al valor total del edificio. Opina el autor que puede establecerse una cuota que represente el valor del piso en relación con el inmueble y porcentajes especiales para el pago de determinados servicios. La determinación de la cuota, a falta de acuerdo unánime, será determinada judicialmente, por el procedimiento sencillo de equidad de la regla 2.ª del artículo 16. Para variar las cuotas se requiere acuerdo unánime de los titulares de la propiedad horizontal.

5) El título puede contener además los Estatutos y las Ordenanzas (normas de régimen interior); pero ni unas ni otras son indispensables.

Titulos constitutivos especiales.—El autor distingue:

A) *Por la situación del edificio:*

1) Edificios no empezados a construir.—Se trata de pisos meramente proyectados, por lo que lo normal y correcto será que no se hable de propiedad horizontal. Si se hiciere una declaración

en tal sentido, carecerá de trascendencia registral, ni siquiera será una declaración de obra nueva.

2) Edificios en construcción (edificación comenzada).—A ello se refiere el número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. De esta forma se permite constituir una propiedad horizontal «ab initio». En contra puede argüirse que el dinero de cada partícipe se hace fungible con el de los demás, que no existe régimen de propiedad horizontal típico, que actúan como comuneros normales. No obstante la seguridad del tráfico jurídico, la posibilidad de negociar los pisos, la facilitación de trámites (piénsese que se acoge la casa en construcción a las Leyes protectoras), justifican que en estos casos se pueda constituir la propiedad horizontal.

Que los pisos concluidos necesitan tener fijada su cuota, es indudable; más dudoso es que la precisen los meramente proyectados. Parece que con reservarles una cuota global será suficiente.

3) Edificios terminados.—Para el caso de que no todos los titulares quieran constituirse en propiedad horizontal, defiende el autor que no es obligatorio que formen fincas independientes todas y cada una de las partes del edificio que idealmente podrían llegar a ser propiedad separada por tener aptitud para ello; bastará con describir las partes que se hacen independientes, fijándoles una cuota a cada una, pudiendo quedar el resto en proindivisión, pero todo el edificio deberá considerarse constituido entonces en régimen de propiedad horizontal.

B) *Por razón de su origen:*

4) Títulos constitutivos que surgen al mismo tiempo que el edificio, o sea, con la declaración de la obra nueva.

5) Por actos sucesorios.—Lo normal aquí será perfeccionar la propiedad horizontal en cuanto a la forma, llenando los requisitos que exige la Ley; pero no en cuanto a la existencia si el testamento ya determina que un edificio se constituirá en régimen de propiedad horizontal. Parece que en principio el contador partidor tendrá facultades para la constitución del régimen.

6) Por transformación de una comunidad proindiviso sobre una casa.—Se prevé expresamente en el párrafo añadido al ar-

ticulo 401 del Código civil por la Ley de 1960, posibilidad que ya declaró la sentencia de 9 de febrero de 1951. El título entonces contendrá una pluralidad de otorgantes, con dos actos: la disolución de la comunidad privativa y la constitución de propiedad horizontal; las cuotas en la comunidad y en la propiedad horizontal es preferible que coincidan, pero no es preciso que ello sea así; es necesaria la unanimidad de todos los comuneros.

Se plantean algunos problemas prácticos muy interesantes, especialmente en relación con los derechos de preferente adquisición que determina la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si solamente es alguno de los comuneros el que desea que se le atribuya un piso o local, lo lógico sería entender que las consecuencias de la disolución de comunidad afectan sólo al comunero que la pretende, mediante el procedimiento de adjudicarle algún piso o local de modo separado e independiente, dejando el resto de la casa sin atribuir por pisos concretos; sin perjuicio de que todo el edificio esté constituido en régimen de propiedad horizontal.

Situaciones de derecho transitorio.—Es el supuesto de las casas que al tiempo de publicarse la Ley estaban ya en propiedad horizontal, aunque no se hubiesen constituido formalmente.

En el caso de que existieran ya Estatutos, pero sin existir pluralidad de propietarios, lo aconsejable es hacer la escritura de constitución de propiedad horizontal con los requisitos exigidos por la Ley.

En el caso de que existieran pisos vendidos al momento de publicarse la Ley, existe de hecho la propiedad horizontal, a la que habrá que aplicar el párrafo 1.º de las disposiciones transitorias de la Ley. Exigir la intervención de todos los propietarios para constituir el título y conseguir la inscripción de los pisos tiene grandes inconvenientes, especialmente de orden práctico. En la práctica, la solución a esta situación se halla en aceptar que el propietario de los pisos, a medida que los vaya enajenando, otorgue escritura de segregación o independización, con los requisitos que exige la Ley, y haciendo constar que se empezaron las segregaciones antes de la Ley de 1960.

Por último, existen casas en que se habían vendido todos los pisos, Todas estas comunidades tienen obligación de adaptar sus

Estatutos; pero, a juicio del autor, no de otorgar ahora una escritura que reúna los requisitos del título constitutivo (porque de éste no cabe hablar, puesto que la constitución está ya hecha, y es perfectamente válida y legal). No obstante, cuando se pretenda poner al día la propiedad horizontal, deberá ser otorgada escritura por la unanimidad de partícipes; unanimidad que cree el autor podrá lograrse por el procedimiento que señala el artículo 16, 1.º, de la Ley.

Modificación del título constitutivo.—Conviene precisar que no es lo mismo título que documento, es decir, hay que distinguir el título en sentido sustantivo y en sentido formal. El título en sentido formal puede contener menciones o circunstancias que no se refieran al título en sentido material. No serán títulos, aunque figuren en el mismo documento, lo que no sean las menciones que exige el artículo 5.º de la Ley. La consecuencia inmediata es que la unanimidad, a que se refieren los artículos 5.º, párrafo último, y 16, regla 1.ª, de la Ley, sólo afecta al título en sentido estricto o sustantivo.

Las modificaciones pueden afectar o a la copropiedad, o a la propiedad separada, o a la colectividad.

En cuanto a las modificaciones de la copropiedad, pueden afectar a la descripción del edificio o a los elementos comunes. Referente a estos últimos, el autor distingue entre elementos comunes naturales y accidentales; pero advierte que en los naturales hay una serie de actos que no se pueden realizar ni aun con acuerdo unánime, porque en realidad se trataría de actos «contra legem» (asi, párrafo 2.º del artículo 396 del Código civil).

Caso singular lo constituye el de la construcción de nuevas plantas sobre el vuelo, en el supuesto frecuente de que éste sea elemento común. Puede darse el caso de que esas nuevas plantas tengan una situación independiente a efectos jurídicos registrales, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario, pudiendo figurar en folio independiente, pues la Ley de Propiedad Horizontal no debe pensarse que ha derogado o quitado vigor al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Será necesario en todo caso señalar la cuota que corresponderá a los nuevos pisos, tomando

el pertinente acuerdo por unanimidad que previene el artículo 11 de la Ley.

Las modificaciones referentes a las propiedades separadas pueden afectar a la descripción del piso, a los anejos, a la cuota y al titular. Esta, o sea, la referente al titular, no es modificación del título.

La modificación de la descripción del piso puede tener, conforme al artículo 7.º de la Ley, distinta transcendencia, e incluso constituir una división, segregación o agrupación, pero habrá de tenerse presente en tales casos el artículo 8.º de la Ley. La colindancia exigida en las agregaciones conviene advertir que puede ser tanto horizontal como vertical. De los requisitos que exige el artículo 8.º para practicar estos actos, ofrecen especial dificultad los referentes a la aprobación de la Junta, pues cabe dudar si el acuerdo habrá de tomarse por unanimidad o bastará la mayoría, inclinándose el autor por esta solución, si bien desde el punto de vista práctico aconseja se observe la unanimidad, puesto que reconoce que el asunto es dudoso.

En el caso de que pretendan independizarse los anejos para constituir un local independiente, posibilidad que no cabe duda se halla en el espíritu de la Ley, es dudoso si será necesaria la unanimidad o bastará la mayoría de los partícipes, y habrá de fijarse en todo caso a tal anejo una cuota en la participación de la comunidad, que implicará alteración de la de los pisos reformados, pero sin alteración de las cuotas de los restantes.

En lo referente a las modificaciones de la colectividad, especial relevancia presenta la adaptación de los Estatutos anteriores a la Ley, ya que ha de ser interpretada la primera disposición transitoria. Exigir para la mera adaptación del acuerdo unánime, es considerado por el autor poco práctico, pues debería haber bastado la mayoría. Señala que han transcurrido ya esos dos años que para la adaptación determina la Ley, y no cabe duda que existen muchos Estatutos sin adaptar a cuyas comunidades no les ocurrirá nada, seguirán viviendo, en tanto no haya nadie que inste la adaptación.

La inscripción del título constitutivo.—Antes de la Ley existía una gran variedad de posibilidades en cuanto a la inscripción

de los pisos en situación de propiedad horizontal. La Ley de 1960 ha venido a establecer una regulación que implica una adecuación del sistema inmobiliario. No obstante, como existían pisos inscritos, incluso en situación anómala, hemos de hacer la siguiente distinción:

a) *Inscripción de casas que nacen a la propiedad horizontal después de la Ley.*

Si se hallan terminadas, habrá de cumplirse el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en los números 4.º o 5.º Para este último caso cree el autor que a pesar de que nada beneficia a la hoja principal, se habrán de describir en ella todos los pisos o locales y después volverlos a describir en sus respectivas hojas.

Si los edificios se hallan en proyecto y, por tanto, sin comenzar, para nada puede hablarse de propiedad de pisos, pues la construcción ha de estar, por lo menos, comenzada.

Si los edificios se hallan en construcción, cabe la inscripción, conforme al artículo 8.º de la Ley. Ahora bien, parece que no será necesario se inscriban los pisos proyectados con todos sus datos, sino sólo hacer las indicaciones precisas, siendo dudoso, por tanto, si deberán tener su cuota, extensión y linderos.

b) *Inscripción de casas que ya tenían propiedad horizontal antes de la entrada en vigor de la Ley.*

Aquí cabe, a su vez, diferenciar: Casas que no están inscritas en el Registro, de las que lo están. Respecto de las primeras, lo adecuado es el otorgamiento del título constitutivo con los requisitos que señala el artículo 5.º de la Ley; es decir, otorgando el título constitutivo. Dudoso es si cabe la inscripción cuando no se otorga ese título y se pretende la inscripción presentando al mismo tiempo todos los títulos de cada uno de los partícipes; inscribibilidad que admite V. TRAVESER y que rechaza F. MONET. Realmente, se trata de un problema de derecho transitorio y, como tal, de difícil solución, pues la disposición transitoria 1.ª de la Ley se ha prestado a diversas interpretaciones. Cree el autor que la Ley de Propiedad Horizontal se mueve entre una retroactividad de grado medio y de grado mínimo, por lo que se aplicará a los efectos de una relación jurídica regulada según la legislación an-

terior, que nazcan después de estar vigente la nueva Ley (retroactividad de grado mínimo), y en algunos casos, cuando razones de orden público lo abonen, o no exista perjuicio ninguno de derechos adquiridos, incluso se aplicará la nueva Ley a efectos nacidos ya durante la vigencia de la Ley derogada sólo en cuanto hayan de ejecutarse después de la vigencia de la nueva Ley (retroactividad de grado medio). En consecuencia, parece necesario otorgar el título constitutivo, para lo que se requerirá la unanimidad, redactando la escritura que cumpla los requisitos del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, describiendo el edificio, los pisos, su cuota, extensión, linderos y situación.

Lo que no cabe es inscribir un piso solamente (tanto si está ya inscrita la casa, como si no lo está) sin que se inscriba el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio entero, con los requisitos que la Ley determina.

Respecto de las casas que ya están inscritas en el Registro de la Propiedad con su propiedad horizontal, ofrecerá especial consideración el caso de que no figuren inscritos todos los pisos, sino sólo algunos de ellos, pues la cuestión es la forma de ingresar en el Registro el resto de la casa que está en propiedad horizontal. No cabe duda de que el propietario de este resto podrá describir cada uno de los pisos, y parece, a juicio del autor, que también podrá distribuir entre ellos la cuota que globalmente le correspondiera, pues aunque no haya norma que autorice expresamente esto, tampoco se violenta ninguna otra con tal solución, y además se respetan los derechos adquiridos, criterio que debe prevalecer aun cuando el artículo 16 y disposición transitoria 1.ª de la Ley pudieran conducir a opinión distinta.

Finalmente, si la casa se hallare inscrita en el Registro con su propiedad horizontal, pero le faltara algún requisito que exige la nueva Ley, será preciso adaptar sus estatutos y régimen a lo en ésta establecido, cuando se realice algún acto sobre cualquiera de los pisos.

II.—PONENCIAS Y COMUNICACIONES.

1. *Conflictos de Leyes en materia de regimenes matrimoniales y sucesiones*, por J. Vallet de Goytisolo.

Regimenes matrimoniales.—La visión panorámica previa que realiza el autor le inclina a admitir como principio fundamental la autonomía de la voluntad, antes y después de contraído el matrimonio; como dato decisivo indicativo, a falta de pacto expreso y formal, la Ley nacional del marido, sin posibilidad de indagaciones acerca de la voluntad tácita de los contrayentes; y, como primer corolario, la inmutabilidad, si no es con expresa conformidad de ambos cónyuges, del régimen inicial por circunstancias ulteriores, sean de tipo móvil o transitorio.

Nuestro Derecho no tiene normas que resuelvan claramente la cuestión, y no por falta absoluta de precedentes, pues ya la Ley 24, título XV de la 4.^a Partida se refería a ella. El criterio del domicilio del marido (que se impuso desde el siglo xvi en la doctrina y en la práctica), fué modificado por la sentencia de 27 de noviembre de 1868, que fué seguida por el Código civil (artículos 9 y 1.325), explicando la referencia a los bienes inmuebles como regidos por la «lex rei sitae», según la sentencia de 28 de enero de 1896. Finalmente, la doctrina de la Resolución de 10 de noviembre de 1926 debe ser considerada como inadmisibile. Y es que además existe en España disparidad de normas en cuanto a la modificación de capitulaciones matrimoniales, pues mientras en el régimen común del Código sólo se permiten antes de celebrado el matrimonio, en numerosas legislaciones forales se permiten tanto antes como después de contraído, si bien respetando los derechos legitimamente adquiridos por terceros (artículos 9 de la Compilación de Cataluña; 58, párrafos 2, 3 y 4 del Apéndice aragonés, etc.). Además, todo esto interfiere a otra cuestión, cual es la de que los regimenes conyugales suelen estar conexos con los derechos sucesorios viduales.

En definitiva, el autor, discrepando de la mayor parte de la

doctrina patria, que sigue la opinión de la Ley personal, admite la posibilidad de aplicar la Ley del matrimonio como más idónea en multitud de casos.

Finaliza esta parte estableciendo las contestaciones, muy interesantes, al cuestionario propuesto a la Ponencia.

Sucesiones.—Hay que distinguir las normas que deben regir el fondo de las sucesiones, la forma y las operaciones de testamentaria.

Las reglas referentes al fondo, o sea al fenómeno sucesorio en sí mismo considerado, han sufrido una importante evolución: criterio de los Estatutos, Ley personal del difunto, Ley de su domicilio, etc.; y todo ello bajo la influencia del orden público territorial. Además, hay que tener presente que las materias relativas a la sucesión contractual, donaciones establecidas en capitulaciones matrimoniales y los heredamientos, deben seguir la Ley del régimen matrimonial de bienes. Las donaciones «mortis causa» deben regirse por la Ley que regula la sucesión del donante. En testamento puede el testador señalar la Ley que debe complementarlo, dando así entrada al principio de autonomía de la voluntad, salvo que por este medio se eludan Leyes de carácter imperativo; y debe regir el principio de unidad de la sucesión, de modo que cualquiera que sea la jurisdicción, se deben aplicar las mismas Leyes, sean varias o una sola, aunque mejor una sola, a una misma sucesión en su totalidad.

Respecto de la Ley de la forma, el principio de la regla «locus regit actum» ha sufrido una evolución que culmina en la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, cuyo artículo 1.º admite indistintamente las Leyes del lugar del otorgamiento, de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del testador; y en la doctrina va ganando partidarios la idea de que la regla «locus regit actum», de ser un principio imperativo se convierta en una mera norma permisiva. Más discutible es la norma que debe regir el testamento mancomunado, pues hay legislaciones que, como la española y la italiana, consideran es cuestión de fondo. El artículo 4.º de la citada Convención determina que si varios testadores, que conforme a su Ley personal pueden otorgar testamento mancomunado, podrán hacerlo según

las formalidades extrínsecas de otra Ley que sea competente para testar en general, según el artículo 1.º

El principio del tratamiento uniforme de la sucesión requiere que las operaciones de testamentarias se verifiquen en una sola jurisdicción.

Nuestro Derecho positivo se refiere a las reglas de fondo de la sucesión en el artículo 10 del Código civil, aplicando la Ley personal del causante. No obstante, contiene una excepción para los vizcaínos en el párrafo tercero de este precepto, la que, a juicio del autor, debe ser entendida en el sentido de que los que conserven la regionalidad vizcaína, sea cualquiera el lugar de su residencia, tienen libertad de elegir heredero único, están sujetos a la legítima colectiva y les será aplicable la sucesión intestada troncal.

La doctrina suele considerar en nuestro Derecho materias de orden público territorial las de limitación de los fideicomisos, vinculaciones y prohibiciones de disponer (hasta el segundo grado, artículo 781 del Código civil, pero hasta cuatro generaciones para Navarra y Cataluña). El testamento mancomunado se estima sometido a la Ley de fondo y no de forma; así el artículo 669 del Código civil, 17 del Apéndice Aragonés y 242 del Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra. También se considera cuestión de fondo y dependiente de la Ley personal, el poder testatorio o testamento por comisario, admitida en Aragón, Vizcaya, y más limitadamente en Cataluña y Baleares; así como los testamentos sacramentales, como se deriva del artículo 103 de la Compilación catalana.

La regla «locus regit actum» rige en nuestro Derecho la forma de los estamentos (artículos 11, párrafos 1.º y 2.º; 732 y 734 del Código civil). En cuanto a la posibilidad de que un Notario español autorice el testamento de un extranjero con arreglo a las formalidades de la Ley nacional de éste, no hay norma alguna que la autorice, pero tampoco hay ninguno que directamente lo prohíba; solamente se reconoce en el Reglamento notarial la redacción a doble columna del idioma nacional y del propio del extranjero (art. 150).

El autor finaliza asimismo esta parte con unas interesantes conclusiones.

2. *Validez internacional de los instrumentos de habilitación de los incapaces*, por J. Vázquez de Castro y Sarmiento.

Entendida la capacidad de obrar como la cualidad jurídica de la persona que determina—conforme a su estado—la eficacia jurídica de sus actos, existen restricciones a esa capacidad que exigen lo que el autor denomina «instrumentos de habilitación», o sean aquellos medios jurídicos que complementan y hacen posible (habilitan) la actuación personal del incapacitado con capacidad relativa, o sea de los llamados por CARNELUTTI «semicapaces» o «hipocapaces».

Hay situaciones habilitantes; así, la emancipación por matrimonio (art. 50), o por concesión de la patria (D.-L. de 7 de marzo de 1937), del hijo que vive independiente (art. 160), así como la llamada mayoría de edad laboral. Otros supuestos lo son de habilitación expresa (emancipación, declaración de mayoría o habilitación de edad), que se realizan mediante negocio jurídico o acto de autoridad. Otras veces se admite como válida la actuación del incapaz extranjero, cuando muestra una apariencia de capacidad conforme con el lugar de la celebración del acto, en beneficio del tráfico jurídico; si bien en España la doctrina se muestra contraria a esta desviación de la Ley personal.

La representación de los incapaces en España se atribuye, según los casos, al padre, a la madre, al defensor judicial, al tutor, al protutor, al Consejo de familia o al Ministerio Fiscal.

En todo caso, la Ley aplicable a la capacidad e incapacidad es la personal (art. 9 del Código civil y art. 15 del Código de Comercio, que ha sido aplicado sin vacilaciones por la Jurisprudencia).

Finaliza el autor con una exposición de las limitaciones a extranjeros en cuanto a la adquisición de bienes inmuebles en España.

3. *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, por A. Rodríguez Adrados.

Partiendo de la afirmación de que el documento notarial es una «cosa» mueble, el autor hace unas consideraciones muy interesantes relativas a que la grafía es lo que distingue al documento de las demás cosas, para convertirle en «documento escrito», pues con arreglo a nuestro Derecho notarial, la grafía ha de ser, por hoy, escrita, lo que otorga al documento el carácter de ser resultado de una actividad humana—«opus»—; pero aclarando que el confeccionador material del documento no es su autor.

Respecto a la estructura del documento notarial, pasa revista a las principales teorías: de la expresión, de la representación, de la reflexión, etc.; pone de relieve que la forma notarial actúa como forma de la declaración, porque lo que constituye el negocio jurídico es la exteriorización de la voluntad. De ahí que existan formas de ser, formas de valer y formas probatorias. La distinción del Derecho español entre escrituras y actas lleva a la consecuencia de la inaplicabilidad de la teoría representativa para nuestro Derecho.

En cuanto a la función del documento notarial, son de señalar las dos principales teorías al respecto: la procesalista (que carga el acento en ser medio de prueba) y la civilista (que sin desdeñar la prueba, considera de capital importancia el aspecto «ad substantiam» del documento).

La autoría del documento notarial ha producido las teorías de la firma, de la redacción o compilación, del que les da forma jurídica, del causante de su formación, de la imputación (persona a quien es imputable el documento), de la Ley (o sea, a aquel que le atribuye la Ley), del mandato, del pensamiento, etc. El autor, con la mayor parte de la doctrina española, se adhiere a ésta, precisando que autor del documento notarial es el Notario, siendo conveniente distinguir el autor del documento, del autor de la declaración de voluntad en él contenida.

El documento notarial es siempre y en su totalidad documento público, por tener por autor a un funcionario público, el Notario,

en el ejercicio de su función pública y con arreglo a los cauces formales por que se rige. Es también y en toda su integridad documento auténtico, porque su origen público genera su eficacia de hacer fe o autenticidad.

En Derecho español hay conceptos especiales de documento auténtico: así, en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria o en el 34 de su Reglamento.

Finaliza su notable aportación al documento notarial con unas conclusiones.

4. *La formación del contrato en el Derecho español* (Comunicación que el Ilustre Colegio de Notarios de Barcelona presentó al 62 Congreso Nacional de los Notarios de Francia, celebrado en Perpignán los días del 30 de mayo al 6 de junio de 1964).

Cuando los Notarios redactan los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes y adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia, según el artículo 147 del Reglamento notarial, sin duda las partes ya están de acuerdo acerca del contrato que se va a otorgar en escritura pública. Son de examinar, pues, las negociaciones preliminares, la oferta y aceptación, contrato preparatorio, opción, arras y pena convencional, porque hasta su plasmación en documento notarial, el contrato recorre un camino negocial y de pactos de sumo interés, pero de diversa repercusión respecto del Notario autorizante del definitivo contrato.

Así, carecen de importancia, a este respecto, la oferta en sentido propio, la aceptación (siendo de distinguir la oferta de la invitación a hacer ofertas), la oferta con cláusula «sin compromiso», el cruce de ofertas, los problemas de la contratación entre ausentes, etc. En cambio, tiene especial trascendencia, por lo que debe ser claramente reflejado en el documento notarial en los casos de subasta notarial, si el subastador simplemente invita a que los sucesivos postores formulen ofertas que él pueda aceptar o rechazar, o si formula la oferta de vender al mejor postor, cualquiera que sea el precio de la postura.

Asimismo en el terreno notarial tiene mucha más importancia la problemática del contrato preliminar o precontrato que los escuetos problemas de oferta y aceptación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto de modo distinto la cuestión en las sentencias de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941 que en las posteriores, cambio radical iniciado con la sentencia de 1 de julio de 1950, en cuya línea se encuentran también las de 2 de febrero de 1960 y 5 de octubre de 1961.

La cláusula de opción, que suele incluirse en muchos contratos, tiene especial importancia. A ella se refieren el artículo 14 del Reglamento Hipotecario y las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y 23 de febrero de 1962.

Finaliza esta «Comunicación»—interesante, aunque breve—con las diferencias y diversas funciones que cumplen las arras y la cláusula penal.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Privilegios y ordenanzas históricas de los Notarios de Barcelona, recopiladas por el Colegio Notarial de Barcelona, bajo la dirección de Raimundo Noguera Guzmán y José María Madurell Marimón. Centenario de la Ley del Notariado. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Barcelona. 1965.

Parten los autores de la importancia de un análisis histórico de la función notarial y, sobre todo, de un análisis referido a las distintas regiones españolas. Con dicha finalidad realizan un estudio que hace de introducción a los documentos que se transcriben en el libro, referentes a los Notarios de Barcelona, y que son tan numerosos que permiten examinar la progresiva organización de los Notarios, la creación del Colegio a finales del siglo xiv y su actuación hasta la publicación de la Ley de 1862.

Durante la Alta Edad Media, los diplomas Carolingios y los emanados de los que pretendieron ser continuadores del Sacro Romano Imperio, sancionaron el derecho que ostentaban el Papa y el Emperador a nombrar Notarios («scriptores»), posteriormente extendido a los Reyes y a ciertos feudatarios y ciudades. Dichos

«scriptores» eran en esta época solamente personas que sabían escribir, generalmente clérigos; su intervención no confería efectos jurídicos particulares a los documentos, cuya autenticidad y eficacia debían ser probadas por los medios ordinarios. Pronto se sintió la necesidad de disponer de una documentación dotada de autenticidad que garantizara derechos y produjera efectos procesales; para ello era necesario que los Notarios fueran nombrados por la autoridad de cuya jurisdicción dependían, autoridad que en un principio fueron los Señores, cuyas facultades disminuyeron poco a poco para ser el Rey el que hiciera dichos nombramientos. Todo ello sin perjuicio de la autoridad que seguía teniendo la Santa Sede como consecuencia de haber sido los clérigos los que, instalando las primeras Notarías, iniciaron la actividad notarial. Esta facultad de la Santa Sede dió origen a conflictos, sobre todo al romperse las relaciones entre el Papa y Pedro el Grande.

La competencia de estos Notarios se establecía con notoria imprecisión, como consecuencia de la complicada confusión de jurisdicciones, y daba lugar por ello a colisiones entre éstos. Al considerarse el oficio como una renta, era delegable y transmisible. El Rey o los Señores percibían un censo, que fué suprimido por el «*Recognoverunt proceres*». Paulatinamente los Notarios se fueron uniendo para formar Colegios profesionales, que fueron integrados en la representación corporativa ciudadana.

En 1258 el Rey Jaime I renuncia a donar o conceder escribanías especiales en Barcelona. Sin embargo, este privilegio de la ciudad fué incumplido frecuentemente, lo que dió lugar a persistentes quejas de los Notarios barceloneses.

El «*Recognoverunt proceres*» estableció que el Notario podía autorizar los testamentos hallándose a solas con el testador, sin necesidad de testigos. En 1294 Jaime II ordena a los Notarios que autoricen cuantas escrituras se le pidan, bajo pena de perder el oficio. Por otra parte, los Notarios gozaban de bastante independencia; así se desprende de la negativa de un Notario a autorizar indebidamente un documento a requerimiento de este Rey, y de la actitud de éste de no imponer su opinión.

Respecto al acceso al cargo de Notario, se va modificando el sistema anterior de nombramiento. Alfonso II prohibió en 1289

que se nombrara para este cargo a quien no tuviera conocimientos suficientes en ciencia y costumbres o a los menores de veinticuatro años. Esta disposición fué ratificada por Alfonso III en 1333.

Los documentos originales se entregaban a los particulares; el Notario únicamente conservaba unas notas en sus libros, las cuales se llevaban de una forma distinta por cada Notario. Como consecuencia de ello surgieron grandes problemas, para solucionar los cuales algunas disposiciones establecieron la transcripción íntegra que debían realizar los mismos en sus libros dentro de un determinado plazo.

Unos capítulos aprobados en 1301 por Jaime II modificaron la situación anterior, sobre todo en lo referente a la remuneración de los Notarios y a las condiciones para serlo: solamente podían nombrarse entre los «jurisperiti et advocati». En 1337 se regula la composición de los tribunales examinadores, que debían estar formados por dos jurisperitos y dos o tres Notarios. Sin embargo, continuaron existiendo y nombrándose Notarios reales, a consecuencia de lo cual se produjeron numerosas protestas de los Notarios de la ciudad, que veían así dañados sus intereses.

La delimitación de los asuntos atribuidos a la competencia notarial, la forma de autenticarlos y la obligación de conservarlos eran en esta época en sustancia los mismos que en la actualidad. Para investigar si se cumplían las normas legales se pretendió obligar a los Notarios a la exhibición de los libros, y ante la negativa de éstos, en 1380 se les otorgó la facultad de negarse a dicha exhibición. En 1394 aparecen unas ordenanzas, dictadas únicamente por los organismos de la ciudad, en las que se recopilan las disposiciones antes citadas y se imponen sanciones a los que las infrinjan.

En 1395 se crea por Juan I el Colegio de Notarios públicos de Barcelona. Se les otorgan diversos privilegios, como consecuencia de la importancia de la función que desempeñan, privilegios que luego serían concedidos a otras ciudades como Lérida y Tarragona. En 1416 se determinan las facultades del Colegio. Su creación supuso un gran avance en la lucha contra los Notarios reales y la resolución del problema agrario catalán.

De acuerdo con el sentido patrimonial de la época, el Proto-

colo se consideraba propiedad del Notario; pero poco a poco se fueron estableciendo limitaciones a dicha propiedad en aras del interés público.

La actividad profesional fué constantemente controlada, y así la Ordenanza de 1439 estableció la libertad de los particulares para elegir Notario, y la de 1485 prohibió a éstos tener abierto más de un despacho. Ninguna de estas normas fué lograda pacíficamente. También se controló la tendencia de los mismos a constituir un cuerpo cerrado, de tal forma que los hijos de Notarios fueron obligados a demostrar sus conocimientos, si bien tuvieron determinadas ventajas.

Durante todo el siglo xvi continúa esencialmente la situación anterior.

En 1607 se aprueban nuevos aranceles y se determinan las horas de apertura y cierre de los despachos. Poco a poco va decayendo el espíritu corporativo, si se observa la insistencia en exigir compensaciones económicas para cumplir deberes corporativos, anteriormente considerados como honoríficos. Pero, por otra parte, los Notarios van ganando estima en la opinión pública y en los organismos oficiales, como se deriva del hecho de que tanto ellos como el Colegio fueron consultados por los Tribunales en materias referentes a la contratación.

En 1736 y 1755 se vuelve a insistir en la obligatoriedad de redacción íntegra de los documentos en el Protocolo.

Termina este trabajo con una somera alusión a los Notarios reales y a su paulatina equiparación a los de la ciudad.

Con el final de la Guerra de Sucesión se disolvieron los Colegios Notariales, al igual que los demás organismos catalanes. Habrían de transcurrir varios años después de la publicación del Decreto de Nueva Planta antes de que pudiera ser reanudada la vida colegial bajo un signo y siguiendo unas orientaciones bien diferentes.

Este interesante trabajo va seguido de la exposición de todos los documentos que en él se citan. Creemos que vale la pena leerlo para un conocimiento más completo de la institución notarial que tan merecido prestigio tiene en nuestra Patria.

JOSÉ POVEDA DÍAZ.

Estudios de Derecho privado. Tomo II. Bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965 (642 págs.).

La cláusula resolutoria y el pacto comisorio.—Domingo Irurzún Goicoa.

Del Derecho romano nos proviene la frase «lex commissoria», que es propicia al equivoco. «Lex» significa «pactum» o «contractus», y «commissoria», reforzar un contrato o «cadere in commissum».

El instituto de la resolución se da en el ámbito de los contratos sinalagmáticos. La tutela jurídica tiende a que el enriquecimiento de cada una de las partes no se considere definitivo mientras no se produzca el correspondiente. Esta tutela se logra, entre otros medios, mediante la resolución.

A pesar de la elemental justicia de este instituto, su conquista fué muy lenta. En Roma nació con el remedio pretorio de la «exceptio mercis non traditae» (para la compraventa), y la jurisprudencia lo extendió a todos los contratos bilaterales: «exceptio non adimpleti contractus». En un principio tuvo el carácter de pacto condicional suspensivo, convirtiéndose después en cláusula con valor resolutorio. Admitida su función resolutoria, desembocó en otros pactos, difícilmente calificables hoy de resolutorios («adictio in diem», «pactum de retrovendendo» y «pactum displicentiae»).

Estos principios pasaron al Derecho intermedio, casi sin alteraciones. En el Droit Coutumier se establecieron dos importantes desviaciones, apareciendo la «lex commissoria» tácita y la resolución por pronunciamiento judicial («délai de grâce»). Este régimen pasó al Código francés y a nuestro artículo 1.124.

La licitud no puede negarse a la vista del 1.255, y viene presunta por el 1.504. La jurisprudencia ha afirmado que el artículo 1.124 sólo juega cuando no existe pacto especial. La cláusula resolutoria es de evidente utilidad, porque el artículo 1.124 sólo se refiere a las obligaciones recíprocas básicas, y la cláusula podrá aplicarse entre obligaciones accesorias o complementarias. El ar-

ticulo 1.124 carece de aplicación en materias específicas (verbigracia, arrendamientos rústicos y urbanos); conforme a este artículo, la resolución es obra del juez, quien puede conceder nuevo plazo; la cláusula, en cambio, es el cauce de la autotutela privada, y nada digamos si, como es frecuente, se le añade una cláusula penal.

El supuesto de hecho implica el incumplimiento determinado específicamente. El efecto es un poder resolutorio, encuadrable en la categoría general de los derechos de impugnación y ejercitable mediante declaración recepticia.

En los contratos de ejecución simultánea las partes deberán restituirse lo recibido (1.123), pero frente a terceros la retroactividad, si es que existe, tiene excepciones graves (464 y 1.124 del Código civil y 85 del Código de Comercio). En los de ejecución continua y periódica no tiene lugar la retroactividad, pero en cuanto a los aleatorios, aunque en el contrato de seguro no hay duda (431 del Código de Comercio), es más controvertido el caso de la renta vitalicia.

En la compraventa debemos diferenciar. En caso de inmuebles sin pacto comisorio (1.504), el requerimiento será el cauce procesal del derecho potestativo de resolución. Con pacto comisorio no plantea problemas específicos. En la venta de muebles (1.505) también la resolución se supedita a que el acreedor ejercite su derecho (cfr. 1.505, «en interés del vendedor»), pero sin emplear el cauce formal del requerimiento.

El pacto comisorio es un derecho potestativo de apropiarse una cosa ajena, objeto de un contrato, con fines de garantía. En el Derecho quirritario y clásico aparece como lícito y de uso frecuente. Constantino lo prohibió en términos de rigor excepcional, sancionando el producto vivido de una nueva conciencia religiosa, moral y jurídica. Esta posición pasa al Codex. En la Alta Edad Media reaparece la fiducia en su forma germánica y la licitud del pacto comisorio. Se prohíbe en las Decretales. Así se mantiene en la recepción del Derecho romano y pasa a la mayoría de los Códigos modernos. El nuestro sigue los precedentes históricos (Partidas) en los artículos 1.859 y 1.884, siendo más satisfactoria la fórmula del segundo. No podemos olvidar los artículos 1.872 del Código civil y 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Las principales teorías del fundamento de su prohibición son: A) Tutela jurídica del deudor; B) Tutela económica del deudor; C) Tutela de los acreedores; D) Enriquecimiento injusto; E) Negocio inmoral; F) Contradicción técnica, y G) La ejecución privada.

En caso de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y prenda mercantil, se aplica la prohibición del 1.859, en el primer caso por el juego de la disposición adicional 3.ª de la Ley de 16 de diciembre de 1954, y en el segundo, por la generalidad del artículo 1.859 y el sentido de los artículos 321 y 323 del Código de Comercio. En la prenda irregular existe neta incompatibilidad con el pacto comisorio. En el pacto con fiador algunos autores se han inclinado por la licitud del pacto, pero no creemos que lo que al acreedor principal se le prohíbe pueda permitírsele al fiador.

La prohibición del pacto determinará la nulidad del mismo, pero no la del negocio (tesis de la nulidad parcial). Así opina la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hallándose fuerte apoyo para esta tesis en el artículo 1.884. La acción para exigir la nulidad del pacto parece que debe ser imprescriptible y que además de los legitimados podrá denunciarla el juez de oficio.

En su función de garantía autónoma constituye un contrato atípico de garantía y se considera ilícito, pues sin duda le alcanza a este pacto comisorio la ratio de los artículos 1.859 y 1.884; pero si la «hyperocha» se salva, debe admitirse el pacto, y en este caso el título de adquisición no estará en la dación en pago, la obligación alternativa, la cláusula penal o la compraventa con fines de garantía, sino más bien en la compraventa bajo condición suspensiva, o mejor aún en el ejercicio por el acreedor de un derecho de opción.

El pacto comisorio oculto integra dos figuras íntimamente unidas: la transmisión fiduciaria y la venta a pacto de retro.

En la enfiteusis no hay pacto (sino atribución legal de una acción), ni comiso (sino recuperación de lo propio por disolución del contrato). En la superficie no hay pacto comisorio, sino tal vez más analogía con el arrendamiento, para lo que puede servirnos de base la norma del 1.655 del Código civil. En caso de rescate de una póliza de seguros, la posición es polémica. Para unos, el pacto co-

misorio sobre el valor de rescate es prohibido (LOJACONO); para otros, lícito (LORDI). En todo caso habremos de admitir que no se trata de un caso de prenda irregular.

El pacto comisorio.—Celestino Mas Alcaraz.

La historia del pacto comisorio es prácticamente la historia de su prohibición. En Derecho griego aparece en no pocos fragmentos. En Derecho romano quiritarario era lícito y practicado cotidianamente en los negocios por una razón de moral utilitaria y por su estrecho ligamen con un instituto típico de garantía del Derecho romano, la «fiducia cum creditore». En cambio, en el Derecho postclásico, por el potente influjo de la moral cristiana y sobre todo una vez que se introdujo el derecho de venta de la cosa pignorada, se hubo de poner de manifiesto que el comiso podía ocasionar un gravísimo perjuicio para el deudor, y el emperador Constantino sancionó su prohibición en una Constitución (año 320) que recogió el Código de Justiniano. En Derecho intermedio, la influencia del Derecho canónico reforzó la prohibición, prohibiéndose asimismo la usura, y siendo acogida esta posición por las Partidas y la generalidad de los derechos nacionales, con lo que pasa así a los Códigos modernos.

El Código civil mantiene una clara prohibición en sus artículos 1.859 y 1.884. En nuestro Derecho hay que considerar también nulos el pacto obligatorio y el «ex intervallo» (además de serlo los prototipos: el real y el «in continenti»).

La ratio de la prohibición del pacto comisorio hay que buscarla en la necesidad de tutelar al deudor; por ser el pacto comisorio contrario a la naturaleza de la garantía; por la necesidad de tutelar tanto al deudor como a los demás acreedores del mismo; por ser un negocio inmoral y por la misma idoneidad del pacto comisorio para convertirse en un pacto de estilo. En conclusión, al prohibirlo se quiere evitar una posición de injustificada especulación a favor del acreedor, que se traduciría en un constante abuso económico en daño del deudor.

La naturaleza jurídica puede reconducirse a diferentes teorías:

teoría de la compraventa, teoría de la dación en pago o teoría de la enajenación en garantía.

Los efectos que deben estudiarse son, no los del pacto comisorio prohibido, sino los de su nulidad, y aunque el Código civil carece de una norma reguladora general, debemos calificarla de nulidad parcial (sólo del pacto comisorio), en base al tenor literal de los artículos 1.859 y 1.854; al principio de conservación del negocio jurídico que puede existir válidamente sin dicho pacto y a la protección de la parte más débil. Están legitimados para pedir la declaración de nulidad todos los que tengan interés en ella (deudor y sus otros acreedores, incluso el propio acreedor), y puede y debe ser declarada de oficio por el juez. La acción de nulidad es imprescriptible, pero el acreedor puede adquirir la propiedad de la cosa por usucapión extraordinaria.

Supuestos controvertidos de pacto comisorio. El pacto con fiador es ilícito por su identidad de ratio y el tono del 1.839. El pacto impropio es ilícito por ser tan inmoral y dañoso como el propio y porque su reconocimiento brindaría al acreedor un fácil medio de eludir la prohibición legal. El pacto marciano es reconocido como lícito si la estimación del bien se efectúa a partir del incumplimiento por el deudor.

Pacto comisorio oculto. La llamada venta con fin de garantía, en Derecho español ha tenido y sigue teniendo frecuente aplicación en la práctica notarial por diversas razones de todas conocidas, ventajas fiscales, titulación no inscrita... Su naturaleza jurídica se reconduce a la fiducia «cum creditore», y en cuanto a si esta venta entraña o no violación de la prohibición del pacto comisorio, se niega.

El pacto comisorio en la compraventa se conceptúa como un medio de resolución del contrato y no como un negocio de enajenación, que es la función del pacto comisorio en los derechos de garantía.

La historia del pacto comisorio en la compraventa es la historia de su reconocimiento legal. En Derecho romano el pacto comisorio nació en la práctica contractual y en los contratos innominados (aparecidos en la época justiniana) se concedió el derecho de rescisión, dándose junto a la «actio praescriptis verbis» la «conditio ob causam datorum». En Derecho intermedio desaparece

la teoría de la resolución de los contratos por incumplimiento, adquiriendo especial importancia el pacto de retrovendo, casi desconocido en Derecho romano. A fines del siglo xvii vuelven otra vez a aparecer en los contratos cláusulas resolutorias, y el movimiento codificador se encuentra, de una parte, con el pacto de retroventa, considerado como retracto convencional, y de otra, el principio general de la resolución de los contratos por incumplimiento.

El Código francés establece la regla general de resolución; en cambio, los Códigos alemán e italiano regulan separadamente la resolución de los contratos, según se haya pactado o no expresamente.

En Derecho español, los preceptos básicos son los artículos 1.124, 1.504 y 1.505 del Código civil y el 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento.

CASTÁN reconoce dos formas de pacto comisorio: el tácito (1.124) y el expreso (1.504 y 1.505); pero la mayoría de la doctrina sólo reconoce como pacto comisorio el expreso (el 1.124 es acción rescisoria y el 1.505 presenta escaso interés notarial).

El fundamento inmediato se halla en la voluntad de las partes y en la del vendedor, pero el mediato es el fundamento de la resolución en general, que por la doctrina moderna suele centrarse en el concepto de «sinalagma funcional».

La naturaleza jurídica se ha configurado con arreglo a la teoría de la condición resolutoria expresa (doctrina tradicional), de la cláusula resolutoria expresa («la que, a nuestro parecer, configura correctamente el pacto comisorio del artículo 1.504») y la de la enajenación en garantía (tesis de MONEDERO).

En contraste con la acción resolutoria del 1.124 (que sólo produce efectos «inter partes»), el pacto comisorio de los artículos 1.504, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, produce también efectos especiales frente a terceros. Efectos especiales en cuanto a la retención de precio; en Derecho romano las soluciones fueron contradictorias. Las Partidas lo admitieron, pero la cuantía de la «paga» jugaba un papel decisivo. En nuestro Derecho no pueden darse soluciones generales. El artículo 1.504 nada previene, pero quedará sujeto al comiso, dado su carácter de pena convencional, a la facultad de moderación que a los Tribunales concede

el artículo 1.154 del Código civil. Es digna de mención al respecto la sentencia de 19 de mayo de 1958.

La cláusula de reserva de dominio.—Celestino Mas Alcaraz.

El «*pactum reservati dominii*» es una estipulación frecuente en la venta a plazos de bienes muebles, de gran difusión actual por la doble utilidad que proporciona a comprador y vendedor.

CANDIL lo define como «una convención de garantía de uso corriente en el contrato de compraventa, por la cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta el integro pago del precio». Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de junio de 1958 (ponente, Bonet Ramón), después de reproducir en su primer Considerando la definición formulada por DEGNÉ, añade en un Considerando posterior que consiste en «una estipulación expresa de las partes por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total de precio» («*viniendo a constituir simplemente una garantía del pago*»).

Cumple para el vendedor una función de garantía del pago del precio y no constituye una figura independiente, sino una cláusula que puede darse en cualquier tipo de contrato traslativo de dominio, y tiene como esencial la existencia de un plazo, siendo de ordinario éste el total pago del precio.

Es una figura impuesta por la práctica a la dogmática. La admisibilidad de la figura en Derecho romano depende de la solución que se acepte respecto a la determinación del momento en que tenía lugar, en la compraventa romana la transmisión de la propiedad de la cosa vendida; pero podemos concluir afirmando la posibilidad de dicho pacto dentro de las normas generales del Derecho romano.

En Derecho medio se arraiga y difunde por dos razones: para excluir la presunción justiniana de la «*fides de pretio*» y para remediar los inconvenientes de la hipoteca romana. En un primer periodo se aplica a los inmuebles. En el siglo XIX, por las mismas exigencias se aplica también a los bienes muebles.

En las legislaciones modernas su admisión, lógicamente, no

plantea dificultades en aquellas que configuran la compraventa como un negocio obligacional.

En nuestro Derecho, ni el Código civil ni el Código de Comercio la regulan, pero el Tribunal Supremo, en abundantes fallos, ha proclamado su validez en base al artículo 1.255 (sentencia de 10 de junio de 1958).

En tema de naturaleza jurídica debemos destacar la posición negativa (basada en la tesis de la transmisión real) y las positivas (que condicionan, a su vez, la compraventa o la transmisión de la propiedad). La mayoría de nuestra doctrina y el Tribunal Supremo lo han calificado siguiendo la tesis de la condición suspensiva afectante a la transmisión del dominio.

Para los elementos personales rigen las reglas generales. Por regla general, su objeto lo constituyen bienes muebles no consumibles; los inmuebles, en la práctica, caen en órbita de hipoteca. Es frecuente el precio a plazos, pero no hay inconveniente en admitirla en la «*solutio*» única diferida. En caso de impago del precio y habiéndose girado letras de cambio, podrá el vendedor valerse de la cambial y realizar esta especie de ejecución sobre cosa propia, porque basta la relación de la cosa con el obligado en una nueva relación de posesión. No tiene especial requisito de forma.

Pendiente la condición, el vendedor es propietario de la cosa (bajo condición resolutoria) y acreedor del precio (aplazado); el comprador es poseedor en nombre propio y con título legítimo, deudor del precio y padece los riesgos de la cosa desde que la recibe. Cumplida la condición (el pago), se transfiere automáticamente la propiedad, sin ulterior declaración. Incumplida, además de las propias consecuencias (1.124, 1.501, 1.504 y 1.505), despliega su eficacia el pacto, que suele acompañar al de reserva de dominio, de resolución automática del vínculo contractual. La cláusula, llamada de caducidad, por su carácter de pena convencional, quedará sujeta a la posible moderación judicial (1.154 del Código civil).

En cuanto a los acreedores del comprador, a falta de regulación específica debemos entender que, para evitar confabulaciones, el triunfo de la pretensión del vendedor dependerá de la autenticidad con que demuestre que ha retenido la propiedad de la cosa embargada. Tal es el criterio del Tribunal Supremo. En cuanto a los subadquirentes del comprador, CANDIL afirmó que el vendedor

tenía que retroceder ante el artículo 464; MELÓN INFANTE admite la posición inatacable del tercer adquirente que ignoraba la existencia del pacto, y PUIG BRUTAU, con base en la seguridad de las transacciones, exige que sea el vendedor con reserva de dominio (primer vendedor) quien demuestre que el tercero conocía o pudo conocer por medios racionales la existencia de dicho pacto. En la quiebra del comprador, si los síndicos no asumen la ejecución normal del contrato, el vendedor tiene derecho de separación «ex iure dominii».

La compraventa de cosa futura.—Francisco Rovira Jaén.

Explicitamente permitida en el artículo 1.271 de nuestro Código civil. Debe ser de probable realización, de tráfico lícito y determinable en cuanto a su especie. Algún sector doctrinal (DE MARSICO, BARASI, SALIS) sienta varios criterios para diferenciar la cosa futura y la «rei speratae», pero la moderna doctrina (RUBINO y GAZZARA) no las distinguen. La específica voluntad de las partes se explica como una venta condicional suspensiva (WINDSCHEID) o «conditio iuris» (LORENCI), como una promesa de venta (GABBA), un contrato en vía de formación (DE MARSICO y SALIS), un negocio con el consentimiento anticipado (RUBINO) o un contrato obligatorio (GAZZARA). No puede admitirse la teoría de los negocios en vía de formación interna, sino externa. Es un negocio compuesto de venta obligatoria (existencia) y «evento ex post» (eficacia).

Los autores patrios para explicar el juego de la venta de cosa futura acuden a la solución de la condición del contrato, pero se condicionarían sólo las obligaciones que tienen relación con la cosa. La cosa, que es elemento estructural, no puede ser al mismo tiempo el acontecimiento condicional, y los efectos son «ex nunc», siendo típica de la condición su retroacción.

Efectos. Fase de pendencia. Por tener relación con la cosa se hallan suspendidas las obligaciones de entregar la cosa y de sanear por vicios o defectos ocultos. Por no tenerla, tienen plena eficacia la irrevocabilidad; las obligaciones relativas al futuro nacimiento de la cosa, ya sean de tipo negativo (no impedirlo), ya positivo (procurarlo), y su incumplimiento puede producir resolución

de la obligación y resarcimiento de daños o exigir su cumplimiento y la indemnización; la obligación de pago del precio, por ser una obligación que no está en relación con la cosa, es plenamente eficaz.

Fase de cumplimiento. Al nacer la cosa futura nacen las obligaciones suspendidas que tenían relación con la cosa: entrega de la misma (que se regirá por las normas ordinarias, pero exigiéndose la tradición por excluirse la instrumental); saneamiento por evicción y vicios ocultos (que se regirá por normas ordinarias, pudiendo excluirse por pacto expreso y no implicando renuncia al saneamiento la venta de cosa futura); si al nacer la cosa fuese de calidad inferior, será aplicable por analogía el 1.471 (pero deberá tenerse en cuenta la doctrina de la culpa del 1.101).

Fase de incumplimiento. No se produce la concausa de eficacia. Existe un incumplimiento por parte del vendedor y la obligación del comprador (sinalagma) deviene ineficaz, quedando liberado de pagar el precio o pidiendo la restitución del mismo, porque si continuara obligado a pagarlo, estaríamos en tema de la «emptio spei».

La «emptio spei» es una expresión que ha gozado de una aceptación quizá mayor de la que se merece. Usada en un fragmento de POMONIO (que cita como ejemplos el producto de la caza y pesca y el lanzamiento de monedas en las festividades públicas), se ha repetido por autores antiguos y modernos para expresar aquella venta en la que el comprador se obliga a pagar el precio, aunque la cosa no nazca.

Ha sido muy discutida en la doctrina la distinción de esta figura con la «emptio rei speratae». Nos inclinamos por configurarla como una compraventa de cosa futura con cláusula aleatoria, y el mismo Código civil nos da base para este aserto en el artículo 1.447. Para diferenciarla de la compraventa de cosa futura habrá que interpretar la voluntad de las partes, y en la duda, presumir la venta de cosa futura por el juego de los artículos 1.286 y 1.289.

Entre las aplicaciones prácticas más importantes hay que citar la venta de frutos naturales futuros (pendientes o aún no nacidos). La obligación de transmitir tiene lugar cuando la cosa tiene existencia jurídica autónoma (desde que se alzan o separan). Antes de la separación, en caso de venta del inmueble, el compra-

dor de los frutos sólo tendrá acción contra el vendedor, pero no contra el comprador del inmueble; en caso de prenda sin desplazamiento, hipoteca o anticresis, prevalecerá el derecho de estos titulares frente al obligacional del comprador de los frutos. Después de la separación de los frutos, la venta será eficaz y el comprador adquirirá el dominio por la tradición.

Otro caso de gran interés es la venta del apartamento del edificio que se construirá. Es muy interesante diferenciarlo del contrato de arrendamiento de obra (entre otras razones, por los plazos del saneamiento). Si prevalece el trabajo será contrato de obra y en otro caso venta, pero habrá que acudir a la voluntad de las partes o a la apreciación de los Tribunales, porque la valoración de estos elementos objetivos es una cuestión de hecho. Debe también diferenciarse de la permuta de cosa futura (a efectos de posibles tanteos y retractos); puede también configurarse como venta de cosa presente (solar) por precio futuro en especie o dación en pago (apartamento futuro). Si el vendedor es el constructor, se aplicará el 1.591, cuando estipuló primero la venta en vista de la futura construcción. En otro caso, el comprador procederá contra el vendedor como tal, y por el 1.591, contra el constructor.

Nuevas orientaciones en materia de arrendamientos urbanos.—
José Luis López-Amo Marín.

El problema de los arrendamientos urbanos tiene su origen en dos cuestiones totalmente distintas, pero íntimamente unidas: el diferente tratamiento jurídico que la Ley especial da al arrendamiento frente al Código civil, y el problema de la vivienda que trasciende del campo jurídico e invade el socio-político.

En realidad, sólo nos interesa el aspecto jurídico del arrendamiento, y vaya por delante la afirmación de que el enorme problema de la vivienda se puede resolver con fórmulas jurídicas, sin tocar el aspecto técnico-económico, aunque éste sea muy necesario.

En España el problema es antiguo (según han demostrado ARAGONESES y PASCUAL NIETO), y ya en 1842 se dictó una Ley arrenda-

ticia para todo el territorio, además del importante auto acordado de 31 de julio de 1792.

Ante el hecho cierto de haber menos viviendas que inquilinos y en consideración a la debilidad económica de éstos, el legislador adopta una cómoda medida: congela rentas y prorroga indefinidamente el contrato; pero con ello el verdadero problema no se resuelve y los inquilinos sin casa se quedan sin casa. Todo ello crea dos bandos: el de los inquilinos que defienden su posición protectionista (la legal), y el de los propietarios, que replican que la renta legal no responde al valor del edificio, y que la prórroga forzosa hace al arrendamiento muy gravoso, por lo que arrendar es peor que hipotecar.

La solución legal, mirada sin apasionamientos, conduce a funestos resultados, porque no se reparan convenientemente los edificios, no se construyen nuevas fincas, disminuye el número de habitaciones para alquilar, muchas habitaciones para alquilar están deshabitadas, resultan protegidos muchos inquilinos de economía próspera, incluso los titulares de negocios y las personas jurídicas; esta exagerada protección es fuente de negocios inmorales y el número de litigios sobre arrendamientos urbanos supone el 60 por 100 del trabajo de la Justicia municipal.

De todo lo dicho puede deducirse que el arrendamiento urbano tiende a desaparecer como institución vivida. La misma protección al inquilino agudiza la crisis de la vivienda. El problema de la vivienda se reduce a un problema de renta. Se protegen demasiadas cosas que no necesitan protección.

La legislación vigente concede al arrendamiento: renta tasada y posible revisión y reducción (arts. 96 y 103); continuidad en el arrendamiento para el propio arrendatario y para terceras personas (24, 29, 57, 58, 59 y 60); limitación en las facultades dispositivas del propietario (47 y ss., 52, 53, 54, 57, 81 y ss. y Ley de 22 de julio de 1958); prohibición de convertir la vivienda en local de negocio (disp. adic. 1.^a) y alquiler obligatorio de viviendas (disposición adicional 2.^a).

La consecuencia de estos sobrecogedores caracteres es una absoluta derogación del régimen civil del arrendamiento, convirtiéndose en un verdadero censo nacido de una institución diferente al contrato y con un contenido legal.

Existe una atenuación de esta tendencia proteccionista en la propia Ley, por la posibilidad del pacto en contrario. El artículo 6 reglamenta un acto de autonomía de la voluntad referente al contenido de la relación jurídica arrendaticia.

En tema de renta podemos diferenciar la renta libre en locales y viviendas de nueva construcción o de los antiguos desocupados (a salvo el derecho del inquilino de vivienda de revisarla ante la Junta de Estimación); los aumentos de renta legales por cambio de arrendatario (arts. 42, 60 y 98), y la revisión periódica (cada cinco años) de rentas, en atención al aumento de coste de la vida.

La extinción del contrato puede darse por negativa de prórroga (art. 62), aunque todas estas causas están muy condicionadas y dificultan el ejercicio de la acción, o por causas de resolución a la vista de la conducta ilegal del arrendatario (art. 114).

Como limitaciones a la continuidad indefinida podemos citar la subrogación de vivienda «inter vivos» (art. 24), las sucesiones «mortis causa» (art. 59) y el retracto en el traspaso de local de negocio (arts. 35 y 36), que más parece un derecho de rescate enfiteútico (OGAYAR).

Algo se ha ganado con la admisión de la doctrina del abuso del derecho, aunque la Ley se produce con bastante oscuridad y le da un alcance meramente procesal. También la jurisprudencia ha suavizado la Ley (cfr. las sentencias del Tribunal Supremo en cuanto a la transmisión «mortis causa» de la cualidad de arrendatario de local de negocios, 9-XII-59, 20-II-60 y 6-V-60) incluso forzando su literalidad para conseguir en un alarde dialéctico evitar la vinculación indefinida y devolver a la propiedad su carácter de libre.

La doctrina es polémica entre «inquilinizistas» y «propietaristas». Se ha escrito mucho, pero sin profundizar y ciñéndose a simples reflexiones sobre un caso concreto. No se intentó un estudio constructivo y desapasionado del problema. Actualmente se aprecia un deseo general de reforma y de liberalización de la propiedad, pero aún no está maduro el tema para decretar, de un plumazo, la vuelta al sistema de libertad del Código civil. El mantener la estabilidad es perfectamente compatible con el mantenimiento de la reciprocidad de las prestaciones, especialmente en cuanto a la renta; lo más sano de nuestra doctrina coincide en afirmar que resuelto

el problema de la renta, está todo resuelto. En el extranjero el problema se ha enfocado con mayor objetividad y se considera que el inquilino individual abusa, a veces, de la protección legal; que ésta debe dirigirse a la masa de inquilinos; que beneficia más cierta libertad de rentas que no la absoluta congelación; que el capital privado debe tener un rendimiento adecuado, y que el Estado, además de fomentar la iniciativa privada, debe planificar a gran escala según grandes planes nacionales.

Para resolver el problema bastaría con copiar la legislación alemana o la italiana; pero una cosa es la solución jurídica y otra el problema de hecho, que entra en el campo socio-económico. Paradójicamente, en Alemania es difícilísimo encontrar vivienda, y en España («pais en donde peor se ha tratado jurídicamente la cuestión») es donde el problema tiene más fácil solución, si es que no está ya prácticamente arreglado, porque gracias a la abundante legislación de protección a la vivienda, se solucionó el problema por vía de propiedad, no por vía de arrendamiento, que prácticamente quedara relegado a las viviendas suntuarias y a los locales de negocio.

La solución, por vía de arrendamiento, debe hallarse en la objetividad que proteja por igual a las dos partes, y podía basarse en los siguientes puntos: una renta adecuada (único estímulo para edificar), fijada libremente o según módulos por metro cuadrado y atendiendo a la clase de viviendas y a otras condiciones; la propiedad comercial debe liberalizarse, bastando una relativa estabilidad durante cierto plazo; las viviendas de lujo no necesitan protección alguna, y los arrendamientos concertados por personas jurídicas no pueden equipararse a los de viviendas para uso doméstico.

Los contratos de mediación.—Juan Lázaro Pérez.

La mediación es un fenómeno tan antiguo como la vida y el comercio y resulta de evidente utilidad, especialmente en la vida rural. Hasta la literatura se ha hecho eco de la importancia de esta actividad («Babbitt», de SINCLAIR LEWIS).

Supone etimológicamente la interposición de una persona en-

tre dos o más procurando su acuerdo o avenencia; pero no podemos construir sobre esta base el concepto jurídico que atribuye al mediador el superar las dificultades objetivas (falta de contratante) o subjetivas (falta de consentimiento).

BONET cita como precedente el contrato «aestimatorius», pero quizá resulte algo forzada esta conexión y además la mediación debe calificarse de consensual (así se califica por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de enero de 1922). Por otra parte, la constitución familiar romana hacía superflua la función de la mediación (Azzolina). En la evolución posterior se alternan etapas de libertad con otras de monopolio de la actividad mediadora. La mayoría de los Códigos modernos admiten su libre ejercicio, pero algunos diferencian los mediadores colegiados y los no colegiados y atribuyen mayor importancia a la función de los primeros. Esta es la posición de nuestro Código de Comercio, aunque los que se denominan agentes mediadores (en su triple modalidad) son realmente, comisionistas y fedatarios públicos.

Muchas soluciones se han dado al problema de su naturaleza jurídica. Hecho social (Carta y Ferri); hecho jurídico (Carraro); «negotiorum gestio» (Sueco); mandato (Borsari); arrendamiento de obra (Carnelutti-Azzolina) o contrato de agencia. Promesa unilateral (Tumedei); contrato con tres contratantes (Bolaffio) o con dos (Vivante y la posición de nuestro Tribunal Supremo). Económicamente quizá pueda calificarse de accesorio, pero jurídicamente es principal; aunque puede—también—calificarse de preparatorio como lo hace el Tribunal Supremo.

Intervienen necesariamente el que da el encargo (mediado) y el que lo recibe (mediador). La persona con la que se pretende concluir el negocio principal (mediatario) resulta extraña en principio. Constituida la mediación, el mediatario puede permanecer ajeno o participar en ella. En el primer caso se admitirá incluso el consentimiento presunto (verbigracia, en caso de tratar, sin reserva alguna, con el mediador). En el segundo caso parece más acertado admitir que existen dos contratos de mediación.

Son elementos reales las prestaciones principales de cada una de las partes; la actividad para conseguir la celebración del negocio y el pago de corretaje respectivamente. La causa del contrato mediado es distinta de la mediación, pero si es contraria a

la Ley, la moral o el orden público, produce la nulidad de la mediación, por el carácter instrumental de ésta. En este punto debe hacerse especial mención de la mediación privada en el contrato de trabajo y la mediación matrimonial.

Es un contrato consensual y ante el artículo 12 del Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria hemos de ver un documento «ad probationem».

El mediador tiene como obligación principal, según AZZOLINA, la promesa de hacer concluir el contrato. A nuestro juicio, su obligación es desplegar su actividad para conseguirlo, pero nunca prometer un resultado. La actividad es muy variada y no puede encasillarse en un Código; habremos de atender a lo pactado, a los usos negociales y a la clase de mediación interesada para poder determinar si el corredor ha cumplido o no sus obligaciones. El contrato queda sujeto a los artículos 1.258 y 1.287 del Código civil. Como obligaciones accesorias tiene las de información, discreción e imparcialidad. Una muestra de la primera se encuentra en el artículo 12 del Reglamento de Agentes. La segunda tiene apoyo legal en el artículo 95 de nuestro Código de Comercio. La tercera es fundamental para BOLAFFIO, y si actúa en interés de alguna de las partes deviene en mandatario. Más exacta es la opinión de AZZOLINA, quien afirma que en principio nunca es imparcial. Caso distinto es cuando el mediatario se adhiere a la mediación.

El mediado debe pagar el corretaje. Obligación pura para AZZOLINA; condicional para nosotros. El criterio determinante debe ser la satisfacción del interés mediado y puede ocurrir que el contrato sea inválido y el corredor tenga derecho al corretaje y a la inversa. La cuestión del nexo causal entre la mediación y la conclusión del contrato es de las más delicadas y de gran repercusión práctica. No es imprescindible que la actuación del mediador sea la única ni siquiera la principal. Lo dicho tiene enorme interés en los casos que la doctrina denomina de fraude al mediador. En cuanto al reembolso de gastos el Código italiano reconoce derecho al mediador, salvo pacto o uso en contrario, aunque el negocio no haya tenido lugar. En nuestro derecho se llega a solución contraria, precisamente por los usos existentes. El mediador sólo tendrá derecho a ellos si se pactó expresamente.

Las causas de extinción guardan un acusado paralelismo con las del mandato.

Revocación. La mediación se basa en la fides y el mediado puede en cualquier momento revocar el encargo, pero deberá proceder con lealtad y buena fe y responder frente al mediador de los gastos y perjuicios causados por una revocación injustificada o dolosa, sin perjuicio de conservar el corredor el derecho al corretaje si el contrato se perfeccionó a sus espaldas y la revocación fué en su fraude. Para defenderse de revocaciones inoportunas es frecuente incluir en el contrato la cláusula de mediación exclusiva por un plazo determinado. Presume la existencia de este pacto el artículo 13 del Reglamento.

Renuncia. En cualquier momento que lo crea conveniente. Se justifica por el carácter aleatorio que para el mediador tiene el contrato, pudiendo repetirse lo indicado «ut supra» sobre la buena fe y evitando todo perjuicio al mediado por lo que el mediador deberá comunicar inmediatamente su decisión al mediado para que éste provea, en evitación de daños graves (verbigracia, en caso de productos agrícolas).

Muerte. La del mediado no debe ser causa extintiva porque frente a él las relaciones derivadas tienen acusado carácter patrimonial y pueden perfectamente pasar a sus herederos. En cambio, en la elección de corredor juegan razones personales y su posición no es trasmisible «mortis causa».

Prescripción. En defecto de norma especial se aplicará el plazo general de quince años.

Teoría general de los negocios parciarios.—Antonio Uribe Sorribes.

Es una categoría, perfilada por algunos civilistas modernos, que incluye todos aquellos contratos por los que una persona promete ciertas prestaciones a otra, a cambio de una participación en las ganancias que obtenga ésta.

Un grupo de teorías le niegan la consideración de categoría autónoma: teoría de las subespecies de contratos típicos de cambio (cfr. el *Elemento parciario*, de CROMÉ) o la teoría del contrato

mixto (de ENNECERUS-LEHMANN, RUDOLF y PÉREZ Y ALGUER). Otra teoría intermedia los considera autónomos, pero dentro de la categoría de los asociativos (BARASSI y ROSSI). Finalmente, son reputados autónomos con categoría intermedia entre los de cambio y los asociativos (BREGLIA) o intermedia estructuralmente entre los conmutativos y los aleatorios y funcionalmente de cambio (IRRI).

Admitimos la existencia autónoma de los negocios jurídicos parciarios como contratos de intereses concordantes; bilaterales; onerosos, fiduciarios y como categoría intermedia entre los aleatorios y los conmutativos; son contratos de tracto sucesivo y de estructura «sui generis» y pueden ser considerados de estructura asociativa imperfecta. Son contratos dirigidos al desenvolvimiento de una actividad económica, en los que las partes no se hallan en el mismo plano de igualdad. El empresario tiene derecho a la prestación prometida y el parciario a la participación en las utilidades; el primero se encuentra en situación dominante y el segundo subordinado y no hay común participación en la dirección de la empresa. La prestación del parciario puede revestir múltiples modalidades, pero la contraprestación del empresario siempre es cuota de producto (en natura o metálico). Son contratos en los que no existe fondo común ni crean una personalidad jurídica. El contrato parciario, en algunos casos, puede ser uno de los «ciertos contratos» de que habla el artículo 609. El que haya o no traspaso de la propiedad de la cosa dependerá de las particularidades del caso concreto. Esto tiene un gran interés desde el punto de vista práctico (a efectos de riesgos, titularidad de disposición, quiebras...). Al notario corresponde dar verdadero sentido, según su indagación de la voluntad de los interesados, a las incoloras palabras «cede» o «entrega».

El «dominus negotii» es el que desenvuelve determinada actividad económica; el parciario es el que aporta alguna prestación, precisamente para el desenvolvimiento de esa actividad. En cuanto a capacidad habrá que atenerse «in casu» a la naturaleza de la prestación. Las aportaciones del dueño de la empresa y del parciario podrán tener la más varia naturaleza; las utilidades o rendimientos habrán de repartirse según lo pactado. Los contratos parciarios no están sujetos a ninguna formalidad «ad solemnitatem».

No hay puesta en común, sino transmisión al dueño por el parciario de un capital o un elemento de producción y un derecho del partícipe a los frutos y rendimientos, que puede recaer sobre los mismos frutos o sobre su valor. El derecho a una «cuota de valor» otorgará un simple derecho de crédito contra la otra parte. El derecho a los frutos (principalmente en la hipótesis de aparcería) ha planteado discusiones, sobre todo en cuanto al modo y tiempo de la adquisición. La diversidad de tipos de negocios parciarios impide dar una regla general. Las doctrinas tipo son «*accentratice nel proprietario*»; «*accentratice nel colono*» y copropiedad. En la primera teoría el aparcerero tiene derecho a los frutos desde la división; en la segunda, desde la separación; en el tercer caso, desde la separación se crea una copropiedad, que se disolverá por la división. Creemos que esta última es la más acertada, por responder mejor a la autonomía que se asignó al contrato parciario y porque así se deduce del artículo 48 del Decreto de 29 de abril de 1959. Respecto de terceros el «*dominus*» actúa con plena libertad, y por ello en los negocios parciarios que implican una transmisión de propiedad a favor del dueño del negocio se crea, respecto de éste, una legitimación especial.

Extinción. Además de las normas generales, por ser contratos «*intuitu personae*», adquiere especial relevancia la quiebra, concurso, interdicción o incapacidad de alguna de las partes, sobre todo del «*dominus negotii*» y por ser contratos de tracto sucesivo a su extinción, normalmente, seguirá un periodo de liquidación.

En órbita del Derecho civil hemos de citar la aparcería en sus tres tipos y algunas modalidades de los contratos de edición, trabajo, corretaje, préstamo y contrato de obra.

En mercantil: cuentas en participación; tanto de capa, acciones o bonos de disfrute y formas especiales de remuneración al factor o a los administradores de la Sociedad Anónima.

La diversidad de tipos de contratos parciarios impide señalar reglas generales, por lo que tienen razón **ROCA SASTRE** y **PUIG BRUTAU** cuando hablan de la inutilidad de los conceptos excesivamente generales, que aunque facilitan la dogmática y la didáctica, traicionan a la compleja realidad.

El depósito irregular.—Rafael Flórez Micheo.

Es una realidad jurídica tan llena de tradición histórica como de vida actual. El llamarlo irregular nada resuelve en cuanto a su naturaleza jurídica, sobre la que permanecen las graves y antiguas controversias de la doctrina y de los Códigos, que en su mayoría deciden subsumirlo en el mutuo, aunque sin verdadero convencimiento. La realidad nos demuestra que desde antes de Roma hasta nuestros días, y hoy más que nunca, se viven millones de contratos de depósito de tipo irregular. La vida actúa por el «consensus omnium gentium» y por el «propter homines constitutum est». Las figuras de depósito regular e irregular son especies de un mismo género.

Los primeros rastros aparecen en Babilonia. En Egipto parece que no devengaban interés. En Grecia son los templos los primeros en admitirlos, pero con el tiempo se hallan en manos de auténticos banqueros. En Roma los argentarii les asignaban un pequeño interés. Un texto de ALFENO lo admite junto al arrendamiento irregular. Se diferenciaba del mutuo por la intención de los contratantes; diversa función económica; diverso tipo negocial; por el momento de la devolución de la suma depositada y por la exigibilidad de los intereses en caso de demora. En derecho intermedio subsiste para escapar a las prohibiciones del préstamo. JASON DE MAINE, un postglosador, sigue la construcción de ACCURSIO. lo expone con bastante profundidad y lo denomina depósito irregular.

En el «Liber judiciorum», aunque sin datos de garantía, parece que no fué desconocido. En el Fuero Real aparece en su forma más pura («recibir en encomienda»). Las Partidas regulan sus características; el comentario de GREGORIO LÓPEZ es muy breve (sin duda por lo incontrovertible de la figura). El Proyecto de 1851 descartaba la figura y GARCÍA GOYENA en la glosa explica los motivos.

En Derecho moderno, mientras que en civil se le da escasa importancia y se le confunde con el mutuo, en mercantil se le desarrolla fundamentalmente en materia de depósitos bancarios.

Puede desconocerse la figura; embeberla en el mutuo; calificarse de negocio mixto o remitirla a la disciplina del depósito regular. Al examinar las teorías de la custodia (DALMARTELLO); de la disponibilidad (BRACCO); del transporte de bienes en el tiempo (GRECO), y del aplazamiento (SIMONETTO), se ve que, salvo en tema de la custodia, los caracteres de ambas figuras son idénticos y pueden considerarse los dos depósitos como subespecies de un tipo único o forma central consistente en la función que el depositario presta al depositante de restituir cuando éste quiera y de aliviarle la carga de la conservación de la cosa.

En las dos figuras de depósito existe una relación real de entrega y devolución y un aplazamiento entre los dos actos. La entrega en ambos depósitos tiene un mismo sentido (que al depositante se le restituyan las cosas, aunque para ello haya tenido que entregarlas), totalmente distinto del mutuo (el mutuuario aspira a que le entreguen las cosas, aunque luego deba restituirlas). Cuando el aplazamiento se hace en interés del acreedor, tenemos el depósito irregular (negocio de crédito «sensu» amplio), si lo es en interés del deudor, el mutuo (negocio de crédito «stricti sensu»).

El paso de propiedad y el uso de las cosas es indiferente para la calificación de la figura y junto a la función del depósito irregular se añade la función colateral del uso de las cosas por el depositario. Hay que inclinarse por su gratuidad, porque el goce compensa al depositario en lo económico de su prestación de depósito en lo jurídico, que es naturalmente gratuita. Es módico el interés que los bancos pagan a los depositantes en cuenta corriente. Es necesario expresar a quién beneficia el término; si nada se dice, se presume a favor exclusivo del depositante, quien puede renunciarlo; puede fijarse en interés del depositario no por la prestación de depósito, sino por la colateral de uso y no naturalmente, sino por pacto; el término «ad libitum» del depositario sólo es admisible fijándose una fecha tope, en otro caso se transforma en donación indirecta o se anula por el juego del 1.256. No se admite la compensación de créditos, y así se pronuncia nuestro Código civil, por ser relaciones heterogéneas; por contradecir la función y mecánica del depósito; porque de admitirla se abocaría en la prenda irregular y por el argumento «a fortiori» de la prohibición del pacto comisorio. La restitución, aunque formalmente

diversa, presta en los dos tipos la idéntica función de que el depositante recobre la efectiva disposición de las cosas.

El Código civil. Influido en su redacción, por el Código de Napoleón, incluye la declaración terminante de los artículos 1.767 y 1.768. Si se usa sin permiso, de la cosa depositada, se incurrirá en responsabilidad civil (aunque no criminal, cfr. 535 del Código penal). Si se usa con permiso no existe responsabilidad, pero tampoco existe depósito. Este artículo 1.768 también comprende al comodato (*sic* GARRIGUES). No faltan preceptos que suponen el depósito irregular (1.200 y 1.770), pero lo rotundo del 1.768 no admite dudas, y así se ha pronunciado la jurisprudencia posterior al Código.

El Real Decreto de prenda agrícola de 1917; la Ley de 5 de diciembre de 1941 y la de hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954 admiten indirectamente el depósito irregular y crean la anomalía del depósito de cosa propia.

El Código de Comercio no lo rechaza categóricamente (el 310 destruye un tanto el efecto del 309), pero aunque lo hiciera se manifestaría en la vida mercantil española (GARRIGUES).

En el proyecto de reforma para que exista se requiere que sea de numerario y por tiempo indeterminado; que el depositario sea banquero y el depositante conozca previamente las garantías especiales que el depositario afecta al cumplimiento de sus obligaciones. Se prohíbe el depósito de valores y se da al depósito irregular un contenido obligacional.

Es el único de los contratos irregulares sobre el que hace muchos años se discute sin interrupción, porque es un disconforme con nuestra estructura mental. Es un gran perseguido jurídico, porque quiere ser justo y adecuarse a la necesidad que el hombre sólo satisface por su vía. Sufre persecución por la justicia y debemos procurarle, a lo menos, el limbo de los Códigos.

La renta vitalicia y el pacto contrario al artículo 1.805.—Augusto Gómez Martinho Faerna.

Es una figura jurídica poco frecuente porque como contrato de larga duración se ve afectado por la inestabilidad monetaria; sufre desfavorable trato fiscal y concede escasa garantía al pensionista. Es un contrato aleatorio, consistiendo el alea en no precisar la proporcionalidad entre las prestaciones de las partes. De tracto sucesivo; existe un contrato único del que se derivan muchas obligaciones, por lo que deben distinguirse las acciones, según afecten al contrato (único) o a las prestaciones (múltiples). En derecho romano fué un contrato innominado real «do ut des»; los Códigos modernos lo consideran consensual; nuestra doctrina lo consideró tradicionalmente real y unilateral por la dicción del 1.802, pero los términos que acuñan el contrato real en los artículos 1.740, 1.758 y 1.863 son muy diferentes al desafortunado «desde luego» y el pago de la renta es el cumplimiento de una obligación previa. Es un contrato oneroso, no de onerosidad objetiva (equivalencia de las prestaciones), pero sí de subjetiva (correspectividad en las prestaciones).

Es real (tesis de DEL MORAL). Argumento histórico: la renta vitalicia se deriva del censo vitalicio. Gramatical: las expresiones de los artículos 1.802 y 1.807. Lógico y sistemático: de no admitirse su naturaleza real quedaría desamparado el pensionista y en las relaciones jurídicas de largo tracto la Ley establece siempre una garantía real. En esta posición el artículo 1.805 es perfectamente inútil y hay que entenderlo referido al caso en que la transmisión consista en bienes muebles o en dinero. El pensionista tiene, pues, un derecho de realización de valor equivalente a la hipoteca del artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

Es derecho personal para la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo y Dirección General porque la palabra «carga» no siempre se usa en el Código civil con valor técnico; porque el artículo 1.802 se refiere a muebles e inmuebles y el 1.805, que no establece distinción, debe entenderse referido a todos; porque el Código civil silencia el censo vitalicio y porque para no desampa-

rar al pensionista cabe el remedio de la hipoteca de renta u otra forma de garantía real.

Supuesto que «per se» no sea real, ¿puede serlo por pacto? La Dirección General se ha pronunciado por la negativa porque el derecho de hipoteca es el más adecuado; porque el Código silencia el censo vitalicio y porque no cabe aplicar, en este caso, la doctrina del «numerus apertus». La solución dependerá de la que se dé a la cuestión fundamental de la libre creación de los derechos reales.

El artículo 1.805 no se considera justificado (WAHL) o se justifica por razones de tipo económico y práctico (AZURZA) o por el carácter unitario del derecho a la renta (ENNECERUS-LEHMANN). La posición más convincente es presumir que las partes miran más a la renta conjunta (acto de previsión) que a las pensiones singulares (acto de prestación). Este artículo está fundado en una simple presunción de voluntad de las partes, no trata de proteger el interés de un débil y es una excepción al artículo 1.124.

Hay que diferenciar el pacto resolutorio (el deudor podrá exigir la devolución de capital) y el comisorio (podrá retener, además, las pensiones satisfechas). En cuanto al pacto resolutorio la Dirección General, en la única resolución que abordó directamente el problema (31 de mayo de 1951), negó su validez por la naturaleza del contrato, por la naturaleza del derecho del pensionista y por los términos del 1.805, pero a favor de su posibilidad se esgrime que es un contrato bilateral, y aunque es aleatorio puede pactarse la resolución, el argumento del 431 del Código de comercio, el 1.805 es más dispositivo que imperativo, y en cuanto al derecho del pensionista, más que problema de naturaleza es de inscribibilidad del pacto. En tema de pacto comisorio se argumenta a favor con base en el 1.255 y en contra por razón de equidad. La retención puede pactarse como sustitutiva, como daños y perjuicios; los mismos efectos del comiso pueden obtenerse admitiendo la irretroactividad de los efectos de la resolución por pacto expreso; si se le da el carácter de cláusula penal no podría ser moderada por los Tribunales y serían de aplicación analógica los artículos 1.859 y 1.884.

Pactada la resolución por incumplimiento, sin determinar expresamente sus efectos, si una parte ha cumplido (lo normal en

el caso de renta vitalicia) para evitar el enriquecimiento injusto se acude al mecanismo de la retroactividad que se justifica en los artículos 1.120 y 1.123; pero esta retroactividad admitida para los contratos de ejecución simultánea es negado en los de ejecución periódica. No creemos sostenible esta opinión porque la resolución tiene por objeto la relación jurídica unitaria de renta vitalicia; porque la retroacción es un efecto natural de la resolubilidad; porque admitir la compensación supone reconocer el juego de la retroactividad y porque siendo el 1.805 una excepción del 1.124 el pacto en contra de aquél hará revivir éste. No se trata de «condición» resolutoria, sino de «facultad» resolutoria expresa que afecta a las relaciones «inter partes» (art. 1.123), pero frente a terceros habrá que estar al párrafo último del artículo 1.124.

De las razones en contra debe rechazarse la de analogía con los artículos 1.859 y 1.884, porque obedecen a distinta finalidad; en cambio, si es posible asimilarlo al pacto de igual clase en la compraventa y asimilarlo a una cláusula penal admitiendo su juego como pena sustitutiva compensatoria o como pena acumulativa (1.152), y en todo caso como obligación susceptible de ser moderada por los Tribunales (1.154). Esta solución fué la admitida por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de enero de 1945. Si únicamente se ha pactado en contra de la retroactividad, sin mencionar el comiso, la solución ha de ser la misma, porque los artículos 1.120 y siguientes son dispositivos. En resumen, se infiere la posibilidad del pacto comisorio, quedando sólo en pie de las razones alegadas en su contra la razón de equidad, pero el enriquecimiento injusto puede estar legitimado por el carácter aleatorio del contrato y considerada como cláusula penal cabe la reducción equitativa por el Juez.

El contrato es a término y el pago de las pensiones también y nada obsta que se pacte el plazo esencial en los pagos de la renta, ya que atienden a la subsistencia de una persona, aunque el término no será siempre «per se» esencial y los efectos de su incumplimiento serán análogos a los originados en el caso de condición resolutoria expresa. En nuestra doctrina sólo se ocupó del problema VICENTE y GELLA, y con referencia a los contratos mercantiles. En nuestro derecho positivo será de posible aplicación analógica el artículo 1.504.

El matrimonio civil de bautizados. El matrimonio civil de los españoles en el extranjero.—José Bautista Montero-Ríos.

La competencia de la Iglesia en materia de matrimonios de bautizados se extiende a todas las cuestiones relativas al mismo, en cuanto éstas le conciernen, y la potestad del Estado se limita a los efectos puramente civiles (art. 1.º del Concordato y Principio II de la Ley Fundamental del Reino). El Codex establece en el canon 1.099 las personas que han de guardar la forma eclesiástica en su matrimonio, y el «Motu proprio» de Pío XII de 1 de agosto de 1948 aclaró este punto. Ante el Concordato, GARCÍA CANTERO y MALDONADO estimaron que el Estado asumió la obligación de concordar ambas legislaciones; MIGUÉLEZ, FUENMAYOR y la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo estiman que el criterio del Gobierno es considerar que el Concordato nada ha alterado.

En España impera la unidad católica hasta la Constitución de 1855, la de 1869 y Ley del matrimonio civil de 1870, que suprimieron los Reales Decretos de 22 de enero y 9 de febrero de 1875. Al discutirse el Código civil, la Santa Sede toleró las disposiciones sobre matrimonio de heterodoxos, y nació el antiguo artículo 42, cuya exégesis se hizo por Real Decreto de 28 de diciembre de 1900. La regulación no estaba de acuerdo con las normas canónicas, y después de las Reales Ordenes de 17 de agosto de 1906, 28 de febrero de 1907 y 28 de junio de 1913, y la Orden de 10 de febrero de 1932, se dictó la Ley de matrimonio civil de 1932, que fué derogada en 12 de marzo de 1938, volviendo al sistema del Código civil en su interpretación del año 1900.

La Orden de 10 de marzo de 1941 buscó una mayor concordancia con la doctrina canónica, exigiendo que ambos cónyuges no pertenecieran a la religión católica, que la acatolicidad se entendía sólo en los no bautizados y que había de probarse documentalmente o por declaración jurada, imponiéndose en otro caso sanción de nulidad. Se inició una doctrina más laxa a partir de la resolución de 17 de diciembre de 1954.

La reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, la del Registro civil de 14 de noviembre de 1958 y la Instrucción Circular de

la Dirección General de 2 de abril de 1957 constituyen la legislación actual.

La no profesión de la religión católica no sólo se refiere a los no bautizados, sino a los apóstatas. La resolución de 4 de marzo de 1961 marca algunos criterios indiciarios de la apostasía. La prueba de la acatolicidad es el punto más delicado de toda la reglamentación; el apartado III de la Instrucción Circular especifica los medios de prueba: la confesión—aun bajo juramento—no basta por sí sola, es posible la certificación negativa de bautismo o el acta de notoriedad de apostasía, la más adecuada es la prueba testifical, y «a ser posible con intervención de testigos no elegidos por las partes». Tratándose de bautizados, exige el artículo 245 del R. R. C. que se comuniqué al Ordinario del lugar, y no se verificará el matrimonio hasta que no transcurra un mes. Este requisito fué aclarado por la Instrucción Circular y por Carta de la Nunciatura de 25 de marzo de 1957. La incorrecta doctrina, desde el punto de vista teológico, de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 fué corregida por la Resolución de 18 de mayo de 1961. La Circular declaró en vigor el artículo 83, número 4, del Código civil, y así lo estimó la Resolución de 8 de marzo de 1950.

El Tribunal Supremo ha diferenciado los matrimonios contraindidos bajo la Ley de matrimonio de la República y bajo el Código civil. En cuanto a los primeros, sienta, acertadamente, el criterio de la no retroactividad de la Ley de 12 de marzo de 1938; en cambio, la enumeración del 101 no es exhaustiva, y el deber impuesto a los católicos es un deber jurídico. En cuanto a los segundos, se declararon nulos los matrimonios civiles por la condición católica de uno de los contrayentes. La prueba de acatolicidad es formalidad previa, y en cuanto al grado de ineficacia del matrimonio nulo no ha hecho el Tribunal Supremo pronunciamiento expreso, pero entrarán en el área del artículo 69 (tesis de JORDANO y de CASTRO).

A la vista del artículo 51, el problema se plantea cuando con posterioridad al matrimonio civil uno de los cónyuges pretende contraer nupcias religiosas con otra persona. Al derogarse la Ley de matrimonio civil por la del 38, no se le confirió eficacia retroactiva (salvo en caso de matrimonio de ordenados, religiosos

profesos o de las consecuencias de nulidad de las sentencias de divorcio dictadas por los Tribunales al amparo de la disposición adicional 3.ª de la Ley de 23 de septiembre de 1939). Opinión distinta mantuvieron FERNÁNDEZ REGATILLO, ELOY MONTERO y DEL AMO. El Tribunal Supremo, que en principio no consideró la bigamia, cambió de criterio a partir de la sentencia de 14 de enero de 1955. En este supuesto habrá que aplicar la ineficacia «relativa», porque la jurisprudencia civil no puede anular un matrimonio canónico que producirá su eficacia cuando se disuelva el civil por muerte de uno de los cónyuges.

En el matrimonio civil de los extranjeros en España la capacidad se rige por la Ley nacional de los contrayentes, pero puede aplicarse la española por vía de orden público; en la forma se aplicará la Ley española, con la especialidad del artículo 92 del Código civil, y por costumbre internacional y principio de reciprocidad se admite celebrar el matrimonio ante el funcionario consular del país correspondiente, pero sólo será válido si ambos son extranjeros. Estos matrimonios no serán inscribibles en el Registro; pero si se trata de personas nacidas en España, tendrán acceso por nota marginal (art. 39, L. R. C.).

En el matrimonio civil de españoles en el extranjero no hay problema si se celebran ante funcionario diplomático o consular español (art. 100, C. c., *in fine*), pero si en caso de celebrarse ante funcionario civil del Estado extranjero. Del juego de los artículos 9, 11 y 42 resulta que la no profesión de la religión católica integra las Leyes relativas a la capacidad de las personas, pero la forma planteará aguda problemática. La Ley de matrimonio civil de 1870 y el artículo 70 de la L. R. C. diferenciaban claramente los problemas de capacidad y los de forma, pero faltaba la calificación por el encargado del Registro y se inscribían uniones civiles válidas según la «Lex loci», pero con impedimentos dirimentes establecidos por la Ley española. La doctrina y la jurisprudencia adoptaron una actitud prohibitiva; pero a partir de 1945 se admitió la transcripción en el Registro español de las actas de matrimonios civiles contraídos por españoles según la «lex loci», anteriores a 10 de marzo de 1941 y los posteriores si se justifica su acatolicidad. La L. R. C. soluciona el problema reconociendo facultad calificadora al encargado del registro; reconociendo la validez del matri-

monio contraído en el extranjero según la «Lec loci», pero exigiendo expediente para su inscripción y admitiendo un tipo de asiento (anotación) con efectos puramente informativos.

El Reglamento completó y aclaró esta doctrina. Es válido el matrimonio celebrado según la «Lex loci», rigiendo la Ley española para los requisitos de capacidad, entre los que se comprende la acatolicidad, se atribuye a funcionario español y el expediente podrá ser previo o posterior a la celebración del matrimonio, pero siempre previo a la inscripción, aunque no a su anotación.

La solución legal es la más conforme al espíritu de las normas del Derecho internacional privado y a las necesidades prácticas por la forzosa limitación del servicio consular en proporción con la diáspora de los españoles.

El embargo de bienes gananciales.—Rafael Ruiz Gallardón.

Entre las muchas e importantes modificaciones del Reglamento Hipotecario puede destacarse la reforma del artículo 144, que apenas nacida fué muy criticada, por la inadecuación e incluso oposición a normas civiles y procesales de rango superior y por las dificultades creadas de orden práctico.

El embargo puede considerarse como actividad y como situación específica de los bienes. Como actividad es un acto procesal del juez, aunque a instancia de parte. Como situación es considerado como sustantivo, por la mayoría de la doctrina española, porque modifica el derecho de crédito del ejecutante y el de propiedad sobre los bienes trabados. Requiere obligaciones susceptibles de ejecución o de prevención de ejecución e imputables al deudor ejecutado; bienes patrimoniales, alienables, embargables y pertenecientes al deudor al practicarse el embargo y anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

La sociedad de gananciales, a base del artículo 1.392 del Código civil, completado con otros, puede definirse como la sociedad que la Ley declara existente entre los cónyuges, a falta de estipulación en contrario, por la que se hacen comunes y divisibles por mitad, a la disolución del matrimonio, las ganancias y beneficios obte-

nidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio.

Han surgido muchas teorías sobre su naturaleza jurídica. Patrimonio con personalidad jurídica atenuada (BONNECASE). Sociedad civil (ROYO MARTÍNEZ). Patrimonio de uno de los cónyuges, generalmente del marido (ROGUIN). Comunidad romana (BAS Y RIVAS). Comunidad germana (ROCA SASTRE). Comunidad con gestión unificada (TEDESCHI). Patrimonio colectivo (MESSINEO). Comunidad sobre un patrimonio dinámico (LACRUZ). Comunidad de bienes, especial, de tipo familiar (BELTRÁN DE HEREDIA).

La posición de nuestro Tribunal Supremo no ha sido uniforme y clara, frente a la de la Dirección General, que, salvo en algunas resoluciones antiguas (personalidad jurídica), pronto se orientó de modo uniforme (comunidad germana).

Las obligaciones a cargo de la sociedad de gananciales se regulan en los artículos 1.408 a 1.411 del Código civil, pero se plantea la más interesante problemática en el número 1 del 1.408.

Además, no todos los gananciales quedan igualmente afectados (cfr. 1.386). Las facultades de administración son muy amplias (1.412). En las de disposición hay que diferenciar las «mortis causa» (1.414), y en las «inter vivos», las gratuitas (1.415) y las onerosas (1.413). Este último artículo, en su reforma reciente, ha provocado enorme literatura.

El consentimiento «uxoris» puede considerarse un poder de codisposición (DE CASTRO) o un requisito habilitante y una limitación de los poderes dispositivos del marido, participando de la licencia marital y encajando en los negocios de asentimiento (CÁMARA y RODRÍGUEZ ADRADOS). Se admite por algunos autores que pueda prestarlo la mujer anterior, simultánea o posteriormente al acto de disposición y que puede ser especial o general.

La autorización judicial subsidiaria procederá cuando el no realizar el acto dispositivo suponga peligro o grave daño para la sociedad (DE CASTRO), o cuando el realizarlo no suponga perjuicio (CÁMARA). La autorización deberá ser previa al acto o a su consumación, aunque podrá celebrarse bajo condición suspensiva (CÁMARA). El autor admite que puede ser posterior, por analogía con el consentimiento «uxorio». Siempre deberá ser especial.

La falta de consentimiento y autorización produce una anula-

bilidad especial (CÁMARA), o una ineficacia relativa (RODRÍGUEZ ADRADES). Los que contratan con el marido no pueden alegar ignorancia. Los terceros de buena fe tendrán la protección general.

La determinación de las medidas de aseguramiento oportunas. se deja al recto proceder judicial.

Aparte de las acciones específicas que puedan ostentar, la mujer y sus herederos podrán impugnar los actos prohibidos en base del 1.413 *in fine*, y si existen terceros de buena fe, se dará una responsabilidad directa del marido y una obligación de colacionar.

La mujer, en casos normales, sólo puede obligar los gananciales con el consentimiento del marido (1.416), y en los gastos diarios, bajo su tolerancia (1.362). En situación especial, de ejercicio de comercio, habremos de diferenciar si lo hace con licencia (10 C. c.) o sin ella (12). En el caso excepcional de que sea la administradora de la sociedad conyugal (por darse alguno de los supuestos de los artículos 225 y 1.441 del C. c.), tiene idénticas facultades e idéntica responsabilidad que el marido (1.442), con las limitaciones que le impongan los jueces y las del 1.444. La necesidad de licencia judicial se predica de todos los bienes, porque precisamente se parte de ello para dejar integrados los valores públicos y privados.

Los bienes deberán ser efectivamente gananciales (1.401 a 1.407), aunque por el juego de los artículos 1.421 a 1.423 parece deducirse que el capital del marido responde de las dudas gananciales; los bienes presuntivamente gananciales provocarán la tercería de dominio, pero, según reiterada jurisprudencia contenciosa y registral, no basta con la aseveración del marido.

La reforma dió una redacción más amplia al artículo 95 del Reglamento y añadió un párrafo al 94. La L. E. C. materializa la garantía de la traba en la administración judicial, depósito y anotación preventiva, y esta anotación se cita en los artículos 38, 42, 43 y 44 de la Ley y 140, 141 y 144 del Reglamento.

El 144 antiguo, aunque con defectos de técnica procesal, pero su contenido estaba bastante claro con las tres situaciones perfectamente diferenciadas. La nueva redacción mantiene la misma normación de la situación segunda y tercera, pero en la primera, además de los requisitos exigidos, añade que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges y que, llegada la enajenación for-

zosa, se cumplirá lo dispuesto en el 1.413 del Código civil, en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario. Es muy discutible esta exigencia de codemandar. Quizá el único autor que comentó favorablemente la reforma fué LA RICA, que manifestó su concordancia con la nueva redacción del 1.413, pero intuyendo las dificultades procesales, añade: «basta que la mujer sea parte o, por lo menos, citada...». CÁMARA critica la reforma, porque en las enajenaciones forzosas no hay verdadero acto de disposición, y bastaría «notificar» a la mujer el procedimiento, antes de anotar el embargo, y porque en muchos casos la mujer no está legitimada pasivamente para ser demandada. Los temores de las posibles dificultades prácticas se han puesto ya de relieve, como realidades, en dos informes del Consejo Superior Bancario.

Nos hallamos ante un problema de responsabilidad y un acto de disposición, pero no propiamente del marido, porque la escritura de venta también podrá ser formalizada por el ejecutor, y en buena técnica procesal, ni podrá notificarse la interposición de la demanda a la mujer, que no será parte en el proceso.

La anotación, sea o no constitutiva, es obligatoria (43 L. H. y 1.453 de L. E. C.), y no parece el 144 aplicable a los bienes comunes de los derechos forales.

Donaciones esponsalicias y donaciones entre cónyuges en Derecho común y Derecho catalán.—Luis Roca-Sastre Muncunill.

Pueden considerarse de uso universal los regalos de los prometidos entre sí, o de parientes o extraños, en ocasión de esponsales y en consideración al futuro matrimonio.

En Derecho romano se denominaban esponsalicias porque eran su ocasión los esponsales. No se les comprendía en la prohibición de la Lex Cincia y estaban exceptuadas de la «insinuatio». En lo demás se regían por las normas de las donaciones en general y de las donaciones matrimoniales en particular.

En Derecho germano se conocen los esponsales y las donaciones esponsalicias, preferentemente de los prometidos a las prometidas.

El Fuero Juzgo y el Fuero Viejo recogen parcialmente las Constituciones 15 y 16 de Constantino. Los Fueros Municipales contenían reglas parecidas. El Fuero Real reproduce la Ley 16, pero rechaza la devolución si el prometido «hubo que ver con ella». Las Partidas reproducen las Constituciones 15 y 16, pero alterando la primera. La Ley 54 de Toro establece cierto confusionismo al extender el efecto del ósculo en todo caso, prescindiendo de la noción de culpabilidad. Las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana y de Felipe IV prohíben dar a la prometida más de la octava parte de la dote aportada por ella.

El Código civil las regula como institución única, refundiendo las esponsalicias «*stricti sensu*» y las demás otorgadas en contemplación del primer matrimonio, pero la fusión normativa no implica que hayan perdido su tipicidad.

Son liberalidades de uso, otorgadas en ocasión de una promesa recíproca de futuro matrimonio, supeditadas a su celebración y consistentes en regalos, obsequios, presentes u otros dones de cosas muebles de valor módico proporcionado, hechas por los prometidos entre sí o por terceros a favor de alguno de ellos o de ambos.

Capacidad: 1.329. Presupone que se otorgan en el contrato antenuptial, lo que es conforme con las donaciones matrimoniales «*stricti sensu*», pero no con las esponsalicias. El complemento de capacidad responde a la regla «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*».

Aceptación: 1.330. El Código deroga la norma general para evitar el desistimiento del donante mientras la aceptación no sea conocida (623) o al menos emitida (629). El donatario puede rechazar la donación. Algunos autores entienden que se dispensa la aceptación expresa, pero subsiste la presunta. Otros consideran que la regla general cede ante el «favor matrimonii». Lo dicho será irrelevante, salvo si el donante es un tercero.

Limitación: 1.331. En cuanto a bienes presentes, sólo juega entre prometidos. En los futuros no afectan a las donaciones esponsalicias por razones obvias.

Liberación: 1.332. Raras veces actuará en materia de donaciones esponsalicias; además, la liberación no siempre será posible, por requerir el consentimiento del titular de la carga.

Revocación: 1.333. El matrimonio juega como condición suspen-

siva (SÁNCHEZ ROMÁN), resolutoria (DE BUEN) o «iuris» (PUIG BRUTAU). En las donaciones matrimoniales «stricti sensu» hay más bien una «condictio facti» suspensiva, y en las esponsalicias el matrimonio es una presuposición de tipo resolutorio. La restitución procede, cualquiera que fuese la motivación que impidió el matrimonio y siendo independiente de la acción del artículo 44. Está sometida a la prescripción ordinaria. La fórmula del Código (que no sigue al Derecho romano ni al antiguo castellano) funciona a la perfección, atendido al tipo a que responden en puridad las donaciones esponsalicias, tal como las entendemos.

En el incumplimiento de la condición hay un modo causalizado. Ante la duda habrá que estar al «favor matrimonii». En la falta de licencia para el matrimonio (arts. 45 y 46) no entra el emancipado por matrimonio, y la revocación juega como una sanción, que no es muy ortodoxa en las esponsalicias.

En caso de nulidad del matrimonio con mala fe, el donante queda autorizado para revocar; pero si la mala fe es de ambos, no habrá posibilidad de neutralizarse. La dispensa canónica de «matrimonio rato» equivale a disolución. Se incluyen aquí por algunos (v. gr., CASTÁN) los casos de separación judicial y de la viuda que casa antes del tiempo fijado en el artículo 45.

Por remisión del 1.328, quedarán sujetas a la pauliana; serán reducibles por inoficiosidad legitimaria y colacionables.

En Derecho catalán se regían por el Derecho romano, pero el ósculo como solemnidad había desaparecido y la mujer hacía suyas el anillo de prometida y otras joyas, y los regalos de los parientes del esposo tenían el carácter de parafernales.

La Compilación da preferencia al pacto sobre sus normas. Las define destacando su carácter de liberalidad de uso. En cuanto a la aceptación, se aviene al Código civil. No establece la obligación de liberar gravámenes. Los efectos de la no celebración del matrimonio se adaptan al Código civil, pero el prometido culpable pierde definitivamente lo donado, y si ambos lo son, ninguno podrá revocar lo donado.

En Derecho romano nace la prohibición en derecho consuetudinario después de la Ley Cincia y se encuadra en la legislación augustea. La prohibición implicaba la nulidad radical. La tendencia jurisprudencial es hacer de la prohibición una interpreta-

ción más benigna. La «valiente medida» de la Oratio Severi se mantiene hasta Justiniano, que extiende la validez a otros supuestos e instaura la retroacción de la donación convalidada.

El Fuero Juzgo las prohibió durante el primer año de matrimonio; después debían hacerse por escrito y con testigos. El Fuero Real reproduce lo anterior, pero pasado el año sólo lo permite si no hay hijos. Las Partidas reproducen la evolución del sistema romano. El Proyecto de 1851 seguía el sistema de nulidad, con las excepciones de modicidad y regocijo de la familia.

El Código civil adopta el sistema de nulidad absoluta. El 1.334 establece una norma de «ius cogens» y el 1.335 sienta una presunción «iuris et de iure». Para que juegue la nulidad se precisa que la donación se otorgue durante el matrimonio. Si es declarado nulo, recobra validez la donación. Si es putativo, nos atendremos al artículo 69. La modicidad es un criterio de hecho, al arbitrio de los Tribunales. El regocijo familiar se presta mucho a la simulación, pero cabe la reiterabilidad sospechosa. VALLET estima que el 1.334 nos lleva a un criterio parecido a la Oratio Severi (posible convalidación). FUENMAYOR niega la sagaz argumentación. Nos inclinamos por esta última posición. En otro caso, el Código se hubiese expresado con claridad.

En Derecho catalán rigió el sistema romano-canónico de nulidad con posible convalidación. La Compilación sigue la misma línea en sus artículos 20, 21 y 22, dedicando el 23 a la presunción muciana. Ha de tratarse de donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio y fuera de capitulaciones matrimoniales. En principio serán nulas, pero se admite convalidación retroactiva. La facultad revocatoria es «ad libitum». La convalidación se admite por «silentium» del donante o por «confirmatio testamentaria». De la nulidad se exceptúan las liberalidades de uso y regalos módicos; las destinadas a reparar fincas amenazadas de ruina; las de mero uso de una cosa; las «mortis causa» y el «excreix».

Los heredamientos simple, cumulativo y mixto.—José Luis Pardo López.

Es de importancia el tema por el auge moderno de la sucesión contractual, que hoy renace como instrumento de estabilidad de la explotación rural y por haberse regulado por vez primera en un cuerpo legal, lo que tradicionalmente se abandonó a la costumbre y al pacto.

El Código civil en principio sólo admite la sucesión legal y la unilateral, pero a lo largo de su articulado se encuentran manifestaciones de la contractual. Las legislaciones forales admiten paralelamente la testamentaria y la contractual.

La contractual, históricamente, precede a la testamentaria y sigue a la legal. La tradición latina es contraria al pacto sucesorio, en el que ve peligros contra la libre circulación de la riqueza. Esta tradición encaja con el liberalismo y el mercantilismo del siglo XIX y se recoge en nuestro Código civil. La germánica ve más ventajas que inconvenientes, y hoy es la más aceptada por responder a las modernas tendencias de la propiedad como función social, y en especial a las posiciones actuales del Derecho agrario. En Derecho foral, precisamente por consideraciones sociales, se admitió siempre la importancia del pacto sucesorio.

La sucesión contractual tiene tres modalidades: pacto de disposición de la sucesión de un tercero; pacto de «non succedendo» y el de sucesión. A esta última categoría pertenece el heredamiento.

Se definió tradicionalmente como «donación "inter vivos" de la herencia futura». Roca lo conceptúa: «institución de heredero, hecha en contrato, por causa de matrimonio». Es una figura compleja de contenido sucesorio, formalización contractual y causa legitimadora matrimonial.

Como institución de herederos, concede esta cualidad y revoca el testamento anterior. Como contrato es irrevocable, salvo que el heredante se hubiere reservado la facultad de revocar. Como institución legitimada por el matrimonio, es una transacción histórica entre el principio prohibitivo del pacto sucesorio y el de protec-

ción de la familia y su patrimonio. El régimen varía según las regiones forales y las modalidades. En general: capacidad de contraer matrimonio, contenido de testamento y forma de capitulaciones matrimoniales.

Los heredamientos en Cataluña eran una institución de derecho consuetudinario y de técnica notarial. La Compilación los regula con amplitud, como corresponde a su importancia.

El matrimonio puede considerarse: del heredante y heredero (mutual); de los heredantes («a favor de los hijos de los contrayentes») y del heredero (instituyéndolo en capitulaciones matrimoniales cualquier persona, generalmente sus padres). El efecto básico es la atribución irrevocable del carácter de heredero, en el último; en los otros dos se subordina a la sobrevivencia o al nacimiento. Produce otros muchos efectos secundarios. La modificación se acordará a las reglas sobre modificación de capitulaciones matrimoniales. En la extinción juegan los dos principios de irrevocabilidad y de mantenimiento del orden del patrimonio.

El heredamiento a favor de los contrayentes puede ser simple, cumulativo y mixto. El simple confiere únicamente la cualidad de heredero contractual, y por implicar la menor transmisión de derechos, la presunción está a su favor. El mutual produce los mismos efectos. En vida del heredante, no puede éste disponer de sus bienes a título lucrativo, salvo para regalos módicos y liberalidades de uso; legar lo que se hubiese reservado y dotar y acomodar a los hijos, según el poder de la casa y costumbre del país. Puede disponer a título oneroso, pero los actos serán anulables cuando se otorguen en fraude del heredamiento y el adquirente no sea ajeno al fraude. En tema de facultades dispositivas del heredante, a falta de consentimiento del heredero, será necesaria la autorización judicial. El heredero posee esta cualidad, inalienable e inembargable; si premuere al heredante, transmite el derecho a sus hijos; pudiendo designar—en testamento—qué hijo le sustituirá o haciéndose la designación por el heredante. Si no hay hijos o no son herederos, queda sin efecto el heredamiento, pero subsisten los derechos concedidos a otras personas. Fallecido el heredante, se produce la sucesión sin necesidad de aceptación ni posibilidad de renuncia.

El cumulativo y mixto, salvo su diferencia inicial, son de efec-

tos análogos. En vida del heredante se transmiten por heredamiento simple, salvo pacto en contrario; en el cumulativo, los bienes adquiridos después de la donación, los muebles de uso personal, los adscritos a la explotación familiar y los reservados; en el mixto, todos los no comprendidos en la donación. En los bienes transmitidos de presente puede reservarse el heredante derechos y facultades para sí o terceras personas y establecer pactos reversionales. Si el heredero premuere al heredante o incurre en indignidad, transmite a sus sucesores los bienes adquiridos de presente, salvo pacto reversional; en cuanto a las deudas anteriores (al heredamiento), sólo responde con los bienes transmitidos de presente y previa excusión de los reservados; de las posteriores no responde ni con los bienes donados ni con los propios. Fallecido el heredante, surten los efectos del heredamiento simple.

En el Código civil los pactos sucesorios, excepcionalmente admitidos, no son encuadrables en el heredamiento. El 174 es heredamiento simple, pero por causa de adopción. El 831 será, más bien, heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes en su modalidad de preventivo y de libre elección.

En Derecho aragonés, el artículo 34 autoriza el heredamiento amplio, pero el 58 parece limitarlo a la regulación de la «sucesión de los cónyuges y de su descendencia». El Anteproyecto admite la sucesión contractual «sensu amplio». En Derecho vizcaíno el testamento por comisario responde, más bien, a la idea de testamento que de heredamiento. En Derecho navarro, la donación «propter nuptias» equivale al heredamiento cumulativo catalán. En el balear, por influencia de la región catalana, se practican los heredamientos universales en sus diferentes tipos.

La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires» en la herencia y en los legados.—Francisco Javier López Contreras.

Todos los ordenamientos modernos admiten la subsistencia de las deudas «post-mortem», salvo las personalísimas. Lo que varía es el sistema de liquidación, que podrá ser por un liquidador especial o por el sucesor. En el terreno especulativo hay tres sistemas fundamentales de responsabilidad del sucesor: «ultra vires»;

«ultra vires» para las deudas e «intra vires» para las cargas o «intra vires». Este último puede funcionar «cum viribus» (limitación de responsabilidad cualitativa) y «pro viribus» (cuantitativa).

Aunque en Derecho romano arcaico parece que no existió la transmisión «mortis causa» de las deudas, ya se halló—ésta—consagrada en las XII Tablas, con responsabilidad «ultra vires». Se fundamenta en las teorías de la «successio» personal o jurídica o en la «adquisitio» de la «universitas». La confusión de patrimonios podía perjudicar a los acreedores del causante (por deudas del heredero) o a los del heredero (por deudas del causante). Se arbitraron como remedios: repudiación, «ius abstinendi», «separatio bonorum» y beneficio de inventario.

En Derecho germano parece que existió responsabilidad «intra vires» y «cum viribus», después «pro viribus». También se podían abandonar los bienes a los acreedores.

Los Derechos anglo-americanos instauran una especial liquidación de la herencia por el ejecutor. La herencia se convierte en un activo líquido, que se reparte entre los herederos, quienes nunca responden de las deudas del causante.

En un sistema sucesorio como el nuestro, de raigambre romana (cfr. resolución de 30 de junio de 1956), la responsabilidad es ilimitada «per se» y limitable por beneficio de inventario. El verdadero fundamento está en la Ley, que esgrime razones de solidaridad familiar y de protección a los acreedores del difunto. En caso de pluralidad de herederos, no se sigue el principio romano de la mancomunidad, sino el de la solidaridad, del Proyecto de 1851. El 1.084 genera esta responsabilidad, una vez hecha la partición. GINOT, GONZÁLEZ PALOMINO y alguna sentencia del Tribunal Supremo sostienen que nace con la aceptación. LACRUZ mantiene la aplicación de la norma general (1.337), en perfecta concordancia con el Derecho romano.

Pero hay supuestos de limitación de responsabilidad «ipso iure» (957, 992 y 996). Para GINOT, sólo es indudable el caso del Estado. El heredero que utiliza el beneficio de inventario es un auténtico sucesor con responsabilidad limitada «intra vires» y «cum viribus». Esta tesis de VALLET y LACRUZ se deduce además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los artículos 1.023, 1.026 y siguientes del Código, especialmente del 1.029.

En tema de la responsabilidad del legatario, la «Lex Furia» prohíbe los legados superiores a mil ases; la «Lex Voconia» prohíbe que el legatario adquiera más de lo recibido por el heredero, y la «Falcidia» reserva, en todo caso, para el heredero una cuarta parte de la herencia y considera nulos a los legados que la sobrepasan. En Derecho justinianeo se desnaturaliza porque puede ser derogada por el testador o por el heredero si paga voluntariamente, y para gozar de ella el heredero debe formalizar inventario dentro de ciertos plazos. El Derecho intermedio tiende a limitar la responsabilidad del heredero «intra vires». En España, frente a la tesis de ROCA y CÁRDENAS, la mayoría se inclina por la responsabilidad «ultra vires», y ello por razones históricas (Partidas y Proyecto de 1851) y jurídicas (1.003, 1.023 y 858 a contrario). En contra pueden citarse los artículos 764 y 887. Es lógico el criterio legal, pues los intereses de los legatarios no pueden dejarse en manos de los herederos, y no es suficiente la protección de la anotación preventiva. El legatario no es sucesor, sino adquirente; por ello no responde de las deudas del causante, aunque le afectan, puesto que los acreedores son preferentes. La responsabilidad será, pues, «intra vires» y «cum viribus», aunque admitiendo la subrogación del valor y existiendo heredero no tendrán responsabilidad directa, sino «de rebote» (VALLET). La posibilidad de gravar al legatario con cargas o sublegados no ofrece dudas. La responsabilidad será «intra virus» y «pro viribus». En caso de la herencia distribuida en legados, hay división de opiniones. Sientan la tesis de la responsabilidad «cum viribus» o «pro viribus» LACRUZ y VALLET, y solidaria o no, SÁNCHEZ ROMÁN y VALLET o MANRESA y SCEVOLA.

En cuanto a la responsabilidad del legitimario, admitida la tesis de VALLET (de la «pars debita»), las consecuencias serán diferentes, según la fórmula en que se reciba. El legitimario heredero, salvo el uso del beneficio de inventario, responderá ilimitada y solidariamente. El legatario no responde, aunque le afectan las deudas, y si aparecen deudas posteriores, responderá «intra vires». El instituido en cosa cierta y determinada responderá como heredero. El donatario no responderá ni le afectan las deudas, salvo «in casu», el 642 y 643. El legitimario al que se le deja su legítima con palabras comunes, será considerado legatario de parte alicuota.

(tesis de VALLET, frente a la de PORPETA), y no responde de las deudas, pero le afectan.

En Aragón, el artículo 44 es claro, pero no lo es tanto su clase de responsabilidad, que el autor califica de «intra vires», «pro viribus». En Cataluña el heredero responde por deudas «ultra vires» y mancomunadamente, pudiendo usar del beneficio de inventario; la responsabilidad será «cum viribus»; también se recoge la separación de patrimonios; la responsabilidad por legados se rige por las normas de la «Lex Falcidia». En Vizcaya la única especialidad es la referente al pago, por el juego de la troncalidad. En Baleares, la especialidad referente a la «Falcidia» es semejante a Cataluña, y como en Vizcaya, se aplica, en defecto de especialidad, el Código civil. En Navarra, el Proyecto recoge como única especialidad que la aceptación de la herencia se entienda hecha a beneficio de inventario, sin necesidad de formalizarlo, salvo que expresamente se haya aceptado pura y simplemente.

El beneficio de separación de patrimonios.—Manuel Ramos Armero.

El sistema sucesorio universal puro produce inicialmente la confusión de patrimonios que puede acarrear graves riesgos en una herencia con un fuerte pasivo. El derecho ha buscado los medios de tutela adecuados. En cuanto al sucesor, la repudiación de la herencia y el beneficio de inventario. Los acreedores de la herencia el «beneficium separationis». Los del heredero no tienen beneficio especial y directo.

El beneficio de separación es un derecho que se concede exclusivamente a los acreedores del causante, para que frente al riesgo de un heredero sobrecargado de deudas puedan hacer efectivas las prestaciones que se les deben. Son sus notas más significativas: no tener ninguna relación con cualquier otra separación de bienes que tenga distinto fin, aunque pudiera hallarse semejanza en los efectos y nacer de situaciones sucesorias en las que el heredero responda «ultra vires».

En derecho romano se creó por edicto pretorio, al lado de la «cautio heres suspectus». Se manifestó para los acreedores del

causante y posteriormente para los legatarios señalados por éste. El estudio de los textos del Digesto inclina a considerarlo separación absoluta, con todas sus lógicas consecuencias.

Pueden pedir la separación los acreedores del causante (y los de la herencia que se deriven de la última enfermedad) y los legatarios (aunque no tendrá objeto para los de cosa específica). Pasivamente está legitimado el heredero que haya aceptado la herencia pura y aun a beneficio de inventario (en este caso cabe la petición «ad cautelam»).

La separación tiene por objeto el patrimonio relicto con todas sus relaciones activas y pasivas, frutos, rentas, accesiones y adquisiciones por causa de herencia y los bienes enajenados por el heredero a título gratuito antes de la petición de separación; en cambio el juego de la subrogación real era de aplicación muy limitada en Derecho romano.

El «beneficium» parece que se originó como una incidencia dentro del proceso universal de ejecución contra un heredero, pero la situación evolucionó hasta adquirir propia substantividad, lográndose por procedimiento rogado ante el pretor y decretándose la separación por sentencia judicial, nombrando un curador para la herencia, con el fin de pagar a los acreedores.

Es potestativo, pudiendo existir acreedores con él y otros sin él; no altera la situación de los acreedores separatistas entre sí. Los acreedores del causante, como principio general, son siempre preferentes a los legatarios. Entre los legatarios separatistas y los no separatistas subsisten las preferencias de la Ley o las señaladas por el causante.

Se extingue por pago de los acreedores o agotamiento de los bienes; por reconocimiento del heredero como deudor por parte del acreedor y por alegar ignorancia por causa justísima e impetrar la venia el acreedor que solicitó el «beneficium».

Las Partidas recogieron la doctrina romana de la confusión de patrimonios y regulan el beneficio de inventario, omitiendo el de separación. GARCÍA GOYENA se ocupó ampliamente de él, pero el Código lo silencia y la doctrina o lo olvida (SÁNCHEZ ROMÁN) o limita su utilidad (MANRESA) o lo considera apuntado en el artículo 1.082 (DE DIEGO). ROCA, en sus *Notas al Kipp*, afirma que «el beneficio de inventario produce el efecto de un «beneficium sepa-

rationis...». La autoridad del autor produce un desenfoque del problema que es revisado por LACRUZ, LÓPEZ JACOISTE y CASTÁN. ROCA en un reciente trabajo, parece reprobar tácitamente su anterior posición. El artículo 1.034 no responde a la idea de producir un beneficio a los acreedores del causante, sino que es casi la traducción del «Codex» (6-30-22, pág. 4), y como dice WAN WETER: «El beneficio de inventario supone la solvencia de la herencia. El de separación la del heredero».

Hay que estar con Roca cuando rechaza la posibilidad de obtener los resultados del beneficio de separación con el 1.082 del Código. La influencia del Proyecto de 1851 se refleja en los artículos 1.038-4.º, 1.053 y 1.093 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La separación es relativa y temporal. Problema especial el artículo 1.053.

Están legitimados los acreedores del causante. No existe legitimado pasivo, en cuanto que la solicitud se hace al Juez que previene el juicio por sí mismo. Incide sobre el patrimonio total del causante, con aplicación de la subrogación real. Los créditos deberán acreditarse por título escrito cumplidamente y la separación no es objeto de declaración expresa, sino efecto natural del procedimiento. El pago se hará según las normas ordinarias del Código civil o de comercio y se sujetará a las normas de prelación correspondientes. Antes pagar que heredar. Se extingue por la satisfacción de los créditos, agotamiento del caudal o acuerdo común de los interesados.

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede la misma facultad que a los acreedores, a los legatarios de parte alicuota, que tendrán prelación sobre los acreedores del heredero, pero serán pospuestos a los del causante y sólo ejercitarán su derecho sobre el patrimonio de éste, excluido totalmente el del heredero. En cuanto a los demás legatarios la anotación preventiva tiene un juego análogo a la hipoteca y muy lejano a la constitución de la masa que tipifica el beneficio de separación.

En conclusión, el beneficio de separación existe en nuestro derecho, defectuoso, incompleto, falto de normas materiales, pero existe a través de un procedimiento lento y costoso.

Nada aparece en Aragón, Baleares ni Vizcaya. En el anteproyecto navarro se ha impuesto, incluso en el caso de aceptación

pura. En Cataluña se conservó la institución romana a través del Derecho común y se recoge en el 264 breviter, lo que parece indicar que se deja al arbitrio del Juez la decisión de las medidas convenientes.

El usufructo testamentario. El acrecimiento en el usufructo sucesivo.—José Antonio Molleda Fernández-Llamazares.

La constitución testamentaria del usufructo es la forma más frecuente y tradicional. Es más, se ha dicho que el origen histórico del usufructo se halla vinculado a la figura del legado.

El usufructo puede ser unipersonal o plural; sobre cosas o derechos, sobre parte alicuota o sobre toda la herencia y puro, a plazo, condicional o «sub modo».

En el universal no hay duda si no existen herederos forzosos. En otro caso entra en juego el artículo 820 y puede admitirse si dichos herederos lo quieren. (Neta aplicación de la cautela *Socini*).

La configuración, del beneficiario, como heredero o legatario dependerá del criterio subjetivo u objetivo que se sustente para diferenciarlos y ni siquiera está claro en nuestro Código cuál es el criterio a seguir. Habrá que atenerse, en nuestra opinión, a un criterio voluntarista (o mejor será llamarlo interpretativo), pero modalizado por la norma del 510, de donde se deduce que en principio siempre será calificado de legatario.

En el pseudo-usufructo hay un legado actual de usufructo universal conjuntamente ordenado con una institución de heredero necesariamente aplazada y condicional, por referirse a «*non-dum concepti*». Se aplicarán los artículos 801-804.

Aunque el usufructo de disposición y el fideicomiso de residuo han sido identificados por algunos, se diferencian (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1954), como se diferencian el usufructo y la sustitución fideicomisaria. Todo el problema radica en una base falsa: la legalidad del usufructo de disposición. Una recta interpretación del 467, en la línea de la tradición, nos lleva a la «excepcional e impopular» posición de negarlo. Se pueden alcanzar sus mismos resultados prácticos a través de una adecuada aplicación del fideicomiso de residuo.

. El legado de usufructo simple. No se da el derecho de representación, pero se admite la sustitución vulgar y puede someterse a condición suspensiva o resolutoria. Existe la peculiaridad del 793, párrafo 2. Quedará ineficaz en los casos de incompatibilidad, transformación sustancial, enajenación o perecimiento por aplicación del 869.

Se adquiere (el puro) por muerte del testador, sin necesidad de aceptación y con posible repudiación según las reglas generales de los legados. Es, salvo disposición contraria del testador, un legado con eficacia real.

En tema de entrega se aplicará en principio el 885, pero podrá tomar posesión por sí en caso de autorización del testador o de usufructo universal. La apreciación deberá ser hecha conjuntamente y de común acuerdo por los legitimarios y el legatario o acudir al arbitrio judicial. En principio no responde del pago de las deudas y cargas hereditarias. El testador puede imponerle cargas, modos o legados, su responsabilidad será «intra vires, pro viribus» (858-2.º). También las cosas pueden estar, con anterioridad, afectas a gravámenes (juego del 867-3.º y 504). Si el usufructo es sobre la herencia, estimamos que se disloca en tantos cuantos elementos queden una vez liquidada, teniendo el usufructuario todas las facultades que van ligadas a cada tipo de usufructo, (cfr. 476, párr. 1.º) y el ejercicio de los poderes de adquisición o readquisición, así como de las previas relaciones jurídicas, siempre que no modifiquen el contenido inicial del usufructo. En el aspecto pasivo hemos de referenciar los artículos 508 y 510. El usufructuario no responderá del capital de las deudas, pero sí de los intereses y anualidades (867-3.º y 504), y si pagare las deudas, se subrogará (1.210, 2.º y 3.º, y 867, párr. 2.º), su responsabilidad al pago de legados se ajusta al 858-2.º y puede librarse de su responsabilidad por la renuncia (513-4.º).

El usufructo testamentario conjunto es permitido en el artículo 469, bajo la forma de legado de usufructo conjunto. Deben diferenciarse dos fases: la dinámica, hasta que se acepta por todos los destinatarios, y la estática, cousinguato encuadrable en los artículos 392 y siguientes. En tema de extinción, aunque el usufructo es divisible para la efectiva división de la cosa, sólo estarán legitimados los nudo-propietarios. Resultarán tantos usu-

fructos sobre cosas independientes como cotitulares. En otro caso quedará la vía de vender el usufructo y repartir el precio.

El usufructo testamentario sucesivo se concreta por vía de donación (640) o de testamento (787). La configuración plantea un problema básico: ¿hay un solo usufructo con llamamientos sucesivos o varios usufructos sucesivos? En nuestra opinión, puede ordenarse en cualquiera de sus modalidades, pero la que debe presumirse es la propia: auténtica sustitución fideicomisaria en el usufructo. Regirán, pues, las normas de dicha sustitución, salvo las modalizaciones por el estatuto legal del usufructo (verbi-gracia, atribución de dividendos en la Sociedad anónima, resolución de arrendamientos..., etc.).

El acrecimiento en el usufructo sucesivo requiere diferenciaciones. Si los llamamientos son singulares, es imposible hablar de acrecimiento. Si son plurales, el acrecimiento, en sus dos modalidades, tendrá aplicación dentro de cada escalón, excluyendo el paso al siguiente, siempre que concurran los oportunos requisitos generales. Así se pronuncia la resolución de 1 de diciembre de 1960.

El fideicomiso de residuo «eo quod supererit» y «si quid supererit».

Vicente Font Boix y Antonio de la E. Martínez-Radio.

Existe una escala de situaciones jurídicas hereditarias que comienza con el heredero normal en plena disposición y acaba en el heredero encargado de transmitir la herencia a otro, sin ninguna facultad de goce ni disposición. En medio de ambos extremos hay una serie de situaciones que el testador puede manejar por razones de afecto a los destinatarios de sus bienes y su deseo de reforzar la jefatura doméstica y el patrimonio familiar.

En Derecho romano el fideicomiso de residuo alcanzó gran importancia merced a la actuación pretoria. Se diferencia del fideicomiso común en que el momento de restitución se centra en la muerte del fiduciario; en que éste devenía dueño de los bienes con facultades de goce y disfrute y con facultades dispositivas, incluso discutiéndose si alcanzaban a los actos «mortis causa». La contradicción entre estas facultades y las expectativas

del fideicomisario se intentaron resolver con el criterio de la «bona fides» y la reserva de la cuarta indisponible, y sólo sobre ella prestaba caución el fiduciario. Este no podía deducir o dejar de restituir lo que debía al finado mientras la deuda no excediera de aquello que disminuyó el caudal. No hay cuarta trebeliánica, porque no se requiere estimular la aceptación. La cuarta reservada al fideicomisario es diametralmente opuesta a la trebeliánica.

En la evolución posterior en las regiones de Derecho romano se mantiene la indisponibilidad de la cuarta; en los Derechos nacionales se produce primero el retorno al sistema de la buena fe y después el paso a la libre disponibilidad. Se mantiene la figura en Francia e Italia, por no ser considerado sustitución fideicomisaria, y en Cataluña, por aplicación de la doctrina romana que pasa a la Compilación. En el Código civil, ante el silencio de éste, se producen dos grupos de opiniones: no está prohibido, pero su «sede legis» se halla en la institución condicional de heredero y se refiere a él en el 783, sede de sustitución fideicomisaria.

ROCA, con base en el 781, define la sustitución fideicomisaria como la institución de un heredero, con el encargo de conservar y transmitir, todo o parte de la herencia, a un segundo o ulterior heredero. El encargo de transmitir es propio del fideicomiso romano puro. El Código civil quiso decir «obligación terminante» (cfr. 783 y 785). La obligación de conservar se interpretó como inalienabilidad y como obligación de custodia. El fiduciario no «transmite», sino que «transporta» (GONZÁLEZ PALOMINO); entrega materialmente bienes que ya pertenecen a otra persona (LACRUZ). La Compilación catalana habla de «hacer tránsito». En conclusión, el 781 no define la sustitución fideicomisaria, cuya característica esencial es «implicar un orden sucesivo establecido por el testador» (JERÓNIMO LÓPEZ). Se dijo que era una especie de institución condicional de heredero (DE DIEGO), pero actualmente se están recortando las diferencias entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo.

Diferencias entre el fideicomiso «eo quod» y «si quid». La muerte en el primero parece estimarse como un plazo, y en el segundo, como una condición (DE DIEGO). El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de enero de 1959 (en relación con Catalu-

ña), centra la diferencia en la amplitud de facultades; si no puede disponer de toda la herencia («eo quod»), en otro caso («si quid»). En realidad, esta sentencia invierte los términos y confunde los dos figuras. En la tesis de FERRARA, el «eo quod» será de vocación pura y delación condicional (llamada jurídica cierta y adquisición económica incierta), y el «si quid», de vocación condicional. En la Compilación catalana, el «eo quod», en el fondo, se conceptúa como fideicomiso a término, con facultades de transformar la sustancia, y el «si quid» como condicional.

En la tesis DE DIEGO. En el «eo quod» el fideicomisario adquiere los derechos al fideicomiso por muerte del testador, y el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos «inter vivos» y «mortis causa». En el «si quid», los adquirirá por la muerte del fiduciario, si existen. El fiduciario podrá disponer de los bienes con igual amplitud.

En la tesis de FERRARA (aceptada), la adquisición del derecho se realiza en el «eo quod» por la muerte del testador, y en el «si quid» a la muerte del fiduciario, si existen bienes. Las disposiciones «mortis causa», según la opinión común y el Supremo, son admitidas con autorización expresa del testador. Es admisible la tesis en terreno común, pero en el régimen catalán tal atribución desnaturaliza la figura. En tema de subrogación real, a falta de voluntad expresa del testador, la doctrina y la jurisprudencia adoptan diferentes posturas. Nuestra opinión es que en principio no actúa.

En la Compilación catalana. A «sensu contrario» se deduce que la sustitución no se subordina a la existencia de bienes, por el juego de la subrogación real. Actúa la sustitución vulgar tácita. El fiduciario tiene las facultades de goce y administración y las especiales de disposición (211, 212 y 213). El valor de los bienes de que hubiera dispuesto el heredero o legatario se imputará a lo que por legítima, trebeliánica u otros derechos pretendan contra el fideicomiso. Se deduce que si el fiduciario no dispuso de bienes, tiene derecho a la cuarta trebeliánica o a completarla en otro caso. Lo dicho se predica del «eo quod». El «si quid» parece condicional, parece también que debe actuar la sustitución vulgar tácita. El fiduciario puede disponer por actos «inter vivos» a título oneroso, sin más limitación que la intervención de per-

sonas designadas por el testador. No actúa la subrogación real. En cuanto a los créditos y a la cuarta, nos remitimos a lo dicho «ut supra».

En el Código no aparece clara la distinción entre las dos figuras, y a esta insuficiencia se une la disconformidad doctrinal y jurisprudencial. La Compilación catalana ha desarrollado una amplia gama de modalidades, algunas innovadoras.

Lo que parece seguro es que la voluntad del testador—ley básica de la sucesión—puede, con apoyo del 783, establecer con claridad los efectos deseados, siendo necesario redactar el testamento de modo que esta voluntad, con independencia de las posiciones doctrinales, quede clara.

Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega.—Enrique Alpañés Domínguez.

La ejecución testamentaria, en nuestra técnica civil, es el género y el albaceazgo, junto con los comisarios y contadores-partidores (que estimamos una misma cosa) constituyen las dos especies. Quedan al margen los que no «ejecutan» la voluntad, sino que la «forman», pudiéndose englobar en el concepto general de «cláusulas de confianza»: artículos 115 de la Compilación catalana; 29 del Apéndice aragonés; 15 de la Compilación de Vizcaya y Alava; 223 del proyecto de Fuero de Navarra; el «distribuidor» balear y el 831 del Código.

Podemos dar como válida la definición de albacea de OSSORIO MORALES: «aquel ejecutor testamentario encargado de que tenga efectividad lo dispuesto por el causante en su testamento».

En la adquisición directa, la propiedad se adquiere sin interposición de organismo ni persona alguna. En la fiduciaria (régimen anglosajón), un complejo organismo recibe la herencia (no como universalidad, sino como «complexus» de cosas inconexas), la liquida y la entrega a los destinatarios, de parecida forma a como se regula en el Código de Comercio la disolución de una sociedad. Un tercer sistema es el de la investidura; los bienes pasan directamente al heredero, pero se requiere previa investidura judicial y posterior entrega posesoria (sistema austriaco).

Falta en el Derecho sucesorio romano la idea de un ejecutor, ajeno al heredero. En Derecho germano debemos distinguir el período en que el estamento no es conocido, el «salmann» es una figura interpuesta, y cuando es conocido, actúa como defensor del mismo. Es reconocida la poderosa influencia canónica en el albaceazgo por respeto a la voluntad individual y por la inserción del quinto proánima en las sucesiones testadas. CAILLIMER ha puesto de relieve esta influencia. Cuando el testador no nombró albaceas, éranlo los obispos. ROGUIN ha dicho que el albaceazgo es una institución creada por la Iglesia.

En Derecho español ya se encuentra en el Breviario de Alarico («proxecutor») y en los Fueros Municipales («manumissores»). La influencia canónica pervive (Fuero Real y Partidas) hasta que la Novísima Recopilación y el Decreto de Unificación de Fueros secularizan el cargo.

En tema de naturaleza jurídica del albacea la teoría del oficio se basa en la calificación de un oficio legal de carácter privado con preferencia del «munus» y con una actuación en interés ajeno y en nombre propio.

La teoría del Derecho considera prevalente la posición del heredero simplemente controlado por el ejecutor, que es de nombramiento testamentario, requiere la aceptación y muerte del testador y queda investido de un interés propio, si bien formal.

A la teoría del mandato (del testador o mandato especial) se le han puesto como objeciones principales: la falta de acuerdo de voluntades; el nacer precisamente al extinguirse el mandato; que no podría ser tácito; que implica un esquema legal de facultades, y que se trataría de un mandato irrevocable.

Quizá la fórmula más perfecta sería la que combine la teoría del mandato, que nos daría la razón lógico-jurídica y la fuente, y la del oficio privado, que nos explicaría su contenido y su entronque con instituciones afines. En el Supremo predomina la tesis del mandato (que fué unánime hasta 1935). En la Dirección (en base al 20 L. H) se recurre a teorías representacionales.

Albaceazgo particular. El artículo 902 del Código civil sólo contiene un esquema legal y una norma dispositiva derogable, en base del 901. En la Compilación catalana se requiere la existencia de heredero, y su cometido será el señalado, o en su defecto: cuidar

del entierro, funerales y píos sufragios y pedir el cumplimiento de los modos.

Albaceazgo universal. En Cataluña es una figura importante, regulada con gran cariño por la Compilación, que sistematiza un derecho vivido intensamente y contrasta, en su perfección técnica, con la pobreza del Código civil. Se diferencia del fiduciario, en el fideicomiso puro, en que no es heredero, ni tiene derecho a la trebeliánica; del heredero de confianza, en que nunca es heredero, y de la institución de heredero, porque a pesar del juego de los artículos 109 y 236, podemos afirmar que no hay identidad, sino sustitución, para evitar la nulidad del testamento.

Facultades (237): posesionarse de la herencia, con posesión excluyente de la del heredero; administrarla con los amplios poderes ínsitos en toda administración de patrimonios; disposición de bienes, cuyo ámbito se expresa según sea albaceazgo de realización o de entrega; la realización de los actos necesarios para cumplir su cometido y lo dispuesto en el testamento (el albacea del Código vigila sobre la ejecución; el catalán ejecuta); legitimación procesal excluyente en las cuestiones suscitadas sobre los bienes hereditarios, fines del albaceazgo, validez del testamento, codicilo, memoria testamentaria o heredamiento e interpretación del título sucesorio que normalmente se realizará fuera del proceso.

En el de realización, la enumeración de facultades es enunciativa; tiene, en general, facultad para «efectuar todos los actos necesarios para la realización dineraria de los bienes de la herencia, dando al dinero obtenido la inversión o destino ordenados por el testador». Esta facultad excluye los derechos dispositivos de los herederos mientras subsista el albaceazgo. En el Derecho continental no hay un albaceazgo de tal extensión; en cambio coincide con los poderes del «executor» anglosajón. En el de entrega, las facultades son las anteriores, pero en la medida necesaria para verificar los pagos y abonos de gastos correspondientes. Tiene como facultad específica la de realizar la partición si no hay contador nombrado. En caso de duda se estimará que nos hallamos ante albaceazgo de entrega.

Albaceazgo universal en el Código. Es atípico. Sin legitimarios puede admitirse al amparo del artículo 901 y también de los ar-

tículos 763-1.º y 907. Con legitimarios, pueden adoptarse tres posiciones: innecesidad de su intervención (GONZÁLEZ PALOMINO, SANZ, ROYO); necesidad (FUENMAYOR, CASTÁN, PORPETA, LACRUZ, ROCA y la Resolución de 19 de julio de 1952), o que las limitaciones impuestas al albacea sólo afectarán a la cuota legitimaria. Albaceazgo de realización «ex lege» hay un caso claro (747) y uno dudoso (749).

En conclusión: la Compilación catalana regula la institución prescindiendo de dogmatismos jurídicos y se inspira en el respeto más profundo a la voluntad del difunto. En el futuro Código será muy difícil el ingreso de esta figura cuando existan legitimarios; dificultad insuperable si subsiste el tono del artículo 806.

* * *

Lo que comenzó con idea de juicio crítico, dado lo apasionante de los temas monográficos y la densidad de los trabajos seleccionados, acabó en notas-resumen para mi utilidad profesional. Quede, pues, como el mejor juicio crítico la exposición sintética de esta gran obra. El sagaz lector emitirá su juicio de valor.

ELÍAS IZQUIERDO.

Estudios jurídicos de arte menor.—Dos volúmenes.—Universidad de Navarra, 1964. Glosa apretada a la obra de José González Palomino.

El título de la obra sólo responde a la modestia de su autor. Su contenido y su «narratio» merecían otro título. Algo así como, verbigracia, «Lecciones mayores de Arte Jurídico» o «Summa Artis de Jurisprudencia».

El volumen I comprende: «Prólogo a unos cursillos»; «Apéndice navarro al Prólogo» (el trabajo inédito); «Salutación a Carnelutti»; «La adjudicación para pago de deudas»; «La liberación de cargas y el Registro de la Propiedad» y «La acción pauliana y el Registro de la Propiedad».

El II y último: «La compensación y su efecto»; «Estudios de arte menor sobre derecho sucesorio» y la «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados».

«Prólogo a unos cursillos» es el discurso inaugural de los Estudios de Derecho Privado de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, de Santander, en septiembre de 1950. Estudia la iniciativa y desarrollo de estos cursillos, elogia a la Universidad «de cine» en oposición al «caserón oscuro, destartelado, triste y polvoriento de la calle de San Bernardo, de Madrid», y traza un maravilloso estudio sobre «la formación del jurista práctico», con la moraleja de «realizar honradamente y lo mejor posible la obra de cada día o de cada muchos días». Resumiendo su denso contenido: el jurista práctico es un eficaz servidor de la Justicia y su tragedia es la de que sólo puede servir a la Justicia a través y por medio del derecho positivo; en la realidad jurídica sólo es real lo que puede probarse, y el jurista práctico no actúa aislado por el ancho mundo; el jurista práctico no debe estudiar el derecho «insularmente», sino sistemática y completamente», debe poseer cultura «de cocido» y no de «tapas», y, finalmente, el jurista que no sepa más que Derecho no será jurista completo.

«Apéndice navarro al Prólogo». Es una charla con los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, en la que explica la aparición de la obra que glosamos en la Colección de Publicaciones del Estudio General de Navarra, y justifica su «peligrosidad» con la graciosa narración de su «escándalo jurídico» (su obra prohibida: «Negocio y documento»). En el discurso del método «trata de enseñarnos a no perder el tiempo», y en su maravilloso esbozo de pedagogía universitaria jurídica acaba con los diez mandamientos del estudiante, que se encierran en dos: «ser devotos de Santa Rutina» y «dar clase particular con el maestro Machaca». En la Bibliografía, como causa limitativa de la capacidad de obrar, clasifica los libros en gordos y flacos, para ser enseñados y para enseñar, para ser citados y para citar, hechos y por hacer y, siguiendo a Cicerón, da tres normas-guía para escribir un libro: tener algo que decir, saber decirlo y saber callarse a tiempo. En vocación de nuestro siglo para la legislación, estudia la «inflación legislativa» de nuestra época, y para el futuro investigador, cita «algunos efectos de carambola de

ciertas protecciones quijotescas»: a) fomento de la mala fe; b) selección al revés; c) malogro de finalidades sociales, y d) desamparo de la mujer casada. Aconseja a los legisladores proteccionistas que estudien economía política para considerar no solamente los efectos inmediatos de cualquier disposición, sino también los más remotos, calculando las repercusiones de tal política no sólo sobre un grupo social, sino sobre todos los sectores. Teoría y práctica del incumplimiento de las leyes es «una charla casuística y con proyecciones de casos prácticos» sobre «el incumplimiento funcional de las leyes mediante las diversas profesiones jurídicas». Estudia con «diapositivas»: a) la propensión a la literalidad; b) la propensión a la requisitez, y c) la propensión a la finalidad. Entra en un estudio magistral de dos actividades que tienen algo que ver con el Derecho, pero no son profesiones jurídicas: la función legislativa y la función docente, y después las profesiones jurídicas parciales que han de ejercerse como completas o dejan de ser jurídicas: jurisprudencia jurisdiccional y la cautelar, concluyendo con una cita de BIONDI que «hay una multitud de juristas que sin pretender pasar por hombres de ciencia ni tener la presunción de descubrir ninguna novedad, pasan a la Historia, mientras que nuestros científicos probablemente sólo pasarán a la... Bibliografía».

La «Salutación a Carnelutti» (leída en la Academia Matritense del Notariado el 17 de mayo de 1950) es un modelo de bien decir, apretado, delicado. «Ahora van de nuevo los españoles a Roma en busca del Derecho, por los caminos del Arte y de la Fe. Y en Roma, al final de cualquiera de los dos caminos, podrán encontrar a Carnelutti».

«La adjudicación para pago de deudas» (Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 22 de marzo de 1943) es un magnífico trabajo que nos ha hecho pensar y sonreír mucho y muchas veces. Dedicada a Manuel González Rodríguez (que en paz descanse), Notario de Madrid, «cuyo vivo recuerdo me enseña que cuando se siente amor por el Derecho, se pueden tratar temas jurídicos sin ponerse petulantemente serio». Tesis: la adjudicación para pago de deudas no tiene por finalidad el pago de las deudas, sino el de la asunción de las deudas.

«La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria» (a pro-

pósito de una conferencia de Vicente Flórez de Quiñones). En este trabajo no se sabe qué apreciar más, si el «tema sinfónico» o «la obertura». La formación del Notario es un finísimo estudio sobre los dos tipos de profesionales prácticos del Derecho, los críticos y los dinámicos. Es estupendo el estudio de las características de un Notario modelo: conciencia, ciencia y experiencia. La conciencia no hay manera de controlarla. Como a los militares el valor, se les supone. La ciencia es lo menos discutible del Notario español. La experiencia quedaba y queda... a la buena de Dios.

«La acción pauliana y el Registro de la Propiedad». Es una nota incluida en el comentario al artículo 37 (de los «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», de Sanz Fernández), que se basa en una triple sugerencia: a) prescindir del rango de las adquisiciones; b) hablar de adquirente cómplice en el fraude, y c) eliminar la discordia de plazos entre la Ley y el Código, dando la razón a éste.

«La compensación y su efecto» (Conferencia en el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona. Año 1947). Es, para nuestra opinión, de lo más profundo y de lo más gracioso del autor. El «¿Quién es ella?» es inolvidable. Las sucesivas lecturas le hacen ganar en interés y en gracejo. La conclusión—lógica en su desarrollo—tiene «dos reservas legales», la compensación no opera por ministerio de la Ley y no tiene efecto retroactivo; ni lo uno ni lo otro lo mandó Justiniano en su Constitución ni lo aceptó el Código civil en su artículo 1.202.

«Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio» (A. A. M. N. Tomo II, 1946). Diagnóstico y tratamiento del «pseudo-usufructo testamentario» (Nota a la Resolución de 12 de enero de 1944). Estudia ocho casos, que «no agotan, ni mucho menos, la cosecha», y afirma que «con todos los respetos habidos y por haber, en términos generales, tanto la Dirección General como el Tribunal Supremo, al enfrentarse con el pseudo-usufructo testamentario, han tocado la tecla de al lado. A veces suena la nota exacta, por rozamiento: casi, casi, por equivocación».

Resumen: en una sustitución fideicomisaria, con segundo llamamiento puro, puede el fideicomisario, de acuerdo con todos los fideicomisarios, anticipar el momento de la devolución de la herencia; pero en una sustitución fideicomisaria, cuyo segundo lla-

mamiento esté afectado por una condición de supervivencia (referida, nada menos, que a la determinación de los fideicomisarios), no puede la fiduciaria anticipar la devolución..., ni tener otro sentido (la devolución intentada) que el de una cesión (o abandono) de sus derechos de posesión y disfrute.

El acrecimiento en la mejora (Tema con variaciones). Hace la apología del «llamado» derecho de acrecer; estudia el acrecimiento y el derecho de acrecer en Derecho romano («Capítulo prestado»), y en el castellano anterior al Código civil, «con otras cosas que bien pudieran excusarse», y frente a las exposiciones de «tipo único», que exigen tres requisitos (1, porción vacante; 2, conjunción de llamamientos, y 3, inexistencia de sustitutos y representantes), sienta el autor como requisitos necesarios: a) llamamiento solidario; b) momento adquisitivo unitario, y c) vacante de persona. En fundamento y fundamentos trata del enfoque: a) histórico; b) voluntarista, y c) objetivo. El fundamento verdadero es el llamado solidario. Trata, después, de la «verdadera función de la Ley y de la voluntad en el acrecimiento»; de la «famosa porción vacante»; de los problemas de matemáticas recreativas; del legado de parte alicuota y de la adquisición «cum onere»; «de la definición del acrecimiento..., tratándose, por añadidura, de la naturaleza de la legítima en el Código civil»; de los «casos especiales, reales o dudosos, de acrecimiento (desde la herencia en que esté interesado un ausente hasta la adquisición de la nuda propiedad con derecho a acrecer»; «la mejora considerada desde el punto de vista contrario» y el acrecimiento en la mejora, concluyendo con la afirmación de que «el acrecimiento se da en la mejora, como en todas partes, cuando concurren sus presupuestos».

Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar (nota concentrada a la Resolución de 2 de junio de 1945). Su tesis: aun habiendo muchos herederos y comisario-partidor testamentario que haya aceptado su cargo y esté en pleno plazo de ejercicio de sus funciones, es posible y válida la actuación particional de los herederos, si todos («nemine discrepante») están de acuerdo en partir y en el cómo partir. Más aún: en tal caso es válida la actuación de los coherederos y no la del comisario». Y aquí viene la cláusula de no estorbar, que dice así: «Los nombramientos que antece-

den (de albaceas, comisarios, administradores y representantes de la herencia en juicio y fuera de él) los ha hecho en interés de **sus herederos**, quienes podrán ejercitar unánimemente todas y cada una de las funciones y facultades expresadas. Y si notificaren formalmente a los nombrados su común acuerdo de actuar por sí, quedarán aquéllos en suspenso en el ejercicio de las funciones y facultades conferidas, y dejarán de correr los plazos de caducidad de las mismas, mientras la unidad de los herederos subsista».

«Enajenación de bienes pseudo-usufructuados» (Conferencia en la Semana Notarial de Santander, verano de 1948). Plantea el caso con su gracejo inigualable y calificándolo de «pseudo-usufructo» (es decir, de sustitución fideicomisaria condicional), trata de los tres obstáculos: a) prohibición de disponer; b) incompetencia de la jurisdicción voluntaria para dispensar el impedimento, y c) falta de previa inscripción a favor de los fideicomisarios en el Registro de la Propiedad. Estudia, luego, los cinco estímulos que actúan sobre el jurista práctico: a) voluntad del testador; b) interés público; c) interés del fiduciario; d) interés del fideicomisario, y e) su propia función de jurista práctico. Bosqueja en su completo cuadro (que califica de «mariposeo histórico»), «lo que pasaba, de verdad, antes del Código civil», para realizar una «meditación» y un sabroso estudio del «Fiduciario-centrismo» y el «Fideicomiso-centrismo», y acaba con tres excelentes capítulos, cuyo título es su mejor glosa: «De cómo se desmorona el primer obstáculo»; «De cómo el segundo obstáculo no vale, porque es ilegal», y «De cómo el tercer obstáculo no ha existido nunca».

Hasta aquí la obra. Del autor diremos, con palabras suyas: «Yo soy un hombre serio y, por tanto, de buen humor... Trato siempre en serio de cosas serias. Mas cuando el asunto me divierte (y aviado está quien no goce con su quehacer), dejo que la toga se extienda en larga afarolada».

Sólo un ruego a José González Palomino: los juristas —teóricos y prácticos— aún esperamos más lecciones de «Arte Mayor», con hondura, sagacidad y buen humor..., y es obra de misericordia enseñar al que no sabe. Que así sea.

ELÍAS IZQUIERDO.

NEPPI, Vittorio: *La rappresentanza. Saggio di una ricostruzione critica*. Giuffrè. Milano, 1961. 103 páginas.

Empieza el autor criticando la concepción doctrinal más acreditada: aquella que identifica a la representación con el hecho de que un sujeto actúe en nombre de otro con efecto para éste, y fija el núcleo esencial en la sustitución puesta de manifiesto al tercero; estimando, además, que tal sustitución no es *sólo física, sino también jurídica*, en el sentido de que la producción de los efectos jurídicos del acto se debe, como a su causa—dando a este término el mismo significado que se le atribuye en las ciencias de la naturaleza—*al querer de los sujetos que participan*. Estima que tal concepción no responde a la verdad, pues la explicación que se da de la institución no se funda en consideraciones que sean reflejo de su íntima esencia. Ello se debe a que no se ha tomado como centro la actividad representativa, sino el negocio que la precede, la *procura*. Con ello se permanece *en el exterior de la representación*, en cuanto que ésta está constituida por la referida actividad. Considera que para obtener resultados más satisfactorios es necesario colocar la actuación del representante como tal, tomada en su simple materialidad, frente a la Ley, y preguntarse cuál sea el comportamiento adoptado por ésta respecto a tal actuación.

Adoptado el referido planteamiento, la primera parte del volumen se dedica a la determinación de la especie de *causalidad* de que debe hablarse a propósito del nacimiento de los «efectos jurídicos». Previamente aclara que no cabe confundir la «causa jurídica», en el sentido que él le atribuye, esto es, el de nexo entre el querer del legislador y los efectos por él predipuestos, con la causa de los contratos.

Tratando de determinar lo que sea realmente la «causalidad jurídica», es decir, el modo peculiar de producirse los efectos jurídicos, señala que un examen de la literatura nacional italiana, formada después de la promulgación del Código civil de 1865 hasta la actualidad, permite recoger la existencia de las cuatro fases siguientes:

1.^a Los autores en ésta comprendidos, admitiendo que el evento humano-social no es idóneo para producir el efecto jurídico, terminan, no obstante, reconociendo que el referido evento, en cuanto que la Ley le atribuye la necesaria capacidad, aparece como la causa del efecto señalado. Como ha dicho expresivamente SANTORO-PASSARELLI, la norma jurídica «rende causativo el hecho».

2.^a El efecto jurídico viene considerado como el fruto de la acción combinada del hecho (causa inmediata o próxima) y del ordenamiento jurídico (causa mediata o remota).

3.^a La fuerza creatriz de los efectos jurídicos reside únicamente en la norma; el hecho, siendo indispensable para su producción, constituiría sólo una condición. Siguen esta orientación BARBERO, RUBINO y PUGLIATTI.

4.^a La tendencia de origen más reciente, en la cual deben incluirse CARNELUTTI, BETTI, CICALA y D'ANTONIO, aspira a sacar a la luz el papel que corresponde a la Ley en la génesis de los efectos jurídicos.

Después de analizar y criticar las referidas fases, concluye el autor estimando que la doctrina italiana se ha inspirado sustancialmente, al tratar el problema de la causalidad jurídica, en un *criterio materialístico*, y que tal criterio aparece, a la luz de una sana lógica, privado de fundamentos serios.

Comparando la causalidad física y la jurídica, caracteriza a la primera por las notas siguientes, que—según demuestra—, no se encuentran en la relación causal del mundo jurídico: 1.^a La necesidad o uniformidad de la relación de dependencia entre los dos hechos; 2.^a La sucesión temporal del efecto a la causa; 3.^a Equivalencia entre los dos términos de la relación.

El autor, después de condenar el método inductivo, que se venía empleando en la investigación que trata, y propugnar el recurso a un método neta y exclusivamente deductivo, empieza a exponer su doctrina sobre la producción de los efectos jurídicos y la causa de los mismos.

El ciclo a través del cual—dice—los efectos jurídicos llegan a realizarse, tiene como momento fundamental e inicial a la Ley, pues ésta representa la única fuente de aquéllos. Entre el momento inicial y el final (de realización del efecto) se inserta la verifica-

ción del hecho; pero para una recta comprensión del entero proceso, el último debe considerarse en su puro valor lógico, no en su entidad real. El ciclo se desarrolla por entero en un plano ideal, no en parte ideal y en parte empírico. La dificultad se concreta en la determinación del modo en que la formación del efecto jurídico puede perfeccionarse sin salir del terreno ideológico donde se ha iniciado. Fija la atención, al respecto, en el carácter condicional e hipotético del mandato contenido en la norma. La actuación de tal mandato está siempre subordinada a la efectiva realización de un supuesto de hecho concebido abstractamente. Más exactamente, tal supuesto de hecho está puesto por la norma como condición de su aplicación, bien entendido que el vocablo «condición» se utiliza en un sentido meramente lógico-formal y no en sentido sustancial.

Los sujetos singulares pueden devenir titulares de las consecuencias jurídicas, establecidas en relación con el supuesto de hecho legal abstracto, en cuanto que son destinatarios sustanciales de los mandatos emanados de la norma y se ligan al supuesto de hecho legal a través del concreto y semejante supuesto de hecho de que son sujetos empíricos. En congruencia con lo anterior, los efectos jurídicos, por estar conformados a los esquemas típicos legales, tienen un carácter abstracto, carácter que conservan aun después de entrar en contacto ideal con un sujeto singular.

Tratando de configurar la «causa», término al que—según advierte—se le debe atribuir un significado y un valor diversos de los adoptados en las ciencias experimentales, de los efectos jurídicos, afirma que cualquier ordenamiento jurídico positivo se basa en una valoración del actuar humano en sociedad contemplado en abstracto. Tal valoración se inspira en la exigencia de alcanzar determinados fines sociales y éticos. Por ello, la creación de los efectos jurídicos por parte del sistema no puede ser casual o arbitraria, pues estando los dichos efectos ordenados a satisfacer la referida exigencia, deben tener siempre una impronta más o menos racional. Es la misma *razón jurídica de existencia* de los efectos lo que sirve para establecer un nexo constante entre los últimos y el ordenamiento; tal nexo puede ser designado, sin inconveniente, con el término «causa». El repetido nexo hay que considerarlo sub-

sistente no tanto en relación con los principios fundamentales de un sistema legislativo, cuanto con los *finés particulares* por los cuales se haya creído oportuno disponer un determinado grupo de efectos en vista de una determinada materia. Los fines serán más o menos numerosos, pero están intimamente ligados y subordinados a un fin que constituye la síntesis de todos ellos. Tal fin es esencial y basta por sí solo para integrar la idea de causa jurídica. Por consiguiente, la «causa» propia de los efectos jurídicos se identifica con el fin esencial inmediato en virtud del cual el ordenamiento emite sus mandatos.

El valor del «hecho» en la creación de los efectos jurídicos es diverso según se considere bajo el aspecto dialéctico u ontológico. En el primero, el supuesto de hecho concreto se presenta como el *origen o punto de partida exterior* de la formación de la norma y, por tanto, también de la creación de los efectos. En el segundo aspecto, aparece simplemente como *objeto mediato* (objeto inmediato es el supuesto de hecho abstracto) de la prescripción de los efectos, es decir, como aquello sobre lo cual los últimos deberán recaer y tener vigor. Además, para comprender todo el valor del hecho en la creación de los efectos, es preciso tener en cuenta que aquél es la más genuina expresión de las necesidades que se muestran en la vida de un pueblo y que el legislador debe hacer que sus mandatos, y los efectos jurídicos ordenados, respondan al estado de tales necesidades para conseguir su satisfacción.

Señalado el concepto de «causa jurídica», pone de relieve su valor como medio de interpretación, para lo cual basta considerar que la búsqueda de la misma en cada supuesto de hecho típico tiene por resultado la mejor y más completa comprensión de los preceptos normativos correspondientes. Previamente, en la introducción, había ya puesto de manifiesto que el «elemento causal» de la norma como medio de interpretación no puede confundirse con el llamado elemento lógico, pues éste mira a determinar cuál es la razón de ser de una o más normas, razón que se liga a las mismas relaciones sociales contempladas por el legislador, es decir, se sitúa en el exterior del precepto. Por el contrario, el empleo del elemento causal postula la existencia de un conjunto de reglas conexas entre sí, en relación con las cuales el referido elemento cumple el oficio de crear una síntesis, apta para determinar, entre

dichas reglas, las fundamentales o esenciales. Por consiguiente, la causa cumple su función en el interior del sistema legislativo. Define su función peculiar del siguiente modo: *descubrimiento del oculto germen vital, entendido ideológicamente, de un instituto jurídico, germen susceptible de ser obtenido de la reducción a unidad orgánica de todos los efectos que en conjunto concurren a formar la trama del instituto mismo.*

Fijado el concepto de causa como nuevo medio de interpretación, el autor trata de probar su eficacia aplicándolo a un instituto singular. Por ello, la segunda parte del volumen se dedica al estudio de la representación a la luz de la correspondiente causa jurídica.

Formula el fin esencial inmediato de la representación, o sea, su «causa jurídica», de la manera siguiente: *favorecer la conclusión de negocios jurídicos o de actos jurídicos en sentido estricto, permitiendo que se pongan en existencia mediante la sustitución del interesado por otro sujeto, realizada manifiestamente y de modo que todos los efectos concernientes se verifiquen en relación, no de quien ha actuado (sustituto, representante), sino del mismo interesado (sustituido, representado).*

La primera nota decisiva para trazar una imagen del instituto de la representación es la que se refiere a la sustitución de un sujeto por otro en el cumplimiento de un acto jurídico. Tal sustitución tiene un carácter material, pues el «poder de representación» reviste precisamente tal carácter, lo cual significa que su existencia aparece ligada, no a un querer ideal, sino a un querer material y concreto. Por lo tanto, el «poder de representación» es un poder de voluntad, entendido psicológicamente, que, no siendo idóneo para producir el efecto representativo, termina por manifestarse como uno de sus presupuestos de hecho, en cuanto que el ordenamiento postula su intervención para reconocer aquel efecto al acto del representante.

La función del poder de representación en el total desarrollo de la actividad representativa se ofrece bajo dos aspectos diferentes. Por aquel que puede llamarse *objetivo y formal* se hace consistir tal función en una «legitimación» al negocio o acto representativo. El segundo aspecto se designa como *subjetivo y sustancial*; por él el representante está en grado de actuar frente a los terceros con

efecto exclusivo para el interesado en virtud de una previa «autorización» emitida por el último.

Considera el autor que la concesión del correspondiente poder asume un oficio de *preparación* respecto al origen del fenómeno de la representación, y que, como el poder de representación aparece normalmente concebido en términos más o menos generales, esto es, más o menos abstractos, el investido con el mismo se encuentra, al desarrollar la actividad representativa, en la necesidad de integrarlo. Por todo ello, el centro de gravedad de la representación se desplaza hacia la actuación del representante.

Abundando en estas ideas, señala que la sustitución, que se produce en la representación, es integral, pues la emisión de la procura y la manifestación de voluntad del representante no son simultáneas y además tienen carácter diverso, ya que una es abstracta y la otra es siempre concreta. Por otra parte, la determinación volitiva necesaria para cumplir el acto representativo es por entero debida al representante, de lo cual resulta que el referido acto debe ser configurado como obra exclusiva del mismo.

Refiriéndose a la segunda nota de la representación, es decir, al nacimiento de los efectos jurídicos del acto en relación con el interesado, critica la tesis de NATTINI—expresión enérgica, dice, de la doctrina dominante—, según la cual los efectos jurídicos se crean en virtud del querer del representante. Después éste los excluye de su persona. En la tercera fase, los pone a disposición del representado y, finalmente, el último se los apropia en fuerza de la procura emitida a su tiempo. Señala que la referida tesis choca con uno de los axiomas más seguros de la ciencia jurídica, el que dice que los efectos jurídicos se verifican siempre en el mismo instante en que hayan tenido lugar todas las condiciones empíricas establecidas por el ordenamiento. A continuación enfoca el problema de la producción de los efectos jurídicos del acto representativo a través del concepto de causa jurídica tal como lo ha configurado previamente. De este modo llega a la conclusión de que los efectos jurídicos del acto se realizan en fuerza únicamente del precepto legal. Todo ello se produce en relación con el interesado, extraño al acto mismo, de manera idéntica a como habría sucedido cuando la operación la hubiera ejecutado en su propio nombre.

Finalmente, como tercer carácter de la representación se refiere a la «*contemplatio domini*», esto es, a la necesidad de una exteriorización del querer del representante con el fin de poner en conocimiento del «tercero» la identidad del sujeto con el que tendrá que entenderse después del cumplimiento del acto.

Los apartados finales están dedicados al estudio y confrontación de algunas formas de representación: legal y voluntaria, directa e indirecta, activa y pasiva. Aquí nos limitamos a recordar que, respecto de la legal, estima que no es auténtica representación, pues considera que en ella los representantes actúan en lugar de los interesados, ocupan sus puestos, pero no los sustituyen.

En cuanto al ámbito de aplicación, señala en primer lugar que la actividad representativa se da siempre con referencia a uno o más terceros. Además, el acto del representante deberá ser lícito. Reconoce la aplicabilidad de la representación en materia de negocios jurídicos—exceptuados los de derecho de familia, «*mortis causa*» y donación—y actos jurídicos en sentido estricto, haciendo la aclaración respecto de los últimos de que cuando el acto sea obligatorio para el sujeto no será posible el empleo de la representación, pues ésta postula como elemento esencial que el representante tenga que decidir sobre la conveniencia o no de desarrollar la actividad encomendada por el interesado.

La obra resulta atractiva, está escrita con fino y penetrante estilo jurídico. La idea de «causa jurídica» construida por el autor es interesante en cuanto que para determinar la esencia de una institución se atiene a la «reducción a unidad orgánica de todos los efectos» que forman la trama de la misma. Cabría, tal vez, señalar que, si bien el «elemento causal» de la norma, aplicándolo a cada una de las instituciones, puede ser de evidente utilidad para lograr un conocimiento penetrante del entero sistema legal, es, sin embargo, insuficiente para conocer la entera realidad jurídica; pero esta observación no descubriría seguramente nada nuevo al autor.

O. V. TORRALBA SORIANO.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo de 1966.

Significado jurídico-social de las legítimas y de la libertad de testar, por Juan Vallet de Goytisolo.

Destacan en este trabajo dos ideas o premisas que son, a la vez, resumen apretado de su contenido: la importancia de los regímenes sucesorios que «influyen increíblemente en el estado social de los pueblos» (Tocqueville), y la necesaria adecuación de esos regímenes al clima moral social de la época y lugar, a las costumbres y usos, e incluso al mismo contenido de la herencia. De ahí la importancia de la distinción propuesta por el autor, entre patrimonios dinámicos o de producción, y de estáticos o de ahorro rentista. Mientras estos últimos tienden, como regla más justa, a su división igualitaria, aquéllos exigen mantener viva la explotación a través de un mecanismo de continuidad, ya sea la vinculación, la indivisibilidad legalmente impuesta, o acaso el más idóneo, la libertad de testar rectamente utilizada.

Sobre la significación del principio de no retroactividad de las Leyes, por Guillermo García Valdecasas.

Con un deseo de clarificación y simplificación de la copiosa literatura existente sobre la materia, aborda el autor dos cuestiones: el concepto de la retroactividad y su alcance. La solución de los conflictos de Leyes en el tiempo, dice, ha de apoyarse en criterios de justicia y equidad, y no en la aplicación mecánica de unos principios lógicos. El legislador, al promulgar una nueva Ley, debería dictar las oportunas disposiciones transitorias para delimitar su ámbito temporal de aplicación, evitando la fórmula tan cómoda como equívoca y peligrosa de una simple declaración de retroactividad o irretroactividad.

La responsabilidad por daño moral, por Rafael Alvarez Vigaray.

Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil, por Vicente Gullarte Zapatero.

Examen de los varios problemas y consecuencias derivados de la aplicación de este artículo, poco estudiado por la doctrina patria,

y de su armonización y conexiones con otros preceptos del Código civil.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 99, enero-marzo de 1966.

Aportaciones directas extranjeras a Sociedades anónimas españolas, por Evello Verdura y Truells.

Se examinan algunos de los problemas suscitados por las posibles colisiones entre el nuevo sistema de disposiciones de diverso rango jurídico, reguladoras de las inversiones extranjeras en España, y el vigente derecho de Sociedades anónimas.

Derecho marítimo en las Partidas, por Juan Antonio Arias Bonet.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 51, enero-marzo de 1966.

La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad, por Rafael Núñez Lagos.

Precisa el autor los conceptos de exactitud e integridad material y formal. Aborda después el problema de la integridad en las diversas clases de Registros (de hechos, de documentos, de títulos, etc.) y sistemas legislativos (prusiano de 1872, B. G. B.). Estudia en especial el sistema español desde su implantación.

Crítica de un privilegio: el beneficio de separación, por Alfredo García Bernardo Landeta.

Mediante este beneficio, dice el autor, se trata de proteger a los acreedores y legatarios del causante frente a los del heredero, aislando el patrimonio de éste del del difunto. Analiza primero los antecedentes romanos de la figura, poniendo de relieve las dudas que plantea y los motivos de su no recepción por las Partidas, su desconocimiento en nuestro Derecho histórico y su exclusión del Código civil. En sucesivos capítulos estudia la postura de nuestros cuerpos legales vigentes, la doctrina y sus argumentos.

Efectos del matrimonio sobre los inmuebles adquiridos en España por ingleses, por Manuel Sainz López-Negrete.

Distingue el autor, según exista o no convención matrimonial. En el primer caso entiende que, admitido el pacto por la Ley inglesa, la española también lo debe admitir, si se trata de nacionales británicos que no tengan su domicilio en España. En el segundo, quedará la duda de si por el reenvío es aplicable la legislación española, pero en el supuesto de que se rechace el reenvío y sea, por tanto, aplicable la legislación inglesa, habrá que distinguir según que el inmueble sea adquirido por uno de los cónyuges, en cuyo caso el adquirente tendrá la exclusiva administración y disposición del mismo, o que lo adquieran ambos

conjuntamente, en cuyo caso se constituiría una comunidad de tipo romano, que se regirá por la Ley española, por afectar esta materia al contenido de la propiedad, imperio natural de la *lex rei sitae*.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Mayo de 1966.

Interpretación de las normas tributarias, por Narciso Amorós.

En su exégesis de los tres artículos que la Ley General Tributaria dedica a esta materia, el autor diferencia dos grupos de cuestiones: a) Regla general de interpretación de las normas tributarias. En este orden, el artículo 23 admite cualquier criterio interpretativo con tal que tenga fundamento jurídico, superada ya hoy la idea de considerar a las normas tributarias como Leyes penales de necesaria interpretación restrictiva; b) Reglas especiales con relación al hecho imponible y a las bonificaciones. Analiza aquí su alcance, contenido y los diversos criterios de interpretación.

El testamento y su pretendida patrimonialidad (su empleo en la técnica del reconocimiento de hijos naturales), por Luis Martínez Calcerrada.

Rebatiendo con diversos argumentos la tesis de Beltrán de Heredia, sostiene el autor que el reconocimiento de un hijo natural

verificado en testamento notarial siempre es válido, aunque represente el único contenido testamentario, por cuanto que ese reconocimiento tiene pública consistencia al amparo de los artículos 131 y 133 del Código civil, y el acto que lo acoge es un auténtico testamento, aunque se abra la sucesión intestada; todo ello de conformidad con la doctrina sentada por la sentencia de 22 de diciembre de 1964.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 259, abril de 1966.

Vencimiento: día fijo o determinado, por José Luis Ruiz Sánchez.

Se analiza el alcance del número quinto del artículo 451 del Código de Comercio, en los supuestos de incompleta descripción del vencimiento, y los efectos que en orden a la eficacia de la letra pudiera operar esa incompleta descripción.

Reiteración de pago o consignación enervatoria en el juicio de desahucio por falta de pago, por Francisco Soto Nieto.

La regla tercera del artículo 147 de la LAU supone un paso más en el desprendimiento de las excesivas prerrogativas que la legislación especial ha venido acumulando sobre el locatario. El autor estudia el ámbito de esta norma y sus presupuestos de aplicación.

Número 260, mayo de 1966.

Vencimiento: día fijo o determinado (continuación), por José Luis Ruiz Sánchez.

Sobre la adquisición de determinados inmuebles por extranjeros en centros o zonas de interés turístico nacional, por Juan Gómez Calero.

La adquisición por personas extranjeras de inmuebles enclavados en territorio español viene estando sometida a ciertas limitaciones, por motivos de tipo económico y de defensa nacional. Frente a esta legalidad coercitiva, el «interés turístico nacional» ha provocado una normativa de excepción, que el autor considera acertada, pues el privilegiado tratamiento de los intereses turísticos constituye una

fórmula de equilibrio, demandada por la actual coyuntura económica española, sin que por estas nuevas normas se conculquen, por otra parte, los supremos intereses de la defensa nacional.

REVISTA JURIDICA DE CATALUNA

Abril-junio de 1966.

Regimenes comunitarios en la compilación de Derecho civil especial de Cataluña, por Jesús Lallinde Abadia.

Notas al titulo «del usufructo» de la compilación de Derecho civil especial de Cataluña, por José Enrique Rebes Solé.

Límites operativos de la «Holding Company», por Pedro Voltes Bou.

F. M. C.