

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLII * Mayo-Junio 1966 * Núm. 454

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.

Depósito legal: M. 968.—1958

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

SUMARIO

	Págs.
ESTUDIOS:	
«Algunos comentarios al artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil», por JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA	593
«Los principios generales en la Codificación Foral», por JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE	617
NOTAS:	
«Meditaciones hipotecarias: el embargo judicial y la hipoteca mobiliaria, según una Sentencia del Tribunal Supremo», por RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL	655
«Notas sobre la delación testamentaria del protutor», por FRANCISCO SANCHO REBULLIDA	675
«La institución y legado <i>sub modo</i> en el Código civil», por CELESTINO A. CANO TELLO	679
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	693
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	707
2. Sentencias del Tribunal Supremo:	
Civil: «Obligaciones y contratos», por BARTOLOMÉ MENCHÉN	717
Mercantil, por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	739
Contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.	743
Fiscal, por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL	751

LIBROS:

Págs.

«Derecho agrario», de ALBERTO BALLARIN MARCIAL, por ANTONIO MARTÍN VALVERDE	763
«Scritti juridici», de BIONDO-BIONDI, por EUGENIO FENÁNDEZ CABALEIRO	766
«La Lesuone del credito a partidi terzi», de FRANCESCO DONATO, por PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS	771
«I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari», de ANTONIO CARROZZA, por CELESTINO A. CANO TELLO	779
Centenario de la Ley del Notariado, Sección 1. ^a , Estudios históricos, vol. II, por MANUEL FENÁNDEZ BUGALLAL	784
«Lessione d'interesse e annullamento del contratto», de FRANCESCO LUCARELLI, por CARLOS HUIDOBRO	794
«Il superamento della personalità giuridica delle Società di capitali», de PIERO VERRUGOLI, por CARLOS HUIDOBRO	802

REVISTAS:

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	817
-------------------------------------	-----

ESTUDIOS

Algunos comentarios al artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil

SUMARIO: 1) El concepto de buque 2) El Código de comercio y el Reglamento de 1919. 3) El artículo 146 del Reglamento vigente. 4) Su amplitud respecto de la concepción del tráfico; 5) y de los principios de Derecho común. 6) La legislación protectora de la marina mercante. 7) La definición de buque en el Decreto de 11 de septiembre de 1953. Conclusiones sobre la noción «técnica» de buque. 8) Buque mercante. 9) La «posibilidad» de destinarse a servicios de la industria o comercio. 10) La alusión al tráfico fluvial. 11) Navegación marítima y navegación por aguas interiores. Sistemas de Derecho comparado. 12) Sistema español. 13) Eficacia de la nueva formulación en cuanto al Código de comercio y al ordenamiento registral. 14) Registro de «buques» fluviales. 15) Navegación mixta.

1) Cuando WÜSTENDÖRFER redacta, en 1923, el primer capítulo de su ya clásico *Derecho de Navegación*, incluido en el *Manual* de EHREMBERG, comienza afirmando que, de modo análogo a lo que ocurre con los conceptos de mercancía y comerciante en el Derecho mercantil en sentido estricto, son los de buque y naviero los que representan el centro de gravedad del Derecho marítimo. Y veinticinco años más tarde, al publicar su *Neuzeitliches Seehandelsrecht*, el carácter más elemental de esta obra no le impide añadir, para subrayar la importancia del primero de ellos: «El ordenamiento marítimo opera repetidamente con el concepto de buque; tanto al dictar la disciplina relativa al naviero como al registro naval, al patrimonio de mar y al abordaje.» Su singular alcance se advertía ya en el epígrafe que el autor daba, en su tratado principal, al primer apartado de esta sección: «La delimitación del Derecho marítimo privado con referencia al buque.»

Y, sin embargo, y esto explica las ponderaciones de WÜSTEN-

DÖRFER, la Ley alemana calla acerca de lo que por buque debe entenderse. Silencio que también guardan en este punto otros sistemas más próximos al español. Ni el Código de comercio italiano de 1882, cuya promulgación apenas precede en tres años a la del nuestro, ni el francés, del que tantos aspectos recogen nuestros legisladores de 1829 y 1885, definen el buque, centro de aplicación de la particular disciplina juridico-mercantil marítima. Tienen que ser la jurisprudencia y la doctrina las que desde fines del siglo pasado a la mitad del presente emprendan la tarea de determinar esta capital noción.

Otra cosa ocurre en el Derecho inglés. Y no seguramente a impulso aquí de la tradición marinera, sino de la legislativa. De esa solicitud por precisar los términos legales y, en consecuencia, los supuestos técnicos de su aplicación (1). La Ley británica de la Marina Mercante aclara en su texto principal de 1894: «La expresión buque (*ship*) comprende toda clase de embarcaciones utilizadas en la navegación y no propulsadas por remos.» «La de embarcación (*vessel*), todo buque o barco (*boat*) y cualquiera otra clase de embarcación (*sic*) utilizada en la navegación (2). Distinción que responde, sin duda, al juicio de los hombres de mar y que habremos de recordar más adelante.

Los autores italianos de comienzos del siglo reaccionan contra la laguna de su Código de comercio en este punto, quizá porque frente a las ordenanzas francesas y españolas donde la falta de definición había repercutido en las imprecisiones de los comentaristas (3), su floreciente literatura del seiscientos y setecientos repite los intentos para la definición del término «nave» (4).

(1) Esta contraposición entre el sistema inglés y el continental, más influido por la tradición romana, es bien conocida. SÁNCHEZ CALERO la ha señalado incidentalmente, desde el ángulo juridico marítimo, en su *Contrato de transporte marítimo de mercancías*, pág. 25, apuntando sus inconvenientes. Creo que deben recordarse en momentos en que se observan evidentes indicios de su posibilidad de expansión entre nosotros.

(2) Merchant Shipping Act, 1894, Sección 742. Rectificada en lo que respecta a la inscripción en el Registro y la responsabilidad de los navieros por el número 1 de la de 28 de julio de 1921.

(3) No faltan alusiones, sin embargo: VALIN, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance de la Marine*, pág. 567, en la edición de 1752. HEVÍA BOLAÑOS, *Laberinto del comercio terrestre y naval*, (L. III, cap. II; 1.º), con una alusión un poco forzada a la Ley de Partidas.

(4) Ver, por ejemplo, las citas de DOMINÈDÒ, *Principi del Diritto della Navigazione*, pág. 105, y BRUNETTI, *Diritto marittimo privato*, págs. 295 y sigs.

En los años finales del primer cuarto de nuestro siglo, mientras se acometen los trabajos preparatorios para la reforma de la legislación marítima italiana, la doctrina más preocupada por sus problemas coincide en la necesidad de fijar legislativamente la noción de buque. Frente a la vieja advertencia de JAVOLENO, señala BRUNETTI (5) que, en esta materia, no es la definición, sino el silencio lo peligroso. Opinión en la que coincide SCIALOJA (6), porque—añade—la definición puede ser peligrosa cuando se trata de principios o instituciones jurídicas cuya configuración debe resultar del complejo de normas que la regulan. Mientras que respecto del buque la tarea se encamina a delimitar el ámbito de aplicación de un derecho especial, y eso sólo la ley puede hacerlo.

Con uno u otro alcance van a coincidir en este propósito los diversos proyectos de reforma: el de 1926, el más restrictivo—excluyente de las naves de pesca—y el de 1921, que parte de la distinción entre buques, de un lado, y embarcaciones de recreo y artefactos flotantes sin propulsión propia, de otro. El vigente «código della navigazione» se encara finalmente con el problema en su artículo 136: «Se entiende por nave toda construcción dedicada al transporte por agua, aun cuando sea con fines de remolque, de pesca, deportivos o cualesquiera otros.» La definición es amplia desde el punto de vista de la finalidad perseguida por el transporte: se trata de establecer el objeto de aplicación de un derecho marítimo intencionada y decididamente general. Pero, por otro lado, exige la capacidad para transportar. Sólo serán buques aquellas embarcaciones capaces de transportar—y para ello de navegar—cosas o personas.

2) Como ya se indicó, nuestro Código de comercio no contiene nada semejante. Pero esta omisión ha pretendido salvarse por nuestro Reglamento del Registro Mercantil. Tanto el de 1919 como el vigente de 1956 dedican un artículo a proporcionar una noción de buque que sirva, no sólo para la comprensión de sus propios preceptos, sino con validez general en la aplicación de la disciplina marítima privada. Lo mismo el viejo artículo 148 que el

(5) Obra cit., pág. 290.

(6) *Navi e galleggianti* (Estr. degli Studi per la codificazione del diritto della navigazione, 1940).

actual 146—a pesar de diferencias nada insignificantes y que habrán de examinarse en su momento—comienzan diciendo: «Se reputarán buques *para los efectos del Código de comercio y de este Reglamento...*» e insertan a continuación la fórmula delimitadora. No sólo, pues, con el alcance registral que la ordenanza dispone, sino para la aplicación de la preceptiva general del Código. Así, por ejemplo, en el momento de determinar la empresa de navegación, caracterizar al naviero, fijar el estatuto de los componentes de la dotación o establecer las responsabilidades derivadas del abordaje, contamos en nuestro Derecho positivo —y desde 1956 nuevamente formulada— con una definición de buque. La única duda para quien redacta estas líneas y recuerda afirmaciones de la prestigiosa doctrina italiana más arriba expuesta, es la de si, al menos en nuestro caso, era el silencio o más bien esta definición lo peligroso.

3) Conviene reproducir entero el artículo 146 del vigente Reglamento del Registro Mercantil que va a ser objeto de comentario: «Se reputarán buques a los efectos del Código de comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial.»

Para su examen, pueden separarse en principio dos aspectos:

A) Aquellas precisiones que enfocan directamente la delimitación del buque como cosa: la noción técnica de buque.

B) Las referencias a su destino al comercio marítimo o fluvial: su enlace con la materia jurídico-mercantil.

A) En el primer aspecto, el Reglamento considera buques, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación, sino «cualquier otro aparato flotante». El precepto menciona expresamente las navegaciones de altura y de cabotaje. No alude—aunque pudiera haberlo hecho—a las propias del tráfico interior de puertos; pero quedan indudablemente comprendidas en la amplísima fórmula general que sigue: «cualquier aparato flotante» y en los ejemplos que especifica: diques flotantes, pontones, dragas y gánguiles.

Parece imprescindible determinar, en lo posible, con la ayuda del vocabulario marítimo, e incluso con el Diccionario de la Academia, el significado de estos «prototipos».

Los *diques flotantes*—hoy generalmente metálicos—consisten en depósitos integrados por una plataforma y una doble línea de cajones que se inundan o achican por medio de bombas para que la nave pueda entrar en el aparato y quedar en seco al flotar éste.

La palabra *pontón* responde, según los casos, a significados y utilidades diferentes. Entre ellos: a) Un buque viejo, amarrado y retirado de la navegación, que sirve como hospital, cocina o restaurante o un depósito flotante—no concebido ni construido para navegar—que se utiliza como almacén de primeras materias o mercancías; b) un puente de madera o de barcas flotantes, pero fijo, para atravesar una corriente de agua; c) o, simplemente, una barcaza chata o una balsa de maderos unidos, con utilización diversa.

La *draga*, en sí, alude a la máquina para ahondar y limpiar ríos o puertos de mar, extrayendo fango, piedras o arena. Puede ser fija o, normalmente, flotante, e, incluso, autopropulsada; a estos dos últimos tipos debemos limitar la referencia reglamentaria.

Entre las posibles significaciones de la expresión *gánguil*, sin duda el artículo 146 tiene a la vista—en relación con el de *draga*—el barco destinado a recibir, conducir y verter en alta mar los materiales extraídos por aquélla.

El artículo completa con una fórmula general estos ejemplos; es buque, viene a decir en suma, cualquier aparato flotante. Basta, pues, que el ingenio o artefacto sea capaz de flotar en aguas marítimas—o, como luego advertiremos, fluviales—para que deba ser reputado buque a los efectos del Reglamento del Registro Mercantil y del Código de comercio.

4) No es difícil advertir que tan generalísima acepción pugna evidentemente con los conceptos del tráfico. Aun prescindiendo de la diferencia usual entre los vocablos embarcación y buque, de los cuales el último suele entenderse referido casi exclusivamente a las naves de transporte extraportuario (en cierta relación con los términos *ship* y *vessel* de la legislación inglesa), muchas de las construcciones flotantes a que el Reglamento alude—y de modo

especial entre los dos primeros tipos de ejemplos: diques y pontones—no tienen la consideración de buques ni para la acepción técnica marítima, ni para la legislación y jurisprudencia comparadas. Un hospital, un merendero, una escuela, una *house-boat*, un depósito, flotantes, pero fijos en la costa, sin aptitud para trasladarse, no son buques. Un pontón de balsas tampoco puede reputarse de tal, y a riesgo de contradecir—sin que la exageración se dé más que en apariencia—la generalización del Reglamento, puede concluirse que un tren de maderos, una boya, hasta un salvavidas que se ha caído al agua («aparatos flotantes destinados a servicios de la industria o comercio marítimos»), no parece que en ningún caso puedan considerarse buques.

Lo esencial de la noción de buque—de *nave*—es la capacidad para *navegar*. No parece necesario insistir ni detenerse a justificar esta afirmación, en la que coinciden la concepción usual y técnica, el Derecho comparado y nuestros precedentes históricos. Porque no se trata aquí de formular *a priori* una definición más o menos acertada y congruente de buque, sino de saber si estamos obligados a admitir ineludiblemente los términos de la definición fundamental de nuestro ordenamiento: ese concepto ilimitado de buque que trata de imponernos, tanto a los efectos de sus disposiciones como de las del Código de comercio, el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil.

5) Parece, en efecto, que a esta pretensión podemos oponer ciertas salvedades, apoyados, en primer lugar, en la Ley más importante y decisiva en materia jurídico-privada—no creo que este reconocimiento sea impropio de un mercantilista—: el Código civil.

Partimos de un postulado indiscutible: los buques son muebles. Por si el tenor del artículo 336 del Código civil pudiera ofrecer alguna duda, se encarga de desvanecerla el artículo 585 del Código de comercio y el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval. Los buques son siempre muebles. Salvo modificaciones o restricciones de la disciplina que como tales les es propia, siguen siempre *su condición de bienes muebles*. Y el número 9 del artículo 334 del Código civil nos previene: «Son bienes inmuebles... 9.º Los diques y construcciones que *aun cuando sean flotantes* estén des-

tinados por su objeto y condición a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.»

Esta consideración nos permite—mejor dicho, nos obliga—excluir de las previsiones del artículo 146 del Reglamento de Registro Mercantil los aparatos que «aunque sean flotantes» entran dentro del concepto de inmuebles del Código civil y que, en consecuencia, nunca podrán reputarse buques. Así, en principio, los diques flotantes y los pontones cuyas características se señalaron anteriormente bajo las letras a) y b).

Después del recorte impuesto por el Código civil, los modelos expresamente mencionados en el Reglamento quedarían reducidos a los pontones citados en el párrafo c), a las dragas montadas sobre embarcaciones y a los gángüles. Y, sobre todo, ya no resulta posible aceptar directamente la fórmula general que reputa buque cualquier aparato flotante; será preciso, por el contrario, examinar previamente si, con arreglo a los principios generales, se cumple en él la condición de mueble.

6) Pero es posible que podamos tener en cuenta otro sector de legislación española, menos directamente relacionado con el Código de comercio, pero más conforme con estos principios civiles y, desde luego, con los criterios técnicos y la concepción del tráfico.

Así, en líneas generales, la llamada legislación protectora de la marina mercante y de la construcción naval.

Deben recordarse:

La Ley de Protección y Fomento de las Industrias y Comunicaciones Marítimas de 14 de junio de 1909;

El Real Decreto de 13 de octubre de 1913: Reglamento de Comunicaciones Marítimas y Protección de la Construcción Naval;

El Real Decreto-Ley de 21 de agosto de 1925 de Primas a la Navegación (prorrogado por Ley de 5 de mayo de 1941);

El Decreto de 24 de julio de 1942: Reglamento de Protección a la Construcción Naval;

El Decreto de 26 de mayo de 1943; texto refundido de las Leyes de Protección a la Industria Naval, y

La Ley de 23 de diciembre de 1948 sobre Primas a la Navegación y su Reglamento de 22 de julio de 1949.

Del contenido de este conjunto de disposiciones aparece bastante clara una división fundamental de las construcciones marítimas, o, dicho con la terminología del Reglamento del Registro Mercantil, de los aparatos flotantes en dos categorías: los *buques* y los *artefactos navales*.

Las definiciones del título V de la Ley de 14 de junio de 1909 (artículos 33 y siguientes); el Real Decreto de 13 de octubre de 1913 (arts. 12, 13, 158 y siguientes, especialmente arts. 160, 183 y siguiente); el Decreto-Ley de 21 de agosto de 1925 (art. 3.º); las Reales Ordenes de 29 de enero, 19 de febrero y 22 de marzo de 1926, entre otras; el Decreto de 24 de julio de 1942 (art. 7.º) y el de 26 de mayo de 1943 (arts. 3.º y 4.º), permiten distinguir claramente, de un lado, *buques* (a su vez clasificados en buques propiamente dichos; buques de tráfico de mercancías o pasajeros, buques de cabotaje y de altura y embarcaciones destinadas al tráfico interior de puertos), y, de otro, *artefactos navales*, entre los que se citan: dragas, gánguiles, pontones, aljibes y diques flotantes.

Incluso podría advertirse que esta legislación se resiente por el extremo opuesto del que adolece el Reglamento del Registro Mercantil, cuando incluye entre los «artefactos navales», no «buques», por tanto, embarcaciones que para el comercio marítimo y su derecho pueden recibir esta consideración. Así, sin duda, las dragas y los gánguiles autopropulsados y tripulados e incluso cierto tipo de chalanas o pontones navegables. La disparidad de criterios quizá se explique por el propósito, en un caso, de extender la registrabilidad, y en el otro, de recortar la protección. Pero, puestos a escoger entre ambas tendencias, la de la legislación de fomento a las industrias navales resulta más de acuerdo con el uso y las concepciones técnicas.

Cierto que la Ley vigente de 12 de mayo de 1956 de Protección y Renovación de la Flota—que establece un plan decenal que este año en principio termina—contiene una disposición adicional 5.ª, que deroga expresamente toda la legislación anterior de análoga finalidad; desde la Ley de 14 de julio de 1909 hasta la de 23 de

diciembre de 1948 y sus disposiciones complementarias. Pero ello no disminuye el valor de las consideraciones que apoyadas en su tenor acaban de hacerse. En primer lugar, porque tal derogación es sólo relativa. La Ley de 1956 se apoya de modo expreso y directo en la de 2 de junio de 1939 (arts. 11 al 15 especialmente). Pero, sobre todo, responde a los mismos supuestos de la legislación precedente. Dicho de otro modo, lo que cambia—y sólo parcialmente—es sólo el *sistema* de protección, pero no el *objeto* de la protección ni sus supuestos técnicos. Los buques a que se refiere el artículo 6.º de la Ley como término de la tutela siguen siendo los mismos que de tales se reputaban con anterioridad: buques de cabotaje, de pasaje, *tramps* y petroleros. En ningún caso comprende los «artefactos navales». Y parece innecesario añadir que en ninguna parte de esta Ley ni de sus disposiciones complementarias se contienen fórmulas ni referencias que pretendan alterar aquella dicotomía.

7) Definición que podría ofrecer extraordinaria importancia es la formulada en el Decreto de 11 de noviembre de 1953, publicando la adhesión española al Reglamento Internacional para Prevenir los abordajes, anexo B) al Convenio para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, firmado en Londres el 10 de junio de 1948 (7). Pero atenúan su indudable interés una serie de circunstancias: No se trata de una norma de derecho interno en sentido estricto, del mismo plano de aplicación, por ejemplo, que el Reglamento del Registro Mercantil. Tampoco constituye una pauta prevista con carácter general, ni menos «a los efectos del Código de Comercio», sino para la interpretación y aplicación de las reglas contenidas en el propio Reglamento de Abordajes que la ofrece.

Y, sobre todo, por la muy escasa fortuna con que se ha redactado el texto español: «La palabra 'buque'—previene el Decreto—designa a todo flotador de cualquier naturaleza que sea, excepto los hidroaviones utilizados o susceptibles de ser utilizados como

(7) El Convenio de 1948 ha sido reemplazado por el de 1960, al cual también se ha adherido España en octubre de 1965. En cambio, el Reglamento para prevenir abordajes de aquella primera fecha continúa vigente por decisión de la conferencia de 1960; sin perjuicio de un proyecto revisado que figura como Anexo B) del Acta final. En cualquier caso, la definición de buque de la Regla 1.ª permanece idéntica.

medio de transporte sobre el agua.» Así figura en el *Boletín Oficial* de 11 de noviembre de 1953 y en las colecciones legislativas más consultadas. Y así se ha visto obligada a recogerlo nuestra mejor doctrina.

En tales términos, la definición resulta incongruente y apenas inteligible. Bien que se clasifique como buque todo flotador de cualquier clase que sea; podría pensarse en que los adaptadores españoles pretendieron mantener el sistema amplísimo del Reglamento del Registro Mercantil. Bien que no lo sean los hidroaviones amarados, aunque sean flotantes, pero ¿qué quiere decirse al hablar de «hidroaviones amarados utilizados o susceptibles de ser utilizados como medio de transporte sobre el agua?»; ¿es que los hidroaviones amarados, pero que no son susceptibles de ser utilizados como medio de transporte marítimo, son buques?; ¿es que los hidroaviones no amarados y los desprovistos de motor y definitivamente fuera de servicio, son buques?

No resultaría serio continuar por el camino de estas hipótesis. Vale más cotejar la definición inicial del apartado b) de la regla 1.ª del Decreto de 1953 con los textos originales del Convenio. La versión inglesa dice así:

«The word 'vessel' includes every description of water craft other than a seaplane on the water, used or capable of being used as a means of transportation on water» (8).

Que en castellano, y conservando en cuanto resulta posible la terminología del Decreto de 1953, viene a significar lo siguiente: «La palabra buque (en sentido amplio, *buque* a los efectos de la prevención de abordajes), designa todo flotador de cualquier naturaleza que sea, excepto los hidroaviones amarados, *utilizado o susceptible de ser utilizado* como medio de transporte sobre el agua.»

Suprimido el desdichado plural que en el texto oficial español no hay más remedio que concordar con «hidroaviones» (9) y no

(8) Texto francés: «Le mot 'navire' désigne tout engin ou tout appareil de quelque nature que ce soit, autre qu'un hydroaéronef amarré, utilisé ou susceptible d'être utilisé comme moyen de transport sur l'eau.»

(9) Este aspecto de la definición se encuentra, en cambio, bien comprendido en la versión de los señores GONZÁLEZ VIEYTES y FARIÑA, *Leyes marítimas de España*, 1952 (anterior, como advierte esta fecha, a la oficial), tomo I, página 355: pero también persigue aquí al texto su mala fortuna, ya que—sin duda por no ser muy habitual este giro británico—traduce el «other than a

con el singular «buque», nos queda una formulación comprensible y aceptable de este último concepto: *Todo flotador, de cualquier naturaleza que sea, utilizado o susceptible de ser utilizado como medio de transporte sobre el agua.*

Creo que esta definición, sin perjuicio de todas las salvedades que hace poco quedaron señaladas, puede servir también para atenuar—especialmente en asuntos relacionados con cuestiones de abordaje—la excesiva amplitud de la fórmula del Reglamento del Registro Mercantil que estamos comentando.

Insistiendo sobre esto último, y como conclusión general: No parece que deba tenerse exclusivamente en cuenta a los efectos de la aplicación de nuestro Derecho marítimo privado el concepto amplísimo de buque que ofrece en el aspecto técnico el artículo 148 del Reglamento del Registro Mercantil. Creo, por el contrario, que resultaría conveniente determinarlo en cada caso a la vista de las condiciones concretas del «aparato flotante» de que se trate; teniendo presente, asimismo, la legislación general: Códigos civil y de comercio; la administrativa protectora de la marina mercante; el Reglamento para prevenir abordajes e incluso otras ordenanzas especiales, verbigracia, las relativas a embarcaciones de pesca, embarcaciones menores y análogas.

8) B) Un segundo tipo de cuestiones—que ya quedaron en principio aludidas—son las que el artículo 146 plantea en el segundo elemento de su definición: el destino del buque a «servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial».

Conviene distinguir aquí dos aspectos:

A') Los que afectan a la dedicación del buque a servicios de la *industria o comercio*, y

B') La posibilidad de que este comercio o industria pueda ser *marítimo o fluvial*.

A') Su toma en consideración es la que más directamente nos conduce a la significación del «buque» como objeto delimitador de un especial ordenamiento jurídico-marítimo. De aquí partían las preocupaciones de la doctrina comparada aludidas al princi-

seaplane on the water...» por «*incluso* un hidroavión amarrado». La versión más aproximada podría ser: «... distinto de un hidroavión amarrado».

pio de este comentario. Porque, según el Derecho de la navegación, se reserve o no para la emprendida con fines industriales o comerciales, variarán decisivamente la naturaleza y los límites que se asignen a este Derecho especial marítimo. Que deberá concebirse bien como una rama del Derecho mercantil, bien como Derecho general de la navegación por mar, bien, finalmente, comprendiendo la fluvial, e incluso la aérea, como todo el Derecho de la navegación.

No es cosa de repetir aquí cuanto con referencia inmediata a este punto escribí hace ya algunos años (10). Doy por ratificado aquel criterio restrictivo que concibe el Derecho marítimo español como Derecho mercantil aplicable al tráfico por mar. Punto de vista que, a pesar de sus escasas coincidencias con las tesis y tendencias más numerosas y autorizadas, sigue pareciéndome el más admisible. Tanto por la evolución histórica de nuestro ordenamiento desde el Consulado del Mar hasta los Códigos de 1829 y 1885, pasando por las Ordenanzas bilbaínas, el Derecho español de la navegación que ha logrado constituirse en un núcleo más o menos peculiar de normas, es Derecho del comercio por mar. Como por razones de la finalidad de esta constitución: lo que ha provocado y desarrollado la normativa que aun *hoy* acotamos con la expresión Derecho marítimo, no ha sido tanto el dato técnico de la navegación como el factor económico de la protección al ejercicio del *comercio* por mar; la tutela, fundamentalmente, de dos complejos de menesteres. De un lado, la necesidad de atenuar los grandes riesgos de la empresa marítima, que se ha traducido en formas especiales de comunidad de intereses y de derechos. Así las limitaciones de la responsabilidad del naviero y su contrapartida de privilegios reales. E, incluso, no hay que olvidarlo, las viejas y nuevas formas de su cobertura: los sistemas de la técnica de los seguros nacen en la esfera marítima. De otro, corregir la desconexión—derivada, sin duda, de la navegación, pero que se plantea cabalmente para la navegación *comercial*—entre el naviero y los elementos personales—sobre todo, el capitán—y los reales—buque y carga—de su empresa. Aunque hoy, un indudable

(10) *Derecho Marítimo y Derecho Aéreo*, Anuario de Derecho Civil, 1952, tomo V, fascículo 2.º, págs. 552-578

desarrollo de la navegación no estrictamente mercantil y la aparición del tráfico aéreo hayan repercutido decisivamente en la doctrina y en la legislación comparadas y puedan influir en su día en el ordenamiento español, nuestro Derecho positivo sigue configurando el Derecho marítimo como el Derecho mercantil de la navegación por mar: con el naviero como sujeto, el fletamento como negocio central y el *buque mercante* como objeto.

En tal sentido queda ya condicionado el comentario que en este punto debe recibir el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil. Recoge y a la vez ratifica esta tradición secular. Y se ajusta a la Ley principal de esta materia: el Código de comercio, cuyo artículo 573, con el que se abre el libro destinado al Comercio marítimo comienza refiriéndose a «los buques mercantes». Parece, pues, adecuado que cuando el Reglamento pretende definir este concepto «para los efectos del Código» lo califique por su mercantilidad, por su destinación «a servicios de la industria o comercio».

9) Pero el artículo 146 del Reglamento vigente contiene un inciso que faltaba en el artículo 148 del de 1919. No dice solamente que se reputará buque cualquier aparato flotante destinado a servicios de la industria o del comercio, sino que añade «destinado o *que pueda destinarse* a servicios de la industria o comercio».

¿Qué ha querido matizarse con esta innovación? ¿Hay que contarla en la línea que procura la ampliación del ámbito objetivo del Derecho marítimo más allá del efectivo comercio por mar; en el sentido, por ejemplo, de que cualquier embarcación, aunque no se destine o se vaya a destinar en aquel momento a la industria o al comercio, queda sometida al Código de comercio y su legislación complementaria—y concretamente al Reglamento del Registro Mercantil—con tal de que en otro «sea susceptible» de utilizarse para tales fines? (11).

Si el nuevo inciso pretendiese tal finalidad, la redacción empleada resultaría totalmente insatisfactoria. Su lectura en el con-

(11) Así parece, al menos en principio, entenderlo MENÉNDEZ, que subraya significativamente este inciso «o que puedan destinarse». (*La naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*), «Revista de D. M.», 1958, página 340, nota 62 y *El contrato de remolque*, pág. 72, nota 44.

texto del artículo 146, detrás de un párrafo donde lo que se sanciona es el sometimiento al registro obligatorio, tras su consideración de buques—sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del Código de comercio—, no sólo de las embarcaciones empleadas para la navegación, sino de los artefactos navales, llevaría más bien a concluir que debería reputarse buque cualquier otro aparato flotante, con tal de que pueda algún día *destinarse a servicios de la industria o el comercio*.

Quiere decirse que con mucha más facilidad de la necesaria para deducir que un yate, un batiscafo con misiones científicas o una embarcación de deporte deben considerarse buques «a los efectos del Código de comercio y del Reglamento del Registro Mercantil», cabría la interpretación de que una draga utilizada para los servicios de Obras Públicas en un pantano, los botes de un lago de propiedad privada e incluso una embarcación de la marina de guerra, son buques sometidos al Código de comercio e inscribibles en el Registro, pues si actualmente no se destinan, *pueden destinarse* un día a los servicios de la industria o el comercio. Y es evidente que los propósitos y el alcance de la nueva fórmula no deben referirse a tales posibilidades.

Pero tampoco a las de una progresiva ampliación del Derecho especial marítimo—cuyo centro lo constituye el Código de comercio—para toda suerte de navegaciones. Incluso me permitiría una doble explicación sobre las razones del nuevo texto. La primera no sé si más aproximada a la realidad. La segunda, sin duda más útil para la aplicación del precepto.

Es posible—y de antemano confieso la falta de seguridad en la hipótesis—que los redactores del nuevo Reglamento hubieran tenido presente en el momento de la reforma la ya comentada definición de buque del entonces todavía reciente Decreto de 11 de noviembre de 1953, introduciendo el Reglamento Internacional para prevenir abordajes en el mar. Según ella—ya lo vimos—, debe entenderse por buque todo flotador *utilizado o susceptible de ser utilizado* como medio de transporte sobre el agua.

La fórmula es casi idéntica y exteriormente produce la sensación de que puede haberse pretendido «utilizarla» también con el propósito de completar la noción dada por el Reglamento, armo-

nizando ambos textos. Pero—siempre sobre el indemostrable supuesto de que se intentara—no ha resultado así, porque el sentido con que se emplea en uno y otro caso es totalmente diverso. La definición del Anejo a la Convención de Londres afecta al buque en su aspecto técnico como tipo de construcción naval. Quiere delimitar su noción respecto al de otros ingenios flotantes en el agua y para ello precisa que su carácter distintivo es el de que sea utilizado como medio de transporte o bien *pueda ser utilizado* como medio de transporte. No es necesario que un buque, para considerarlo tal, sea efectivamente destinado al transporte de personas o cosas. Puede accidental o normalmente no cumplir esta función, verbigracia, un buque faro o una draga que no son utilizados como medio de transporte, pero que pueden serlo, o incluso un buque que no haya navegado todavía o que lleve un tiempo sin navegar. Aunque no se destine por ahora al transporte, lo decisivo es *que sea susceptible* de ser utilizado como medio de transporte en el agua.

En cambio, el Reglamento del Registro Mercantil emplea la alternativa cuando se trata de la calificación—eminentemente jurídica—del buque como buque mercante. Del buque como objeto del Derecho especial marítimo: «a los efectos del Código de comercio y de este Reglamento». Y entonces la opción es totalmente inadmisibles, porque es preciso señalar cuál es la navegación—a través de la calificación de la nave—que queda sometida a sus preceptos. No hay duda de que el Reglamento pudo haber ampliado—de acuerdo con las tendencias más reputadas—su esfera de acción a zonas no comerciales e incluso no marítimas. Pero con la fórmula empleada no lo podía lograr nunca, y lo único que ha conseguido, sin alterar su criterio tradicional apoyado en el buque mercante, es hacer más difícil saber cuándo un buque es efectivamente mercante.

Cabe, sin embargo, otra interpretación, que es la que me atrevería a sugerir a quien deba aplicar el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil. La nueva redacción ha podido responder al deseo de incluir «para los efectos del Código de Comercio y sobre todo a los de este Reglamento», determinados buques que efectivamente aún no se destinan a servicios de la industria o comercio

marítimos, pero que sin duda pueden destinarse: los buques en construcción.

Hoy, todo empresario necesita para proceder a la construcción de un buque autorización especial, que se solicita de la Comandancia de Marina respectiva y que se resuelve por la Dirección General de Industrias Navales a través de la Subsecretaría de la Marina Mercante. Conseguido el permiso y comenzada la obra, el buque debe inscribirse en la matrícula de la Comandancia de Marina, Sección de Buques en Construcción. Si el buque así registrado es objeto de hipoteca se inscribe provisionalmente (artículo 151 del RRM) en el Registro de Naves en Construcción (artículos 151 y 145, 2.º del RRM), de acuerdo con lo previsto en la Ley de 1893 para que pueda publicarse el gravamen. Al buque en construcción se le aplica, pues, un tratamiento hipotecario y registral peculiar del Derecho mercantil marítimo. En tal sentido hay que considerarlo «buque mercante», y, sin embargo, no está destinado al servicio de la industria o comercio. Puesto *puede* estarlo, y por ello se reputa buque en el artículo 146 (12).

10) B') La reforma de 1956 ha introducido otra modificación de importancia respecto del texto del artículo 148 precedente. Mientras éste se limitaba a señalar como destino del buque los «servicios de la industria y del comercio marítimo», el 146 vigente añade «de la industria o comercio marítimo o fluvial».

(12) No parece necesario entrar en la discutida materia de si el buque en construcción debe o no ser reputado buque. La doctrina alemana, que es la que antes y con mayor detenimiento se ha ocupado del problema, lo plantea normalmente sobre la base de la noción de buque según la concepción del tráfico. Así desde PAPPENHEIM (*Handbuch des Seerechts*, II, págs. 4 sigs.), con su conocido aforismo «todavía no es buque, luego no es buque», y WÜSTENBÖRFER, que, rectificando este punto de vista, estima que el buque ya se considera tal desde la botadura (*Schiffahrtsrecht*, pág. 79). Ver un resumen de las posiciones de la literatura alemana sobre la materia, hasta 1959, en SCHAPS-ABRAHAM, *Das deutsche Seerecht*, tomo I, pág. 230. Pero en nuestro terreno creo que debemos movernos en términos más estrictamente jurídicos. Mejor que preguntarse si el buque en construcción—y desde qué estado de construcción—se considera socialmente buque, como presupuesto de una aplicación por analogía, parece oportuno analizar qué normas del Derecho propio de los buques prevé el ordenamiento como aplicables al buque en construcción y cuál es la *ratio* de esta aplicabilidad. Para concluir, probablemente, que de lo que se trata es de ofrecer el valor de lo construido como garantía real de los créditos obtenidos para la construcción; de un modo paralelo a la garantía real que supone el buque terminado y navegando para los créditos invertidos en la navegación.

Para medir el alcance del aditamento quizá convenga recordar algunos antecedentes, tanto sobre los sistemas generales que el Derecho comparado nos ofrece en materia de ordenación del tráfico de aguas interiores, como acerca de la situación del Derecho español en el momento de redactarse el nuevo Reglamento.

11) En relación con los primeros, bastarán algunas referencias a los ordenamientos más próximos. En Italia, el «código della navigazione» (art. 1.º) se aplica tanto a la navegación marítima como a la navegación interior. Ello resulta, en primer lugar, congruente con el principio informador de este Cuerpo legal que pretende disponer, no un Derecho mercantil marítimo, sino un Derecho general de la navegación comprensivo de la entera normativa pública y privada de cualquier navegación, sea marítima, aérea o interna. Pero la inclusión de esta última resulta, además, de acuerdo con los precedentes legislativos. El Código de comercio de 1882 reglamentaba en su libro II—salvo en cuestiones de detalle—tanto el tráfico marítimo como el conducido por aguas interiores. Apoyada, en los trabajos preparatorios, en la misma rúbrica del título I del mencionado libro, e incluso en el texto del artículo 388 así lo admitía la casi unanimidad de la doctrina (13).

En cambio, en Alemania—y en cierto modo a su ejemplo, en Bélgica y Holanda, países los tres eminentemente fluviales—coexisten dos sistemas normativos. El Derecho de la navegación marítima («Seeschifffahrtrecht», Derecho de lo esencial del comercio marítimo), y el Derecho de la navegación interior («Binnenschifffahrtrecht»). Dos ramas distintas del ordenamiento del transporte por agua, aunque precisamente por ello tiendan a armonizarse en lo posible (14).

En Francia, los transportes por aguas interiores quedan, en

(13) Ver la citada por BRUNETTI, *Diritto Marittimo Privato*, tomo I, página 308, nota 1. Incluso se invocaba la tradición romana: ULPiano, *Digesto*, 14, 1, 1, 6.

(14) La Ley sobre Navegación interior de 1895 fué retocada en 1897 para acomodarla al nuevo H. G. B. Luego modificada por las Leyes de 1939 y 1952. Las *Colecciones Legislativas* recogen separadamente, de un lado, la legislación marítima, y de otro, la relativa a aguas interiores. (Ver, por ejemplo, la edición de textos de v. LAUN y LINDENMAIER.)

cambio, equiparados a los terrestres y al margen de la tradicional disciplina jurídico-marítima. Sin perjuicio de ciertas normas de derecho especial—por otra parte, divergentes de las aplicables al tráfico por mar—sobre fletamentos fluviales (15).

12) Nada puede extrañarnos, conocidos los contactos de nuestra evolución legislativa marítima con la francesa, que en España el sistema en este punto sea, en principio, idéntico. Y menos aún si se piensa que aunque Francia ofrezca mucha menos navegación fluvial que Alemania o los Países Bajos, las realidades españolas son infinitamente más bajas. El artículo 1.601 del Código civil previene en su párrafo primero que «los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían a las mismas obligaciones que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1.783 y 1.784». Y en el segundo remite los transportes mercantiles por tierra y por mar al Código de comercio. A su vez, éste, en el artículo 349, establece aún más claramente la equiparación entre los transportes terrestres y los fluviales, todos sometidos a las normas título VII del libro II. El libro III se reserva exclusivamente la disciplina de la navegación por mar. Su rúbrica general es inequívoca: «Del comercio marítimo»; y esta referencia invariable se repite en las de los títulos II, III y IV y en los de varias de sus Secciones.

Todo ello aleja nuestro sistema del de su contemporáneo el Código de comercio italiano. La doctrina dedicada a interpretarlo podía apoyar en las modificaciones que sus enunciados presentaban respecto del precedente de 1865 la ampliación de su disciplina fuera del campo estrictamente marítimo. No sólo en el rótulo de su libro II, «Del comercio marítimo y de la navegación», que permite entenderla en sentido genérico, sino la presencia de una serie de normas excepcionales para la navegación interior (ver, verbigracia, los arts. 501, 522, 527 y 898), que presuponen la aplicación general como regla. Aparte la equiparación, en el artículo 498—para el caso allí previsto—, de la navegación costera dentro de un departamento marítimo a la que tiene

(15) Ver, por todos, RIPERT, *Droit maritime*, I, pág. 140.

lugar por aguas interiores (16). Nada de ello tiene la menor correspondencia en nuestro Código de comercio.

13) ¿Qué valor debemos, en consecuencia, atribuir al nuevo vocablo final del artículo 146 del Reglamento? En relación con la frase inicial «para los efectos del Código de comercio», pienso que ninguno. No cabe admitir que esta simple alusión de un Decreto baste para derogar el sistema de principios apoyados en los Códigos civil y de comercio. La disciplina del libro III de este último no puede extenderse más allá del ámbito de relaciones para el que está apercibida: el comercio *por mar*. No a la navegación fluvial, siquiera mercantil, por aguas interiores.

Y en cuanto a la segunda referencia del mismo artículo «para los efectos de este Reglamento», ¿podrá tener, al menos, alguna consecuencia relacionada con los fines de publicidad a que este texto directamente se encamina, es decir, a efectos puramente registrales? Tampoco. Porque no se trata sólo de una pugna en lo establecido por un sistema general apoyado en normas de rango superior, sino de incompatibilidad absoluta con la ordenación misma que emana del propio Reglamento.

En primer lugar, de los artículos 149 (especialmente de sus párrafos primero, cuarto y sexto) y 150. Su lectura nos advierte que no puede llevarse ningún buque al Registro Mercantil a falta de la previa inscripción en la matrícula de la Comandancia de Marina. Sin que pueda resultar nada en contrario del texto del párrafo segundo del artículo 151, ya que también existe en esas Comandancias el cuaderno de buques en construcción, cuya inscripción provisional es previa a la que debe practicarse con este carácter en el Registro Mercantil. La inscripción *definitiva* en el Registro sólo puede llevarse a cabo después de la definitiva en la matrícula marítima.

Pues bien: ni las autoridades de la Comandancia de Marina concederán el certificado de la matrícula o asiento de una embarcación fluvial, ni tienen atribuciones para hacerlo. Su jurisdicción se extiende a la zona marítimo-terrestre: aguas territo-

(16) Aparte la cita en nota anterior del *Diritto Maritimo* de BRUNETTI y la literatura allí mencionada por este autor, ver también ASQUINI, *Contratto de trasporto* (en el comentario de BOLAFFIO, Rocco y VIVANTE), pág. 73, donde no puede menos de advertirse su disconformidad de principio con esta equiparación en el tratamiento jurídico de las navegaciones marítima e interna.

riales, puestos, muelles, playas y riberas de la mar; a la Policía, servicios y competencia sobre personas o cosas relacionadas con la navegación marítima. Nada tienen que ver con la navegación, o flotación, halaje o ataje por ríos o canales interiores. Ni con la navegación en los lagos, entre nosotros casi exclusivamente limitada a los grandes embalses destinados al riego o a la producción de energía eléctrica. Porque todo esto no está sometido a las autoridades de Marina, sino a otras: a las de Obras Públicas o Agricultura. Y no a la legislación marítima sino a la especial dictada para la flotación y pesca en aguas interiores.

14) Aunque no excesivamente utilizada en nuestro campo—circunstancia en gran medida explicable, dada su escasa importancia en España, donde la naturaleza de las aguas interiores las hacen muy escasamente útiles para la navegación de transporte (17)—, existe, en efecto, una legislación fluvial que debe reputarse complementaria—en sus escasos aspectos jurídico-privados—de los Códigos civil y de comercio. Así, la *Ley de Aguas de 13 de junio de 1879*. Es cierto que su artículo 174 preveía una declaración oficial de ríos navegables o flotables que no ha sido nunca llevada a cabo; pero los artículos 143 y siguientes reglamentan la responsabilidad de los patronos de los barcos y de los conductores de los efectos llevados a flote y tienen especial interés desde nuestro ángulo. El *Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces* (Decreto de 14 de noviembre de 1958): el artículo 12 aplica en lo posible al tráfico fluvial las normas sobre cruces y alcances contenidas en el Código de la circulación; el 13 previene la autorización de la Confederación y Servicio hidráulico correspondiente, o del Ministerio de Obras Públicas, para «establecer servicios de uso público de barcas de paso», según la importancia del río, «para establecer mecanismos flotantes o para utilizar como

(17) La utilización de nuestros ríos mayores—aparte tentativas meramente históricas—se ha limitado casi siempre a fines agrícolas de irrigación. Incluso las más importantes obras, proyectadas también con propósitos comerciales, como el Imperial de Aragón—admite barcazas hasta de cien toneladas—han visto desplazada esta actividad por los ferrocarriles y el superior valor del regadío. El Canal de Castilla, el primero pensado en España con fines de navegación, no sólo quedó sin terminar, sino que tropezó siempre con la dificultad derivada del gran número de esclusas y, finalmente, la competencia decisiva del ferrocarril trazado paralelamente a su curso.

camino de sirga cualquier obra pública de una ribera». El artículo 15 regula con detalle la navegación en embalses bajo el control del Servicio hidráulico correspondiente. La *Orden de 23 de febrero de 1961* sobre navegación fluvial parte del supuesto de que la práctica de la navegación fluvial con fines particulares no comprendidos en el artículo 13 del Reglamento de Policía de Aguas exigirá autorización de las Comisarias de Aguas dependientes del Ministerio de Obras Públicas, quienes las otorgarán en precario por dos años y sin que pueda suponer monopolio. El *Reglamento de 6 de marzo de 1920* de navegación del Canal de Castilla establece en su capítulo II todo un sistema peculiar de regulación de los negocios de transporte emprendidos por los «armadores» fluviales. No hay que añadir que la policía de la pesca fluvial está encomendada a autoridades absolutamente distintas de las marítimas y se disciplina por una legislación independiente: Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942 y Reglamento para su aplicación de 6 de abril de 1943.

15) Pero también tropiezan los «efectos» que, con relación al Reglamento del Registro Mercantil quiere prever el artículo 146 con su propio artículo 10. Parece, sin duda, que el primer efecto al calificar un flotador de buque en una ordenanza registral será el de determinar sobre su inscripción, en tal caso obligatoria, a tenor de lo previsto por su artículo 147, en relación con el 17 del Código de comercio. Pero ¿cómo podrán inscribirse en el Registro Mercantil las embarcaciones de transporte, flotación o pesca que sobrenadan o navegan en los ríos, canales o embalses de las provincias interiores, en el Tajo o en los canales de Aragón o de Castilla?

Porque, en primer lugar, los libros destinados a la inscripción de buques sólo se llevan en las circunscripciones *marítimas* que se mencionan en el artículo 10 del Reglamento: Gerona, Barcelona, Tarragona, Castellón de la Plana, Valencia, Alicante, Cartagena, Almería, Motril, Málaga, Cádiz, Sevilla, Huelva, Vigo, La Coruña, Ribadeo, Gijón, Santander, Bilbao, San Sebastián, Palma de Mallorca, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Melilla y Ceuta.

Pero, además, porque tales embarcaciones deben, sin duda,

inscribirse, *pero en otros Registros* que nada tienen que ver con el mercantil, de los Registradores de la Propiedad.

Las embarcaciones *no de pesca*, en los Registros que dispone el artículo 4.º de la Orden de 23 de febrero de 1961, que se lleva en las Comisarias de Aguas, dependientes de los Servicios de Obras Públicas, sometidos al Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 14 de noviembre de 1958; las embarcaciones de *pesca fluvial*, en las «matrículas de embarcaciones y aparatos flotantes», que previene el Reglamento, ya citado, de 6 de abril de 1943, al cuidado de funcionarios de la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, dependiente del Ministerio de Agricultura.

16) Debe, finalmente, aclararse que todo cuanto en estos últimos apartados se ha expuesto en relación con el ordenamiento jurídico de la navegación y flotación fluviales no afecta a los que deben considerarse como casos de navegación mixta o, en realidad, dada nuestra estructura geográfica y geoeconómica, como verdadera navegación marítima por tramos de aguas interiores. Porque es difícil admitir en España, dada la falta de comunicación de nuestros canales con la mar, la incapacidad general de los ríos y la ineptitud de sus accesos desde la costa, que puedan concebirse navegaciones realmente mixtas. Cuando un buque marítimo remonta el Guadalquivir hasta Sevilla realiza—con mayor profundidad—una navegación análoga a la del buque que sube por el Nervión hasta los puentes de Bilbao. Se trata de una travesía cuasi portuaria. De una navegación *marítima* por vías fluviales sometida enteramente a la norma jurídica marítima.

Pero aunque quisiera calificarse de navegación mixta, las consecuencias serían idénticas. Como se resuelve para aquellos mismos países donde, junto a un ordenamiento doble, existe un considerable tráfico fluvial, resulta inadmisibles dividir el estatuto jurídico del buque y su carga aplicando las normas del Derecho marítimo o las del Derecho terrestre, según la situación concreta en el espacio navegable (18). Una expedición mixta queda sometida totalmente al régimen dispuesto para la navegación domi-

(18) Ver, por ejemplo, la Ley francesa de 22 de julio de 1913. Para el Derecho alemán, el comentario citado de SCHAPS-ABRAHAM, págs. 13, 195, y especialmente 231.

nante. En cualquier caso tendrá que ser la marítima, tratándose de un buque mercantil susceptible de navegar por mar. Pero mucho más cuando de nuestro Derecho se trata, dada la escasísima importancia de la navegación fluvial española y la naturaleza tanto de nuestro Derecho especial como de la organización administrativa y registral que previene.

JESÚS RUBIO.

Los principios generales en la codificación foral (*)

SUMARIO: I. Principios fundamentales y técnica codificadora.—II. Importancia de esos principios.—III. Exposición sucinta de los principios fundamentales del Derecho civil de Navarra: 1) La libertad civil. 2) Unidad y continuidad de la casa. 3) La tradición. 4) Sencillez. 5) Buena fe.—IV. Carácter y función peculiar de tales principios: 1) Su consideración como directrices pragmáticas. 2) Carácter abierto del sistema. 3) Son referencias tópicas emanadas de la vida social.—V. Su aplicación a la técnica compiladora: 1) La inclusión de los principios. 2) Prevención del hermetismo. 3) Recepción de los principios en el sistema general.

I

El Derecho privado de un país es una realidad viva, inmersa en el tiempo e informada por ciertas directrices que constituyen las líneas constantes de su evolución. Su existencia va unida a la de la sociedad que rige y gobierna; en ella surge y a ella se adecúa con la espontaneidad y automatismo propios de los fenómenos sociales. Pero cuando llega la hora de condensarlo en un Código, aquel vivir espontáneo tiende a hacerse reflexivo; la incorporación al torrente del tiempo puede quedar retenida en la letra estable de la Ley. Por eso, una buena técnica codificadora precisa especiales cautelas. Debe recoger el Derecho sin mermarle sentido existencial y dinámico; sin alterar su carácter peculiar, sin menoscabar su dimensión vital e histórica.

La obra codificadora reporta ventajas indiscutibles. Reúne, sistematiza y aclara el ordenamiento civil; le confiere unidad orgá-

(*) Las presentes notas conciden, en alguna parte, con la conferencia pronunciada por su autor el 16 de enero de 1964 en la Institución «Príncipe de Viana», de Pamplona, dentro de un curso relativo al Derecho civil de Navarra.

nica, trabazón institucional y coherencia interna. Un Código facilita el conocimiento, la difusión y la aplicación del Derecho. Pero, para ser tarea fecunda, precisa ofrecerlo en su espíritu sustancial y en la plenitud de su riqueza normativa.

A este efecto, las directrices fundamentales o principios del ordenamiento desarrollan un cometido verdaderamente decisivo. Si la técnica codificadora logra plasmarlas con fidelidad en su genuino carácter, el Derecho codificado conservará toda su capacidad creadora, su fuerza expansiva y su ritmo histórico.

No es que tales directrices ofrezcan el mismo valor o idéntica función en todos los ordenamientos. Desde el punto de vista teórico, estas directrices se estudian con el carácter de principios; pero es muy heterogéneo el conjunto de realidades englobadas bajo esta denominación genérica (1). Se encontrarán, en efecto, bases constructivas, ideas dominantes de un determinado sistema, principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos jurídicos mismos o introducidos por la tradición; unos habrán sido propuestos por la jurisprudencia, otros proclamados por la estructura política; principios materiales y principios heurísticos o técnicos de la aplicación; y, en fin, los principios generales superiores que informan todo Derecho. Por eso es tarea de importancia capital la de puntualizar el significado y la función que en concreto desempeñan los principios o criterios fundamentales de un determinado ordenamiento (2); pues sólo mediante una noticia clara de su sentido es posible obtener de ellos las virtualidades que encierran.

Los ordenamientos dotados de verdaderos y peculiares criterios informantes ofrecen, en suma, un alto índice de conservación y progresión. Pero, al mismo tiempo, su codificación envuelve mayores dificultades técnicas.

Cuando el ordenamiento civil no obedece a unos imperativos

(1) Cfr. JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (Barcelona, 1961), págs. 4 y 5. Para una consideración más estricta de los principios, vid. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I (Madrid, 1955), págs. 460 y siguientes.

(2) Cfr. BOULANGER: *Principes généraux du droit et droit positif*, en «Le Droit français au milieu du XXe siècle». Etudes offertes a Georges Ripert, I (Paris, 1950), pág. 51 y siguientes.

sociales largamente experimentados como bases estructurales, la codificación no encuentra elementos activos, sino pasivos, y viene a ser tarea de pura ordenación. Pero, al tratarse de un Derecho históricamente trabado a ciertos principios, la técnica codificadora requiere precisiones especiales para no sustraer vigor al elemento dinámico.

II

IMPORTANCIA DE ESOS PRINCIPIOS

Este género de consideraciones, formuladas de una u otra forma por los autores con referencia a las grandes codificaciones europeas del siglo XIX, son, sin duda, aplicables a las compilaciones de los derechos forales españoles. No es el caso de reiterar ahora los pros y los contras de la polémica sostenida entre THIBAUT y SAVIGNY al iniciarse la corriente codificadora en Alemania. Sólo pretendo subrayar la necesidad de que las compilaciones incluyan, con las normas vigentes, el espíritu que las anima (3).

El Derecho navarro es un derecho de principios. Utilizando un símil de CARDOZO, podría decirse que es un Derecho rancio, bien fermentado (4). En este ensayo quisiera hacer un análisis de sus criterios inspiradores y apuntar algunas consideraciones acerca del modo en que deben recogerse en el proyecto compilatorio. Hablo de principios o criterios, porque se trata de factores básicos dotados de eficacia informante y configuradora.

¿Cuáles son las ideas fundamentales, las directrices determinantes del modo de ser del Derecho privado de Navarra? Ese es el problema que quisiera esclarecer.

No se puede ocultar que se trata de una cuestión, a mi modo de ver, importante; sobre todo ahora que la compilación, en trance de elaborarse, debe reflejar con la mayor fidelidad lo esencial y más característico, el elemento vivo y permanente del Derecho

(3) CLEMENTE DE DIEGO: *Técnica legislativa codificadora*, «Revista de Derecho Privado», XXI, págs. 65-81.

(4) CARDOZO: *The nature of the judicial process*, 1921, pág. 11.

civil de Navarra. Y reflejarlo precisamente en su peculiar coherencia, en su íntima conexión con las creencias sociales imperantes en la propia tierra. Razón por la cual resulta imprescindible considerar éstas en su dimensión jurídica, es decir, como principios cardinales del propio ordenamiento civil.

Mas la consideración de esos principios no habrá de detenerse en un estadio meramente especulativo, sino que deberá avanzar sobre el plano de la técnica codificadora.

Por otra parte, el tema de los principios fundamentales de un ordenamiento se encuentra actualmente en el primer plano de la literatura jurídica. Se especula acerca de su misión en orden a expresar y ponderar los intereses jurídicos en litigio (5); se señala su importancia como punto de partida de la determinación o elaboración judicial del Derecho (6); y se defiende, en suma, la posible integración de todas las normas concretas del ordenamiento jurídico privado en torno a sus radicales conexiones sociales (7) y la tendencia hacia una «jurisprudencia principal» (8).

Primeramente haré una breve exposición de los principios informantes del Derecho privado de Navarra (9). Luego intentaré puntualizar el carácter de los mismos. Finalmente, aludiré a la técnica aconsejable para incorporarlos a los pasajes de la futura compilación.

(5) POUND: *Some thoughts about comparative Law*, en «*Festschrift für Ernst Rabel*», I (Tübingen, 1954), págs. 11 y siguientes.

(6) K. ENGISH: *Einführung in das Juristische Denken* (Stuttgart, 1959), páginas 106 y siguientes.

(7) SIMONIUS: *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, en «*Hundert Jahre Schweizerisches Recht*», 1952, págs. 240 y siguientes.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, «*Revista de Administración pública*», 1963, págs 198 y 199.

(9) Vid. FERNÁNDEZ ASIAÍN: *Los principios generales del Derecho navarro*, en «*Curso de Derecho foral navarro*», I (Pamplona, 1958), pág. 29.

III

EXPOSICION DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CIVIL
DE NAVARRA1) *La libertad civil.*

El primer principio orientador del Derecho privado de Navarra es la libertad civil. Su expresión histórica a través de fórmulas muy ricas y variadas podría resumirse en esta consigna que solía figurar, y aún figura, lapidariamente escrita en los edificios propios de la administración de justicia, procedente de la divisa de los Infanzones de Obanos: *Pro libertate Patria, gens libera estate*. Examinado su sentido a la luz de los ideales medievales que la inspiran (10), parece evocar que la libertad, como criterio informante de todo desarrollo jurídico, es una libertad indivisible y solidaria.

La persona es un todo en sí misma, pero se integra en el cuerpo social. La divisa advierte que ambos aspectos, la libertad privada y la libertad patria, son inseparables. Para conseguir y mantener ésta se hace preciso vivir y defender aquélla. Si las personas particulares no viven su libertad civil como personas privadas, la organización colectiva tampoco podrá vivir la suya. No se trata meramente de proteger la libertad jurídica civil, sino de exigírsela a todos los ciudadanos; se pretende, no ya permitir su ejercicio, sino reclamarlo como deber impuesto por constitución histórica para el mantenimiento de la libertad colectiva.

Palpita así una urgencia social a que todo el Derecho privado sea un Derecho de la libertad civil. No es que el Derecho privado de Navarra permita la libertad, sino que—repito—postula, estimula e insta a la persona, al sujeto del derecho, para que la ejercite, para que la ponga a contribución en la esfera de su

(10) En otros testimonios aparece «Pro libertate patria gens libera siat». Vid., acerca de la liga de Infanzones de Obanos, MORET: *Anales del Reyno de Navarra*, II (Pamplona, 1766), cap. II, págs. 162 y siguientes, así como CAMPION: *Una información acerca de los Infanzones de Obanos*, en «Euskariana», 5.ª serie (Pamplona, 1925), págs. 205 y siguientes.

personalidad, en su ámbito personal, familiar y patrimonial, en los actos jurídicos que otorgue, en el contenido y en la formulación de su voluntad negocial.

El *estate* de la divisa de los infanzones de Obanos es una vocación *imperativa*—y no meramente facultativa—a la libertad privada como solidaria de la libertad colectiva y pública.

La solidaridad a que aludo de la libertad civil y privada con la libertad pública evidencia, por otra parte, un sentido orgánico e institucional. No se trata de exaltar el individualismo, ni de hacer del derecho subjetivo el quicio de todos los desenvolvimientos jurídicos, como ha pretendido el liberalismo, sino que se orienta a vivificar todas las relaciones para la pervivencia libre del conjunto. Los derechos subjetivos adquieren así sentido funcional, valor instrumental respecto de un objetivo último claramente formulado, e inserción en el ámbito, más amplio, de los puntos de vista e intereses generales. Tal es el espíritu que palpita, tanto en las decisiones de los *Tres Estados* del antiguo Reino como en la costumbre, al propugnar, sin desviaciones, el principio de libertad civil como base esencial de todo el Derecho privado.

Esta solidaridad incluye un sentido de conjunto que supera cualquier consideración parcial de la libertad. No se la enuncia a través de aspectos parciales o unilaterales (determinadas libertades), sino plenariamente. La libertad fraccionaria perdería vigor. En su formulación parcial no podría ser criterio inspirador del sistema de Derecho privado en su plenitud institucional.

El espíritu de las fuentes jurídicas navarras consiste en realizar cumplidamente esta divisa. El Fuero General pudo considerarse, en el medievo, como el estatuto de la libertad del Reino; los fueros locales, estatutos de libertad del Municipio respectivo. Los pueblos y lugares que por cualquier circunstancia carecían de fuero, estimaban no poder pervivir sin obtener alguna formulación de la libertad configurada jurídicamente. Y a ello proveían los llamados *paramentos*. Esta institución de los *paramentos* ha sido poco estudiada, y es una lástima, porque representa y comprende fórmulas de libertad privada y popular de notable interés. Allí donde el rey no hubiera expresado una libertad explícita,

un orden de libertad escrita, cual era el fuero, he aquí que los particulares se reúnen y redactan su estatuto de libertad. Se estima que no es posible vivir una vida verdaderamente digna sin un estatuto de libertad (11).

La expresión *paramento*, o en el lenguaje antiguo, *paramiento*, equivale a decisión libremente tomada o acordada. Fundamentalmente se refirió a los actos jurídicos, disposiciones y convenios de particulares, pero en ocasiones también aparece utilizada en acuerdos o decisiones de organismos públicos (12). Su significado último en el Derecho consuetudinario de Navarra consiste en ser un acto de ejercicio de la propia libertad civil.

En el plano estricto del Derecho privado, el predominio de la libertad civil a través del *paramiento* se formula según la rotunda expresión *paramiento fuero vience*, con arreglo a la cual la voluntad pactada o declarada por la persona prevalece siempre sobre el régimen establecido por el fuero o la Ley (13).

¿Qué razón puede haber para que la libertad pactada o declarada por una persona sea en todo caso superior al fuero, para que prevalezca en el negocio jurídico correspondiente sobre el texto de la ley? Yo encuentro que esta razón se desprende de cuanto venimos diciendo: si todo el fuero, si todos los fueros son un estatuto de la libertad, son libertad ellos mismos, no pueden ahogar la correspondiente a la persona precisamente por la indivisibilidad, solidaridad y continuidad de la libertad de Derecho privado con la libertad pública. La libertad de la persona, una vez

(11) Vid. el texto relativo a la confección del «paramento de libertad» por los vecinos de Lizascain, año 1438. «E no teniendo razón escrita para el exercicio de la libertad de cada uno de los habitadores, tampoco la tenemos para la libertad del auntamiento de todos, e así andamos fuera de toda regla justa e debida, y no se guarda el honor de Dios ni de sus santos ni se ha temor ni vergüenza en hablar e facer unos a otros muchos inconvenientes, ni podemos defender nuestros frutos ni las hierbas de nuestros términos, e por todo ello, a fin de dar razón de libertad, nos reunimos a pulsación de campana para escribir los paramentos de buena libertad e los cotos de la mesma, a fin de que sean en caridad los hombres e mujeres e menores todos» Vid. IÑOATE: *Rincones de la historia de Navarra* (Pamplona, 1954), pág. 357.

(12) YANGÜAS Y MIRANDA: *Diccionario de antigüedades del Reino de Navarra*, II (Pamplona, 1964), págs. 321 y 195.

(13) «... *quar paramiento fuero vienze*», Fuero General, l. II. tit. IV, capítulo XX. Vid., asimismo, *Novísima Recopilación*, l. II, tit. XXXII, Ley 16, que es la Ley 40 de las Cortes de Pamplona de 1642, en donde se indica con valor de principio general: «... *siempre prefriere al Derecho la voluntad*».

expresada, se incorpora al orden jurídico total con su propio alcance y valor normativo.

Y así todo el Derecho civil sanciona el criterio de la libertad. Libertad en el derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de la voluntad; lo mismo, en la sucesión hereditaria, y en la organización del régimen matrimonial de bienes.

La libertad de disposición testamentaria (14), de estipulación contractual, de organización familiar patrimonial, constituye la gran regla, el principio básico del sistema. La libertad civil es el quicio organizador del Derecho privado de Navarra. Es más, incluso figuras de origen tan romano como son la rescisión por lesión y la restitución *in integrum*, parecen recibidas precisamente en su calidad de remedios contra presumibles atentados contra la libertad.

La libertad civil de la que vive informado todo el Derecho

(14) La libertad de testar introducida por la costumbre no exime de asignar la legítima foral. Pues, como bien dice la sentencia del Juzgado de Estella de 10 de diciembre de 1945, en Navarra, a tenor de la Ley 16, título XIII, libro III, de la *Novísima Recopilación*, rige la libertad de testar extendida por la costumbre a todas las clases sociales; pero para ejercitar tal libertad es preciso que en el testamento se deje a salvo la legítima foral de los hijos; de lo contrario, se causaría la preterición de los no instituidos, y en tal caso, los preteridos tendrían, con arreglo al capítulo I, título XX, libro III, del Fuero General, derecho a igual porción que los demás hijos. Las disposiciones sobre preterición son aplicables a los póstumos, de suerte que el póstumo de matrimonio legítimo que fuere preterido tendrá derecho a igual porción hereditaria que sus hermanos legítimos. Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia y el Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1948), pág. 46.

El fundamento último de este formalismo radica en el deseo de que nunca los hijos sean considerados como extraños. Se busca la continuidad de la casa, no el perjuicio de los restantes hijos, que suelen ser dotados «al haber y poder de la casa». El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de enero de 1946, alude a esta idea, y dice: «es lo cierto que el Derecho foral vigente en Navarra, con la libertad de testar que otorga, sin más limitación que la de que los padres, al disponer de sus bienes como quieran, hayan de dejar a sus hijos la legítima foral de cinco sueldos febles o carlines y una robada de tierra en los montes comunes, no autoriza a atribuir a los legitimarios la calidad de herederos en su propia significación de continuadores de la personalidad patrimonial del testador, que sólo corresponde al que éste instituye como tal, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; pero, aun siendo ambos conceptos distintos, así cabe admitir que el de heredero, en un más amplio y menos jurídico sentido, abarca en aquella genérica denominación, a los hijos con derecho a legítima, que puede ser formularia, mas no excusable sin desheredación, y que, aunque no les faculte, como también tiene declarado esta Sala en anteriores sentencias, para el ejercicio de derechos que sólo al verdaderamente heredero asisten, tampoco los reduce a la condición de extraños a la herencia, ni a la de legatarios». Vid. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit. págs. 48 y 49.

privado de Navarra es, en el fondo, la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida. Razón por la cual se presenta como solidaria de la libertad pública, pues el conjunto de familias integra la colectividad social o popular.

2) *Unidad y continuidad de la casa.*

Por eso es preciso aludir a este ámbito en que la libertad se presenta como especialmente originaria, unitaria y substantiva. Me refiero a la familia.

La familia se centra y materializa en la casa (15). La casa es algo material, pero tiene un nombre y una configuración institucional que la habilita como titular de derechos y obligaciones, y opera sobre el grupo familiar a lo largo del tiempo: lo unifica, le da continuidad diferenciada y socialmente ostensible, lo conecta con la tierra y la actividad industrial doméstica; tierra o actividad que se recibió de los antepasados, que debe cultivarse, mejorarse, y, en fin, transmitirse a las generaciones venideras.

La casa es elemento jurídico, orgánico y supraindividual (16). La unidad y continuidad de la casa constituye el segundo principio fundamental del Derecho civil de Navarra.

En torno a esta idea se construyen la mayoría de sus instituciones familiares y sucesorias: las capitulaciones matrimoniales y la posibilidad de su modificación aun con posterioridad a la

(15) Acerca de su valor institucional en un Derecho afín al navarro, vid. MARTÍN-BALLESTERO: *La casa en el Derecho aragonés* (Zaragoza, 1944), páginas 31 y siguientes.

(16) La constante preocupación por la continuidad de la casa se refleja, ya de antiguo y de modo unánime, en las cláusulas notariales. Por citar un ejemplo, entre miles, ofrezco una cláusula contenida en un documento de 30 de noviembre de 1518 (Archivo de Protocolos de Famplona. Protocolo del Notario M. Brun), en donde se dispone: «En tal manera, que la casa de Subiça, sus heredades, ostilla de cubaje e todos e qualesquiera bienes e cosas pertenescientes a la dicha casa de Subiça quedan paral dicho Johan de Tirapu, hermano mayor de días. Con que a Johanot, su hermano menor de días aya e sea tenido dar en dineros e dineradas si ellos mismos no se igoalaren tanto quanto fuere bien visto a dos ombres esleytos por ambas partes, e assi quedando por días venir la dicha casa e hazienda del dicho lugar de Subiça e sus términos e sus pertenencias que por días fueron del dicho Loppe de Tirapu e María de Undiano.»

celebración del matrimonio (17); las donaciones *propter nuptias*, con toda la complejidad de reglas y *paramentos* usuales; el régimen de conquistas y las comunidades familiares más amplias; el nombramiento contractual de heredero y la delegación de facultades al mismo efecto; las cláusulas de dotación y asistencia a los hijos no instituidos; las previsiones para los supuestos de segundas nupcias; las reglas para mantener la paz del hogar, caso de disensiones entre el matrimonio instituyente y la familia formada por el instituido.

En las capitulaciones matrimoniales, es donde, a modo de carta constitucional de la familia, se establecen y regulan los puntos más importantes de la estabilidad y continuidad de la familia y de la casa.

Y así se pacta, como hace notar AIZPÚN SANTAFÉ (18), el derecho de los donantes—donaciones *propternuptias*—el derecho a participar en las conquistas del matrimonio joven donatario; lo cual demuestra que no es sólo el interés particular del donatario el que priva, sino el de la familia toda, en cuyo seno trabajan los hijos solteros, estableciéndose esa especie de comunidad económica que responde exactamente a la comunidad familiar que se quiere mantener, con la dirección de los «viejos», dando así su preeminencia a la jerarquía y a la experiencia, y manteniendo a la vez aquel propósito de conservar los bienes para seguir perpetuando las «casas», verdaderos hogares familiares.

Se pacta también, explica el propio autor, la elección de sucesor en la Casa o bienes donados; pero se faculta a los padres, o al sobreviviente, o a los parientes, para elegir al sucesor. Todo ello, como se ve, denota: primero, que esa elección responde a un designio familiar, puesto que son los padres, y si no los parientes, quienes eligen, para hacerlo en la persona mejor dotada o más apropiada para el caso; y segundo, que esa designación tiene puesta la mira en aquella conservación y mantenimiento de la familia, propósito de todo el sistema.

Se pacta, asimismo, la posibilidad de que no pierda el usu-

(17) NAGORE YARNOZ: *Capitulaciones matrimoniales*, en «Curso de Derecho foral navarro», I (Pamplona, 1958), págs. 143 y siguientes.

(18) AIZPÚN SANTAFÉ: *Ideas generales de las Instituciones*, «Curso de Derecho foral navarro», I (Pamplona, 1958), pág. 17.

fructo, que perdería por ley, el cónyuge viudo que case segunda vez. Mas para que se vea la finalidad de esa excepción, nótese que ese segundo matrimonio ha de hacerse con el beneplácito de los «viejos» donantes o de los parientes; lo que prueba que siempre se antepone a los derechos o conveniencias particulares la conveniencia de la institución familiar, a cuyo mantenimiento y defensa tienden todas estas condiciones, usuales en los contratos matrimoniales de Navarra.

Por otra parte, el mismo usufructo viudal de carácter legal apoya decididamente la permanencia de la familia; ya que, no sólo constituye un medio económico de vida para el cónyuge viudo, sino que mantiene la dirección y administración de la casa en las manos del padre o de la madre; con lo cual, además de no dividirse el patrimonio en esos momentos normalmente difíciles, se logra mantener la autoridad familiar, se evitan discordias posibles entre los hijos y se da una continuidad a la dirección y a la administración del patrimonio que, aparte de mantenerlo y defenderlo, da ocasión para que el viudo o los parientes tengan tiempo de elegir el sucesor apropiado (19).

El usufructo de viudedad abarca la integridad del patrimonio sin separación entre muebles e inmuebles, e incluso, sobre los susceptibles de reintegración patrimonial mediante el ejercicio de las acciones oportunas (20).

La dignidad de la mujer en la familia encuentra expresión en su condición de «señora» de la casa, con el apelativo de «poderosa», en los supuestos de usufructo viudal a su favor, y la exigencia de su consentimiento para toda enajenación de bienes de «conquista» a realizar por el marido. Este último requisito aparece en los antiguos documentos con tal insistencia, y aun con el alcance de otorgamiento conjunto, que llega a ofrecer síntomas reveladores de la primitiva vigencia de un sistema de comunidad universal de bienes entre los cónyuges (21).

(19) AIZPÚN SANTAFÉ, o. c., pág. 18.

(20) ABADÍA ESCOLÁ: *La viudedad foral*, en «Curso...», cit., págs. 197 y siguientes.

(21) Es muy frecuente, todavía en documentos de principios del siglo xvi, expresar la titularidad de la propiedad como común de ambos cónyuges independientemente de su calificación como conquista. Vid, por ejemplo, un tipo de contrato que se reitera en abundancia: «Que nosotros Pascoal de Mayneru

La casa es también medida objetiva de posibilidades familiares, y así vamos en muchas escrituras de capitulaciones matrimoniales cómo se ordena dotar a los hijos «según el haber y poder de la casa», no según el capricho del heredero. Es decir, la casa entraña un criterio objetivo, una medida de responsabilidad, moral y realista: nunca con menos de lo que se pueda, pero tampoco con más. Se superan así los individualismos dentro de un criterio funcional.

La adscripción de la tierra a la familia se asegura mediante diversas instituciones. La troncalidad tiene importancia capital en relación con la sucesión intestada (22), manifestándose, por lo demás, esta institución en el retracto gentilicio siempre fundado en un sólido sentido familiar (23).

También la legítima foral con carácter meramente formulario responde a la misma finalidad de evitar el fraccionamiento de la explotación agrícola. Su origen debe enlazarse, sin duda, con la Novela 115 de Justiniano, donde se establecía que los legítimos deben ser nombrados herederos. Pero he aquí que una prác-

e Johana de Legarda su mujer .. De nuestra cierta sciencia e saber et bera e agradable voluntad otorgamos e venimos de conocido e de manifesto que avemos vendido, transportado e alienado, e por thenor d'esta present carta e publico instrumento vendemos, transportamos e alienamos a vos, Peyreton de Izco, casero de la casa de Varassoayn Gayz, qui estades present e por delant. Es assaber, hun yerno que nosotros avemos e nos pertenece situado en el término de dicho lugar de Legarda, en el término e parte clamada Laniayz, que es veinte peonadas...» (Contrato otorgado en Puente la Reina el 25 de enero de 1504, Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Martin Brun)

Por otra parte, como ha puesto de relieve LACRUZ BERDEJO en su conferencia incluida en este curso, en el propio Fuero General (l. II, tit. IV, XIX y siguientes, así como l. IV, tit. II, pág. 3), se encuentran importantes conjeturas en favor del sistema de comunidad universal entre los cónyuges para los supuestos de disolverse el matrimonio existiendo hijos. Vid. LACRUZ BERDEJO: *Cuestiones fundamentales de ciudadad foral navarra* «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1964, págs. 563 y 564.

(22) *Fuero General*, l. II, tit. IV, cap. XVI; *Novísima Recopilación*, libro III, tit. XIII, Leyes V, VI y VII; vid., asimismo, BRAGA DACRUZ: *O direito de troncalidade*, II (Braga, 1941), págs. 134 y siguientes. FERNÁNDEZ ASIAÍN: *Estudios de Derecho foral navarro* (Pamplona, 1951), págs. 95-114.

(23) La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1942 subraya el carácter familiar de este retracto, pues «... teniendo por base el sentido familiar y de afección que en aquel Reino ha caracterizado a la propiedad, faculta, en la Ley II, tit. III, l. III de la *Novísima Recopilación*, para el ejercicio del derecho de retracto sobre los bienes patrimoniales o de abolorio, a los parientes consanguíneos del vendedor comprendidos dentro del cuarto grado civil, y de sus hijos o nietos respecto a los bienes conquistados, esto es, adquiridos por el mismo».

tica muy difundida en la Europa medieval propugna que ese requisito se tenga por cumplido con sólo instituir en una cosa insignificante o puramente formularia. Las exigencias cualitativas de la sucesión forzosa se entendían así satisfechas; en cuanto a las de índole cuantitativa podrían ser atendidas por una manda o atribución ajena al llamamiento hereditario. La costumbre determinó en Navarra, después de una larga evolución progresivamente reductora, que el contenido de dicha Novela se concretara a la institución «en los cinco sueldos», como requisito para recordar y designar al heredero forzoso, pero sin que se ocasionara menoscabo ni fraccionamiento a la tierra familiar (24).

La casa, entendida en este sentido institucional, se presta asimismo a una consideración que estimo precisa para la puntual comprensión de todo el orden sucesorio. Quisiera poner de relieve cómo el principio de continuidad de la casa determina que el criterio jurídico de progresión en el tiempo no emane de la *generación*, sino de la *estirpe*.

El derecho de representación admitido con amplio alcance en el sistema sucesorio navarro constituye la expresión jurídica más firme de este predominio y valor configurador de la *estirpe* (25).

(24) Acerca del contenido tradicional de la legítima, es de interés la siguiente cláusula: «Item hordeno e mando e por legítima herencia heredo a Johan de Tardez e Mariana mis nietos e nieta, fijo e fijos de Catherina mi hija que fue, e Gaxarman su marido que fue, en sendas armutadas de tierra en huna pieza de tierra que yo he e a mí pertenesce en el término clamado Echavacoyz, término de la dicha villa de la Puente (límites) e si por heredar esa no cumpla pieza, les sea complescido a los dichos con dichos mis bienes, a bien vista de mis cabecalereros infrascritos, y en cada V sueldos carlines... e con esto les aparto e redro a los dichos mis dichos nieto e nieta.» En otras disposiciones deja su heredad a la nieta, con sustitución vulgar a favor del nieto. Cfr. Testamento otorgado por Pascoala, mujer de Lope de Arbizu, en Puente la Reina, el 23 de mayo de 1493 (Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Martín Brun). Como se ve, la legítima parece concebida para una percepción efectiva en un predio concreto, propiedad de la testadora. Sin duda, se actuaba bajo la influencia del requisito justinianeo de tratarse de bienes *ex substantia patris*. El carácter meramente formulario de la legítima se ha difundido después por la costumbre: hoy se asigna usualmente en tierra comunal.

(25) Su ámbito se extiende no sólo a la sucesión intestada, sino también a la testamentaria y a la contractual. Vid. AIZPÚN TUERO: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1957), pág. 35.

La Ley I, tit. XIII, l. III de la *Novísima Recopilación* de Navarra dice: «Que en las disposiciones *ex testamento* o inter vivos, los hijos y descendientes, por línea recta de los sustituidos, y llamados a la sucesión de algunos

Todo llamamiento sucesorio comprende, no sólo a la persona, sino también a su descendencia.

Las generaciones no entran en oposición unas con otras, ni se suplantán entre sí, sino que se unifican en la estirpe (26). En su virtud, la vida de este Derecho privado ofrece una continuidad estable, y a la vez progresiva, que entraña una adecuación realista, tanto a convicciones permanentes como a las nuevas exigencias peculiares de cada tiempo.

A este efecto, puede ser oportuno confrontar, respecto a la noción de estirpe, las ideas de reacción y revolución. La revolución, referida al plano familiar, está significada por el predominio del hijo frente al padre. Cuando el parecer del hijo prevalece sobre el del padre de modo total, exclusivo e informante,

bienes, que murieran antes que los primeros llamados entren en lugar de sus padres y ascendientes, como si ellos viviesen, representándolos.»

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1943 ofrece una interpretación de esta norma, sentando la siguiente doctrina: «El sentido literal de la citada Ley de la *Novísima* permite pensar *prima facie* que el derecho de representación en ella regulado se concede exclusivamente a los hijos y descendientes del heredero instituido en segundo o tercer término, es decir, al sustituto que fallezca «antes que los primeros llamados»; pero, no obstante, debe entenderse que se refiere al sustituto en el sentido de instituido preferentemente, porque sería absurdo aplicar el derecho de representación a los hijos del llamado en segundo término y no aplicarlos a los del llamado en primer término, y porque la *mens legis* navarra, al estatuir la representación de la descendencia del heredero de segundo llamamiento, no hizo la misma declaración para la del llamado en primer llamamiento porque no ofrecía duda.»

La representación rige también en relación con el testamento de hermandad. Así, por ejemplo, un Auto del Juzgado de Estella, de 27 de marzo de 1946, declara: «Si al fallecer la causante, bajo testamento de hermandad, habían premuerto tanto el cotestador, su marido, instituido heredero en primer lugar, como la única hija de ambos, nombrada sustituta en el propio testamento (y que premurió al testador, su padre), los hijos de ésta, nietos de los testadores, deben entrar en su lugar representándolos como si viviesen, según la Ley I, título XIII, l. III, de la *Novísima Recopilación* de Navarra y sentencias del Tribunal Supremo de 18-19 de diciembre de 1894 y 16 de diciembre de 1943, por lo que no se da el supuesto de sucesión intestada ni procede hacer la declaración de herederos *ab intestato* en favor de dichos nietos» (Cfr. SANTAMARÍA ANSÁ, o. c., pág. 51)

(26) La protección a la estirpe resulta también patente con ocasión del régimen establecido para las segundas nupcias. No puede dejarse al cónyuge ni a los hijos de posteriores matrimonios mayor cantidad que al que menos se dejase de cualquiera de los hijos del primero o anteriores matrimonios. Cfr. Ley 48 de las Cortes de Navarra de los años 1765 y 1766. Se presume que la continuidad de la casa se opera a través de la estirpe del matrimonio previo, por lo que ésta no puede quedar menoscabada en beneficio de la descendencia nacida de ulteriores nupcias. Vid. J. IRIBARREN: *Segundas nupcias*, en el «Curso», cit., págs. 127 y siguientes

tenemos la revolución familiar: el hijo no escucha; se impone. Por el contrario, cuando el padre no considera para nada el punto de vista del hijo y lo somete imperativamente a su criterio tenemos la reacción. Las dos ideas de revolución y reacción, aplicadas a la vida jurídica de la familia, nos dan un predominio, mejor dicho, un exclusivismo, del hijo o del padre. Y he aquí que la progresión sucesoria y la continuidad de la casa en los planteamientos vivos del Derecho civil de Navarra no discurre por ese cauce de exclusivismos y de pugna entre generaciones, sino que avanza por el cauce más seguro de la estirpe; el padre, junto con el hijo. No el padre sólo, porque sería reacción. No el hijo sólo, porque sería revolución. Si no al hijo con el padre, a través de la estirpe. En la estirpe se unifica y supera la posible contraposición de las generaciones (27). Y así vemos cómo todas las capitulaciones matrimoniales, todas las fórmulas de convivencia familiar, en suma, todo el Derecho sucesorio, no es sino un sistema de continuidad incesante, sin rupturas ni intermitencias, a través de la estirpe como concreción o modo de ser de la continuidad de la casa (28).

(27) La idea palpita incluso en supuestos contractuales a largo plazo. Existen testimonios en tal sentido. Así, por ejemplo, en 1557, los de Aézcoa tenían que renovar un cierto contrato sobre aprovechamiento de pastos con algunos representantes del valle francés limítrofe, y, a efectos de conferir el apoderamiento, se decide: «... e que estos deputados—los apoderados o mandatarios a nombrar—sean algunos ancianos e de buen consejo y experiencia, mas haya otrosí unos cuantos mozos y algunos maduros, para concorde inteligencia de los vieillos e de los jóvenes. E así, con buena cuenta y memoria de las cosas ya acontecidas se haga buen enderechamiento de las que al presente son y las que por tiempo serán, con buen juicio e mejor prudencia» (Documentación de Bornás, Ochavía, legajo 21).

(28) El llamamiento a la estirpe resulta patente de una u otra forma en todos los documentos notariales referentes a la sucesión contractual, tanto en los actuales como en los antiguos. Ofrezco, recogiendo al azar, el tenor de un documento otorgado en Almándoiz, el 16 de mayo de 1530, por un tal Xoantoco de Urrutiaizgaray y Maria, su mujer: «Otrosí los dichos Xoantoco de Urrutiaizgaray e Maria su muger, sennores de la dicha casa de Urrutiaizgaray, de su sciencia e saber certificados de todo su drecho en la mejor vía, forma e manera que de drecho e de fecho fase podian, e firmaron e fizieron donacion e cesión por vía de casamiento de la dicha su casa e de todas sus pertenencias, tierras y heredamientos (de la dicha su casa e de todas sus pertenencias, tierras) y dentro e fuera a la dicha casa pertenescientes, es a saber, a la dicha Maria Johan su dicha hija y ensemble con ella y por causa suya al dicho Johanicot Verecoeche su esposo y marido e a toda su genolla, herederos y posteridad...» (Archivo de Protocolos de Pamplona. Protocolo del Notario J. de Elizondo). Se acusa un llamamiento al yerno por causa del que se hace a la hija, y con ellos a su descendencia y posteridad. La

Esta consideración de técnica jurídica ofrece interés ahora que se estudia el fenómeno de las «nuevas olas», de la incomprensión entre las generaciones, de rompimientos con todo lo anterior, de protestar de cualquier idea previa; o, por el otro lado, de actitudes negativas a ultranza, que quisieran desconocer las conquistas realizadas por el hombre, el incesante progreso de la humanidad y la voz del tiempo. Pugna que en el Derecho se presenta con los caracteres más agudos e infecundos, pues conduce a la falta de estabilidad o a la inadecuación con la realidad. En cambio, cuando el padre y el hijo se juntan, en la estirpe, no hay predominio del uno ni del otro, sino que se complementan; cuentan los dos. Y al intervenir los dos la libertad está compartida, la libertad se hace solidaria, y cumple el designio propugnado en la divisa de los infanzones de Obanos de ser indivisible; en otro caso, la libertad estaría partida, monopolizada por el padre o por el hijo, de tal suerte que provocaría una progresión jurídica por sacudidas discontinuas y no de la forma incesante y renovadora, pero coherente y armónica, que confiere el principio de unidad y continuidad de la casa. El Derecho privado obtiene de este principio un sentido de integración y un valor constituyente que aseguran su arraigo social y su vigencia espontánea (29).

estirpe se encuentra llamada por explícita referencia a la hija, sus hijos y a los descendientes de estos últimos. Cláusulas similares se encuentran abundante y permanentemente en los archivos notariales hasta el presente.

(29) La designación del heredero tiene el significado de acto de concreción de la estirpe, por lo cual ofrece marcado carácter familiar, hasta el punto de poder hacerse por parientes. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona de 14 de agosto de 1944 declara que: «...rige en Navarra la tan extendida como conocida costumbre de facultarse mutuamente los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales para que el sobreviviente distribuya entre los hijos los bienes del premuerto que falleció intestado, facultad, que así bien, por pacto en las mismas capitulaciones, suele atribuirse a los dos más próximos parientes, uno de la línea paterna y otro de la materna, que pueden nombrar un tercero en discordia, para que realicen la designación de herederos entre los hijos y señalen las dotes o legítimas a los demás». Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, citada, pág. 38.

Acerca de esta cuestión, vid., asimismo, SANTAMARÍA ANSA: *Derecho de familia*, en «Curso...», cit. págs. 121 y siguientes.

3) *La tradición.*

El tercer elemento de equilibrio es la tradición. El orden jurídico de la libertad informa todas las instituciones del Derecho civil de Navarra. Pero la libertad es posible, de una parte, con base en la unidad familiar y en la continuidad de la casa; y, de otra, por el aglutinante de la tradición. Familia y tradición son complemento de la libertad, pues evitan la dispersión que podría surgir si faltara la referencia institucional que confieren a la vida jurídica.

El elemento tradicional acusa su presencia en toda la estructura del Derecho civil de Navarra.

En las vicisitudes más importantes de la historia navarra aparece reiterada la voluntad unánime de «retener la naturaleza antigua» (30).

Y esta retención de la naturaleza antigua, siempre que se trate de algo vivo, es la que preside todo el desarrollo y toda la evolución de su Derecho civil. Así se explica que la costumbre sea la primera fuente de Derecho y que prevaleciera sobre la Ley (31). Es la primera fuente de Derecho precisamente en cuanto constituye una retención de lo antiguo que subsiste vivo: retención de los usos, de los modos de proceder, de los hábitos jurídicos dotados de autoridad social.

Pero lo que más importa llamar la atención en este sentido es la continuidad en el modo efectivo de vivir el Derecho; continuidad que se manifiesta en una admirable permanencia de lo sustancial a través de las manifestaciones vivas del Derecho privado (32).

(30) A la muerte de Sancho el Fuerte concluye la dinastía propiamente navarra y viene a reinar la casa francesa de Evreux, con Teobaldo I; surgen los primeros recelos, y los infanzones de Obanos exigen al monarca que «se retenga la naturaleza antigua del Reino».

Igualmente, en el momento de la incorporación de Navarra a la Corona de Castilla, en las Cortes de Burgos de 1515, se dice que la incorporación se hace *equè principalì*, «reteniendo cada uno su naturaleza antigua». Ley 33, título VIII, l. I de la *Novísima Recopilación* de Elizondo.

(31) Vid. SALINAS QUIJADA: *Las fuentes del Derecho civil navarro*, en el «Curso...», cit., págs. 65 y siguientes.

(32) Por otra parte, no puede menos de subrayarse la similitud de contenido fundamental de las cláusulas antiguas respecto de las hoy día em-

Lo antiguo se encuentra abierto a cualquier renovación, pero tiende a conservarse precisamente en el concepto de caudal con el cual se resolverá más acertadamente lo nuevo (33).

El juramento de los reyes abarca *fueros, estilos y costumbres*. Y así vemos cómo en la Ordenanza XLIII de las promulgadas por Carlos III el Noble, el año 1413, se dispone que «en la Corte Mayor se lleve un libro en que se lleven cuenta de los usos y costumbres» para que el rey pueda cumplir con su juramento. El juramento regio comprende y abarca siempre la fidelidad a la tradición; es fidelidad a «fueros, usos y costumbres». Por eso se ordena redactar el libro para que esté en el Tribunal de Corte, a fin de que al fallar todo pleito «se observen las costumbres e usos según Nos lo hemos jurado» (34).

Es ésta una idea que aparece de modo unánime y constante a través de los tiempos. En 1580 Felipe II prohíbe dar mandamiento alguno contra usos y costumbres (35). En la compilación de las Ordenanzas del Consejo Real, año 1622, en la primera del título I, libro III, se reitera: «Fueros, usos y costumbres, sean

pleadas en los puntos capitales del Derecho privado Vid., por ejemplo, el contrato matrimonial otorgado por Pero Sanz de Arizcun y su mujer, Mariato de Sagardibelz, a favor de una hija, con ocasión del matrimonio de ésta: «... Otrossi nosotros los dichos Pero Sanz e Marito... ottorgamos e venimos de conocido e de manifesto que habemos fecho donación y cession por via de casamiento, como por e con tenor de las presentes habemos fecho deste día e ora de oy en adelante de la sobre dicha nuestra casa de Sagardibelz y de todas sus tierras, vorda, hereades. . pertenecientes. A saber es. a vos la dicha Caterina... y con vos ensemble y por causa vuestra al dicho Eneco Juanchetorena vuestro marido... para vosotros y para vuestra genolla generación procreados o engendrados entre vos durante vuestro matrimonio. E con dicha casa ensemble, casales, pieças, vordas, mançanales, castanales e otros qualesquiera derechos a la dicha casa pertenecientes. Otrossi reservamos y apartamos para las otras vuestras creaturas para tierra vezindat e legitimo heredamiento de hijosdalgo tanto quanto el fuero manda y es uso y costumbre en la tierra de Vaztan en la tierra nuestra propia llamada Abe-libist que es situada... affrontada...». Documento otorgado el 25 de enero de 1552 en Aycanda (Archivo notarial de Pamplona. Protocolo del Notario Juan de Elizondo). Contrastado este documento con otros de principios del siglo xx y con los actuales no se acusan diferencias esenciales

(33) Acerca del significado del elemento tradicional en la teoría general del Derecho, vid. Roscoe Pound: *Jurisprudence*, III (St. Paul Minnesota, 1959), páginas 654-671.

(34) *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, «Recopilación de ordenanzas, cédulas Reales, provisiones y autor acordados referentes a dicho Consejo dictados hasta el año 1622, realizada por Martín de Eusa, y editada en dicho año», folio 502 vuelto.

(35) *Novísima Recopilación* de Elizondo, l. I, tit. XXXI, leyes III y IV.

observados y guardados y preferidos a todo derecho Canónico y civil» (36). En 1695 las Cortes reunidas en Corella llaman la atención sobre el valor de los estilos de la Corte y Consejo para fallar los nuevos pleitos (37).

En suma, que la observancia puntual, minuciosa de la tradición jurídica se estima siempre como norma de estar viviendo una cosa justa y bien fundada (38).

Pero la retención de lo antiguo únicamente tiene sentido al tratarse de lo que permanezca vivo y usual. En esto radica la fuerza derogatoria de la costumbre. Cuando consista en algo no vivido, lo antiguo pierde relieve jurídico. De este modo, la proyección del elemento tradicional cobra valor precisamente en su realidad socialmente vigente.

La costumbre es la fuente de Derecho que informa a todas las demás, con fuerza para derogarlas incluso, y con designio modificativo y corrector; con voluntad, en suma, de constante perfeccionamiento del régimen de Derecho civil (39). En este sentido, la tradición, como criterio de elaboración jurídica, implica una actitud de incesante renovación; es, como certeramente se ha hecho notar, un acto de discernimiento estimativo, de selec-

(36) *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, compiladas por Martín de Eusa, cit. folio 239.

(37) *Novísima Recopilación* de Elizondo, l. XIX, tit. II, l. XXV.

(38) Es muy abundante la documentación en tal sentido. El valor de la tradición se invoca en defensa de toda clase de cuestiones, incluso de temas en apariencia poco importantes. Así, por ejemplo, en pleito del año 1607, el Valle de Roncal justifica su indumentaria peculiar, replicando al Fiscal del Reino: «Primeramente, que ha más de ochocientos años que la dicha Valle ha tenido y tiene el hábito y traje que agora traen; y en haberlo conservado tanto tiempo, y en otras cosas necesarias, han mostrado y muestran el prudente gobierno que tienen, como lo han hecho y hacen en la República de Venecia y en otras bien gobernadas y regidas» (Cfr. IDOATE, l. c.).

(39) Prácticamente, todas las instituciones deben su fisonomía actual a la costumbre que ha operado de modo incesante sobre ellas perfilando o modificando su naturaleza, incluso aunque viniera regulada por fuentes escritas.

Vid., por ejemplo, con relación a la troncalidad, lo declarado por la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 5 de julio de 1944: «Los preceptos contenidos en el capítulo XVI, título IV, libro II del *Fuero General de Navarra*, sobre que los bienes, en defecto de 'creaturas', deben tornar 'ad aqueyllos parientes onq las heredades vienen por natura', y que 'si non estinan (si no testan), deven heredar los parientes ond vienen las heredades, son excesivamente vagos en cuanto al alcance de la troncalidad, pero si ésta ha de tener un límite, este límite ha de ser lógicamente más reducido que el de la sucesión intestada, y la costumbre ha producido un moldeamiento de dichos preceptos en el sentido de limitar la troncalidad al cuarto grado». SANTA-MARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., pág. 37.

ción positiva del saber adquirido. No sólo se hace tradición con lo recibido del pasado. También con la nueva verdad que se conquista o con la nueva conducta que se crea se hace tradición; también ellas se entregan como saber o ejemplo a los demás para que se las incorporen y, a su vez, las transmitan. Se dirá que también se transmite el error; pero ahí está, no como tal error. El supuesto de toda tradición es la verdad o el valor que se encierra en lo que se trade. Naturalmente, puede resultar que no sea verdad o que no sea bueno aquello que es objeto de la tradición o que por mudadas circunstancias deje de serlo; pero seguirá siendo objeto de tradición mientras se le crea verdadero o bueno, y dejará de serlo cuando se le crea falso o malo (40).

El Derecho civil de Navarra es, por eso, altamente pragmático, poco teórico, reacio al mero sentimiento, y urgido de una incesante acomodación a las necesidades de la vida tal como se presentan (41).

En fin, que todas las manifestaciones de la vida del Derecho civil reciben un estigma histórico. Esta característica coloca al

(40) Cfr. A. G. VALDECASAS: *Las creencias sociales y el Derecho* (Madrid, 1955), pág. 24.

(41) En relación con el valor de los precedentes, usos y estilos antiguos para resolver los pleitos referentes a cuestiones nuevas y dudosas, es de singular interés lo establecido en la aludida Ordenanza XLIII del año 1413, la cual también subraya la conveniencia de que los abogados conozcan tales precedentes para poder aconsejar a las partes: «Item, como en nuestra dicha Corte aya muchas y dobladas dissensiones, y questiones en razón de los estilos, usos y costumbres de dicha Corte, sobre interpretaciones & entendimiento de algunos fueros & Ordenanzas, y por esto algunos se querellan, que en derecha de algunas partidas se declaran ó pronuncian algunas cosas en una manera & en derecha de otras partidas en semblant caso, en otra manera: por esto ordenamos y mandamos, que en dicha nuestra Corte sea un libro, en el qual sean escritas determinadamente según los negocios acaesceran, los estilos, usos y costumbres de dicha Corte & las determinaciones & entendimiento de los fueros & Ordenanzas de las cuestiones dudosas y nuevas, que acaesceran, según serán determinadas, y declaradas en la nuestra dicha Corte & en breves palabras y sustanciosas, haziendo mención del pleyto & de las partidas (partes). Et queremos, y nos plaze, que los Notarios, que leyran en los dichos pleytos, que las dichas dudas acaesceran, sean tenidos escrevir aquellas en el dicho libro, signando de sus propias manos, dentro en el término de diez días empues la sentencia sellada, y pasada en cosa juzgada, so pena de diez sueldos por cada vez que fallascieren a escrevir la tal sentencia dentro en el dicho término: & si necesario & expediente fuere, que sean signados por manos de nuestros Alcaldes, qui al pronunciar y declarar serán presentes: & esto por tal que á todos y generalmente sea hecho justicia y que los advogados sepa más en cierto consellar á sus partidas. Del qual libro será dada copia á aquellos, que aver la quisieran.» Vid. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 502 vuelto.

ordenamiento de Navarra en un lugar en algún sentido próximo al ordenamiento inglés. El Derecho inglés también es, asimismo, un Derecho tradicional, consuetudinario, informado por precedentes y de fuerte realismo (42).

4) *Sencillez.*

El carácter tradicional ofrece un aspecto que importa subrayar. Me refiero a la sencillez y claridad que proyecta sobre todo el Derecho civil de Navarra (43).

Por ser un Derecho consuetudinario es popular, y por ser popular es sencillo y claro. Una misma institución sirve a veces para fines muy diversos; se pasa de una a otra sin advertencia de confin o de límite. Se tiende a eliminar las situaciones dudosas. La herencia, por ejemplo, se acepta en todo caso a beneficio de inventario para que no haya duda. No gusta la incertidumbre; en todo se persigue la claridad, lo más seguro, conciso y cierto. Buena manifestación en tal sentido es el régimen de las segundas nupcias, con las exigencias de previa liquidación de las relaciones patrimoniales del primer matrimonio antes de iniciar las del segundo. La claridad de toda cuenta se estima obligación sobreentendida en toda relación jurídica (44).

El tenor de las fuentes y de los documentos civiles viene presidido también por este criterio. No ofrecen nunca razones intrincadas, complicadas o difíciles, sino, por el contrario, unos pocos motivos obvios que hablen claro y rotundo (45).

(42) Vid. G. RADBRUCH: *Der Geist des englischen Rechts* (Göttingen, 1958), páginas 22 a 38.

(43) Acerca del significado de estos principios en Derecho aragonés, vid. PALÁ MEDIANO, en *Derecho civil de Aragón*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», I (Barcelona, 1950), págs. 193

(44) «En forma debida de derecho, para que, mediante aquel den la quenta bien y fielmente, sin perjudicar» (Archivo del Valle Salazar, documento J.012)

(45) «E que no escriban mucho ni difícil, pues así nos basta con que las mugas estén claras y aparentes» (De un apoderamiento para deslindar, Valle de Salazar, año 1572, documentación de Bornás, Ochagavía, legajo 32).

5) Buena fe.

El carácter popular se refleja también en el papel decisivo de la buena fe. Se trata de un ordenamiento en que la buena fe es elevada directamente al rango jurídico como criterio modelador de todas las instituciones (46).

La buena fe se presenta como *lealtad* mediante la cual se debe observar la palabra dada, el compromiso adquirido o la conducta honrosa, según la fuerte expresión... «bien y lealmente a todo lur poder» (47). Se encierra aquí una sostenida exigencia de fidelidad y de continuidad en la misma actitud de diáfana adhesión a la verdad (48), cuya invariada disposición por parte de la per-

(46) El principio de buena fe cuenta con una vigencia históricamente creciente. Con frecuencia se lo encuentra introducido en fuentes posteriores para templar contenidos normativos anteriores.

Vid., por ejemplo, su aplicación a las adquisiciones por usucapción extraordinaria, tal como la expresa la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 15 de febrero de 1941:

«Desde el punto de vista del Derecho foral navarro, es indiferente que la pared en que se hallan abiertos los huecos sea o no medianera, porque el capítulo I, título V, libro II del *Fuero General* ya dispone de una manera categórica que 'todo hombre que tiene XL aynos heredit sen mala voz, et el demandador entrando et saylliendo en el regno de Navarra, el que la tiene non sea tenido de responder a ninguno por ninguna razón.

Es decir, que la Ley foral, entendiendo que el no ejercicio por el propietario ni por persona alguna por él encargada, de los derechos inherentes a la propiedad, durante el lapso de cuarenta años, constituía una dejación, un abandono de la cosa y de los derechos sobre ella, que la Ley no podía salvaguardar cuando contrastaba esta conducta con la del poseedor de la cosa que de una manera ostensible ejercitaba sin título alguno los derechos abandonados por el verdadero dueño, no requería para que tal poseedor pudiera prescribir a su favor más que el hecho de que esa posesión fuese pacífica.

Esta dura disposición legal que tenía su abono en razones de utilidad y conveniencia públicas, subsistió y subsiste en la actualidad, aunque templada su crudeza, ya que la Ley VIII, tit. XXXVII, l. II de la *Novísima Recopilación* vino a sustituirla disponiendo que cualquiera cosa, aunque sean mayores razgos y otras cosas semejantes, se prescriben por cuarenta años, sin título, con buena fe, conforme al Fuero: es decir, la necesidad de la buena fe en el prescribente para que el transcurso de los cuarenta años permita la prescripción de cualquier clase de cosas.» Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., págs. 10 y 11.

(47) *Ordenanza LXXIII* del año 1413. Vid. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 507.

(48) Esta continuidad parece vincular jurídicamente a la posteridad del otorgante del acto: «... ut numquam amplius requiram, nec querelam nec malam vocem faciam nec ego nec posteritas mea in eternum, set permaneat ad honorem et alodem proprium ibi. Hoc autem facio spontanea et bona voluntate...», cuya cláusula aparece profusamente reiterada. Vid. MARTÍN DUQUE: *La Comunidad del Valle de Salazar* (Pamplona, 1963), págs. 95, 96, 102.

sona adquiere el carácter jurídico de «mantenencia». Las «mantenencias» de los particulares se sitúan, en este sentido, junto a los buenos usos y costumbres colectivos, y se estiman imprescindibles para que la actividad jurídica transcurra con «sosiego, paz y tranquilidad» (49). La mala fe, por otra parte, encuentra sanción en todos los desenvolvimientos jurídicos (50).

IV

SIGNIFICADO Y FUNCION PECULIAR DE DICHOS PRINCIPIOS

1) *Su consideración como directrices pragmáticas.*

Hecha esta ligera alusión a los criterios informantes del Derecho civil de Navarra, es conveniente puntualizar su significado. Desde luego, no son principios de Derecho natural en el sentido estricto de este concepto. Ya por hipótesis nos referimos a las bases del Derecho civil peculiar de Navarra, no a las que deben informar todo ordenamiento jurídico.

Tampoco ofrecen el valor de meras normas jurídicas subsidiarias. El Derecho civil de Navarra tuvo siempre como supletorio el Derecho romano. No es sólo una función integradora de las posibles lagunas la que desarrollan los aludidos criterios.

Su cometido afecta a toda norma, a toda elaboración y a todo desarrollo jurídico. Su significado consiste en constituir metas sociales hacia las cuales no es que se deba tender, sino que efectivamente tiende el propio ordenamiento civil. Son directrices pragmáticas llamadas a conducir las elaboraciones jurídicas, a partir de su planteamiento concreto y vivo, hacia soluciones empíricas socialmente estimadas como satisfactorias.

(49) Exposición de Motivos de las Ordenanzas del rey Carlos, del año 1413. Cfr. *Ordenanzas del Consejo Real de Navarra*, cit., folio 497.

(50) Vid., entre otros pasajes, la *Ordenanza XXI*, de 1413: «... queremos y ordenamos que cada que los Aduogados allegaran, o proponan o los procuradores o las partes allegaran o proponer faran algunas excepciones maliciosas, por dilatar los pleitos, et no prouaran aquellas que los proponentes, o proponer facientes, sean condenados en las misiones a la parte et mas en cinquenta sueldos de calonia para nuestros cofres.» Obra cit., folio 499 vuelto.

Sostenimiento de la continuidad de la casa, vivencia de una efectiva libertad civil en la actividad jurídica privada, sentido de prosecución de los esquemas jurídicos históricos, sencillez y claridad de las elaboraciones, buena fe en toda actuación, en fin, los restantes criterios informantes, no se reducen a ser reglas de comportamiento individual, sino que son un *topos* o lugar social, independiente de los individuos, trazado, reclamado y decidido por la sociedad navarra como tal, y no por la voluntad ocasional de este o el otro hombre (51). Las aludidas reglas son tipo de quehacer humano que, según la experiencia, aquella sociedad necesita y reclama.

No son premisas lógicas, sino vigencias sociales que atraen y encauzan hacia su respectiva meta los problemas jurídicos que caen bajo su influjo mediante la probada autoridad de que gozan, por lo cual entrañan el valor de argumentos decisivos.

En efecto, bien pudiera decirse que son argumentos, *topoi*, en el sentido de la retórica griega. Conocida es la concepción retórica aristotélica, según la cual los argumentos emanan de una determinada referencia locativa. THEODOR VIEHWEG, en un importante libro, pulcramente vertido al castellano por el Profesor Díez-Picazo, ha puesto de relieve el papel de la tópica en todo inquirir problemático (52). Los *topoi* son puntos de vista que gozan de aceptación general y parecen conducir a la verdad. «Del mismo modo que resulta fácil encontrar las cosas ocultas cuando se conoce el sitio en que se hallan, para indagar en cualquier materia se hace preciso conocer sus tópicos. Así son denominados por ARISTÓTELES los lugares de los cuales se extraen los argumentos utilizables en la demostración: «sedes e quibus argumenta promuntur»... «argumentum autem orationem, quae rei debiae faciat fidem» (53).

La concreción locativa del argumento determina que su invocación se refiera preferentemente a un «área» de cuestiones, las más próximas o conexas con la *sedes materiae* de que se trate.

(51) Acerca de la inclusión de nociones semejantes a las indicadas como verdaderos *topoi*. Vid. MAX KASER, *En torno al método de los juristas romanos* (Valladolid, 1964), pág. 30.

(52) THEODOR VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, 1964).

(53) VIEHWEG, o. c., págs 38 y 41.

Por otra parte, esta conexión estrecha con el problema implica en notable grado una postergación de la axiomática y la deducción. El problema es objeto de consideración directa en sí mismo y no en función de una premisa lógica. Cuando se quiere mantener un estrecho enlace con el problema—dice VIEHWEG—no puede menos de prescindirse de la deducción; por eso los juristas romanos fueron tan reacios a reducir su jurisprudencia a unos esquemas lógicos (54). No se trata de un postulado abstracto y previo, sino de una referencia dialéctica implícita en la propia materia del problema que sirve de guía para su resolución.

En cuanto al Derecho privado de Navarra, estas referencias dialécticas se identifican con peculiares realidades sociales del modo más pleno e íntimo; ofrece un carácter fuertemente instrumental, pues se encuentra informado por un marcado sentido teleológico, por una tensión, por una precisión de realizar los designios sociales que le sirven de criterios informantes. Estos no son restricciones de la libertad, ni constituyen imperativos definidos; son factores inherentes a la constitución social e histórica de la propia tierra. Factores que se erigen en objetivo o criterio inspirador de todo el sistema de Derecho privado.

La repercusión metodológica de estos peculiares criterios no precisa ponderarse. De cuanto se deja dicho se deduce que su función motriz se ejerce atrayendo todos los desarrollos jurídicos hacia la efectividad de las metas sociales en que consisten. No se trata de avanzar mediante una deducción lógica desde un postulado abstracto hacia un problema concreto, sino, por el contrario, de llevar, de referir, de situar el problema en el seno de una cierta convicción preexistente dotada de valor orientador y capaz de dar razón en aquella precisa zona de la realidad jurídica.

El método jurídico queda así muy facilitado. La técnica jurídica sigue siendo precisa, pues sin ella se cae en el arcaísmo. Pero las inseguridades de la lógica, al menos en el campo donde operan estas directrices, son sustituidas por la claridad de unas metas bien definidas. No es que las dificultades queden orilladas,

(54) VIEHWEG, o. c., pág. 74.

pero siempre se cuenta con el posible recurso a la evidencia de unas convicciones sociales elevadas al rango jurídico (55).

Porque, insisto, el Derecho civil navarro, en su conjunto, se caracteriza por encontrarse estrechamente unido a creencias sociales condensadas en el orden jurídico como referencias tópicas. Es, por ello, un sistema abierto.

2) *Carácter abierto del sistema.*

Como recientemente ponía de relieve el Profesor LACARRA, la organización jurídica de Navarra se presenta históricamente como constitución abierta, como fórmula elástica no cerrada sobre sí misma, sino en constante acomodación a las nuevas necesidades. Esta apertura, en el ámbito del Derecho privado, se presenta como oposición a cuanto pudiera significar concreción en un cuerpo conceptual elaborado por principios de escuela en figuras dogmáticas, rigurosas y excluyentes, cerrado sobre sí mismo mediante la deducción y segregado de la Historia por un carácter atemporal (56).

En efecto, el Derecho civil de Navarra, en virtud de su elasticidad, representa un proceso histórico abierto y problemático de incesante renovación. Todas las normas ofrecen virtualmente el carácter de Derecho vigente; es frecuente citar y contrastar en pleitos actuales fuentes jurídicas separadas entre sí por varios siglos de intervalo (57); sus argumentos conservan enlace con el

(55) Acerca de la significación de la tópica en la tarea interpretativa y su reflejo en la obra de LEIBNIZ y en el pensamiento de BACÓN, además de VIEHWEG, vid. ASCARELLI: *Problemi giuridici*, I (Milán, 1959), págs. 93-96.

(56) Cfr. sobre esta contraposición, ESSER, o. c., págs. 57, 137 y siguientes.

(57) Cfr., por ejemplo, la sentencia de 20 de octubre de 1947, de la Audiencia Territorial de Pamplona, dictada en un pleito en que se discutía el plazo de prescripción de las acciones nacidas del préstamo a interés:

«Si bien no existe unanimidad entre los autores acerca de la vigencia actual del precepto contenido en el capítulo XVI, título VI, libro II del *Fuero General de Navarra*, sobre prescripción por diez años de las acciones derivadas de los 'logros' o préstamos a interés, pues mientras unos recogen dicho precepto, dándolo implícitamente por vigente, otros lo silencian, sin que pueda juzgarse si lo hacen por omisión involuntaria o por deliberada opinión, la aplicación de los principios generales sobre derogación de la norma jurídica y el estudio paralelo de la citada disposición y de las demás que sobre pres-

planteamiento antiguo del problema y los remedios históricos. Se comprende que, así las cosas, sus criterios fundamentales ofrezcan un interés decisivo, pues su misión configuradora subsiste viva, no sólo como criterio interpretativo—lo cual puede ocurrir en toda clase de sistemas—, sino como base inspiradora de las

cripción se contienen en los posteriores Cuerpos legales forales, fuerzan a estimar la vigencia de aquel tipo de prescripción.

En efecto, aun negado el valor absoluto de la regla *'Lex posterior generalis non derogat priori speciali'*, a la que sólo puede darse una eficacia admonitiva que deje a salvo la libre interpretación de la 'mente' del legislador, es lo cierto que, en el caso actual, no hay incompatibilidad, ni, por tanto, razón de derogación, entre el expresado capítulo del *Fuero General* y la ley VIII, título XXXVII, libro II de la *Novísima Recopilación* de Navarra, dado que ésta se refiere a las acciones personales en general, y no afecta, como con unanimidad reconocen los autores, a otras prescripciones de tipo excepcional anteriores a las Cortes de 1580, en que fue sancionada.

Por otra parte, el precepto del *Fuero* no fue sustituido por el de mayor amplitud recogido en el Amejoramiento del rey don Felipe, que se refiere a toda carta de deuda, es decir, a las obligaciones personales en general, pero no a los 'logros' que en el capítulo siguiente se prohíben 'entre cristianos', y, por tanto, hay que estimar que en último caso, la derogación impuesta por la Ley VIII, título y libro citados, de la *Novísima Recopilación*, sería la del Amejoramiento, pero no la del capítulo XVI, título y libros citados, del *Fuero*.

Esta tesis parece la más conforme con la 'mente' del legislador, pues el espíritu de la época era contrario a los préstamos a rédito, y en evitación de las excesivas acumulaciones de intereses que, determinadas por el descuido de los deudores, causaban la ruina de éstos, acrecentando, por virtud de las prácticas de anatocismo, la carga de la deuda hasta límites insoportables, se hubo de establecer un término de prescripción corta para dichos préstamos, como se estableció, también por esta razón y por término de cinco años, para las pensiones de los censos en la Ley 35 de las Cortes de 1604 (Ley X, tit. IV, libro III de la *Novísima Recopilación*), que ponía su razón de ser en "la cautelación que los censuistas dejaban pasar muchos años sin cobrar, y en el daño que por ello recibían los censatarios", y no es de presumir que la Ley de 1580, dictada cuando todavía subsistían el recelo y la censura de la opinión, con relación a los préstamos a interés hubiera querido dilatar hasta los treinta años, como en cuanto a las demás acciones personales, la prescripción de la nacida de dichos préstamos, a la que no se aludió en forma explícita, como parecía natural que se hubiera hecho de haber sido ésa la intención de la Ley, y a la que no se puede deducir, que se aludiera por el hecho de referirse el texto a 'hipoteca y obligación de bienes', que no son exclusivas de los préstamos.

Los enunciados elementos de interpretación no pueden ser contradictorios por virtud de lo que establece la Ley XI, título XXXVII, libro II de la *Novísima Recopilación* sobre prescripción de las acciones ejecutivas, pues esta Ley no trata de señalar los plazos de ejercicio de las acciones ordinarias, sino de reducir a diez años la acción ejecutiva a la que específicamente alude, y aunque al hacerlo reconoce valor de probanza a los títulos ejecutivos pasados los diez años, esto ha de entenderse sin perjuicio de la prescripción respectivamente señalada para la acción de que se trate, y—por tanto—cuando ésta tenga señalado un plazo de ejercicio superior a los diez años, podrá ejercitarse después de transcurridos éstos aunque hubiera decaído la acción ejecutiva.» Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *La jurisprudencia*, cit., págs. 63-66.

acomodaciones reclamadas por las nuevas necesidades. En los sistemas cerrados, elaborado el cuerpo legal en que plasman los principios sociales que los informaron dejan de ser tales y de tener relevancia en tanto no se hayan trocado en condensaciones inmanentes a la regulación establecida de las normas, esto es, en principios del correspondiente ordenamiento positivo.

El Derecho civil de Navarra es un Derecho abierto, es un Derecho claramente abierto. Y en este sentido debería ser situado en el polo opuesto de la concepción propugnada por la escuela de Viena. El fundador de ésta, el gran jurista Kelsen, describe el orden jurídico como un orden cerrado sobre sí mismo: no comunica con la moral, ni con las convicciones sociales, ni con la Historia, ni con el orden económico. El orden jurídico es un puro orden de imputación, una ecuación lógica separada, con la mayor asepsia y pulcritud metodológica, de cualquier criterio de validez o de eficacia (58).

Con sentido y alcance distintos, también la codificación europea ha ofrecido una marcada tendencia a cerrar los ordenamientos civiles (59). La mayoría de los Códigos que rigen en Europa, en parte por la técnica codificadora y en parte por la mentalidad informante de la tarea interpretativa posterior, tienden a devenir sistemas atemporales; sistemas en que la lógica se cierra sobre sí misma y en donde las instituciones vienen a entrañar contrastes excluyentes y contradictorios (60).

Tales Códigos se encuentran influidos, en mayor o menor medida, por el Código de Napoleón. Y el Código de Napoleón es el producto más claro, el producto más perdurable de la Revolución francesa. Pero la revolución, para ser verdaderamente radical, ha de partir de un principio que sea la negación del pasado histórico con que se enfrenta. La Revolución francesa, frente al orden existente, que es Historia, que es continuidad con el pasado, alza la fe en una razón natural que es inmutable y que es absoluta. Y en base a esa natural razón inmutable y absoluta, surge el Código de Napoleón. Lo que ocurre es que no es posible evadirse de

(58) Vid. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Viena, 1960), págs. 60-114.

(59) Vid. ASCARELLI, O. C., I, pág. 96.

(60) Cfr. LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1960), pág. 330.

la Historia. Y así, paradójicamente, el propio Código no dejó de ser, en cierto aspecto, un monumento histórico en cuanto que recoge una importante tradición romana y, quizá todavía con mayor intensidad, una fuerte tradición de Derecho germánico. O sea que fracasó en ese intento de evasión, porque el propio Código ha resultado ser una condensación de historia jurídica (61).

3) *Son referencias tópicas emanadas de la vida social.*

No se trata ahora de retornar a puntos de vista ya sobrepasados, ni de menguar importancia a la obra codificadora de Napoleón, pues sus beneficiosos resultados en muchos sentidos son patentes e indiscutibles. Lo que quiero subrayar es que su Código, y más todavía, la mentalidad de la ilustración, de la cual emerge la compilación napoleónica, afirmó a la ciencia jurídica en un método de trabajo (62). Método que es esencialmente deductivo. Parte de la Ley, del tenor literal codificado, como de un axioma, del cual se obtiene deductivamente la integridad de un sistema que se basta para resolver todas las necesidades y que encierra en sí mismo la posibilidad de toda clase de soluciones.

Frente a este predominio de la lógica, del operar deductivo, de la formulación axiomática de las normas en el seno de un Código, precisa mostrarse la distinta caracterización predominante del Derecho civil de Navarra. Caracterización cifrada en su apertura y estrecha conexión con las creencias sociales; en su sentido pragmático, que no viene informado por unos axiomas que tengan valor de puntos de partida lógicos, sino por la atracción ejercida por unas metas reconocidas como punto de llegada, término o fin de todo desarrollo metodológico.

Metodológicamente, este Derecho civil se encuentra enlazado con unos criterios o puntos de vista hacia cuya consolidación propende. Estos ofrecen entre sí una coherencia, trabada históricamente, por lo que son base de un verdadero sistema, no de un conjunto de normas carente de articulación (63); el valor insti-

(61) Cfr. A. G. VALDECASAS, o. c., pág. 24.

(62) ASCARELLI, o. c., pág. 97.

(63) Cfr. SANTAMARÍA ANSA: *El Derecho civil de Navarra* (Pamplona, 1955), página 23.

tucional de los mismos consiste en reflejar puntos esenciales de la constitución social imperante en el medio, por lo que aseguran un orden jurídico realmente vivido, un Derecho que, como pone de relieve AIZPÚN SANTAFÉ (64), cumple con su misión de regular acertadamente la vida social, jurídica y económica, de acuerdo con la geografía, costumbres, formación e ideas dominantes.

Ahora bien, esa coherencia capaz de estructurar un sistema tampoco es de orden lógico, sino vital y social. Las bases del Derecho privado navarro «no gozan del carácter de axiomas», podría decirse (65), sino que son referencias a la naturaleza de las cosas; referencias en cuanto implican una orientación del problema hacia ciertas vigencias dotadas de ejemplaridad respecto de un cierto orden de cuestiones o área de planteamientos.

Lo cual, por otra parte, no significa sino que el Derecho navarro ha permanecido en los métodos y cauces utilizados por la jurisprudencia romana (66). Esta jurisprudencia, en efecto, tanto en la época clásica como en su desarrollo ulterior, ha rehuído las construcciones axiomáticas y lógicas para ceñirse al problema concreto (67).

V

SU APLICACION A LA TECNICA COMPILADORA

1) *La inclusión de los principios.*

La consideración de la apertura a que aludo, y el peculiar significado de los principios, ponen de relieve la conveniencia de proceder con cautela en la tarea compiladora del Derecho civil de Navarra. A fin de mantener su fisonomía, se hace preciso, de una parte, reflejar con fidelidad a lo largo del texto articulado el valor configurador de los criterios referidos y, de otra, recoger las instituciones en su apertura hacia la realidad histórica, consuetudinaria y social, sin provocar hermetismos.

(64) AIZPÚN SANTAFÉ, o. c., pág. 16.

(65) VIEHWEG, o. c., pág. 126.

(66) Vid. LACARRA: *Sobre la recepción del Derecho Romano en Navarra*, AHDE, XI, 1934, págs. 462 y siguientes.

(67) MAX KASER, o. c., pág. 15.

En el primer aspecto, la técnica codificadora debe tender a ofrecer un cuerpo de normas en que se insinúe de continuo una autoridad social largamente sentida. Nótese, a este efecto, que se pretende compilar las instituciones forales, precisamente en su vigencia. No se trata de crear el sistema de Derecho privado de las distintas regiones forales. La mente del Congreso de Derecho civil de 1946 se orienta a recoger en las compilaciones la efectiva realidad normativa en su genuino carácter y en su ser actual. Por ello, no es que se quiera conferir un valor jurídico nuevo a lo que, aun considerándose bueno, carezca de él; sino, por el contrario, se pretende plasmar el contenido del correspondiente ordenamiento foral en su efectiva vigencia y en su peculiar modo de ser. Peculiaridad que, en el caso del Derecho navarro, consiste sobre todo en su sanción social y en su valor tradicional; rasgos que, por lo mismo, la técnica compiladora deberá evidenciar en su preciso alcance (68). Los criterios informantes del Derecho civil habrán de ofrecer en la compilación un notorio significado de auténticas metas sociales hacia cuya efectividad se orienta la plenitud del propio ordenamiento.

Tales criterios afectan en conjunto a todo el sistema, de forma que su influencia puede hacerse patente en cualquier punto o problema; ahora bien: como queda dicho, existen zonas en que cada uno de los mismos adquiere una significación específica y una función preponderante (69). Su carácter de argumentos o referencias tópicos les confiere sentido y relieve peculiar precisamente en ciertos órdenes de cuestiones, es decir, en relación con determinados ámbitos de materias.

Así, por ejemplo, el principio de unidad y continuidad de la casa, eventualmente, podrá desplegar su acción en muy diversos planteamientos, pero no cabe duda que su sede específica se encuentra en el Derecho patrimonial de la familia, en el régimen sucesorio y en la patria potestad. El principio de libertad civil podrá configurar toda suerte de negocios, pero su alcance ofrece redoblada eficacia configuradora en orden a la contratación, al establecimiento de la organización económico matrimonial, y en relación con las disposiciones *mortis causa*.

(68) Vid. ENGISCH, O. C., 91. . . .

(69) Vid. ASCARELLI, O. C., 100.

La tradición encontrará reflejo especial en la formulación de las fuentes del Derecho, en la organización de la familia y de la sucesión, en la continuidad de la casa y de la estirpe, y muy señaladamente en la concepción, desarrollo y alcance de la costumbre; el principio de sencillez acusará particular influjo en la formalización y contenido de los negocios jurídicos. En fin, la técnica codificadora, en relación a estos principios, habrá de adecuarse al específico modo de ser de los mismos, reflejando con claridad, a través de su ubicación tópica, las áreas de su más predominante influencia.

Con todo, estas áreas no habrán de coincidir de modo necesario y excluyente sobre uno u otro libro de la compilación, pues no obedecen a bases fijamente delimitadas, sino a zonas de predominante despliegue. De ahí la conveniencia de apuntar su influjo en la regulación de ciertos puntos aun por encima de la distribución en libros, títulos o capítulos. Son áreas de cuestiones y de problemas; no áreas sistemáticas, siquiera éstas respondan en el fondo a cuestiones vitalmente próximas o conexas.

La afirmación de los principios ha de ser clara y directa. Con todo, no deberá adscribirse su expresión a unas palabras determinadas y constantes en todas las referencias que a los mismos se hagan, sino que, por el contrario, su valor inspirador habrá de fluir a través de términos variables y locuciones distintas, a fin de que su fecundidad no quede ceñida por una terminología unívoca. De esta manera se facilita, además, la interconexión de distintas normas a través de un mismo principio (70).

En suma, se trata de instalar, con sentido pragmático y una distribución tópica elástica, los principios fundamentales en el espíritu y en la letra de las diversas instituciones, y sobre todo en la base de la interdependencia recíproca de todas ellas, como razón cohesiva de las mismas, y como voluntad determinante del sistema objeto de compilación.

(70) Vid. PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente de Derecho* (Barcelona, 1951), pág. 140.

2) *La prevención del hermetismo.*

Por otra parte, la técnica compiladora debe mantener y cuidar, en la medida de lo posible, la concepción abierta peculiar del Derecho civil de Navarra. La inclusión de los principios en la forma indicada asegura por sí sola un alto grado de apertura. Pero es conveniente añadir otras cautelas complementarias.

Se debe evitar, en primer término, un cierre del ordenamiento jurídico en categorías lógicas excluyentes. Se rehuirán a este efecto las definiciones demasiado precisas que por su misma formulación impliquen un límite al posible empleo de la correspondiente figura; por el contrario, del propio texto recopilado deberá fluir el fácil enlace de instituciones y de régimen jurídico. Se eliminarán los excesos de abstracción, las expresiones demasiado cultas o técnicas, y las concepciones abstrusas. Empléense, por el contrario, los términos y las fórmulas consolidados por el uso o la costumbre. En suma, la fidelidad del nuevo texto con el contenido histórico del propio Derecho, la elasticidad de todo el sistema, la falta de barreras insalvables entre las instituciones y, en fin, la sencillez y espontaneidad de la terminología impedirán que se frustre, en el plano lógico, la apertura proporcionada en el orden vital y pragmático por la conexión a principios dotados de arraigo social y por la adecuación realista a la naturaleza de las cosas.

Pero también conviene prevenir el cierre al tiempo y a la Historia. Las codificaciones, se ha dicho (71), suelen sustituir un modo de ver según tradiciones por un discurrir por teorías. Pero la teoría con facilidad se hace atemporal. Por eso se precisa captar las diversas instituciones en su genuino dinamismo, con sentido de sus aplicaciones efectivas en la vida jurídica histórica, esto es, incluyendo su «cara interna», vital y pragmática (72). Las frecuentes y extensas remisiones a la costumbre han de constituir, a tal efecto, el cauce más seguro y eficaz para mantener abierta la dimensión histórica del Derecho codificado. La costum-

(71) WIAEACKER: *Historia del Derecho privado de la edad moderna* (Madrid, 1957), pág. 189.

(72) Vid. ESSER, o. c., pág. 418.

bre asegura tanto la conexión con el pasado como la incorporación armónica al futuro en orden a una incesante renovación y actualización del Derecho.

El Derecho civil de Navarra precisa contar en todo momento con la autoridad de lo usual, de lo tradicional, de lo ya vivido. Por eso la incorporación de la costumbre, no ya de modo general, sino incluso en la vida y contenido de las instituciones; constituye una insoslayable necesidad de su técnica codificadora.

Todas estas observaciones podrían resumirse y sintetizarse en la idea de que los criterios, principios y líneas directrices imperantes en la compilación a elaborar sean los mismos que hasta ahora han venido informando el modo de ser del Derecho civil navarro; lo mismo tanto en su entidad como en su alcance y virtud informadora. Se trata, en suma, de facilitar la efectiva aceptación del texto compilado por la propia sociedad a la que va dirigido, ofreciendo a esa sociedad lo que es suyo y ella misma ha creado y tenido como propio durante su existencia secular.

3) *Recepción de los principios en el sistema general.*

Finalmente, quiero poner de relieve una consecuencia de súbito interés que, en orden a la política legislativa nacional, entraña la aprobación de las compilaciones. Hasta el presente, sin perjuicio de la vigencia de los correspondientes ordenamientos forales, el legislador español moderno no se encontraba implicado en las particularidades de su régimen jurídico; pero, al hacerlas objeto de una sanción legislativa explícita, las da por buenas en todo su alcance.

Con razón observó FERRINI que toda norma penetra en el sistema «modificando y modificándose» (73). Pues, en efecto, en nuestro caso, si por un lado la codificación de los Derechos forales entraña un notable grado de racionalización de los mismos, con su consiguiente transformación, por otro, la recepción de la sanción legislativa actual hace que sus principios no permanezcan extraños, y menos opuestos, sino recibidos entre las bases infor-

(73) FERRINI: *Manuale di Pandette* (Milano, 1953) 33.

mantes del sistema jurídico patrio considerado en su conjunto y en su coherente vigencia.

Certeramente me hacía notar hace poco mi querido amigo GONZÁLEZ PALOMINO la significación que, en este orden de ideas, pueden ofrecer, por ejemplo, las compilaciones de Cataluña y Baleares respecto a la posibilidad de pactar en Castilla, por capitulaciones matrimoniales, la eliminación del requisito de la autorización marital. El artículo 1.316 del Código civil ya no podrá ser interpretado como esencialmente opuesto a los pactos celebrados en ese sentido, los cuales, en lo sucesivo, nadie estimará contrarios a las leyes, ni a las buenas costumbres, ni depresivos de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges, ni desconocido por la *mens legislatoris*. Porque la familia y sus bases fundamentales son y responden a unos mismos principios en toda España. Observación certera y susceptible de generalización a otros muchos supuestos. Desde este punto de vista, el Derecho foral no queda fuera del torrente circulatorio general, sino que lo vivifica y es vivificado por él.

Los perfiles concretos del llamado «orden público» resultan modificados. Ciertas convicciones imperantes en los Derechos forales, al quedar sancionadas con las correspondientes instituciones, en modo alguno podrán ser consideradas como opuestas a los criterios esenciales del legislador español. El régimen del Código civil y los de las compilaciones, en su normatividad inmediata seguirán ofreciéndose como distintos, pero, en su dimensión profunda, son objeto de indudable recepción e influencia recíproca. Se aprecia así el valor de los principios, su fuerza de conexión y su virtud expansiva e informante. El legislador sanciona textos, pero, al hacerlo, elige y acepta principios. Y a través de éstos, la técnica jurídica puede transitar hacia construcciones armónicas y bien articuladas.

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE.

NOTAS

MEDITACIONES HIPOTECARIAS

El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria, según una sentencia del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. Antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos de la sentencia de 14 de octubre de 1965.—II. Justicia y justificación del fallo.—III. El embargo y su anotación preventiva.—IV. La voluntariedad de la anotación de embargo: A) En el Registro inmobiliario. B) En el de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento.—V. La sentencia y la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954.—VI. Consecuencias de la tesis sustentada en los Considerandos de la sentencia: retorno al sistema de clandestinidad de los gravámenes y afecciones reales.

I

ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1965

Un requerimiento muy autorizado, como hecho por quien se halla calificado con títulos sobresalientes para hacérmelo (1), unido a la consideración de haber formado parte de la Comisión redactora, en el Ministerio de Justicia, del Anteproyecto de Ley de Hipoteca Mobiliaria, me impone la delicada obligación de consagrar unas breves reflexiones a la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1965. Esta sentencia—¿por qué no decirlo?—ha dado lugar a múltiples y poco favorables

(1) El actual Decano del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Consejero de esta REVISTA don JUAN JOSÉ BENAYAS.

comentarios y suscitado recelos y alarmas en muchos juristas especializados en el Derecho y en la técnica registral, los cuales temen que el impacto de aquella decisión de nuestro más alto Tribunal ponga en peligro el porvenir, y aun la vida misma, de la hipoteca mobiliaria, que puede calificarse de criatura jurídica casi recién nacida, con naturaleza débil, por lo que quienes la apliquen e interpreten han de rodearla de los más exquisitos cuidados.

En la citada sentencia el Tribunal Supremo, declarando haber lugar a un recurso de casación por infracción de Ley, casó y anuló la dictada por la Audiencia Territorial de Madrid y dictó una segunda sentencia, en la que declaró la preferencia de un embargo no anotado en el Registro de Hipoteca Mobiliaria, y que dio lugar a la venta en pública subasta del establecimiento mercantil embargado, sobre dos hipotecas inscritas en dicho Registro, y que a su vez habían dado lugar a la adjudicación del mismo establecimiento a favor del acreedor hipotecario; y, como consecuencia de tal preferencia, anuló y ordenó la cancelación de los gravámenes hipotecarios que habían sido establecidos con posterioridad a la práctica judicial del embargo.

Los antecedentes de hecho—que revisten, como es natural, la máxima importancia para enjuiciar el acierto del fallo—son, en síntesis: En 1956, y en virtud del ejercicio de una acción cambiaria, se decretó el embargo de un establecimiento mercantil, sin que el embargo fuese anotado preventivamente en los libros de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. En 1959, el deudor y propietario constituyó dos hipotecas mobiliarias sobre el mismo establecimiento, que fueron inscritas en el Registro correspondiente, a favor de tercera persona, «que había constituido una Sociedad particular con el deudor y que tenía pleno conocimiento del anterior embargo» (*hecho probado*). Vendido en mayo de 1960, y en pública subasta, el establecimiento embargado, en el mes de agosto del mismo 1960, el acreedor hipotecario obtuvo la adjudicación del mismo establecimiento hipotecado; y entonces el cesionario del rematante en la subasta accionó contra el deudor y el acreedor hipotecario para que se declarasen nulas las hipotecas y el procedimiento de ejecución seguido para efectividad de las mismas y además para que se le indemnizasen los

daños y perjuicios sufridos, así como los gastos ocasionados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda; y, por último, el Tribunal Supremo la estimó en su integridad, condenando a los demandados.

Esta sentencia se basa en los siguientes cuatro Considerandos:

El primero explica cómo el problema surge en la vida real por consecuencia de los antecedentes de hecho antes relatados, entre los que se hace destacar que el acreedor hipotecario había concertado previamente una Sociedad particular con el deudor embargado y que tenía «sobrado conocimiento» de la existencia de tal embargo anterior; premisas ambas del mayor interés en el caso discutido.

El segundo declara que para apreciar el valor que debe atribuirse a un embargo no anotado en el Registro frente a hipotecas mobiliarias inscritas con posterioridad han de tenerse en cuenta los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, a cuyo tenor puede constituirse hipoteca mobiliaria sobre determinados bienes, pero no sobre los que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados. Y que esta condición última—la de bien embargado—«se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta legalmente»; y ello con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que no puede condicionar su existencia ni tener un valor constitutivo, ya que la anotación es potestativa y «nunca imperativa», según se deduce de la frase preliminar del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que dice: «Podrán anotarse...», por lo cual, al existir el embargo, quitaba validez a las posteriores hipotecas que sobre el mismo bien embargado se tratase de constituir.

En el tercer Considerando se pone de manifiesto que la interpretación de los citados preceptos positivos se obtiene, no sólo de la letra del texto legal, sino de su sentido lógico, que busca el espíritu y finalidad de la Ley, y de la ponderación sistemática que obliga a considerar el ordenamiento jurídico como un todo orgánico, sin que esto pueda ser desvirtuado por el texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca mobiliaria, pues ella no es más que un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas en cuanto contiene opiniones personales muy res-

petables por venir de quien estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa, pero que carecen de fuerza vinculante, que sólo corresponde a la Ley, a la que deberá darse total preferencia en caso de discrepancia entre ambas.

Y, finalmente, el cuarto se reduce a afirmar que, habiéndolo apreciado de manera distinta la sentencia recurrida, al negar valor al embargo decretado y reconocer pleno valor jurídico a las hipotecas constituidas con posterioridad, infringe por violación los citados artículos 1.º y 2.º de la expresada Ley, por lo que procede estimar el recurso interpuesto casando y anulando la sentencia recurrida.

II

JUSTICIA Y JUSTIFICACION DEL FALLO

Me urge, ante todo, y me complace lo indecible, proclamar que el fallo del Tribunal Supremo en la casación, así como la segunda sentencia, que sustituyó a la dictada por la Audiencia, son, a mi juicio, estricta y radicalmente *justas*. Ambas se acomodan, en su parte dispositiva, al espíritu, y aun a la letra, de la Ley de Hipoteca mobiliaria, al principio de buena fe que impera en nuestro sistema registral y, lo que es más importante, a los dictados eternos de la justicia.

Dado el fondo del asunto, la «circunstancia» del caso resuelto—esa circunstancia, de la que nunca puede desconectarse el fallo—, el Tribunal Supremo no podía seguir otro camino. Tan acomodadas a las exigencias de lo justo, lo equitativo y lo moral están ambas sentencias que pueden iniciar una doctrina legal sobre interpretación de algunos preceptos de la nueva legislación de hipoteca mobiliaria, en su relación con el denominado «principio de buena fe», que también el propio Tribunal Supremo introdujo en nuestro sistema registral inmobiliario hasta que por fin fue recogido de modo expreso en el texto refundido de 1946.

El sistema técnico del Registro, tanto el de la propiedad inmueble como el incipiente de gravámenes mobiliarios, no puede ser un «burladero» para el fraude, según la gráfica expresión de

HERNÁNDEZ ARIZA; actualizada por el agudo jurista y castizo escritor GONZÁLEZ PALOMINO (2). Orientado el Derecho objetivo hacia un norte moral, las Leyes sólo deben proteger las relaciones jurídicas basadas en la honradez, en la lealtad, en la conducta prudente, esto es, en la «buena fe», o sea en un concepto procedente del campo de la ética. Dije en otro lugar (3) que «si para proteger situaciones de buena fe suele establecerse un precepto derogatorio de una norma general, también para sancionar la mala fe se excluye a ésta de la aplicación de una regla general».

El juego muchos veces automático de los efectos de los asientos registrales, articulado sabiamente para que el Registro publique, legitime y asegure *erga omnes* los derechos inscritos o anotados, puede favorecer a veces maquinaciones y ardides inmorales urdidos por la mala fe bajo la apariencia de legalidad. Para evitar fraudes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo dulcificó el drástico rigor del principio de fe pública e impuso sin vacilación el requisito de la «buena fe» para conceder al titular registral los beneficios e inmunidades que la inscripción o, en su caso, la anotación proporciona. Con razón afirmó JERÓNIMO GONZÁLEZ (4) que «las teorías ultrarradicales de antaño fueron sustituidas por el sistema legislativo de protección jurídica al comercio y trato de buena fe, que preside también las demás ramas del Derecho». Y es que el Registro, cualquier Registro, no puede celerarse al fraude.

En el caso de que se trata, la falta de buena fe del acreedor hipotecario aparece patente al estimarse hecho probado que tenía perfecto conocimiento del embargo anterior decretado sobre el mismo establecimiento hipotecado, y que había formado una sociedad particular con el deudor embargado. Con estos antecedentes, dicho acreedor hipotecario no podía prevalecerse de la omisión en que incurrió el primer acreedor al no pedir la anotación preventiva del embargo, y justo es que, demostrada su mala fe, no pudiera ampararse en los preceptos que inmunizan al tercero contra vicios o defectos jurídicos del transmitente, puesto que los

(2) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 27.

(3) «La buena fe y la publicidad del Registro», en esta misma REVISTA. Año 1949, pág. 539.

(4) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios hipotecarios*, pág. 194.

conocía y había motivos para presumir su confabulación en el fraude a dicho acreedor embargante; y siendo así, es lógico y justo que sus hipotecas quedasen anuladas por haberse impuesto, a pesar de la prohibición legal, sobre bienes que ya estaban anteriormente embargados. El Tribunal ha reconocido esto hasta el punto de haberle condenado, solidariamente con el deudor, al pago de daños y perjuicios y de los gastos originados.

La sentencia que se comenta tal vez no pueda incluirse entre la jurisprudencia denominada «de conceptos», que busca la intención del legislador mediante procedimientos lógicos y sistemáticos, a veces con lealtad casi servil, según frase de JERÓNIMO GONZÁLEZ (5) y que trata de aprisionar toda la realidad en los conceptos elementales, encajada en un sistema. Ni quizá tenga cabida tampoco en la titulada «jurisprudencia de intereses» o teleológica que busca la finalidad del Derecho y trata de servir los intereses vitales, haciendo destacar el carácter práctico del Derecho judicial frente al formulismo jurídico y el apriorismo filosófico. Lo que sí es seguro es que figura en la que podría denominarse «jurisprudencia ética», que busca el camino de lo justo a la luz de los principios morales, ya que se basa en la defensa de la buena fe y en la sanción o condena del *fraude legis*, que nunca debe ser amparado ni por el precepto del legislador ni por las decisiones judiciales.

III

EL EMBARGO Y SU ANOTACION PREVENTIVA

Si nos elevamos desde el fondo fáctico de la *litis* a los razonamientos que sirven de fundamento jurídico y legal al fallo, la opinión del comentarista no puede ya ser favorable.

En rigor, para justificar la parte dispositiva bastaba con un simple razonamiento basado en que por carecer de buena fe el titular de la hipoteca mobiliaria no podía gozar de los beneficios

(5) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «Una nueva manera de enfocar el Derecho hipotecario», en esta misma REVISTA, año 1940, pág. 40.

que la legislación registral dispensa al tercero de buena fe; y además en que ese acreedor que conocía la existencia del embargo anterior debía conocer o, aunque no lo conociese, estaba obligado a cumplir el precepto legal que prohíbe la hipoteca mobiliaria de los bienes anteriormente embargados, y, al no dar cumplimiento a esa norma prohibitiva, había realizado un acto nulo. Sin necesidad de entrar en otros problemas de mucho mayor alcance y de más difícil dialéctica, por sus inevitables repercusiones en terrenos jurídicos ya acotados hace mucho tiempo por las leyes y la jurisprudencia, el justo fallo del Tribunal Supremo habría quedado suficientemente fundado y no habría dado origen a comentarios y recelos, que ya puso de relieve BARTOLOMÉ MENCHÉN en un certero y ponderado comentario que comienza: «La primera impresión que nos produce esta sentencia es como de extrañeza. Parece como si la Ley de Hipoteca mobiliaria, que apenas ha echado a andar por los caminos de la práctica y de la jurisprudencia, se hubiese clavado hondo una espina que puede llegarle al corazón, más buida que aquella púa, redondo puñalillo de esmeralda que se clavó *Platero*» (6).

Y es que la sentencia esboza en dos de sus Considerandos doctrinas equivocadas y peligrosas para la dinámica del sistema del Registro y que, si prevaleciesen, podrían ocasionar el derrumbamiento, no sólo del ahora incipiente Registro de gravámenes de muebles, sino también del propio Registro de la Propiedad inmueble, que puso fin hace ya más de un siglo al retrasado y primitivo sistema de clandestinidad de las cargas y afecciones reales. Vamos a examinarlos con todo respeto, como es debido, pero también con toda sinceridad.

Afirma el Considerando segundo que «la condición de bien embargado se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta legalmente», lo que es exacto; pero agrega a continuación que ello es «al margen y con absoluta independencia de su anotación en el Registro», lo cual ya no es tan exacto, toda vez que respecto a terceros registrales —adquirentes onerosos y con buena fe— el embargo carece de

(6) BARTOLOMÉ MENCHÉN: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», en esta misma REVISTA, año 1965, págs. 1.585 a 1.588.

existencia jurídica si no se ha hecho público en el Registro mediante la oportuna anotación preventiva (7).

El valor jurídico y la eficacia del embargo de inmuebles se deriva de su anotación preventiva. Si no se anota, no goza de la preferencia regulada por el Código civil. Según el número 4 del artículo 1923 de este Cuerpo legal, gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles los créditos preventivamente anotados en el Registro en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores; lo que significa que un embargo anotado es preferente a una hipoteca posterior, a pesar de ser ésta como derecho real preferente al embargo; pero si el embargo no fue anotado, el derecho del acreedor hipotecario posterior prevalece sobre el del acreedor embargante que pudo anotar y no anotó. Realmente, un embargo de inmueble inscrito en el Registro de poco o de nada sirve si no se anota preventivamente. Y por eso la Ley procesal civil dispone la obligatoriedad de esta anotación.

Por otra parte, la prioridad en ingresar en el Registro, en el sistema de publicidad, robustece y mejora el derecho hasta llegar a anteponerle a otros que civilmente serían preferentes. Acabamos de ver cómo la hipoteca, derecho real preferente al personal de un acreedor por letras de cambio, queda pospuesta a éste si anotó el embargo con anterioridad y cómo si el embargo no se anotó la hipoteca, aunque sea posterior, adquiere la preferencia. Y es que la negligencia suele resultar perjudicial por imperativo del principio de prioridad que informa nuestro sistema. Ya lo dijo claramente la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria—*inagotable manantial en que no puede dejarse de beber*—: «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no

(7) Tanta importancia tiene la anotación registral del embargo—único medio de hacerle público—, que hasta para que prospere la presunción de fraude de acreedores en una enajenación hecha después de expedido mandamiento de embargo contra bienes del vendedor es necesario que el embargo se haya anotado, pues como declararon las sentencias de 28 de noviembre de 1892 y 31 de diciembre de 1897, no existe tal presunción si de la certificación del Registro aparecen libres las fincas al verificarse la enajenación que se supone fraudulenta. Es decir, si en el Registro no constaba anotado el embargo y la finca aparecía como libre, para quien de buena fe contratase sobre ella, el embargo carecía de existencia real y eficaz, aunque lo hubiese decretado legalmente la autoridad judicial competente.

perjudique por una falta que a él sólo es imputable al que no la ha cometido ni podido conocer» y «el que no usa del derecho que la Ley le da impútese a sí mismo el perjuicio que su omisión le origine» (8).

Montado nuestro sistema de Registro sobre el principio de publicidad, la plena eficacia de los actos y derechos inscribibles o anotables, sólo se produce con relación a inmuebles y derechos reales registrados cuando se hacen públicos por medio de la inscripción o anotación. Estos actos registrales condicionan su eficacia. Jurídicamente, existe un embargo desde que con arreglo a las Leyes se decreta; jurídicamente, existe también una sentencia desde que queda firme y se convierte en ejecutoria; pero tanto el embargo como la sentencia (cuyo valor jurídico es muy superior) corren el riesgo de ser estériles e ineficaces si oportunamente no se tomó anotación preventiva del embargo o de la demanda. Si el embargo no se anota y después de decretado inscribe un tercero oneroso y de buena fe un título adquisitivo del inmueble o derecho embargado, es evidente que ese embargo, aunque existe en el orden judicial, queda inoperante; y si llega después al Registro será denegada la anotación y el procedimiento habrá de sobreseerse en cuanto se acredite en autos mediante certificación registral que los bienes embargados constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la que se decretó el embargo. Y en lo que respecta a la anotación de demanda—que es el medio que la técnica del Registro ha ideado para asegurar anticipadamente la efectividad de las decisiones judiciales—, su finalidad, según la Exposición de Motivos, es que sea respetada la administración de justicia, evitando que se eludan las sentencias haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución de un fallo. Con la anotación se impide que surja un tercero que pueda invocar la irrevocabilidad de su adquisición por la inmunidad que le conceden los efectos propios del sistema registral. Sin ella, la sentencia puede convertirse en un mero espejismo.

(8) Sobre los efectos de la prioridad en relación con las anotaciones judiciales, puede verse mi trabajo «Meditaciones hipotecarias: el principio de prioridad y las inscripciones retrasadas», en esta REVISTA, año 1958, págs. 745 a 797.

De cuanto antecede se deduce que la anotación de un embargo en el Registro no condiciona la existencia del gravamen, pero sí su eficacia en relación con quienes no sean parte en la *litis*. Es decir, que el embargo de inmuebles sin la anotación registral es bien poca cosa y, desde luego, en cuanto a bienes inscritos, casi siempre ineficaz. Por ello, el legislador procesal ordenó que de tales embargos se tomase la correspondiente anotación en el Registro de la propiedad.

IV

LA VOLUNTARIEDAD DE LA ANOTACION DE EMBARGO

Contiene el mismo Considerando segundo de la sentencia comentada otro razonamiento que no concuerda con preceptos legales vigentes y que no es posible admitir sin las oportunas correcciones y aclaraciones. Dice que la anotación del embargo es *siempre potestativa, nunca imperativa*, y ello lo deduce del párrafo inicial del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que empieza: «Podrán anotarse...» (En rigor, dicho párrafo inicial dice: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos...»).

Examinemos esa pretendida voluntariedad en el terreno inmobiliario y en el de la hipoteca mobiliaria.

A) *En el Registro inmobiliario.*

No obstante el encabezamiento del citado artículo 42, lo cierto es que no siempre la anotación es legalmente potestativa. Ocurre lo contrario precisamente tratándose de anotaciones de embargo. El artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndose al juicio ejecutivo dispone que «del embargo de bienes inmuebles *se tomará* anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución, expidiéndose para ello el correspondiente mandamiento por duplicado», precepto que es también aplicable en la ejecución de sentencias, conforme al artículo 821 de la propia Ley rrituaria. Y, remachando el clavo de la obligato-

riedad legal de la anotación, el artículo 43 de la Ley Hipotecaria dice terminantemente que «cuando se trate de juicio ejecutivo, *será obligatoria la anotación*, según lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento civil».

Resulta, por tanto, que en el terreno inmobiliario la anotación del embargo la impone la Ley, en razón a ser el único medio de publicidad de la traba o gravamen que representa. ¿Cómo se va a conocer si un inmueble está embargado si no se ha practicado la anotación en el Registro?

Esto se refiere a lo que en el terreno legal se halla ordenado. Pero lo que ocurre en la realidad es algo distinto. En primer lugar, la anotación del embargo pierde mucho de su importancia cuando se trata de fincas no inscritas, ya que en tal caso la anotación habría de suspenderse y su duración es muy breve. Y, en segundo lugar—y esto tiene mayor interés—, hay que recordar el principio de voluntariedad que inspira nuestro sistema registral. Incluso la inscripción de títulos relativos a fincas inscritas es voluntaria (recuérdese el artículo 6.º de la Ley), si bien no por serlo deja de correr graves riesgos y de poder sufrir perjuicios irreparables quien no solicita oportunamente la inscripción.

Además, nuestro procedimiento judicial civil es también rogado. Cabe que el ejecutante, una vez decretado el embargo y expedido el mandamiento para su anotación, se guarde este documento y no lo presente en el Registro, del mismo modo que es posible que un comprador se abstenga de solicitar la inscripción de su título. Tanto la Ley Hipotecaria como la Procesal civil se inspiran en el principio de rogación. Según aquélla, el titular de un derecho puede pedir la inscripción o dejar de inscribir. Según ésta, el actor es dueño del procedimiento: puede demandar o no demandar, perseverar o desistir de la acción ejercitada, pedir o no pedir la ejecución de la sentencia. Mas tanto en una como en otra legislación quien deja de utilizar el derecho que las leyes le conceden ha de atenerse a las consecuencias, casi siempre adversas, de no haberlo utilizado.

En resumen: en el orden inmobiliario, la anotación de los embargos, contra lo que opina el Tribunal Supremo en su sentencia, es, por regla general, necesaria conforme a la legalidad vi-

gente, aunque de hecho depende de la voluntad del interesado que llegue a practicarse en el Registro debido al principio de voluntariedad que informa nuestra legislación. Pero si el interesado, en uso de esa potestad, opta por no anotar, no queda inmune de los perjuicios que esa actitud negativa puede irrogarle y, sobre todo, no puede con ella perjudicar a un tercero de buena fe.

B) En el Registro de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

En este ámbito, todavía es más diáfana la argumentación de ser necesaria la anotación registral de los embargos, y su consecuencia de que, si no se practica, la omisión no puede perjudicar a tercero.

La Ley de 16 de diciembre de 1954, a diferencia de lo establecido en la Hipotecaria general, no permite que se hipotequen los bienes embargados, pignorados o hipotecados anteriormente, y difiere también de aquélla al prohibir al deudor enajenar los bienes hipotecados sin consentimiento del acreedor hipotecario (artículo 4.º). Obedecen estas normas excepcionales al deseo de imprimir a la nueva institución o modalidad de hipoteca la mayor sencillez y seguridad posibles y de evitar las situaciones que conducirían a colisiones de derechos y crearían en el momento de la ejecución un confusionismo perjudicial para el buen desarrollo de la hipoteca o la prenda. Obedecen, pues, tales normas a razones prácticas más que a motivaciones teóricas.

Pero estas disposiciones excepcionales imponen la absoluta necesidad de que los embargos sean anotados en los libros del Registro especial, pues de no serlo no sería posible constituir una hipoteca mobiliaria, a menos de que el acreedor se cerciorase en todos los Juzgados de España de la existencia o inexistencia de un embargo decretado sobre los bienes susceptibles de prenda o hipoteca, lo cual sería tanto como inutilizar de antemano todo el contenido de la Ley, haciendo imposible su vida práctica. Equivaldría, por otra parte, a retornar al desechado sistema de clandestinidad, inconcebible ya en nuestros tiempos.

La Exposición de Motivos explica con claridad y precisión —como debida a la pluma de uno de nuestros más ponderados

y competentes juristas (9)—esta doctrina de la necesidad de la anotación y de las razones que han movido al legislador a adoptarla. «El Registro de gravámenes podía establecerse con un doble contenido: o limitado a las hipotecas o referido también a otros gravámenes, es decir, como registro de hipotecas únicamente o como registro de cargas en general. Se ha estudiado esta cuestión desde el punto de vista de los embargos, que son los supuestos más frecuentes. Los embargos posteriores a la hipoteca es evidente que deben ser anotados en este Registro, pues la preferencia de la hipoteca sobre ellos y la consiguiente liquidación de cargas y gravámenes exige el conocimiento de los embargos posteriores para evitar que sean ilusorios los derechos de los acreedores embargantes. También se han considerado anotables los embargos que se hagan sobre los bienes susceptibles de hipoteca y de prenda sin desplazamiento, aunque no se hallen hipotecados. El fundamento está en el precepto que prohíbe la hipoteca y la prenda sobre bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, sería nula. Mas, para garantía del acreedor, es necesario arbitrar un medio por el cual pueda conocer la existencia de aquellas afecciones judiciales, distinto de la obligada declaración del deudor (10). Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos. De este modo, anotado un embargo, si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá con la prenda. No obstante, si se hubiere decretado aquél por la autoridad judicial, pero no se hubiere llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publi-

(9) Me refiero a ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, Notario de Madrid y reputadísimo jurisconsulto.

(10) Sabido es que el artículo 13 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria señala entre las circunstancias de la escritura de esta clase de hipotecas «la declaración del hipotecante de que los bienes no están hipotecados, pignorados ni embargados». Y cabe preguntar: ¿Se cumplió este requisito en el caso de autos? Porque si el hipotecante afirmó en la escritura de hipoteca que su establecimiento mercantil no se hallaba embargado cometió una falsedad punible y si omitió toda declaración sobre el particular—aparte de que el Notario no debió autorizar el documento ni el Registrador inscribirle—incurrió en negligencia culpable. Y el acreedor hipotecarlo, que conocía de antemano la existencia del embargo, puede ser considerado como cómplice de aquella declaración dolosa o de esta omisión culpable.

cidad registral. La anotación no altera, pues, la naturaleza del embargo ni añade nuevos derechos, privilegios o garantías a favor del acreedor; se limita a asegurarle frente a posibles gravámenes posteriores, que, de otro modo, se antepondrían a él.»

Imposible mayor claridad en la exposición de las razones que imponen la necesidad de anotar los embargos sobre bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. No se trata de otra cosa sino de los principios elementales de todo sistema de publicidad, que el Tribunal Supremo ha olvidado en su sentencia al declarar innecesariamente—dado el caso resuelto—que el embargo no anotado puede sobreponerse a una hipoteca inscrita, en razón a que aquél existe jurídicamente desde que se decreta por la autoridad judicial con independencia y al margen de su anotación en el Registro.

Y la Ley, consecuente con su Exposición de Motivos, ordena en su artículo 68: «En los libros expresados en el artículo anterior se inscribirán o, en su caso, se anotarán: ... 4.º Los mandamientos judiciales de embargo y los de su cancelación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio o sobre los créditos inscritos, así como aquellos a que diere lugar la presentación de la demanda de nulidad del título inscrito.»

Es de subrayar que aquí la Ley no emplea, como la Hipotecaria, la locución «podrán anotarse» o «podrán pedir anotación preventiva», sino la imperativa *se anotarán*. Luego cae por su base la errónea argumentación del Considerando sobre ser siempre la anotación potestativa y nunca imperativa. Si antes se comprobó cómo en la legislación general—hipotecaria y procesal—casi siempre la anotación de los embargos sobre inmuebles es necesaria, obligatoria, sin perjuicio, claro es, de que el interesado renuncie a su derecho, dada la rogación de nuestro sistema, ahora se confirma que en la legislación especial, que es la aplicable, la anotación del embargo sobre los bienes muebles susceptibles de hipoteca es estrictamente obligatoria, según la propia Ley dispone—aunque también salvo el caso de que el beneficiado con el embargo no presente el mandamiento al Registro, corriendo los riesgos que su desistimiento pueda irrogarle.

La anotación del embargo obedece a la finalidad de evitar perjuicios al acreedor que lo obtuvo; pero si éste, por cualquier

causa, no da publicidad registral al gravamen, perderá las preferencias que el Código civil reconoce a los créditos anotados, ante la mayor potencia de la hipoteca y la prenda, las cuales, según la propia Ley—artículo 10—, tendrán para el cobro de sus créditos la preferencia y prelación establecidas en el artículo 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código civil.

Apartarse de ese camino en los casos en que el acreedor hipotecario obre de buena fe supondría la ineficacia total de la hipoteca mobiliaria, pues bastaría la existencia de un embargo no anotado, e incluso conseguido por una maquinación fraudulenta, para que cualquier acreedor hipotecario perdiese su derecho por declaración de nulidad de su hipoteca inscrita, como constituida después de un embargo que no constaba en el Registro.

V

LA SENTENCIA Y LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954.

Siempre se ha reputado a las Exposiciones de Motivos de las Leyes como la fuente de conocimiento más genuina y auténtica para conocer la intención del legislador, y, por ende, para interpretar rectamente los preceptos contenidos en aquéllas, hasta el punto de que el Ministro de Justicia Fernández Negrete pudo decir, refiriéndose a la Exposición de 1861, que «era el mejor y más autorizado comentario de la Ley Hipotecaria» y que la jurisprudencia nos ha enseñado también que para fijar el sentido y alcance de una Ley no hay fuente de interpretación más directa que la procedente de su Exposición de Motivos, o preámbulo.

No obstante, afirma el tercer Considerando de la sentencia que se comenta que la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria carece de fuerza vinculante, que sólo puede tener la misma Ley una vez aprobada, a la que deberá darse preferencia en caso de discrepancia entre ambas, según precisó el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de febrero de 1943. Esta doctrina es racional y plausible, pero carece de aplicación al

caso, ya que no existe la menor discrepancia o disconformidad entre lo legislado en el texto legal que creó la hipoteca mobiliaria y la Exposición de Motivos que explicó su contenido. En ella, el legislador manifestó las razones que le movieron a no permitir la hipoteca de los bienes que estuvieren anteriormente embargados y, como lógica consecuencia, a ordenar que los embargos se hicieran públicos mediante su anotación en el libro Registro creado al efecto. Y la Ley así lo ratifica al mandar, en su artículo 68, que los embargos se anoten preventivamente. La Exposición explica a continuación con claridad lo que puede ocurrir si esta anotación no se practica, o sea el peligro que el embargante corre de ver preterido su derecho por un acreedor real posterior, que gozará de la prelación que la legislación substantiva le reconoce como acreedor preferente sobre bienes muebles determinados. O sea, en suma, lo mismo que ocurre en el Registro inmobiliario con arreglo a la Ley Hipotecaria y Código civil. No existe antinomia entre Exposición y texto legal, sino una plena y absoluta conformidad. ¿A qué conduce, por consiguiente, negar valor a dicha Exposición cuando el justo fallo contenido en la sentencia no se fundamenta en esa supuesta discrepancia, sino tan sólo en la inaplicación de las normas de la Ley explicadas correctamente por la Exposición debido a la mala fe del acreedor hipotecario? En verdad que resulta superflua esa consideración sobre las Exposiciones de Motivos.

Y algo semejante ocurre con la doctrina, también exacta y aceptada, relativa a que la interpretación no debe obtenerse solamente de la estricta letra del texto legal, sino también de su sentido lógico, que busca el espíritu y finalidad de la Ley, y que debe considerarse el ordenamiento jurídico como un todo orgánico. Esto es doctrina legal universalmente admitida; pero en el caso de que se trata sirve para corroborar el que se niegue protección judicial al acreedor que obró de mala fe, quizá en maquinación fraudulenta con el deudor, pretendiendo burlar el derecho del embargante; y esta interpretación no la desvirtúa ni rechaza la Exposición de Motivos ni la propia Ley, que se remite de modo expreso a los preceptos de la Hipotecaria en caso de insuficiencia de sus preceptos y en cuanto sean compatibles con

la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en el propio articulado de la Ley.

Por ser el ordenamiento jurídico un conjunto orgánico es por lo que en Derecho registral, en cualquiera de sus manifestaciones, la mala fe no puede ser amparada por las prerrogativas del sistema, y es por lo que las doctrinas sobre los bienes inmobiliarios puede aplicarse a los susceptibles de hipoteca mobiliaria. La Exposición de Motivos de la Ley de 1954 no dice que el acreedor hipotecario, cuya mala fe se acredite por el acabado conocimiento que tenía de la existencia de un embargo anterior sobre los mismos bienes, pueda anteponer su derecho al del acreedor personal que obtuvo el embargo. Lo que dice es que si la hipoteca se establece sobre un bien ya embargado será nula.

VI

CONSECUENCIAS DE LA TESIS SUSTENTADA EN LOS CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA: RETORNO AL SISTEMA DE CLANDESTINIDAD DE LOS GRAVAMENES Y AFECCIONES REALES

Los estrados de los Tribunales de justicia no son lo mismo que los de las aulas universitarias. En estos últimos, la libertad de la cátedra permite todas las doctrinas científicas que poco a poco van elaborando el progreso y ampara las más audaces concepciones y atrevidas teorías, sin las que el movimiento de perfeccionamiento quedaría paralizado. En los estrados de los Tribunales, donde se realiza la subsunción de las normas jurídicas a los casos concretos planteados en la realidad vital, la libertad y la imaginación del juzgador quedan muy restringidas por la vinculación obligatoria al ordenamiento jurídico vigente; y como las resoluciones judiciales, a diferencia de las opiniones expuestas en la cátedra, han de ser debidamente fundadas, lo lógico es que el fundamento de la decisión se razone mediante considerandos —*ratio decidendi*— que afecten de modo directo e inmediato al caso que se resuelve.

Por ello, debe el juzgador rehuir la fácil incitación a sentar doctrinas y patrocinar teorías que no sean necesarias como bases dialécticas de su resolución. Ha de tener en cuenta que nuestro sistema procesal no comparte los postulados de las escuelas libres del Derecho, que colocan al Juez en plano similar al del legislador. Y, como consecuencia, ha de sortear con pericia y prudencia los escollos de interpretaciones analógicas, tanto más peligrosas cuanto más amplias sean, y saber desoir las fascinantes llamadas de la equidad, que si debe inspirar toda sentencia sólo en muy contadas ocasiones puede servir de su fundamento exclusivo.

Así se evitarían perturbadoras desviaciones de la doctrina legal y se conseguiría que ésta fuese indiscutible y unánimemente respetada. No se diría en un Considerando, como hace la sentencia de 13 de febrero de 1964 (que rechazó con toda justicia la petición de nulidad de una venta formulada por un marido en razón a no haberla consentido su mujer), que dada la similitud existente entre la licencia marital y el consentimiento *mulieris*, debe aplicarse la misma doctrina excepcional que suple la omisión de la primera para remediar la falta del segundo, con cuya poco afortunada fórmula se destruiría la institución del Registro inmobiliario como base de la seguridad y certeza del dominio. Ni tampoco ocurriría que una sentencia justa, como la que ahora se comenta, pretenda ampararse en unos razonamientos jurídicos equivocados que pueden poner en peligro, no sólo la posibilidad de la hipoteca mobiliaria, sino también el sistema de publicidad de la legislación registral de inmuebles. Porque el desconectar la eficacia de los embargos de su anotación en el Registro supone un retorno a tiempos pasados, en que las afecciones reales carecían de publicidad.

Es sensible que una sentencia, que tiene el mérito, como antes se ha dicho, de iniciar una doctrina legal sobre aplicación de la buena fe en el nuevo ordenamiento legal de la hipoteca y la prenda mobiliarias, pierda su belleza jurídica y origine recelos y alarmas por unos razonamientos innecesarios y no muy ajustados a la legislación vigente considerada como un conjunto orgánico. Claro es que debe confiarse, dada la sabiduría y justificación de nuestro más alto Tribunal, en que eche en completo olvido esos

falaces razonamientos cuando llegue a su conocimiento otro caso de confrontación de una hipoteca mobiliaria inscrita con un embargo no anotado, pero en el cual el acreedor hipotecario se halle adornado del requisito de la buena fe, indispensable para obtener la protección del sistema registral. Porque en tal hipótesis es indudable que el Supremo, obrando con la misma justificación que ahora, sabrá valorar debidamente la primacía del crédito hipotecario inscrito sobre una afección judicial de embargo, aunque ésta sea anterior si no se ha anotado en el Registro y, por tanto, carece de la publicidad necesaria para perjudicar a tercero.

Nuestro primer Tribunal es el órgano judicial más excelso de los llamados a velar por la recta aplicación del íntegro ordenamiento jurídico y, en los tiempos actuales, una de las parcelas más importantes y de más fecundos resultados de ese ordenamiento está constituida por la legislación que regula la institución sistemática del Registro.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

De la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación.

Notas sobre la delación testamentaria del protutor

Según el artículo 233 del Código civil, *al consejo de familia corresponde nombrar protutor cuando no lo hayan nombrado los que tienen derecho a elegir tutor para los menores.*

Por tanto, con carácter previo a la delación dativa, pueden nombrar protutor las personas a quienes la Ley permite nombrar tutor. Estas son, según el artículo 206, el padre y la madre del menor o incapacitado; incluso se da, entre ambos preceptos, una cierta redundancia, pues este último artículo autoriza a los padres a nombrar a sus hijos tutor y *protutor*. Pero, después, el artículo 207 concede que puedan *nombrar tutor a los menores o incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia*. Y aquí ya no hay redundancia, pues el artículo 207 no menciona al protutor.

Con lo que cabe preguntar, ¿también los extraños del artículo 207 pueden designar protutor?... Si sólo dispusiéramos, para la solución, de los artículos 206 y 207, tendría que ser negativa, pues el 206 autoriza expresamente a los padres a nombrar protutor a sus hijos, y el 207 solamente tutor; sin embargo, parece que, a la vista del 233, se impone la afirmativa: en cuanto a este precepto, la única diferencia es que no resulta redundante.

Ello admitido, se plantea otra cuestión; porque el artículo 233 no dice que puedan nombrar protutor para los menores *e incapacitados* quienes pueden nombrarles tutor..., sino que pueden nombrar protutor—sin precisar para quiénes—los que tienen derecho a nombrar tutor para *los menores*, sin añadir a los incapacitados.

Con ello caben dos interpretaciones: a) referir el «para los menores» al término de referencia, es decir: pueden nombrar protutor para los menores y para los incapacitados los que pueden nombrar tutor para los menores, y b) referir el «para los menores» al término referido, es decir: pueden nombrar protutor para los menores quienes pueden nombrarles tutor.

Gramaticalmente parece preferible la solución *sub*, a), pues «para los menores» está referido al tutor. También lógicamente, pues esta solución equipara el régimen de la delación testamentaria del protutor a la del tutor, y no se ve razón para justificar un régimen diverso.

Los precedentes y concordancias poco pueden ayudar en la exégesis del precepto; en el Código francés—del que se importó la figura—la delación del *subrogé tuteur* es solamente dativa. En el italiano de 1865, cabía la delación testamentaria del protutor (artículo 264), atribuida, como la del tutor, a los padres respecto de los hijos menores (art. 242) y de los interdictos por enfermedad mental (art. 339, § 2.º); al extraño no se le permitía nombrar tutor, pero si instituía heredero o nombraba legatario, podía designarle un curador especial encargado solamente de la administración de los bienes que le dejara (art. 247). En el Proyecto español de 1851 no se admite la delación testamentaria hecha por extraños; se limita al padre, y, en su defecto, a la madre, para los hijos menores (arts. 177-180 y 185), así como curador para los mayores dementes, sordomudos (art. 294) o pródigos (art. 299).

* * *

¿Cabe delación testamentaria de protutor sin hacerse también la de tutor?

La hipótesis es improbable; lo lógico es que, quien designa protutor a un menor o incapaz, lo haga además de designarle tutor (con lo que, si infringe la regla del artículo 235 del Código civil, tal designación será inválida, a tenor del artículo 4.º); pero cabe imaginar también la designación aislada y no se ve argumento alguno contra su validez.

El problema surge cuando la delación legítima del tutor recae en persona que sea pariente de la misma línea que el protutor de-

signado testamentariamente. ¿Qué delación debe prevalecer?... Como quiera que la designación de tutor no está limitada en este sentido, constituyéndose así en punto de referencia para calificar el parentesco del protutor, deberá prevalecer aquélla, considerar nula la de éste, y proceder a su delación dativa, respetando la regla del artículo 235.

FRANCISCO SANCHO REBULLIDA.

La institución y legado “sub modo” en el Código civil

(NOTAS PARA UN ESTUDIO)

INTRODUCCION

Al abordar la interpretación del artículo 797 del Código civil, nos hemos planteado especialmente la coordinación de su párrafo segundo con la doctrina tradicional del modo, según la concepción romanística imperante en nuestro Derecho. Mucho se ha escrito y comentado en torno a sus preceptos desde su promulgación en 1889. Brillantes comentarios se han formulado sobre casi todas las normas que contiene, pero aún quedan lagunas en su interpretación. Existen puntos oscuros que parecen repeler todo comentario, que cuando se estudia el artículo correspondiente, no quedan suficientemente aclarados, porque son eludidos por la doctrina. Ocurre como en esos mapas de zonas inexploradas, en los que sólo se dibuja el contorno, porque se desconoce lo que hay en el interior. Algo de esto, es a nuestro juicio, lo que ha sucedido con el artículo 797, concretamente con los efectos del modo en caso de incumplimiento, o mejor, con los efectos del incumplimiento del modo, ya que son pocos los autores que se ocupan de este problema en obras generales o en monografías, a pesar de su gran trascendencia práctica.

CONCEPTO DEL MODO Y SU DISTINCION CON LA CONDICION

MUCIUS SCAEVOLA (1) lo define, diciendo que el «modo es un agregado de la institución de heredero, por el que se impone a

(1) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, 1897, tomo, 13, pág. 645, Madrid.

éste o al legatario, en su caso, la obligación de dar o hacer alguna cosa».

La condición y el modo—continúa diciendo en su comentario al artículo 797—tienen el carácter de obligaciones, una esencial y otra accidentalmente, pero la obligación que se deriva para el heredero es distinta en sus fundamentos, pues «se cumple la obligación para ser heredero, se cumple, en cambio, el modo por haberlo sido ya».

Esto supone que el heredero condicional puede cumplir o no la condición: no la cumplirá si no quiere los bienes, pero el modo supone la previa aceptación y constituye para el heredero una obligación ineludible.

La condición impide entrar a la herencia, en caso de incumplimiento; el modo exige la efectividad del derecho de suceder, sin que en caso de incumplimiento de la obligación impuesta, por imposibilidad o por otras causas, quede el heredero privado de la sucesión.

Para BONET (2), el *modus* es una determinación destacadamente accesoria de la voluntad que se añade a ella, pero no la compenetra. En la condición potestativa, esta obligación falta: quien ha sido beneficiado con una disposición condicional, sabe que es libre de cumplir o no la condición, y sólo cumpliéndola, conseguirá el beneficio. En cambio, quien ha aceptado una herencia o legado *sub modo*, con esto tiene ya conseguido el beneficio, pero al mismo tiempo ha asumido la obligación de cumplir la carga. De aquí el antiguo axioma: «la condición suspende, pero no constriñe; el modo constriñe, pero no suspende».

DERECHO ROMANO

Creemos conveniente hacer un breve recorrido por el Derecho romano, dada la penuria de textos legales, en el nuestro que nos den una idea clara e inequívoca del modo, y ello porque es el Derecho romano el que claramente perfila su concepto y, además, porque dicho Derecho ha influido extraordinariamente en

(2) F. BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, 1962, págs. 621 y 622, Madrid.

nuestra legislación, proporcionando las líneas maestras de casi todas sus instituciones.

Como señala ARIAS RAMOS (3) en su *Derecho romano*, en los negocios jurídicos que implican una liberalidad, el otorgante señala a veces, al beneficiario, el empleo que ha de hacer de todo o parte del beneficio o le indica cierto comportamiento. Esta cláusula recibe la denominación técnica de *modus*. La diferencia con la condición, estriba en que aquí no se suspende como en aquélla la ejecución de los efectos del negocio, hasta que el acontecimiento se dé; el cumplimiento del *modus* es un deber *a posteriori*, que recae sobre el beneficiado.

«El modo es una carga impuesta a una persona beneficiada con un acto de liberalidad. Es un deber jurídico subsiguiente a la recepción de un beneficio y a él puede ser constreñido el beneficiario por el que lo otorgó o por sus herederos.» Podía asegurarse su cumplimiento por medio de *cautiones* u otros procedimientos indirectos (4).

De todo ello se desprende que el modo por sí mismo no era más que «un ruego con simple eficacia moral» (*modus simplex*) (5), cuyo cumplimiento quedaba a la buena fe del adquirente (del heredero o legatario en el caso que nos ocupa), y que como observa el profesor SANTA CRUZ (6), no determinaba nunca la restitución de los bienes en caso de incumplimiento (salvo en Derecho justinianeo), si no se había establecido así mediante una cláusula o estipulación accesoria (*cautio*). De donde se deduce que la obligación de restituir, en este supuesto, derivaba de dicha cláusula, y en ningún caso del modo.

Podemos concluir, pues, que el incumplimiento del modo en Derecho romano, no implicaba la obligación de restituir, y en esto, entre otras notas, se distinguía de la condición.

(3) ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, 1943, I. pág. 138, Madrid

(4) IGLESIAS: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1958, pág. 152.

(5) ARIAS RAMOS, op. cit., I, pág. 139.

(6) SANTA CRUZ: *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1946, pág. 117.

DERECHO CANONICO

Es frecuente el caso de disposiciones *mortis causa* en favor de una determinada persona, con la carga modal de destinar todos o parte de los bienes al cumplimiento de fines espirituales. A veces, en virtud de negocios a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, con los cuales los donantes determinan que se destinen *ad pias causas* ciertos bienes, entran a formar parte del patrimonio de sujetos ya existentes, a los que se les imponen determinadas obligaciones... Estamos en presencia de actos de disposición modales (7).

El Derecho canónico no tiene disposiciones que regulen especialmente la materia, pues se limita a remitir a los respectivos Derechos civiles, canonizando sus normas.

Modo es para los canonistas «la carga impuesta a una persona favorecida por la adquisición de un derecho o por los efectos de un contrato» (8)

El modo en cuanto tal, nunca vicia el negocio, de suerte que si es posible y honesto, ha de ser observado; pero su incumplimiento no determina la nulidad del acto, aunque el interesado puede exigir que se cumpla.

En consecuencia, tampoco en Derecho canónico el incumplimiento del modo da lugar a la obligación de restituir los bienes adquiridos bajo el mismo.

DERECHO ALEMAN

A diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, el Código civil alemán contiene una regulación bastante amplia del modo.

El causante, en la ordenación de un modo cuyo fin ha determinado, puede encomendar al gravado o a un tercero la elección de la persona que debe recibir la prestación.

Puede exigir el cumplimiento del modo el heredero, el cohe-

(7) DEL GIUDICE: *Nociones de Derecho canónico*, Pamplona, 1955, pág. 257.

(8) MANS y PUIGARNAU: *Derecho matrimonial canónico*, Barcelona, 1954, página 133.

redero y aquel a quien afecte de forma inmediata el fallo del gravado con el modo en primer lugar. Si la ejecución del modo entraña interés público, la autoridad competente.

La ineficacia del modo determina la de la atribución hecha bajo el mismo, si ha de suponerse que el causante no hubiera hecho la atribución sin el modo.

Si el cumplimiento del modo se impide por el gravado, aquel a quien afectaría de forma inmediata el fallo del gravado en primer lugar, puede exigir la entrega de la atribución, según las disposiciones sobre entrega de un enriquecimiento injusto, en tanto que dicha atribución hubiese debido ser aplicada a la ejecución del modo.

Lo mismo ocurre si el gravado está condenado al cumplimiento del modo por sentencia firme y éste no puede ser cumplido por un tercero, siempre que los procedimientos de ejecución forzosa hayan sido empleados contra él sin resultado (9).

Vistas estas normas contenidas en el B. G. B., vamos a pasar al estudio de los escasos preceptos, dos en total, que dedica a la materia el Código civil español, no sin antes advertir que si hemos traído aquí a colación algunos párrafos del Código alemán, no es para apoyarnos en él en la interpretación del nuestro, que se basa en una muy distinta tradición jurídica, sino más bien para que nos sirva de contraste.

DERECHO ESPAÑOL

Nuestro Código civil no contiene una regulación sistemática del modo como ocurre en otras legislaciones, y no sólo esto, sino que no utiliza la expresión «modo» en el artículo 797 ni en el 798 que rigen la materia. No obstante, la doctrina, casi unánimemente, opina que en dichos preceptos el Código se refiere al modo.

«La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que él mismo impusiere, no se entenderá como condición, a no aparecer que ésta era su voluntad.

(9) ENECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, Barcelona, 1955. Apéndice BGB, pág. 449, parág. 2.193 y sigs.

Lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación» (art. 797).

El tan repetido artículo 797, establece en su párrafo primero un criterio interpretativo contrario a la condición (10), ya que para que las declaraciones del testador a que se refiere supongan la existencia de una disposición condicional, ha de «parecer que ésta era su voluntad». Mientras esto no se demuestre, no se considera condición y, por tanto, le serán inaplicables las normas que regulan esta figura.

El verdadero problema está en la interpretación que hemos de dar al segundo párrafo (11), pues según la tesis corriente, parece que en caso de incumplimiento del modo, nace la obligación de restituir o, mejor, entregar los bienes adquiridos *sub modo* a las personas a quienes corresponda con arreglo a derecho. Pero entonces resulta que el modo se viene a convertir en definitiva, en una condición resolutoria potestativa, y es evidente que el legislador no ha podido pretender tan contradictoria solución, que desnaturalizara de ser aplicada el concepto tradicional del modo. Por otra parte, sería absurdo que pusiese tanto empeño en deslindar los conceptos, que señalase, que sólo se reputará condición cuando parezca que es ésta la voluntad del testador, si después ambas figuras jurídicas habían de tener iguales consecuencias prácticas y se hubieran de regir por los mismos principios: si el incumplimiento de las mismas hubieran de tener idénticos resultados en cuanto a la devolución de los bienes.

En nuestra opinión, el incumplimiento del modo no determina obligación alguna de restituir, ni la institución o legado modal da lugar a la obligación de afianzar, porque el párrafo segundo del artículo 797 se refiere no al modo, sino a la condición.

(10) Hay que distinguir entre condición casual y potestativa. El artículo 797 se refiere a esta última; impone un «comportamiento condicionante» (ha de ser cumplida por el heredero o legatario).

(11) Este párrafo, en sentido estricto, sólo impone la obligación de afianzar a los herederos del heredero o legatario, no a éstos, pero la doctrina entiende que si se exige a los primeros, con más razón podrá exigirse a los últimos que están más directamente obligados a cumplir lo ordenado por el testador.

Tal vez esta tesis pueda parecer un tanto atrevida, pero es, a nuestro entender, la única que permite salvar los múltiples elementos contradictorios que inciden en este precepto, conservando su verdadera naturaleza, a la vez que recibe el apoyo de los criterios interpretativos normales: gramatical, sistemático, dogmáticos e histórico, que pasamos a examinar a continuación.

Interpretación gramatical.

Pretendemos demostrar que la frase «lo dejado de esta manera» quiere decir lo dejado bajo condición.

Efectivamente, dicha frase hay que interpretarla en relación con la que antecede inmediatamente: «no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad»; o sea, que el verdadero sentido del párrafo que comentamos es éste: «Lo dejado bajo condición puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación.»

Obsérvese también que el artículo dice: «lo dejado de esta manera» y no «lo dejado de aquella manera», por lo que debe entenderse que se refiere a la última oración del párrafo primero y no a las anteriores.

Interpretación sistemática.

También de la interpretación sistemática del precepto que nos ocupa, recibe nuestra teoría un apoyo considerable. Una de las circunstancias que pueden ilustrarnos más sobre el alcance de un precepto legal, es su comparación con otras disposiciones, y en este sentido creemos muy útil relacionar el artículo 797-2.º y el 800 de nuestro Código civil.

Señala este último, que «si la condición potestativa impuesta al heredero o legatario fuere negativa, o de no hacer o no dar, cumplirán con afianzar que no harán o no darán lo que fué prohibido por el testador, y que en caso de contravención, devolverán

lo percibido, con sus frutos e intereses». O sea, que los mismos principios informan ambos artículos (797-2.º y 800): el afianzamiento y la devolución de lo percibido, con sus frutos e intereses en caso de incumplimiento, por lo que debemos concluir que en los dos casos se trata de una institución o legado condicionales, con la diferencia de que el artículo 800 se refiere a la condición potestativa negativa y el 797-2.º a la condición potestativa positiva.

Interpretación dogmática.

Damos por reproducido en este lugar cuanto dijimos en el apartado relativo al «concepto del modo y su distinción con la condición», pero, además, hemos de señalar la posición de MUCIUS SCAEVOLE, que suponiendo erróneamente que el artículo 797-2.º se refiere al modo, lo critica, diciendo que establece el principio contrario al artículo 759, y que dicho párrafo se resiente de una contradicción inexplicable con la naturaleza del modo hereditario: si el heredero ya ha hecho suya la herencia, y por eso la transmite a sus herederos, ¿dónde está la razón jurídica de la devolución, incluso con sus frutos e intereses? «La devolución de la herencia es de todo punto incomprensible.»

Interpretación histórica.

Ya hemos expuesto anteriormente la doctrina mantenida por el Derecho romano en materia de modo, por ello aquí nos limitaremos a destacar que en dicho Derecho el incumplimiento del modo no daba lugar nunca a restitución. Se admitía, sin embargo, la posibilidad de tal restitución cuando al modo se hubiese añadido una cláusula, estableciéndolo así en caso de incumplimiento, pero entonces la restitución era efecto de dicha cláusula y no del modo.

Esta institución aparece regulada en las leyes 48, título 5, libro 40; 19, libro 32; 40, párrafo 5, título 1, libro 35 del Digesto, y Ley 21, título 9 de la Partida 6. La doctrina contenida en estas

disposiciones concuerda, como dice GOYENA (12), con el artículo 714 del Proyecto 1851, que pasamos a transcribir.

«La expresión del objeto o aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que él mismo impusiere, no se entenderá condición, si no pareciere ser esta su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario, la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses.»

Parece, pues, que el artículo 714, basándose en una fuerte corriente tradicional, sólo admite el legado modal, y no la institución de heredero, pues dice, «lo dejado de esta manera», y el artículo 715, refiriéndose al anterior, señala que, «cuando sin culpa o hecho propio del legatario no pueda cumplirse el legado de que trata el artículo anterior en los mismos términos que ordenó el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conforme a su voluntad».

Sin embargo, el artículo 797 actual, heredero directo de la doctrina contenida en el 714 del Proyecto del 51, realiza en este punto una importantísima innovación al hablar de «la expresión del objeto de la institución o legado», pues con ello admite la institución modal, junto al legado modal.

Jurisprudencia.

Nuestra posición está implícitamente reconocida en varias sentencias del Tribunal Supremo. Recogemos las de 18-XII-53 y 4-VI-36.

Dice la primera que la carga u obligación que se impone a la heredera de acompañar, cuidar y asistir a sus tíos hasta su fallecimiento, si el propio testamento o los hechos coetáneos o posteriores no revelan que el cumplimiento de esa obligación sea la causa de su designación como heredera, y que esté, por tanto, supeditado a su cumplimiento su derecho a la herencia, no tendrá más valor que el de una institución «sub modo», de las que no su-

(12) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, pág. 148 y sigs.

peditan el derecho a la herencia a su cumplimiento, si bien sujetan a quienes se imponen a determinadas obligaciones.

La sentencia de 4-VI-36 se refiere a una demanda formulada por doña C. M., contra la Superiora General del Instituto de Hermanitas de los Ancianos Desamparados de España, ejercitando acción de rescisión de legado e institución hecho por una hermana de la demandante a favor de la demandada, en absoluta y libre disposición, debiendo invertirse el remanente de la herencia con lo demás que le dejó en legado, en la alimentación de las hermanas y pobres o ancianos albergados en el establecimiento y nunca para edificar, deseando la testadora que se rece semanalmente una parte del rosario por su alma. La demandante entiende que es una institución condicional, y no habiéndose cumplido la condición, pues el importe de la herencia no se destinó a los indicados fines, solicita la rescisión.

El Tribunal Supremo dijo, entre otras cosas, que «la resolución que se combate no infringe, como en el recurso se ha afirmado, el artículo 797 del Código civil, al no estimar condicionales aquellas disposiciones, porque del sentido literal y total contenido en las mismas que la Audiencia examina, se deduce con toda claridad que fueron como la sentencia afirma, *instituciones modales*, conforme a aquel precepto, ya que la institución fué hecha con 'absoluta y libre disposición de los bienes, derechos y acciones presentes y futuros', aunque con objeto o fin de invertirse en la alimentación de las hermanas y pobres o ancianos albergados». *En consecuencia, rechaza la pretendida rescisión de la institución y legado.*

Incumplimiento por imposibilidad.

El artículo 798 ordena que «cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario no pueda tener efecto la institución o legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes con su voluntad. Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho pro-

pio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición».

Ya hemos visto que el artículo 797 juega con los conceptos de modo y condición, luego el 798-1.º, al remitirse a aquél, resulta aplicable también al modo y a la condición, admitiéndose el «cumplimiento aproximado» en ambos casos.

En cuanto a la condición, habrá que tener en cuenta si es posible o no el cumplimiento aproximado, en cuyo caso deberá tener lugar en los términos más análogos a la voluntad expresada del testador. Si es absolutamente imposible el cumplimiento, se tiene por cumplido por el artículo 792 (las condiciones imposibles se tienen por no puestas) y por el 798-2.º, que, como hemos visto, admite el cumplimiento interpretativo.

Se extingue el modo cuando sin culpa o hecho propio suyo el heredero no puede cumplir la voluntad del testador, por lo que no existe infracción de la carga impuesta, ni hay motivo legítimo para invalidar la eficacia de la institución (T. S., 2-I-28).

Garantías.

La interpretación que propugnamos plantea el problema de si el instituto heredero o legatario *sub modo* tiene la obligación de garantizar, especialmente que cumplirá el modo, pues ya hemos visto que el artículo 797-2.º se refiere a la condición y, por tanto, no puede servir de fundamento legal a la obligación de afianzar en este caso.

El heredero o legatario *sub modo* ha adquirido irrevocablemente una herencia o legado respectivamente y ha asumido, también irrevocablemente, una obligación que tiene que cumplir; pero, ¿está obligado a garantizar especialmente dicho cumplimiento? Creemos que únicamente en el caso de que el testador lo haya ordenado expresamente, pues fuera de este caso, no existe precepto alguno que imponga la obligación de constituir garantía hipotecaria o pignoratícia, ni fianza, y sólo responderá del incumplimiento del modo al amparo del artículo 1.911, que consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal; como todo obligado sin perjuicio,

como es lógico, de que pueda constituir una garantía especial, real o personal, si consiente en ello.

El artículo 647, invocado por la doctrina en apoyo de la tesis de la restitución de los bienes en caso de incumplimiento, es total y absolutamente inaplicable al caso que nos ocupa, pues no se trata de una condición, sino de un modo, algo muy distinto.

Otra cosa sería si el testador, mediante una disposición accesoría, hubiese ordenado la restitución de los bienes en caso de incumplimiento del modo (modo determinante). Pero en este caso la obligación de restituir deriva, no del modo, sino de dicha cláusula accesoría que tiene un indudable carácter condicional («si no cumples el modo, restituirás los bienes»), siendo el incumplimiento del modo el hecho futuro e incierto, de cuyo acontecimiento depende la efectividad de la condición.

Conclusiones.

De todo lo anteriormente expuesto, creemos lícito extraer las siguientes conclusiones:

1.^a El artículo 797-1.º contiene un criterio interpretativo favorable al modo, al establecer que si se duda si una determinación accesoría de la voluntad es modo o condición, sólo se reputará condición cuando parezca que ésta es la voluntad del testador.

2.^a El párrafo segundo de dicho precepto se refiere exclusivamente a la condición.

3.^a El heredero o legatario *sub modo* no está obligado a prestar fianza ni garantía real.

4.^a Tampoco está obligado a restituir en caso de incumplimiento.

5.^a Está obligado a cumplir el modo y puede exigírsele por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

CELESTINO A. CANO TELLO,

Profesor Ayudante de Derecho Civil.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1. *Ley de Prensa e Imprenta*: condicionamiento sociológico y oportunidad de la reforma.—2. Principales innovaciones.—3. La libertad de Prensa e Imprenta.—4. Impresos o publicaciones.—5. Empresas periodísticas.—6. Registro de Empresas periodísticas.—7. Profesión periodística y directores de publicaciones periódicas.—8. Agencias informativas.—9. Empresas editoriales.—10. Empresas importadoras de publicaciones, Agencias informativas extranjeras y corresponsales informativos extranjeros.—11. Derechos de réplica y rectificación.—12. Responsabilidad y sanciones.—13. Alcance de la nueva Ley respecto al Estado o Entidades públicas, Movimiento Nacional y Organización Sindical.—14. Alcance de la nueva Ley respecto a la Iglesia católica.—15. Disposiciones transitorias.

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 19 de marzo publicó la Ley número 14/66, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

En el año 1959 se nombró una Comisión especial por el Ministerio de Información y Turismo para iniciar los trabajos de un Anteproyecto de Ley de Bases de la Información que regulara el derecho de libre expresión de las ideas, reconocido en el artículo 12 del Fuero de los Españoles, con la limitación de que en ningún caso se atentare a los principios fundamentales del Estado.

La nueva Ley regula una de las modalidades de la expresión de las ideas, la que se realiza por la Prensa e Imprenta, Ley a la que seguirán, según se ha anunciado oficialmente, los Estatutos de las restantes especialidades de la Información: la radiodifusión, la televisión y las artes representativas.

Los estudios de psicología social iniciados a fines del siglo pasado no han logrado la madurez a que se aspira, pero la realidad social que han puesto de relieve condiciona, como toda realidad, a la técnica jurídica en la elaboración de las normas que han de regularla. Y a ella se atienen, en su problemática y en sus solu-

ciones, las Declaraciones de Derechos de las Naciones Unidas, las recomendaciones del Consejo de Europa, la propuesta norteamericana al Convenio sobre libertad de información, la Ley alemana de 1953, la italiana de 1963, la reglamentación de los Consejos de Prensa en Inglaterra y Alemania, y, en general, inspiran las tendencias de todas las reformas reglamentadas o en proyecto en los países occidentales más evolucionados. Todas ellas establecen las mismas limitaciones al ejercicio del derecho, pues ningún Estado puede hoy aceptar el conceder a la Prensa una libertad incondicionada.

Este condicionamiento sociológico, entendido en el más amplio sentido, se impone, a su vez, por la complejidad y volumen de los factores cuyo análisis es imprescindible si se ha de dictar un Estatuto de Información que sea eficaz y justo y al propio tiempo ampare la auténtica libertad en la expresión de las ideas.

Así, por ejemplo, la Prensa no es ya la de fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX, escrita por sectores sociales minoritarios, destinada a restringido número de lectores y con bien menudados medios de información y publicidad. Hoy, como es notorio, las Agencias de información exigen una amplísima organización mundial y capitales tan cuantiosos que por sí mismos engendran monopolios, la Prensa se destina a una sociedad de masas y la publicidad constituye un factor esencial e imprescindible de sus ingresos. Sólo mediante investigaciones realizadas con métodos sociológicos objetivos se puede penetrar en tan complejas estructuras y denunciar los peligros de actuaciones antisociales que es necesario evitar o, al menos, paliar. Por estas razones, la nueva Ley tenía que acomodarse a una triple exigencia: atenerse a la realidad social, reconocer el anacronismo de la Ley de 26 de julio de 1883 y admitir que las cautelas de la Ley de 22 de abril de 1938 son ya innecesarias.

A través de su articulado, la nueva Ley se mantiene constantemente fiel a esta triple exigencia y se puede confiar en que su aplicación y desarrollo constituirá un logro de amplísimo alcance que se incorporará a la vida nacional.

2. Los postulados fundamentales de la Ley son: la libertad de expresión, la libertad de empresa y la libre designación del director.

Sólo la exposición, aunque sea extractada, del texto legal puede conferir un sentido preciso a estos tres postulados fundamentales con más vigor que cualquier comentario. Se procede, pues, a recoger el articulado con la mayor fidelidad y sin omitir nada esencial.

3. Queda sometido a la Ley el derecho de libertad de expresión de las ideas y el de difusión de información cuando ambos se realicen por medio de impresos.

Dichos derechos no tendrán otras limitaciones que las impuestas por las leyes.

La nueva Ley establece las limitaciones siguientes: el respeto a la verdad y a la moral, el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa, la independencia de los Tribunales y la salvaguardia del honor personal y familiar.

La Administración no podrá aplicar la censura previa ni exigir la consulta obligatoria, salvo en los estados de excepción y de guerra previstos en las leyes, pero la Administración podrá ser consultada sobre el contenido de toda clase de impresos por cualquier persona que pudiera resultar responsable de su difusión. La respuesta aprobatoria o el silencio de la Administración eximirán de responsabilidad ante la misma por la difusión del impreso sometido a consulta.

La Administración garantizará el ejercicio de las libertades y derechos que se regulan en la Ley, persiguiendo a través de los órganos competentes, e incluso por vía judicial, cualquier actividad contraria a aquéllos, y en especial los que a través de monopolios u otros medios intenten deformar la opinión pública o impidan la libre información, difusión o distribución.

4. Se entenderá por impreso toda reproducción gráfica destinada, o que pueda destinarse, a ser difundida.

Los impresos se clasifican en publicaciones unitarias y publicaciones periódicas.

En todo impreso se hará constar el pie de imprenta, y antes

de proceder a la difusión de aquél deberán depositarse seis ejemplares del mismo con la antelación reglamentaria. En el caso de diarios o semanarios, se depositarán diez ejemplares de la publicación, o bien el mismo número de reproducciones de su contenido, media hora antes, como mínimo, de su difusión firmados por el director o por la persona en quien éste delegue. En las demás publicaciones el número de ejemplares será el mismo y el plazo de seis horas.

Se reputará clandestino todo impreso en que no figuren las menciones exigidas por la Ley o que se haya difundido sin efectuar el depósito. Se presume la difusión de un impreso cuando no se encuentra ya en poder del autor, del editor o del impresor, la totalidad de los ejemplares, salvo los del depósito.

5. Toda persona natural de nacionalidad española y residente en España que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos podrá libremente constituir o participar en empresas que tengan por objeto la edición de impresos periódicos. Igualess derechos tendrán las personas jurídicas de nacionalidad española y con domicilio en España. Dichas Empresas se denominarán «Empresas Periodísticas».

El patrimonio y el capital de las Empresas periodísticas tendrá que pertenecer necesariamente a personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y residentes en España. Sin embargo, será posible la participación hasta un veinte por ciento en favor de españoles no residentes en España que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

En las Empresas periodísticas constituidas en forma de Sociedad será miembro del Consejo u Organismo administrador, necesaria, pero no exclusivamente, la persona natural que posea por sí sola una participación de más del veinte por ciento del capital o patrimonio social. Las constituidas en forma de Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada deberán tener administración colegiada. Sólo las personas naturales podrán ser administradores de Empresas periodísticas constituidas en forma de Sociedad. En todo caso, los promotores, fundadores y administradores habrán de tener nacionalidad española y residencia en España.

Cuando la forma jurídica que pretenda adoptar la Empresa

periodística sea de cualquier tipo social que limita la responsabilidad de los socios, la Sociedad habrá de tener como objeto social expreso la publicación por cuenta propia de impresos periódicos, y no podrá dedicarse a otras actividades que no tengan relación directa con las de carácter informativo o editorial.

Cuando la forma adoptada sea la de Sociedad Anónima las acciones serán nominativas e intransferibles a extranjeros. Si la cualidad de socio la ostenta una Sociedad por acciones será necesario que sus acciones sean también nominativas e intransferibles a extranjeros, así como que la actividad periodística figure estatutariamente entre las que formen parte de sus fines sociales. En las Sociedades Anónimas que tengan por objeto social la publicación por cuenta propia de impresos periódicos podrá existir, como órgano encargado de velar por la permanencia de los fines ideológicos, la Junta de Fundadores. Esta estará compuesta por un número impar de personas y actuará como órgano colegiado sujeto a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas. La composición y atribuciones de la Junta deberán establecerse en la escritura pública de constitución de la Sociedad y figurarán en unos Estatutos sociales. Podrán conferirse a la Junta las atribuciones que la Ley enumera, y los miembros de aquélla quedan sujetos a las obligaciones impuestas a los administradores.

Con independencia del carácter público del Registro de Empresas periodísticas, anualmente, para información de los lectores, en las publicaciones periódicas se harán constar en espacio preferente los nombres que constituyen sus órganos rectores, los de los accionistas que posean una participación superior al diez por ciento del patrimonio social y una nota informativa de su situación financiera.

La Administración tendrá derecho en todo momento a conocer cómo cubren sus déficits, si los tuvieren, las Empresas periodísticas, así como a inspeccionar la contabilidad y las tiradas de sus publicaciones.

6. Las Empresas periodísticas habrán de inscribirse, antes de dar comienzo al ejercicio de sus actividades, en un Registro de carácter público que se llevará en el Ministerio de Información

y Turismo y que se denominará «Registro de Empresas Periodísticas».

La inscripción se practicará, previa instrucción de un expediente, que se incoará con la solicitud del interesado, en la que deberán constar los datos enumerados en la Ley. El Ministerio de Información y Turismo dispondrá que el expediente de inscripción se publique previamente en el *Boletín Oficial del Estado*, abriendo un plazo de información pública que no excederá de dos meses.

También deberán realizarse inscripciones sucesivas a la primera en los casos fijados en la Ley.

No procederá la primera y sucesiva inscripción: 1.º Cuando en la constitución de la Empresa no se haya dado cumplimiento a normas o requisitos legales. 2.º Cuando no se proporcionen todos los datos que hayan de ser objeto de inscripción o éstos no sean exactos. A tal fin, la Administración podrá exigir o practicar las comprobaciones que estime pertinentes. 3.º Cuando no concurren los requisitos legales de capacidad en la persona titular de la Empresa o en cualquiera de las que ejerzan o hayan de ejercer cargos directivos. 4.º Cuando, oído el Consejo Nacional de Prensa y el Sindicato Nacional de Prensa, pueda racionalmente deducirse que la publicación será utilizada para producir los resultados que trata de evitar la Ley.

Cualquiera de los impuestos expresados determinará la cancelación, de oficio o a instancia de parte, de la inscripción vigente.

Contra la resolución ministerial que deniegue cualquier inscripción en el Registro de Publicaciones Periódicas podrá interponerse recurso ante el Consejo de Ministros y el ulterior recurso contencioso-administrativo.

Una vez inscrita en el Registro, la Empresa periodística participará en los beneficios de carácter tributario, económico, postal, de distribución, comunicación y cuantos otros análogos se otorguen. Siempre que éstos tengan finalidad compensatoria, directa o indirecta, la Administración aprobará los precios de venta o de prestación de servicios informativos.

7. Un Estatuto de la profesión periodística, aprobado por Decreto, regulará los requisitos para el ejercicio de tal actividad,

determinando los principios generales a que debe subordinarse y, entre ellos, el de profesionalidad, previa inscripción en el Registro oficial, con fijación de los derechos y deberes del periodista y especialmente del director de todo medio informativo; el de colegiación, integrada en la Organización Sindical, que participará en la formulación, redacción y aplicación del referido Estatuto y el de atribución a un Jurado de ética profesional de la vigilancia de sus principios morales.

Al frente de toda publicación periódica, o Agencia informativa, en cuanto medio de información, habrá un director, al que corresponderá la orientación y la determinación del contenido de las mismas, así como la representación ante la autoridad y Tribunales en las materias de su competencia. La Ley fija: los requisitos imprescindibles para desempeñar el cargo de director, entre los cuales figura el de poseer el título de periodista inscrito en el Registro oficial y las prohibiciones para ser director.

El director tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico; es responsable de cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo; goza de un poder típico para representar y obligar al empresario en todo lo relativo al ejercicio de las funciones a su cargo y, especialmente, en cuanto a las responsabilidades que se deriven de la publicación periódica de que se trate.

El director será designado libremente por la Empresa periodística.

Será también designado un subdirector o sustituto interino, en quienes recaerán, en caso de suplencia, las atribuciones y responsabilidades del director.

8. Se consideran Agencias informativas las Empresas que se dediquen en forma habitual a proporcionar noticias, colaboraciones, fotografías y cualesquiera otros elementos informativos. Su creación será libre, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la Ley para las publicaciones y Empresas periodísticas. La responsabilidad de las Agencias y de sus directores se regirá por las mismas normas que las de las Empresas periodísticas y de las de los directores de publicaciones periódicas, y en ningún caso se excluirán entre sí.

Podrá ser concedida a una Agencia nacional en representación de las Entidades públicas y de los medios informativos o en régimen cooperativo de estos últimos, la distribución en exclusiva y sin discriminación alguna de las noticias procedentes de Agencias extranjeras.

9. Toda persona natural o jurídica, de nacionalidad española y con residencia en España, que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, podrá constituir o participar en Empresas que tengan por objeto principal la realización por cuenta propia de las publicaciones unitarias definidas en la Ley. Dichas Empresas se denominarán «Empresas Editoriales». Podrán participar en ellas, hasta un cincuenta por ciento de su patrimonio social o capital, los españoles no residentes en España en quienes concurren los demás requisitos señalados y las personas naturales pertenecientes a los países de áreas idiomáticas española y portuguesa. Si la publicación unitaria fuera editada por cuenta de su autor y sin pie editorial dicho autor asumirá la responsabilidad y deberes de la Empresa editorial, siendo subsidiariamente responsable el impresor.

Las Empresas editoriales deberán inscribirse antes de dar comienzo al ejercicio de sus actividades en el Registro público que se llevará en el Ministerio de Información y Turismo y se denominará «Registro de Empresas Editoriales». La inscripción se practicará previa instrucción de un expediente en que se harán constar los datos enumerados en la Ley.

Contra la resolución ministerial que deniegue o cancele cualquier inscripción en dicho Registro podrá interponerse recurso ante el Consejo de Ministros y el ulterior recurso contencioso-administrativo.

Una vez inscrita en el Registro la Empresa editorial, participará de los beneficios de carácter tributario, económico, postal, de distribución, comunicación y cuantos otros análogos se otorguen.

10. Las empresas importadoras de publicaciones editadas en el extranjero habrán de inscribirse, antes de dar comienzo a sus actividades, en un Registro público que se llevará en el Ministerio de Información y Turismo, con la denominación de «Registro de Empresas Importadoras de Publicaciones Extranjeras». A estas

Empresas les será de aplicación lo dispuesto para las Empresas editoriales.

La difusión en territorio nacional de los impresos editados en el extranjero, de cualquier clase y en cualquier lengua que estén redactados, se ajustarán a lo que se disponga en las normas reglamentarias correspondientes, en las que se determinarán los requisitos necesarios para proceder a la difusión de dichos impresos; así como los relativos a la identificación de los importadores responsables.

Las Agencias informativas extranjeras que actúen en España para suministrar material informativo al extranjero estarán obligadas a acreditar a sus corresponsales ante el Ministerio de Información y Turismo.

Los corresponsales informativos de cualquier medio de difusión extranjero deberán acreditarse ante el Ministerio de Información y Turismo, donde se llevará un Registro de los mismos. Cuando los corresponsales tengan nacionalidad española deberán reunir los requisitos exigidos en España para el ejercicio de la profesión periodística. El Ministerio de Información y Turismo podrá cancelar la inscripción de aquellos corresponsales cuyas informaciones sean falsas o resultaren tendenciosas.

11. Toda persona, natural o jurídica, que se considere injustamente perjudicada por cualquier información escrita o gráfica que la mencione o aluda, inserta en una publicación periódica, podrá hacer uso del derecho de réplica en los plazos y en la forma reglamentariamente determinados. Podrán también ejercitar este derecho los representantes legales del perjudicado, así como sus herederos, si hubiera fallecido.

El director de la publicación de que se trate tiene el deber de insertar el escrito de réplica en uno de los tres números siguientes al día de su entrega, si se trata de publicación diaria, y en uno de los dos primeros números siguientes, si se trata de publicación semanal o de periodicidad más dilatada.

El escrito de réplica deberá, en todo caso, circunscribirse al objeto de la aclaración o rectificación, y su inserción habrá de realizarse en la misma plana y columna y en los mismos caracteres tipográficos con que se publicó la información, y será gra-

tuita cuando no exceda del doble del número de líneas del texto o espacio gráfico al que se replica. La publicación de que se trate no podrá incluir en el mismo número, comentarios o apostillas a la réplica.

Contra la negativa del director de la publicación podrá el interesado acudir en queja ante el Ministerio de Información y Turismo, el cual, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda, y oído el director del periódico, podrá ordenar la inserción solicitada u otra equivalente. Contra la resolución del Ministro cabrá recurso contencioso-administrativo.

Los directores de las publicaciones periódicas están obligados a insertar gratuitamente en el número siguiente a su recepción cuantas notas o comunicaciones les remitan la Administración o autoridades o a través de la Dirección General de Prensa o las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Información y Turismo, rectificando o aclarando información publicada en aquella sobre actos propios de su competencia o función.

12. La infracción de las normas que regulan el régimen jurídico de Prensa e Imprenta dará origen a la responsabilidad penal, civil o administrativa que proceda.

La responsabilidad criminal será exigida ante los Tribunales de Justicia, de conformidad con lo establecido en la legislación penal y por los trámites que establecen las leyes de procedimiento.

Ahora bien, cuando la Administración tuviere conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito cometido por medio de la Prensa o Imprenta, y sin perjuicio de la obligación de la denuncia en el acto a las autoridades competentes, dando cuenta simultáneamente al Ministerio Fiscal, podrá, con carácter previo a las medidas judiciales que establece el título V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento judicial, ordenar el secuestro, a disposición de la autoridad judicial, del impreso o publicación delictivos, donde quiera que éstos se hallaren, así como de sus moldes, para evitar la difusión. La autoridad judicial, tan pronto como reciba la denuncia, adoptará la resolución que proceda respecto del secuestro del impreso o publicación y sus moldes.

La responsabilidad civil derivada de delito cuando no pueda hacerse efectiva en los autores que menciona el artículo 15 del

Código penal recaerá con carácter subsidiario en la Empresa periodística, editora, impresora e importadora o distribuidora de impresos extranjeros, y la derivada de actos u omisiones ilícitas no punibles será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario. La insolvencia de las personas jurídicas dará lugar a responsabilidad civil subsidiaria a sus administradores, salvo que éstos hayan manifestado previamente su oposición formal al acto. La responsabilidad patrimonial del Estado y la de las autoridades y funcionarios en relación con los actos que la nueva Ley regula se regirá por lo dispuesto en el título IV de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La responsabilidad administrativa por infracción de los preceptos legales y reglamentarios en materia de Prensa e Imprenta será exigida independientemente de que las infracciones sean o no constitutivas de delito.

La Ley clasifica las infracciones administrativas en muy graves, graves y leves, y para la imposición de las correspondientes sanciones distingue según que la responsabilidad afecte al autor o director o a los empresarios o Empresa.

Compete corregir las infracciones: las de carácter leve al Director general de Prensa o al de Información, en su caso; las de carácter grave al Ministro de Información y Turismo y las de carácter muy grave al Consejo de Ministros.

Contra los acuerdos que impongan las sanciones podrá recurrirse en vía administrativa ante el Ministro de Información y Turismo de los adoptados por la Dirección General de Prensa o de Información, en su caso; el Consejo de Ministros de los adoptados por el Ministro de Información y Turismo, y al mismo Consejo, en súplica, por lo que éste hubiera acordado.

Contra los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

13. El régimen de las Empresas, Agencias de información y publicaciones constituidas o que puedan constituirse por el Estado o Entidades públicas, el Movimiento Nacional y la Organización Sindical quedará sujeto a lo establecido en las disposiciones creadoras de aquéllas, sin perjuicio de dar cumplimiento a los requi-

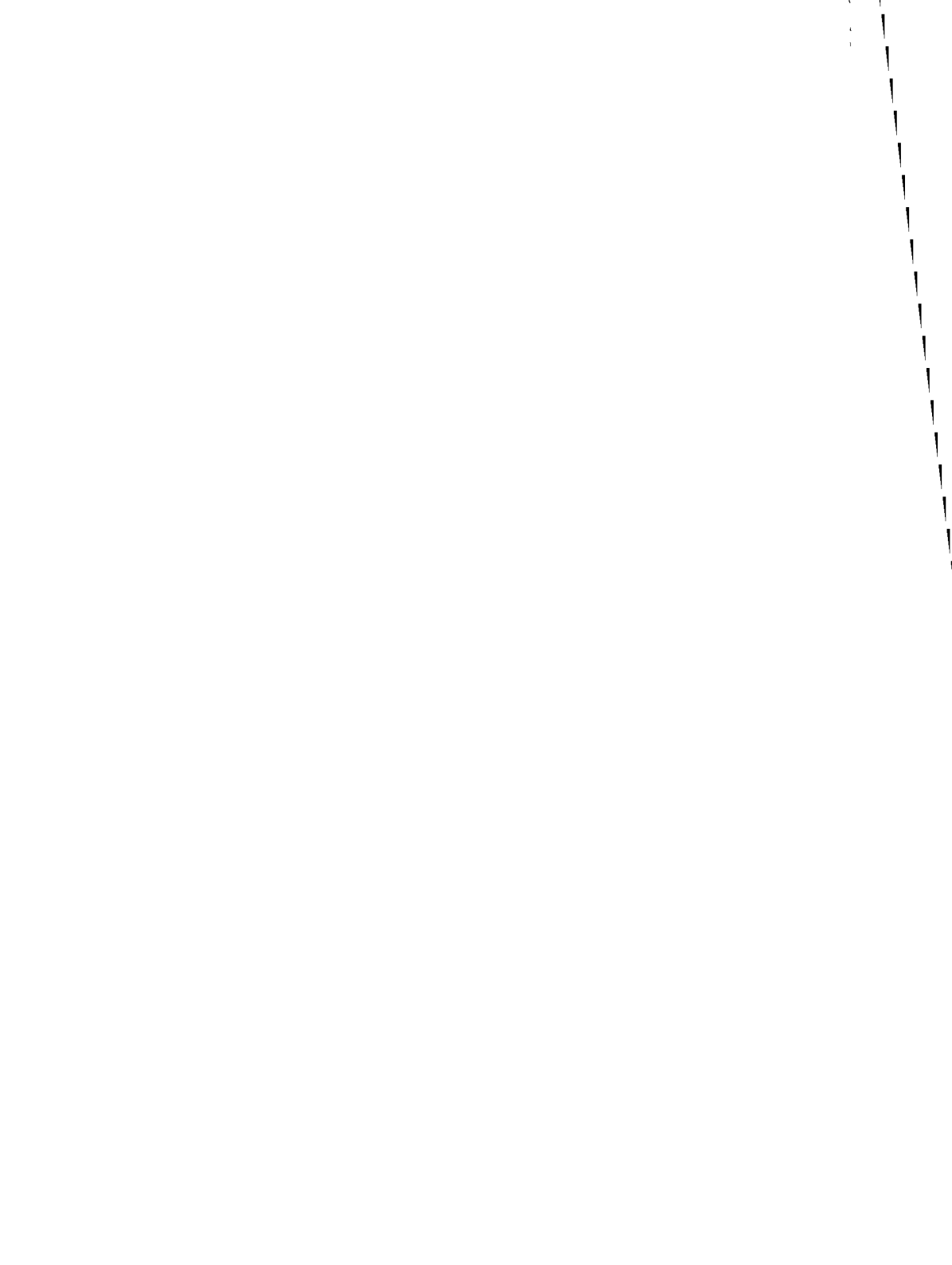
sitos exigidos en la Ley y en las disposiciones reglamentarias dictadas para su aplicación.

14. Para resolver las cuestiones que pueda suscitar la aplicación de la Ley a las publicaciones de la Iglesia católica, dependientes de su Jerarquía, el Gobierno y la Comisión Episcopal de Medios de Comunicación Social adoptarán los acuerdos procedentes.

15. En el plazo de un año, a partir de la entrada en vigor de la Ley, todas las Empresas periodísticas, Empresas editoriales, Agencias de información y publicaciones se acomodarán a lo que en ella se dispone, procediendo a inscribirse en los respectivos Registros. No obstante, quedarán subsistentes: las proporciones de capital extranjero que debidamente autorizadas existiesen en las Empresas periodísticas y editoriales con anterioridad a 1 de enero de 1966, y en su forma actual las Empresas periodísticas que hayan hecho uso del derecho reconocido en la disposición transitoria décimosegunda de la Ley de Sociedades Anónimas.

FRANCISCO DE COSSÍO.

JURISPRUDENCIA



Resoluciones y sentencias

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

INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA LEGAL SOBRE LOS DERECHOS QUE CORRESPONDEN A UN FIDEICOMISARIO CONDICIONAL SUJETO A LA LEGISLACIÓN DE CATALUÑA.

- 1.º DADO QUE EL ARTÍCULO 197 DE LA COMPILACIÓN ESTABLECE QUE MIENTRAS NO SE DEFIERA EL FIDEICOMISO AL FIDEICOMISARIO PODRÁ ÉSTE ENAJENAR, GRAVAR, RENUNCIAR Y SEÑALAR PARA EL EMBARGO SU DERECHO DE ADQUIRIR LA HERENCIA O LEGADO FIDEICOMITIDOS, LIMITÁNDOSE TALES ACTOS A LOS BIENES QUE A DICHO DEFERIMIENTO LE CORRESPONDAN, Y QUEDANDO SIN EFECTO SI—POR SER LA SUSTITUCIÓN CONDICIONAL—NO LLEGASE EL MISMO, ES EVIDENTE SU HIPOTECABILIDAD.
- 2.º NO SE INFRINGE EL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, QUE HAY QUE CONSIDERARLO PRECEPTIVO CUANDO LO QUE ORDENA SEA DE POSIBLE CUMPLIMIENTO, SI, COMO EN EL PRESENTE CASO, QUE POR SU PROPIA ESENCIA EL DERECHO ESTÁ SOMETIDO A UNA DOBLE INDETERMINACIÓN: SU MISMA SUBSISTENCIA, SEGÚN SOBREVIVA O NO EL FIDEICOMISARIO AL FIDUCIARIO, Y SU EXTENSIÓN CUANTITATIVA, SEGÚN SEA MAYOR O MENOR EL NÚMERO DE FIDEICOMISARIOS QUE AL FIDUCIARIO SOBREVIVAN; LA EXPRESIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS FIDEICOMISARIOS EN DATOS MATEMÁTICOS PRECISOS ES DE INSUPERABLE FIJACIÓN.
- 3.º PERO COMO FALTA LA INSCRIPCIÓN PREVIA DEL DERECHO DEL FIDEICOMISARIO, ESTE GRAVE OBSTÁCULO REGISTRAL IMPIDE QUE SE INS-

CRIBAN LOS ACTOS DE TRANSMISIÓN O GRAVAMEN DE TAL DERECHO POR IMPERATIVO DEL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO, CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 17 de marzo de 1966 («B. O.» de 12 de abril de igual año.

Don R. R. ordenó en su testamento un prelegado de las casas números 16 y 17 de la plaza de Yessesps, de Barcelona, en favor de su hija doña M. R., condicionado a que «si la legataria falleciese sin dejar descendencia, las casas que le prelega pasarán a sus otros hijos, R. y M. y a su nieto R. R., por iguales partes, y si en aquel entonces alguno hubiere fallecido, su parte pasará a sus hijos por derecho de representación». A consecuencia de la sentencia del Tribunal Metropolitano de Tarragona, en la que se declaró la separación de los cónyuges don R. R. y doña C. G., el Juzgado de Primera Instancia número 12, de Barcelona, en trámites de ejecución de la misma, ordenó, en sentencia de 2 de marzo de 1962, que se constituyera hipoteca legal suficiente sobre los derechos que el marido ostentaba como fideicomisario en la tercera parte de las casas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, que estarían afectados desde el día 25 de mayo de 1961, para responder del pago de la pensión alimenticia mensual de 11.000 pesetas a que fue condenado por sentencia de 15 de enero de 1955, y pedida al Juzgado por la demandante, doña C. G., la constitución de la referida hipoteca legal, así fue acordado, expidiéndose por duplicado el oportuno mandamiento.

Presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la precedente sentencia, en cuanto en ella se acuerda la constitución de hipoteca legal sobre los derechos que don R. R. ostenta como fideicomisario de la tercera parte de las fincas relacionadas, por el defecto de no estar determinados matemáticamente tales derechos, ni estar adquiridos en la actualidad, ni por tanto constar inscritos en el Registro a nombre del hipotecante, no pudiéndose cumplir con lo taxativamente ordenado en el artículo 20, párrafo

primero, de la Ley Hipotecaria, ni reconocerse hoy la extensión del derecho que se pretende hipotecar».

Interpuesto recurso por doña C. G., la Dirección, con revocación parcial del auto apelado, que rechazó totalmente la nota del Registrador, de acuerdo con el recurrente y el Juez que intervino en el procedimiento; la Dirección—repetimos—, con revocación parcial del autor presidencial, confirma la nota del Registrador en cuanto a la falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario, en méritos de la razonada doctrina siguiente:

Que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una hipoteca legal constituida al amparo del artículo 73-6.º del Código civil sobre los derechos que corresponden a un fideicomisario condicional sujeto a la legislación catalana, no inscritos a su nombre en las fincas legadas objeto del fideicomiso.

Que los fideicomisarios, siempre que fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de su derecho al amparo del artículo 84 del Reglamento Hipotecario, sin que a ello obste el que sean condicionales, al permitirlo los artículos 9-2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y figurarán en el Registro como titulares de una expectativa protegida jurídicamente, por lo que los actos que sobre tal derecho se realicen tendrán carácter provisional hasta que se haga constar, en su caso, el cumplimiento de la condición que les afecta.

Que, según el artículo 197 de la compilación de Derecho civil especial de Cataluña, mientras el fideicomiso no se defiera al fideicomisario podrá éste enajenar, gravar, renunciar y señalar para el embargo su derecho de adquirir la herencia o legado fideicomitidos, limitándose tales actos a los bienes que le correspondan al deferirse el fideicomiso, y quedará sin efecto si por ser la sustitución condicional no llegase a deferirse, por lo que, evidentemente, tal derecho es susceptible de hipoteca, y a ésta no podrá negársele el acceso a los libros registrales si reúne los demás requisitos necesarios para ello y siempre que no haya obstáculo de otra índole que lo impida.

Que si bien es cierto que conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario las inscripciones de partes indivisas de finca o derecho deben precisar con datos matemáticos la participación de cada uno de los varios cotitulares, hay que entender que

ello sólo es preceptivo en los casos en que es posible hacerlo, pero no en aquellos otros como en el de los fideicomisarios condicionales del Derecho catalán, en los que por su propia esencia el derecho está sometido a una doble indeterminación: de su misma subsistencia—según sobreviva o no el fideicomisario al fiduciario—y de su extensión cuantitativa—según sea mayor o menor el número de fideicomisarios que sobrevivan al fiduciario—, a pesar de lo cual cabe que el fideicomisario disponga de su derecho, según el citado artículo 197 de la compilación, por lo que tales actos dispositivos han de tener acceso al Registro de la Propiedad, pues de lo contrario se vulnerarían las bases mismas del sistema hipotecario, que procura siempre la máxima concordancia entre aquél y la realidad extrarregistral.

Que la indeterminación derivada de la posible premorencia del fideicomisario no puede ser obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ya que, además de la evidente validez de sus actos dispositivos, con arreglo a la legislación especial de Cataluña, la Ley Hipotecaria admite expresamente la hipoteca en supuestos de indeterminación que afectan a la subsistencia misma del derecho, por lo que tales hipotecas pueden quedar sin ningún valor ni efecto en un momento futuro, como en los supuestos de hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro del artículo 107-7.º o de bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas del artículo 107-10, o que estén afectados, incluso de presente, de la inseguridad derivada de un pleito ya iniciado, como en el caso de hipoteca de bienes litigiosos del artículo 107-9.º de la Ley.

Que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario, que al establecer la regla general sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos en los supuestos en que lo admita la naturaleza misma del

derecho que se hipoteca, y no en aquellos otros, como en el caso del número 9 del artículo 107 y sobre todo en el del fideicomisario condicional de la legislación catalana, que por su misma esencia está siempre afectado de inseguridad en cuanto a su subsistencia, y en algunos casos, además, en cuanto a su extensión cuantitativa.

Que en el caso concreto que se examina se advierte la existencia de un grave obstáculo registral, como es el de la falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario, lo que impide que se inscriban los actos de disposición o gravamen de tal derecho hasta tanto no se practique dicha inscripción omitida por imperativo del principio de tracto sucesivo, consignado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

* * *

Puso sobre el tapete—valga la expresión—el Registrador al defender su posición de que los derechos sobre los que se constituye la hipoteca no estaban adquiridos en la actualidad por el hipotecante (el fideicomisario), un viejo problema no dilucidado plenamente aún. Y con apoyo en—también—dos antiguas y harto conocidas resoluciones, las de 28 de agosto de 1911 y 6 de abril de 1912, que no admitieron la hipoteca constituida por reservatarios, porque lo que se tiene es una «esperanza», no un derecho real (LÓPEZ DE HARO, *Legislación Hipotecaria*, pág. 186), dada la afinidad de una y otra institución, como indicamos, resucita una antigua polémica.

Con la manera exhaustiva de producirse, en su docta monografía *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, por lo que atañe a las Reservas, la explana JUAN VALLET DE GOYTISOLO (concretamente, pueden consultarse las páginas 200 a 212 del tomo II de su *Separata*, año 1960). Y allí, rebatiendo la conclusión de ROCA SASTRE de que «el derecho del reservatario es enajenable, y no es personalísimo, si bien su transmisión *mortis causa*, en cuanto a su efectividad, es imposible institucionalmente», escribe que puede deducirse que la excepción a las reglas normales, que limita la sucesión legal de los ascendientes, *sólo es aplicable para obtener el fin para el cual fue creado el precepto* y a favor—con carácter colectivamente

personalísimo—de los parientes de la línea y del grado indicados en el mismo precepto, *por lo cual no debe admitirse que sea transmitida*. De modo que: no debe permitirse que, a través de ese medio de evitar que los bienes salgan de la familia, se especule anticipadamente con su transmisión a terceras personas, de forma que daría pábulo a la usura y al agio, de un modo parecido, si no igual, al que el artículo 1.271-2.º del Código civil quiso impedir. La Ley no impuso la sujeción de la reserva al reservista para llegar a ese resultado sino para un fin muy diverso y específicamente concretado (páginas 211 y 212, ob. c.).

Ciertamente, impresionan estos argumentos del ilustre VALLET, pues «pendiente» la condición al permitirse la enajenación de tales derechos, se desvirtúa el fin de la reserva (especialmente la del art. 811), permitiendo que los bienes salgan de la familia.

Pero si, como razona el insigne Roca—siquiera *en hipótesis constructiva puramente dogmática*, en expresión de VALLET—, no siendo este derecho del reservatario *subjetivado o personalísimo*, pues su extinción está sujeta a *un evento*: que fallezca—dicho reservatario—antes que el reservista, es indudable que estamos a presencia de una condición que refuerza el matiz de no ser derecho personalísimo éste del reservatario (ver página 323 en *Estudios de Derecho Privado*, volumen II, Roca SASTRE).

En cuanto al segundo argumento de VALLET: que la transmisión a terceras personas dé pábulo al agio o la usura, lo que trata de impedir el artículo 1.271, párrafo segundo del Código civil, lo refuta la sentencia de 18 de abril de 1942 (cita Roca, obra citada, página 326).

Más terminantemente aún se pronuncia el repetido maestro Roca SASTRE respecto al fideicomisario (objeto de la presente Resolución) al afirmar que el derecho de los fideicomisarios se refiere a *una herencia ya abierta*, y, por tanto, no cae dentro de la órbita del artículo 1.271 del Código civil. El artículo 109 de la Ley Hipotecaria, en su redacción anterior, admite la renuncia de los fideicomisarios, pendiente el fideicomiso (página 56).

Sin embargo—insistimos—, la cuestión no está del todo despejada y enlazada al tema de la renuncia del reservatario que tan magníficamente explana JUAN VALLET (vid. página 212, con la remisión al problema, por más extenso, en su citada obra); es me-

recedora de un escrupuloso estudio, a pesar de los muchos de que ha sido objeto.

Ciñéndonos a la Resolución que nos ocupa, el artículo 197 de la compilación previó lo que determina el 84 del Reglamento Hipotecario; soluciona el problema de hecho planteado sin admitir a nuestro juicio discusión.

Pero ¿y si la cuestión surge en Derecho común? Aquí no tenemos ese especial artículo 197 de la compilación de Cataluña y los apartados del artículo 107 de la Ley Hipotecaria que se aducen en el Considerando 5.º como validez de la hipoteca en supuestos de indeterminación, al ser expresos no parece quepa extenderlos a otros no especificados y más tratándose de derechos que por ser «esperanzas» aún no están en poder del hipotecante (fideicomisario), razón por lo que el artículo 108 de la primitiva Ley les negó su hipotecabilidad, como con toda oportunidad dijo el Registrador.

No obstante, ¿qué razón tiene de ser el artículo 84 citado del Reglamento? (1).

Y como complemento a lo citado, debe también consultarse el fino estudio de JOAQUÍN SAPENA, *La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador* (Separata, Editorial Reus, 1954).

(1) Con referencia, además, al Tema, XXXIV, Inscripción de Sustituciones Fideicomisarias, véase *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, págs. 702 y siguientes, tomo II, 1954. Muy acertadas—como de ordinario—las observaciones de Roca al precepto reglamentario—art. 84—, siempre cabrá cuestionar sobre la «realidad» (*como opuestos a los de obligación*) de esos derechos del fideicomisario, o si lo que se lleva a los libros son más bien *titularidades*, y esto, claro, aunque se afirme, recaen sobre bienes sin objetividad precisa.

CANCELACIÓN DE HIPOTECA INSCRITA A NOMBRE DE AMBOS CÓNYUGES, SIN ATRIBUCIÓN DE CUOTAS Y PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL. HECHA EFECTIVA LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA POR EL MARIDO DEUDOR, PUEDE SER, SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU MUJER, CANCELADA TAL HIPOTECA.

Resolución de 23 de febrero de 1966 («B. O.» de la de marzo de igual año).

Por escritura autorizada en Cabra (Córdoba) ante el Notario don Angel Machicado Alcaraz, el 29 de noviembre de 1960. don R. C., representado por don J. R., concedió a don R. O. un préstamo de 50.000 pesetas, en garantía de cuya devolución el deudor hipotecó a favor de la sociedad conyugal constituida por el acreedor y su esposa, doña F. R., dos fincas rústicas que le pertenecían, y, una vez devuelto el préstamo, el 29 de abril de 1965, don R. C., representado por don J. R., otorgó escritura de carta de pago y cancelación de la hipoteca.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento porque siendo titulares de la hipoteca que se cancela don R. C. y su esposa doña F. R., conjuntamente, y para la sociedad conyugal, es necesario, conforme a los artículos 82 de la Ley Hipotecaria, 96 y 178 de su Reglamento y 1.413 del Código civil, que dicha titular preste su consentimiento a la cancelación otorgada solamente por el marido, o se supla con la autorización judicial. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado».

Interpuesto recurso por don José Luis Pascual Esteban, Notario autorizante de la escritura de cancelación de hipoteca. la Dirección, con revocación del Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, declara ser inscribible aquella en méritos de la ajustada doctrina siguiente:

Que en este recurso se debate una cuestión idéntica a la contenida en las Resoluciones citadas en los vistos acerca de si pue-

de el marido cancelar por si solo una hipoteca inscrita a nombre de ambos cónyuges, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales, una vez que el deudor ha hecho efectiva la obligación garantizada, o si, por el contrario, necesita además el consentimiento de la mujer, conforme al artículo 1.413 del Código civil.

En consecuencia, que habrá de aplicarse idéntica doctrina y reiterar, según lo expuesto en las mencionadas Resoluciones, que procede inscribir la escritura de cancelación calificada, porque, aun sin desconocer la naturaleza del acto dispositivo que encierra y la distinta importancia que los ordenamientos jurídicos conceden a los actos por los que se constituyen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas obligatorias de aquellas otras que engendran efectos jurídicos reales, es lo cierto que la reforma del artículo 1.413 del Código civil, ha de entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el 1.412, que permite al marido, como administrador de la sociedad legal de gananciales, cobrar los créditos pendientes, por lo que al quedar extinguida la obligación personal y dada la accesoriedad del derecho de hipoteca, tiene el marido facultad para consentir válidamente la cancelación, y con ello facilitar la armonía entre las declaraciones contenidas en los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, así como evitar perjuicios al propietario de la finca gravada.

* * *

Como se indica en el primero de los dos Considerandos, la presente no es más que una ratificación de lo declarado reiteradamente por nuestro Ilustrado Centro en sus—para nosotros—impecables Resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, por lo que a las mismas y nuestras observaciones a ellas nos remitimos (véase por todas la nota a la de 8 de junio de 1964, páginas 916 y siguiente, número julio-agosto 1965 de esta REVISTA).

2. Sentencias del Tribunal Supremo

C I V I L

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1966—*Comunidad de pastos. Aplicación del artículo 602 del Código civil.*

Existía desde tiempo inmemorial comunidad de pastos entre los vecinos de Almarza de Cameros y los dueños de la finca o coto redondo de Ribabellera, comunidad, según los demandados, recíproca, anual, de tipo germánico.

Los propietarios de esta finca la cerraron con alambre espinoso, basándose en lo dispuesto en el artículo 602 del Código civil.

En la demanda se pidió, entre otros extremos, que para que el disfrute de los pastos discurra por los cauces normales, se condene a los demandados a levantar el cerco de alambre espinoso, con el que cerraron el terreno sobre el que se ha de ejercitar el aludido derecho de mancomunidad de pastos en el coto redondo de Ribabellera.

La sentencia del Tribunal Supremo contiene, entre otros, los siguientes considerandos:

Considerando: Que en relación con la naturaleza del derecho de pastos discutido, que la sentencia del Juzgado calificó de servidumbre de pastos y la de la Audiencia de comunidad relativa de derechos (disfrute de los pastos), al no haber sido impugnada en el recurso, cualquiera que sea la opinión que merezca a esta Sala, hay que partir de tal calificación, examinando el alcance del artículo 602 del Código civil, cuya aplicación indebida se denuncia en el motivo segundo.

Considerando: Que refiriéndose dicho precepto, según la doctrina científica, prevalece a las comunidades de pastos entre los vecinos de uno o más pueblos constituidas con anterioridad a la vigencia del Código, dado su espíritu contrario a la indivisión que la comunidad de pastos supone, manifestada en el artículo 600, que prohíbe en adelante la constitución de comunidades de pastos entre los vecinos de uno o más pueblos, el antes citado artículo 602, confirmando en parte y en parte rectificando mediante una excepción el artículo 388, reconoce en el vecino cuyos predios estuvieren dentro de una comunidad de

pastos, el derecho a librarse de la comunidad, y, por ende, de la servidumbre de pastos, si cerca con tapia o seto su finca, espíritu legal que llega a su completa expansión, quizá abusiva en el apartado segundo del propio precepto, según el cual, quien se sale de la comunidad por el cerramiento de su finca, conserva su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas, sólo paliado con el ejercicio recíproco de su derecho de cercamiento, en ocasiones irrealizable por antieconómico.

Considerando: Que la doctrina expuesta hace perecer el motivo segundo del recurso, al no ser tampoco aplicable la jurisprudencia invocada, relativa a supuestos completamente distintos, viniendo implícitamente a confirmar, o a reconocer directamente—como la sentencia de 19 de noviembre de 1949—la aplicabilidad del artículo 602 del Código civil a las comunidades vecinales de pastos de origen inmemorial, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Es interesante esta sentencia, porque tal vez sea la única que de manera terminante y clara aplica el artículo 602 del Código civil a las comunidades de pastos anteriores al Código.

Ya el recurrente decía que es copiosa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la retroactividad en lo que afecta a servidumbres de pastos, no así en lo que se refiere a mancomunidades de pastos, creyendo no existe ni una sola sentencia en la que se haya declarado que el repetido artículo 602 es aplicable a situaciones anteriores al Código civil.

Dicho recurrente sostenía la no aplicación a comunidades anteriores al Código. Argumentó así: Para que el artículo 602 del Código civil pudiera tener efectividad sobre esta situación, anterior al mismo (retroactividad), tenía que haberlo expresado terminantemente; al no expresarlo, deben entrar en juego las disposiciones transitorias de dicho Cuerpo legal. Y afirma esta opinión el artículo 600 del mismo Código, al prohibir el establecimiento de comunidades de pastos a favor de universalidades de individuos y de bienes, cuando literalmente dice: «La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo...», lo que evidencia que el Código respetó las situaciones anteriores, siendo únicamente aplicable el 602 a las comunidades establecidas con posterioridad a su publicación y vigencia.

La doctrina no ha estado unánime en cuanto a la expresada retroactividad. Dice Manresa (6.ª edic., revisada por Pou de Avilés) que algunos opinan—especialmente respecto del artículo 602—que se trata del desarrollo del régimen jurídico nuevo, iniciado en el artículo 600, que mira sólo a las comunidades y servidumbres que en lo por venir se establezcan. Pero, aparte de que el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de noviembre de 1892, aplica el artículo 603 a comunidad anterior a 1 de mayo de 1889, los que tal opinan, añade, olvidan el espíritu que informa esta parte del Código: espíritu contrario a la indivisión que la comunidad de pastos supone. Realmente, sigue comentando, con el artículo 600 poco lograría el legislador en el camino de sus aspiraciones, si no estuvieran, además, los artículos 602 y 603, que vienen a facilitar la terminación del estado de confusión de la comunidad de bienes, por los medios que a los dueños de los predios gravados con la servidumbre de pastos ofrecen para librarlos de semejante carga.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1966.—*Título para reivindicar: Testamento.*

Con motivo de una acción reivindicatoria, se planteó la cuestión de la insuficiencia del título esgrimido. Se trataba de un testamento no seguido de escritura particional.

La sentencia declara: Si bien es cierto que el título genérico del dominio (testamento) debe, corrientemente, ser completado por el título específico (partición), ello no es necesario cuando está clara la institución de bienes determinados a una sola persona individual o jurídica llamada a ellos, no existiendo, por tanto, coherederos, como sucede en el caso de autos, en que, aparte de ciertos legados de cosa específica, bien definidos, la herencia corresponde, por entero, a la entidad que reivindica; los que le fueron dejados en testamento, y si por título, a efectos de la acción que se ejercita, ha de entenderse la justificación dominical, ésta aparece clara en la fundamentación de la sentencia de instancia, en razón de actos y situaciones que ratifican y complementan la institución hereditaria, a cuyo amparo se acciona y que se aprecian como resultado del material probatorio aportado al proceso, cuya estimación, por la Sala, a este respecto, no ha sido objeto de impugnación.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.—*Compraventa con condición suspensiva. Contrato fiduciario. Simulación relativa. Incongruencia.*

Entendemos que las diversas cuestiones debatidas en la *litis* que originó esta sentencia merecen una amplia reseña de la misma. La que hacemos a continuación

Don J. B. L., representado en concepto de pobre por un Procurador, por escrito de fecha 19 de febrero de 1962, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Albacete demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra don E. O. S. y don C. y don J. O. E., exponiendo como hechos: Primero: Que desde el año 1940 hasta 1958, ambos inclusive, el actor estuvo dedicado a la exportación de abonos orgánicos, siendo concesionario durante esos años, por el Ayuntamiento de Albacete, de los servicios de extracción de pozos negros y letrinas; que debido a esta profesión habitual, se relacionó con agricultores y ganaderos de toda España, llegando estas relaciones a ser muy cordiales con la mayoría de ellos; que en los frecuentes viajes llegó a conocer las ganaderías de sus clientes, interesándose por las de reses bravas, y en el año 1949, el actor contrató con el arrendatario de la plaza de toros de Albacete, don C. P., el subarriendo de la misma, para la celebración de novilladas de carácter económico; que en este primer año, que el actor tuvo a su cargo dicho subarriendo, el negocio fué bastante bueno, y por ello, durante varios años más, contrató con el Ayuntamiento de Albacete, propietario de la citada plaza: que después del citado año, el negocio empezó a decrecer inesperadamente, hasta el punto de que el actor se dejó en dicho negocio todo el dinero que poseía y también el obtenido por el Banco Hipotecario de España,

en dos hipotecas sobre una finca de su propiedad, y por lo cual, en el año 1954, tuvo que abandonar los negocios taurinos; que en los años que estuvo dedicado a empresario taurino, uno de los ganaderos de reses bravas con quien más intimó, fué demandado don E. O. S., entre otras razones, porqué fué quien más facilidades dió al actor en cuanto a la adquisición del ganado, hasta tal punto que en la mayoría de los carteles de los festejos taurinos que organizó, novillos de la ganadería de don E. O., acompañando certificación del Ayuntamiento de Albacete, acreditativa de que el actor se hizo cargo del arrendamiento de la plaza de toros (documento número uno). Segundo: Que al abandonar el actor los negocios taurinos, tuvo que hacer la correspondiente liquidación monetaria, con todas aquellas personas con que había tenido relación para dicho negocio, resultando que, entre otras deudas, debía a don E. O. S., la cantidad de 200.000 pesetas, en concepto, entre otros de menor entidad, de ganado; que debido a la anterior liquidación, aunque sólo fuera en parte, pues aún quedaba por liquidar al señor O., el actor se quedó absolutamente sin dinero, poseyendo como únicos bienes de su propiedad, una finca urbana con las siguientes características: «Un edificio con fachadas a las calles de Cervantes y León.» Tercero: Que el actor en el año 1954, para atender numerosas deudas, tuvo que hacer una tercera hipoteca de 400.000 pesetas a favor de don J. C. del M.; que no obstante este dinero obtenido, fué insuficiente para atender al pago de todas las obligaciones contraídas, y por ello, debido a la íntima amistad que le un a al señor O. S., le pidió, no obstante lo que le debía, le prestara algún dinero, a lo que accedió, prestándole 190.000 pesetas, cantidad que sumada a las 200.000 que ya le debía, hacían un total de 390.000 pesetas; que el señor O. le pidió que le garantizase de modo eficaz esta operación, y pens  que la única forma de garantía posible, era que el actor le hiciera una venta simulada de la finca descrita en el hecho anterior y, al mismo tiempo, extender un documento privado, en el que se reflejara la verdadera operación de préstamo, al lo que accedió el actor, teniendo en cuenta la situación en que se encontraba; que, así las cosas, el día 3 de junio de 1954, se hizo escritura pública de compraventa, cuyo contenido, en sus más importantes cláusulas, era el siguiente: Primero: Que don J. B. vendía, por medio de dicha escritura, la finca aludida al señor O. S. Segundo: Que la venta se realizaba para garantizar a don E. O. la cantidad de 425.000 pesetas, que dicho señor había entregado al actor, en calidad de préstamos, por tiempo de tres años y al interés del 5 por 100 anual. Tercero: Que, no obstante la venta, la finca mencionada seguiría siendo de don J. B. Cuarto: Que el señor B. atendería al pago de los préstamos en garantía, de los cuales fué hipotecada la finca vendida. Quinto: Que pagada que fuera la cantidad adeudada, venían obligados a otorgar la correspondiente escritura de venta al señor B. Sexto: Que si por el señor B. no fueran satisfechos, tanto el capital adeudado como los intereses en los plazos fijados, podía el señor O. hacer suya la finca, sin más requisito que el de apercibir al deudor mediante acta notarial de su decisión de dar por resuelto el contrato por incumplimiento del mismo. Que de las mencionadas cláusulas, se desprendía que se trataba de un préstamo con garantía y su objeto era claro, y por ello no merecía comentario, acompañando copia de la citada escritura, así como copia del documento privado de préstamo con garantía y una nota del Registro de la Propiedad, en la que consta la inscripción de la hipoteca hecha a favor de don J. C. Cuarto: Que la citada escritura pública de compraventa, según se deducía de su simple

lectura, era simulada, comparándola con el documento privado, de préstamo con garantía, reflejada, con ciertas limitaciones, en el documento privado de 3 de junio de 1954, suscrito entre el actor y el señor O.; que dichas limitaciones se referían a la cantidad entregada, no fué la de 425.000 pesetas que se aluden en el documento, sino 390.000 pesetas, como probaría en su momento; que las otras limitaciones se referían al *pacto comisorio*, reflejado en la cláusula sexta del documento, prohibido por la Ley. Quinto: Que una vez descubierta la verdadera intención de los contratantes, exponía a continuación la conducta posterior de los demandados: Que conforme se estipuló en el documento privado de fecha 3 de junio de 1954, el actor comenzó a enviar dinero al señor O. S., destinado a la amortización del capital del préstamo aludido; que las entregas parciales realizadas, totalizaron el día 20 de marzo de 1958—fecha en que el actor dejó de enviar dinero—, la cantidad de 164.000 pesetas, que aún estaban en poder del señor O. S.; que en esta fecha, aproximadamente, el actor, por la triste circunstancia de caer gravemente enfermo, aquejado de parálisis, dejó de enviar dinero a dicho señor O., pues todo el que tenía disponible, tuvo que dedicarlo a su urgente curación; que dicha enfermedad se puso en conocimiento del repetido demandado, rogándole que, dada la situación, esperara un poco, hasta ver el resultado de dicha enfermedad; que no obstante esta notificación, el señor O., el día 2 de diciembre de 1959, requirió notarialmente al actor e inquilinos de la finca, en el sentido de que, a partir de la fecha del requerimiento, se abstuviera el actor de cobrar las rentas y los inquilinos para que pagaran al apoderado del señor O., quien desde entonces era el único dueño de la finca; que como el actor y familia no disponían de otra clase de ingresos que los producidos por la finca, unido a su grave enfermedad, tuvo que recurrir para poder subsistir a la ayuda de familiares y amigos; que posteriormente al requerimiento notarial, el señor O. había accedido a que el actor se hiciera cargo nuevamente, en concepto de dueño de la finca, cuya reivindicación pedían; pero para que ello fuera posible, según le habían dicho, era preciso que abonase al repetido señor O. todas las cantidades que figuraban en una liquidación que le envió, la cual estaba abultada por una serie de partidas que, en modo alguno, debía pagar el actor, a menos que se justificasen debidamente, y, además, se decía, por si ello fuera poco, que debía abonar la cantidad de 150.000 pesetas que exigían unos señores que habían comprado la finca; que probaban lo expuesto con todos los justificantes de las diversas remesas de dinero realizadas por el actor, un extracto de cuenta, certificación médica acreditativa de la enfermedad que padecía el actor, copia del requerimiento notarial mencionado y varias cartas cruzadas entre ambos contratantes. Sexto: Que la razón de demandar a don E. O. y sus hijos don R. y don C. O. E., conjuntamente, radicaba en el hecho de que, en la actualidad y desde el 19 de abril de 1961, la titularidad de la finca, cuya reivindicación solicitaba, estaba a nombre de los tres demandados, los cuales se la adjudicaron al fallecimiento de la esposa de don E., acaecido el 18 de diciembre de 1956. Séptimo: Que el señor O. S. sabía que los documentos citados—escritura pública de compraventa y privado de préstamo con garantía, ambos de igual fecha—por si solos eran ineficaces para transmitir el dominio, a su favor, de la aludida finca, sin antes recurrir al procedimiento fijado por la Ley; que al despojar al actor de la finca de su propiedad, cuyas rentas constituían el único medio de subsistencia para él y su familia, se había visto obligado a recurrir a préstamos de toda clase de amigos y familiares lejanos.

para atender a los más elementales gastos de una familia modesta; que sus hijos menores tuvieron que abandonar sus estudios y se le habían producido una serie de perjuicios a que tendría que hacer frente el demandado, por vía de indemnización, acompañaba dos cartas dirigidas al actor por el señor O. S. en el sentido de requerirle para que liquidara las cuentas pendientes o se vería obligado a promover el correspondiente procedimiento judicial. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia, declarando: Primero: Que la escritura pública de compraventa de fecha de 3 de junio de 1954, otorgada por el actor y don E. O., ante Notario, respondió al sólo propósito de concertar un préstamo garantizado, mediante el disfraz de una compraventa. Segundo: Que dicha operación de préstamo con garantía, aparecía reflejada en el documento privado de fecha de 3 de junio de 1954, si bien debería tener como no puesto el contenido de la cláusula sexta del mismo, por ser contrario a lo dispuesto en la Ley y modificada la cuantía del préstamo en 390.000 pesetas. Tercero: Que no obstante la escritura de compraventa y documento privado de igual fecha, la finca descrita en el hecho segundo, continuaba perteneciendo, en concepto de único y pleno dueño, al actor. Cuarto: Que por los demandados se otorgase el correspondiente documento público de cancelación de la inscripción registral correspondiente, por ser nulo el título que sirvió de base a la misma, y nueva inscripción a favor del actor. Quinto: Que, previa determinación de los daños y perjuicios causados al demandante por los demandados, se condenase a éstos al pago de la indemnización correspondiente, de acuerdo con las bases fijadas. Sexto: Se condenase igualmente a los demandados al pago de las costas. Por medio de otrosí se solicitó la anotación preventiva de la demanda. Admitida a trámite la demanda, se acreditó en autos el fallecimiento del actor don J. B. L., personándose en forma en los mismos su viuda doña C. A. M., por sí y en representación de sus hijos menores, y dado traslado de aquélla a los demandados, comparecieron los mismos en los autos, representados por un Procurador, y contestaron la demanda, exponiendo como hechos: Primero: Que negaban todos los de la demanda, en cuanto se opusieran a los que establecían a continuación, que nada tendrían que objetar al hecho primero, a no ser las grandes facilidades que el actor reconocía, le fueron dadas por el señor O. para la adquisición de ganado y que por ello se le debía una cantidad, pero encima este señor le hizo entrega de una cantidad equivalente a la primera, para contribuir a que reorganizase su vida el demandante, al margen del mundo taurino. Segundo: Que el demandante empezaba con una contradicción evidente, al afirmar que al cesar el señor B., tuvo que hacer una liquidación económica con las personas que le habían facilitado lo necesario para este negocio, reconociendo la existencia de una deuda con don E. O., por la cantidad de 200.000 pesetas, en concepto de ganado obtenido de su ganadería, el que no abonó. Tercero: Que en el hecho primero de la demanda se afirma que en el año 1949, el actor contrató con el entonces arrendatario de la plaza de toros de Albacete, el subarriendo de la misma, y que, posteriormente, tuvo que realizar dos hipotecas, pero éstas nunca las pudo dedicar a los negocios taurinos por ser anteriores a éstos; que el señor O. S. pidió al actor garantías suficientes para el pago de la cantidad que ya le adeudaba, al no haberle pagado el ganado que le compró y la cantidad que le entregó posteriormente; que se convino con el actor que éste le vendía la casa, por la cantidad exacta que en aquel momento tenía recibida, o sea, las 200.000 pesetas que se hicieron

figurar en la escritura, y no interesando al señor O. tener propiedades en Al-bacete y menos una finca urbana, entonces decidió darle la posibilidad al actor de retraer la casa, siempre y cuando le abonara la cantidad ya pagada y la que en aquel momento le entregó, a cuyo fin respondía exclusivamente el documento privado de fecha 3 de junio de 1954; que con otorgársela escritura pública de 3 de junio de 1954, se irrogaron al señor O. S. hechos económicos perjudiciales, no obstante haberse pactado que fueran de cuenta del vendedor, como eran: 1. Gestoria encargada de la tramitación posterior.. 2. Minuta del Notario... 3. Derechos reales.. 4. Exceso de timbre... 5. Inscripción en el Registro. 6. Plus Valia. , cuyos gastos justificaban con la primera copia de la escritura citada que acompañaba; que reconocían como auténtico el documento acompañado a la demanda con el número ocho, pero al mismo se le daba una interpretación particularísima, copiando sus cláusulas, pero no literalmente, y así se omitía al decir que se transcribía la cláusula segunda «que el tiempo del préstamo es el de tres años, a contar de la fecha del citado documento y que el interés sería pagadero por anualidades vencidas en el domicilio del acreedor»; en la transcripción de la cláusula tercera, que siendo de la propiedad real del actor, «siempre que éste cumpla las condiciones estipuladas que se especifican en el exponendo anterior» (que es precisamente la de pagar la cantidad adeudada en el tiempo pactado con sus intereses correspondientes) y se omitía también en este exponendo, que, «por tanto, serán de cuenta del señor B cuantas contribuciones, impuestos y gastos de toda clases se hayan de hacer por causa de los edificios vendidos, a cuya conservación y buen uso se atendería con el mismo esmero y solicitud que lo hizo hasta el día de hoy»; el exponente cuarto del documento privado no era el que se transcribía de contrario, sino que concreta que «el señor B. atenderá al pago de amortización e intereses de los préstamos en garantía de los cuales fué hipotecada la finca vendida, en los plazos y condiciones estipuladas en las correspondientes escrituras de hipotecas», el exponendo quinto del citado documento obligaba al señor O., para el caso de que el actor hubiera cumplido los compromisos adquiridos, a reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de otorgarse la escritura de venta a su favor; en el exponente sexto se especifica, para el caso de incumplimiento contractual por parte del actor, la forma de resolver el contrato privado, por incumplimiento del mismo, estableciéndose en el séptimo, que, tanto los gastos de escritura otorgada ante el Notario, los impuestos que la gravasen, los del contrato y los que se ocasionen en su día, serían de cuenta exclusiva del actor, facultando a continuación al mismo, para percibir, mientras el documento privado estuviera subsistente, las rentas, alquileres y beneficios de todas clases que produjese la finca; que ignoraban, de momento, de quién podría partir la idea de hacer constar, en el citado documento, la cifra de 425.000 pesetas, como importe del préstamo, pero nunca pudo partir del señor O., puesto que éste siempre había referenciado la cifra real, como se probaba por los propios documentos presentados por el actor. Cuarto: Que, resumiendo, el documento privado, de fecha 3 de junio de 1954, imponía al demandante la obligación, para poder hacer uso del derecho que al mismo se le confería, de devolver en el plazo máximo de tres años el importe de la cantidad adeudada al señor O., más los intereses de la misma, a razón del 5 por 100 anual; pagar cuantas contribuciones, impuestos y gastos de todas clases hubiera que hacerse por causa de los edificios vendidos, y únicamente

para el caso de cumplir con sus obligaciones, podría considerarse como propietario real de la finca al vendedor; que se pactó, para el caso de incumplimiento, por parte del actor, de aquellas obligaciones que contraía, la facultad a favor del señor O de dar por rescindido el contrato privado, recordando toda su fuerza la escritura pública otorgada entre los mismos, por el simple hecho de apercibir al deudor mediante acta notarial. Quinto: Que era cierto que el actor envió, en distintas ocasiones, hasta un total de 164.000 pesetas, y aunque no recordaba exactamente si lo verificó por el procedimiento a que se refieren los documentos acompañados a la demanda, no tenía inconveniente en reconocerlos; que a partir del mes de marzo de 1958, en que el actor envió 10.000 pesetas, dejó éste de enviar ninguna cantidad de dinero a cuenta de su deuda y no sólo esto, sino que llegó a conocimiento del señor O. S. que el actor había dejado de pagar todas sus obligaciones que iban venciendo y a cuyo pago estaba obligado, según el documento privado, recibos de contribución, impuestos y amortización de las hipotecas; que por causas que desconocían, la escritura de compraventa no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta el 11 de febrero de 1959, y el actor conocedor de que el señor O. no había inscrito la escritura de compra a su favor, concertó en el mes de febrero de 1959, con don P. M. T., según documento privado de 21 de dicho mes y año, la venta de las casas que habían sido objeto de la escritura de venta a favor del señor O., en la cantidad de 1.650.000 pesetas, comprometiéndose el comprador, a pagar las deudas de contribuciones e impuestos, así como las hipotecas, comprometiéndose el actor en el citado documento a sufragar la mitad de los Derechos reales que gravase la transmisión, el comprador hizo entrega a cuenta del precio 15.000 pesetas, y el señor B. a que don E. O. firmara la escritura de venta a favor del señor M., y hechas las oportunas gestiones encaminadas a ello, por fin comparecieron ante Notario para la preparación de la oportuna escritura, encontrándose ya enfermo el señor B., presentándose en la Notaría la esposa del mismo, acompañada de su abogado, dando orden al Notario de no preparar la escritura, porque no estaba la esposa del señor B. dispuesta a consentir que su esposo prestara su aprobación a la misma, debiendo advertir que los tratos preliminares de la venta a favor del señor M. no tuvo conocimiento el señor O., pues podían afirmar únicamente que cuando se percataron de la inscripción en el Registro a su favor, fué cuando le avisaron al demandado; que a pesar de que el señor O. contaba entonces cerca de ochenta años, se vió obligado a efectuar un nuevo desplazamiento los días 3 y 4 de abril siguientes, ante el aviso de que se había arrepentido de su actitud la familia B., a pesar de los múltiples intentos por otorgar la escritura, nada se consiguió. Sexto: Que si la solución definitiva hubiera sido la firma de la escritura a favor del señor M. T., el señor B. optó por no pagar ningún recibo a su cargo, según lo pactado, y don E. O. quien tenía que hacer frente a los recibos del Banco Hipotecario de España, por los semestres correspondientes a junio y diciembre de 1958 y junio de 1959, por la cantidad total de 79.918 pesetas con dos céntimos, acompañando los recibos justificativos de ello. Séptimo: Que acompañaban con el número cinco de documentos carta suscrita por el actor, dirigida al Letrado del señor O., fechada el 13 de julio de 1959, en la que reconocía, no obstante el documento privado de 3 de junio de 1954, que el único dueño, en definitiva, de las casas era el señor O., rogando a éste

que fuera él quien pusiera las cosas en orden, solicitando, además, que anticipase lo necesario y manifestando «que tendría ocasión de reintegrarse de lo que anticipé». «El único que puede hacerlo todo con plena garantía es don E. Pidale, por favor, que se apiade de nosotros», rogándole a continuación una contestación rápida, «pues estamos sin vida»; que a dicha carta se contestó por dicho Letrado con otra, fechada el 15 de julio de 1959, en la que se prevé el resultado final del asunto, y el señor B. contestó con la que se acompañaba del número siete, fecha 24 de julio de 1959, en la que expresamente reconoce que «cada día que pasa los gastos suben más y todos de su cuenta.» Octavo: Que se encargó al Agente de la Propiedad, señor S., que estuviera al cuidado de los pagos de contribuciones e impuestos, y dicho señor recibió una carta de fecha 5 de septiembre de 1959, del Recaudador de Hacienda, que acompañaba, en la que se advierte el embargo que podía sobrevenir sobre la casa, si no se hacía efectiva la cantidad que se adeudaba a la Hacienda por diversos conceptos; que como consecuencia de ello, tuvieron que abonar al indicador Recaudador el 10 de septiembre de 1959, por los conceptos que se expresan, las cantidades de 12.277 pesetas con 99 céntimos y 2.939 pesetas con 87 céntimos. Noveno: Que el actor siguió sin hacer frente a ningún pago, aunque cobraba íntegramente todas las rentas que producían las fincas, las que destinaba a su propio beneficio, no obstante lo pactado, y reiterando en su actitud, recibió al señor O. aviso del Banco Hipotecario, por haberse subrogado ya en las hipotecas que tenía que hacer frente, como lo hace en 31 de octubre de 1960, al pago de los semestres de amortización e intereses correspondientes a diciembre de 1959 y junio de 1960, por un total de 41.400,60 pesetas, según los recibos que acompañaba. Décimo: Que ante la conducta del actor y haciendo uso de lo estipulado en la cláusula sexta del documento privado referido, se diera por resuelto el citado contrato, por incumplimiento de las obligaciones del demandante y haciéndolo en la forma prevista en el mismo, de apercibirle por acta notarial de darlo por resuelto, reconociendo como legítimo el documento acompañado a la demanda con el número 25, y, asimismo se otorgó poder a favor de don R. S. para que éste administrara las fincas y notificase a los inquilinos se abstuvieran de verificar el pago al actor, lo que se llevó a cabo por requerimiento notarial de fecha 2 de diciembre de 1959; que ni qué decir tenía que los inquilinos, presionados por el actor, tardaron tiempo y no fué precisamente a partir del mes de diciembre de 1959 cuando empezaron a pagar las rentas, acompañando dicho requerimiento notarial. Undécimo: Que siguió el actor en su actitud de incumplimiento del documento privado, aunque ya resuelto posteriormente, y hubo de hacer frente al pago de los recibos que acompañaba como documentos números 28 al 46, por los distintos conceptos de contribuciones e impuestos a que hacían referencia, por un total de 6.345,45 pesetas; que a partir de enero de 1960, se empezaron a hacer efectivos los alquileres de las casas y haciendo frente a los oportunos gastos de contribuciones e impuestos, amortización de hipotecas, etc., como correspondía al propietario legítimo de una finca, y ello no obstaba para que en el mes de diciembre de 1962 hubiera de hacer frente a una cantidad aproximada a las 30.000 pesetas, en virtud de acta levantada por la Inspección de Hacienda, por diferencias en las bases tributarias que servían de norma al pago de la contribución, y ello en relación con los años anteriores. Décimosegundo: Que por haber ocurrido el fallecimiento de la esposa

de don E. O. el 18 de diciembre de 1956 y haberse verificado la compra de la finca objeto de *litis* en estado de casado y tener las mismas el carácter de gananciales, hubo de proceder al otorgamiento de la escritura de ampliación de herencia, ya que esta finca, por descuido involuntario, no había sido incluida en el cuaderno particional, lo que dió origen a la escritura que acompañaba, en la que se justificaba lo pagado con exceso de timbre, derechos reales e inscripción en el Registro, ascendente a la cantidad de 30.479,34 pesetas, a cuya cifra había que añadir los honorarios del Notario autorizante de la misma. Décimotercero: Que en el hecho tercero de la demanda se hace referencia a la hipoteca que el actor, pocos días antes del otorgamiento de la escritura de venta a favor del señor O., había constituido sobre la finca de su propiedad a favor del señor C. del N., por la cantidad de 400.000 pesetas de principal, intereses y costas; que como no podía por menos, el actor no atendió al pago de los intereses ni del principal de la citada hipoteca, por lo que el acreedor hipotecario instó el oportuno procedimiento judicial, llegándose al nombramiento de administrador judicial de la finca secuestrada y el anuncio de subasta y para evitar la cual el señor O. hubo de abonar al señor C. la cantidad de 437.478 pesetas el 13 de octubre de 1959, según justificaba con el documento que acompañaba, señalado con el número 48, y sin perjuicio de liquidar, posteriormente, los demás gastos habidos y los del otorgamiento de la escritura de cancelación, se comprometió el acreedor hipotecario a desistir del procedimiento y solicitar la suspensión de la subasta...; que se abonaron, asimismo, 1.500 pesetas por exceso de timbre y 7.538,67 pesetas por derechos reales; que era digno hacer constar que el administrador judicial que había sido nombrado en el procedimiento ejecutivo por el acreedor señor C., cuando rindió cuenta de su gestión había un saldo favorable a la administración de 21.098,65 pesetas, y como cuando se efectuó el citado señor C. ya había desistido del procedimiento, por haber percibido el principal e intereses, resultaba que dicha cantidad se la entregaron al actor, quien la aplicó a su uso particular, sin destinarla a ninguna de las obligaciones que había contraído en el documento privado de 3 de junio de 1954; que el citado administrador que percibió las rentas de agosto a noviembre de 1959, tampoco pagó ningún recibo de contribución e impuestos. Décimocuarto: Que tan prolijo fué el actor en el abandono de sus obligaciones contractuales que tampoco abonó los recibos del Seguro de Incendios, haciéndolo el señor O., como justificaba con los documentos números 54 y 55, por una cantidad de 1.299,40 pesetas. Décimoquinto. Que acompañaba carta, dirigida al Letrado del señor O., por la que se demostraba que el actor incumplió lo pactado en la cláusula tercera del documento privado de 3 de junio de 1954, en cuanto se obligó a atender con esmero y solicitud a la conservación y buen uso de los edificios vendidos. Décimosexto: Que era insostenible, después de las justificaciones referidas de los pagos que tuvo que realizar el señor O., que, conforme decía la demanda, el contenido del documento de 3 de junio de 1954 era un gran negocio para el señor O., dando lugar a la situación del señor B.; que para que el repetido señor O. pudiera conservar la casa que había adquirido, tuvo que desembolsar, posteriormente, por pagos necesarios e ineludibles la cantidad de 688.349,42 pesetas, además de verse privado de la cantidad desembolsada inicialmente y a lo que había que añadir en una liquidación definitiva la comisión abonada a O. R. S., por la venta que él presentó y no se realizó por culpa de la familia B., así como la minuta de

honorarios del Letrado que asesoró las gestiones extrajudiciales; que el ofrecimiento de liquidación, hecho por la parte actora, no era cierto, puesto que no consignan cantidad alguna y en la carta que acompañaban con el número 29, suscrita por el Letrado de la contraparte de fecha 26 de junio de 1961, se pedían facilidades para el pago, cuando habían de pagar la mitad de momento, sin indicar cuándo harían efectivo el resto, y cuando se les contestó que tenían que abonar la cantidad total de una sola vez, como corresponde en los retractos, aunque hubiera pasado el plazo, no volvieron a tratar sobre el particular. Invocó los fundamentos legales aplicables a la contestación, y a continuación formuló reconvencción, basada en los siguientes hechos. Primero: Que reconocía la parte demandante en los hechos segundo y tercero de la demanda, haber recibido del señor O. S. la cantidad de 390.000 pesetas en forma que expresa, estando, asimismo, reconocido en el documento de 3 de junio de 1954, que dicha cifra devengaría un interés del 5 por 100 anual y que las entregas que se hicieran dejarían de devengar interés desde el día siguiente al de su entrega, y haciendo la cuenta de dichos intereses con arreglo a lo pactado y, considerando, de momento, como fecha tope la del 31 de mayo de 1962, ascendían tales intereses a la cantidad de 111.469,28 pesetas, en concepto que se podría llamar capital e intereses, ascendía por tal a la cifra de 501.469,28 pesetas Segundo: Que ante el incumplimiento del actor de sus obligaciones contractuales, el señor O., por la necesidad imperiosa de conservar las fincas que había adquirido, única garantía que el mismo pudiera tener para el caso de que el señor B. hubiera ejercitado el retractor, aun después de habérsele pasado el plazo, tuvo que hacer frente a los pagos que se detallaban en el hecho tercero de la contestación, los citados en el hecho sexto, en el hecho noveno, en el hecho undécimo, en el hecho duodécimo, en el hecho décimotercero y en el hecho décimocuarto, que ascendía en total a la cantidad de 688.349,42 pesetas; Que sumados los conceptos expresados en el hecho primero de esta reconvencción, con los citados en el precedente, ascendían a la cantidad de 1.189.818,60 pesetas; que si se estimase la demanda inicial se tendría que estimar también la reconvencción, puesto que en caso contrario se daría la paradoja de verse el señor O. perjudicado en sus intereses por la cifra citada, sin olvidar que bastante perjuicio se le había ocasionado, con haber tenido necesidad de distraer una cantidad tan considerable de sus negocios propios. Invocó, asimismo, los fundamentos de derecho que estimó aplicables a la reconvencción y suplicó se dictara sentencia, por la que se desestimara la demanda, absolviendo a los demandados de la misma, y declarar bien hecha la resolución del contrato privado de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura otorgada en igual fecha y *ad cautelam*, para el caso de estimar la demanda, condenar a los actores al pago de la cantidad de 1.189.818,70 pesetas, más aquellas otras cantidades legítimas que pudieran determinarse en período de prueba o en ejecución de sentencia, intereses legales y costas... Conferido a la parte actora traslado para la réplica, lo evacuó, insistiendo en los hechos y fundamentos legales de su demanda, y contestando a la reconvencción, se opuso a la misma, haciendo constar que los demandados pretendían cobrar unos intereses a los que habían renunciado, así como una cantidad que ya habían percibido; que reconocían su deuda por una cantidad de 799.599,40 pesetas, de cuya cantidad habría que descontarse la renta líquida que hubiera producido la finca durante el tiempo que la habían detentado los demandados, así

como la cantidad a que fueran condenados, en concepto de indemnización; que dicha cantidad había sido ofrecida a los demandados, por lo que estimaban que no procedía su reclamación, y después de citar los oportunos fundamentos legales, suplicó sentencia, por la que se les absolviese de la reconvención y se acogiera la demanda inicial en la forma interesada. Y dado traslado para súplica a la representación de la parte demandada, lo evacuó, ratificando los hechos y fundamentos de derecho de su contestación y modificando el hecho primero de la reconvención en el sentido de que en ejecución de sentencia se fijaría la cantidad a pagar por los actores, y para el supuesto de que se estimase la demanda, reproducían los hechos de la reconvención y haciendo constar, en ambos casos, que debería deducirse de la cantidad total que resultare la de 164.000 pesetas y terminó con la súplica de que se dictara sentencia en la forma que ya tenía interesado, si bien las cantidades a abonar por los actores se fijarían en ejecución de sentencia... Practicada la prueba, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que desestimó totalmente la demanda origen de autos, absolviendo de la misma a los demandados y declarando bien hecha la resolución del contrato privado suscrito entre las partes con fecha de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura otorgada en igual fecha, sin hacer expresa imposición de costas... Interpuesto Recurso de Apelación, la audiencia dictó sentencia, por la que confirma la apelada en cuanto desestimaba la demanda, y revocándola en el sentido de ser nula, la escritura pública de compraventa otorgada por don J. B. L. y don E. O. S., con fecha 3 de junio de 1954 y válido y eficaz el contrato privado de igual fecha, suscrito entre las mismas partes, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias.

Formalizado Recurso de Casación, se declaró haber lugar en él, en mérito de los siguientes Considerandos:

Que el primero de los recursos interpuestos, que lo es nombre de don C. O. E., formula dos motivos de casación, amparados ambos en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en uno de ellos interpretación errónea del artículo 1.281 e inaplicación del 1.282 y del 1.230, todos del Código civil, mientras que en el otro se alega violación de los 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.261, 1.274 y 1.276 del mismo Cuerpo legal, de imposible estimación, puesto que para sostener la validez del primitivo contrato de venta formalizado en escritura pública, en contra del parecer de la sentencia recurrida, se afirma la existencia de un contrato fiduciario, que se evidencia, en opinión del recurrente, con el documento privado, suscrito por las mismas partes contratantes y en el que se pone de manifiesto que la indicada operación de venta no tenía otra finalidad, sino la de garantizar el cumplimiento de un anterior contrato de préstamo, olvidando, sin embargo, que dicha configuración fiduciaria no había sido alegada a lo largo del pleito, siendo, por tanto, una cuestión nueva, que es imposible presentar en casación, a tenor de la prohibición contenida en el número quinto del artículo 1.629 de la Ley Procesal Civil, sin tener en cuenta tampoco, que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con la que se aquietó el hoy recurrente al no apelar contra la misma, ni adherirse a la apelación formulada de contrario, declara que el documento público discutido contiene no una compraventa pura y simple, sino condicionada—con una condición suspensiva—al hecho negativo de que fuese incumplido el préstamo precedente en el plazo previsto de tres años, según resulta del referido documento privado

que está estableciendo una dependencia funcional entre los dos contratos que entran en juego, y, finalmente, desconociendo que la tesis sustentada del contrato fiduciario está en contradicción con las pretensiones del recurrente, pues en aquél, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala, se emplea un medio superior—transmisión real del derecho de propiedad—, desproporcionado con la finalidad verdaderamente perseguida por las partes, que no es otra sino la de cumplir un determinado encargo—*fiducia cum amico*—o garantizar una obligación preexistente—*fiducia cum creditore*—, debiendo verse en este segundo intento la verdadera causa del contrato, que reviste todo el aspecto de un auténtico negocio indirecto, según precisaron las sentencias de 8 de marzo de 1963 y 14 de marzo de 1964, entre otras, lo cual obligaría en el presente caso, en que ambas partes están conformes, respecto de la validez del segundo pacto, que consta en documento privado, hasta el momento en que una de ellas, haciendo uso del derecho que conceden sus cláusulas, insta su resolución, a estimar exclusivamente la función de garantía incompatible con el reconocimiento autónomo de la compraventa—como contrato perfecto—estipulada en la escritura pública o a llegar a este reconocimiento al margen de cuestiones fiduciarias, si se parte de la base que la mencionada resolución del segundo pacto entraba dentro de las facultades que los contratantes podían legalmente ejercitar, todo lo cual conduce a la desestimación de la totalidad de este primer recurso...

Que de los motivos articulados en el segundo de los recursos presentados, que lo es en nombre de doña C. A. M., dada su trascendencia procesal, debe ser examinado, en primer lugar, el señalado con el número tercero, donde al amparo del ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega el defecto de incongruencia con la consiguiente violación del 359 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que la sentencia recurrida no se atuvo a las respectivas posiciones de las partes litigantes, dando acogida a una cuestión que, a tenor del artículo 1.276 del Código civil, tenía que haber sido alegada por los litigantes, y viniendo, en definitiva, a resolver una contienda distinta de la que había sido planteada por las partes contendientes, para cuya valoración es preciso tener en cuenta que la Jurisprudencia de esta Sala ha proclamado constantemente, en especial en las sentencias de 12 de julio de 1935 y 25 de marzo de 1941, que la facultad que las leyes conceden a los Tribunales de Justicia, al aplicar el Derecho al caso debatido, «no autoriza a dictar fallos que se funden en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba», añadiendo en las de 21 de abril de 1942 y 23 de diciembre de 1961, entre otras, que «la audiencia no está autorizada para separarse de los términos en que se desenvolvió el debate judicial, so pena de incidir en flagrante incongruencia y alterar a destiempo y sin posibilidad de defensa para las partes a las que este cambio puede perjudicar...»

Que en el presente caso el actor había solicitado se declarase la existencia de una simulación relativa, por lo que se refería al contrato de compraventa que constaba en escritura pública, manteniendo que el único contrato real y verdaderamente existe por debajo de aquél, era el que constaba en el posterior documento privado; es decir, el de préstamo, que fué la causa originadora de toda la discusión subsiguiente, mientras que el demandado se limitó a negar toda idea de simulación, sosteniendo la validez de ambos contratos que recíprocamente se complementaban, hasta el momento en que ejercitó el derecho a la resolución del segundo, con lo que el primero quedaba

en toda su plena y completa eficacia, frente a lo cual la sentencia recurrida—en contra de lo pronunciado por la del Juzgado de Primera Instancia, que acepta, en general, la tesis de la parte demandada—considera nulo el contrato de compraventa, por estimar que es simulado, y válido, en cambio, el contenido en el documento privado, pero no porque estuviese encubriendo un contrato de préstamo como había sido sostenido por el actor, sino sencillamente por creer que el negocio disimulado era una verdadera dación en pago, con lo que es incuestionable que con independencia de una evidente incongruencia, se está poniendo de relieve, igualmente, una infracción del precepto contenido en el artículo 1.276 del Código civil, que impone la prueba de la existencia de «otra causa verdadera y lícita», cuando se demostrase que la aparente es falsa—como ocurre, según la sentencia que se impugna, en el caso presente—a la contraparte que recibe la atribución patrimonial que aquí es, precisamente, la que figura como demandado, incongruencia y violación indiscutibles, que fuerzan a la estimación del Motivo en que son denunciados y sin necesidad de entrar en el estudio de los demás, conducen a la estimación del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida.

Que en virtud de lo establecido en el artículo 1.048 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la condena en costas del recurrente don C. O. E., por lo que a su recurso se refiere, no existiendo, en cambio, méritos que permitan hacer una declaración especial, por lo que respecta al recurso interpuesto de doña C. A. M.

La segunda sentencia razona así:

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede, aceptando en lo que a ella no se opongan los Considerandos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia...

Que el contrato de compraventa, celebrado entre las partes contratantes, era válido y real, quedando únicamente suspendida su eficacia al hecho constatado en el posterior documento privado de que en el plazo fijado, el deudor hiciese efectivo el importe del préstamo primitivo, cosa que no sucedió, a consecuencia de lo cual, el comprador hizo uso de la facultad resolutoria contenida en el segundo de los contratos citados, con lo que dicho contrato citado de compraventa recobró toda su virtualidad jurídica al quedar libre de su inicial limitación traslativa, generando, consiguientemente, la obligación de entrega de la cosa vendida, sin perjuicio del derecho que a la parte vendedora y deudora pueda corresponder en relación con las cantidades que hubiese entregado a cuenta del total debido en el primitivo contrato de préstamo y que deberán ser fijadas en períodos de ejecución de sentencia.

Que no existen méritos que permitan hacer una especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Fallamos: Que confirmando en parte y en parte revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Albacete, debemos declarar y declaramos bien hecha la resolución del contrato, suscrito en documento privado por las partes, con fecha de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura pública de venta, otorgada en igual fecha, así como el derecho de la parte actora al reintegro de las cantidades satisfechas, en cumplimiento del préstamo existente y que habrán de ser determinadas en períodos de ejecución de sentencia, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966—*Negocio fiduciario. «Acuciante necesidad de incorporar esta figura jurídica a la vida del Derecho». Tercero hipotecario.*

Don F L L demandó a don A. L. V. y a su esposa y a don A. C. D. y a su esposa, en ejercicio de acción reivindicadora, haciendo constar: Que el actor, necesitado de fondos, concertó un préstamo con el señor L. de 30.000 pesetas, y en garantía de su devolución, simuló venderle la finca de su propiedad, que describía denominada «el Cascal», y que según su afirmación, tenía un valor superior al millón y medio de pesetas; que reclamada la cantidad prestada y sus intereses, y alguna otra suma que posteriormente le había dado, no siéndole posible al demandante liquidar expresada deuda, se buscó un tercero, el demandado señor C., quien abonando al señor L. todas las cantidades que el actor adeudaba, recibió como garantía una escritura de compraventa de aquella finca, que lo formalizó el mencionado señor L., de acuerdo con el actor, y que el nuevo supuesto comprador requirió la conformidad del demandante, el reconocimiento por éste y su esposa de que poseían la finca indicada en precario, posesión que la confirió el nuevo adquirente por término de tres años, otorgándole, además, la facultad de restraerla mediante el pago de la cantidad que figuraba como precio en el título adquisitivo y los gastos y mejoras que a partir de la fingida compraventa hubiera realizado el supuesto comprador; expuso también, que transcurridos los mencionados tres años, fué desposeído de la finca, mediante el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y después de invocar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó con la súplica de que se dictase sentencia, por la que se declarase: a) Que el actor y su esposa concertaron con el demandado señor L. la concesión de un préstamo mutuo que se garantizó (fiduciariamente), con el otorgamiento a favor del señor L. de una escritura de compraventa en la finca descrita en el hecho tercero de la demanda. b) Que el préstamo concertado con el señor L. fué transferido al señor C. en el conocimiento y consentimiento del actor y su esposa, quedando el señor L. enteramente pagado y satisfecho del capital prestado. c) Que, asimismo, el demandado señor L. con la concurrencia de su esposa en este caso, otorgó a favor del señor C. escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda, cuya escritura no tenía otra causa o finalidad que seguir garantizando (fiduciariamente) el préstamo concedido al actor. d) Que el demandado señor C., prevaleándose de la titularidad en la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar fiduciariamente el crédito, despojó de la posesión de la finca al actor y su esposa, explotándola durante estos cuatro últimos años (con cuyos beneficios normales se ha hecho cobro sobradamente de la cantidad que le adeudaba el actor). Y declarando lo que procede, se condene a los demandados y a sus respectivas esposas a estar y pasar por la posterior declaración y a que don A. C. D. y su esposa otorguen a favor del actor escritura por la que se reconozca que la propiedad de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda pertenece exclusivamente al actor en estos autos, dejando nulas y sin ningún efecto las escrituras de compraventa otorgadas a favor de los demandados señores L. y C, condenando expresamente a este último a que rinda cuentas de su gestión en la explotación de la finca, reintegrando al actor de la cantidad que exceda al

importe total del capital prestado con los intereses normales del mismo y restableciendo en la posesión de la finca al actor con indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado y que serán fijados en trámite de ejecución de sentencia, e imponiendo a los demandados las costas de este juicio. Don A. C. D. contestó a la demanda, alegando que, contra lo afirmado por el actor, él lo que había hecho era comprarle la finca a que la demanda se refiere, pagar lo que adeudaba el señor L. y otorgarle la posesión a título de precarista y el derecho a retraerla, sin que en ningún momento existiera el contrato de fiducia que se alegaba por el actor, y si el de compraventa, que consta en la escritura otorgada a su favor, y en virtud de la cual, una vez dejado transcurrir por parte del demandante los plazos que se le habían conferido y amparado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, instó y obtuvo la posesión de la finca que le pertenecía. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia, declarando no haber lugar a la demanda, con costas a la parte actora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia resolvió: a) Que el actor y su esposa concertaron con el demandado señor L. la concesión de un préstamo mutuo que se garantizó, con el otorgamiento a favor del señor L. de una escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda. b) Que el préstamo concertado con el señor L. fué transferido al señor C. con el conocimiento y consentimiento del actor y de su esposa, quedando el señor L. enteramente pagado y satisfecho del capital prestado. c) Que, asimismo, el demandado señor L., con la concurrencia de su esposa en este caso, otorgó a favor del señor C. escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda, cuya escritura no tenía otra causa o finalidad que seguir garantizando el préstamo concedido al actor. d) Que el demandado señor C., prevaleciendo de la titularidad en la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar el crédito, despojó de la posesión de la finca al actor y su esposa, explotándola durante estos cuatro años, y debo condenar y condeno a dichos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a don A. C. D., a que rinda cuentas de su gestión en la explotación de la finca, y en el supuesto de que los beneficios excedan del importe total del capital prestado con sus intereses, se devuelva el sobrante al actor y se le restituya en la posesión de la finca, con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, que serán fijados en el trámite de ejecución de sentencia, sin imponer expresamente las costas de este proceso.

Interpuesto Recurso de Apelación, la audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia

El Recurso de Casación no prosperó. Los argumentos del Tribunal Supremo fueron:

Considerando: Que entre las figuras jurídicas, que por no estar incluidas en la casuística legal ha elaborado la doctrina científica y la Jurisprudencia, ha sido la del negocio fiduciario una de las de más acuciante necesidad de incorporar a la vida del Derecho, dada la frecuencia de relaciones obligacionales, perfectamente lícitas, de este tipo complejo que, por no pactarse en fraude de Ley, pueden ser enmarcadas dentro de sus amplios esquemas y, consiguientemente, han de ser cumplidas rigurosamente por quienes las conciertan, sin «truncar», en beneficio del acreedor fiduciario, la total y auténtica convención, querida por la única causa de garantía, motivadora de la conformidad de

las partes, que no se propusieron, ni llevaron a cabo la transmisión de la propiedad del bien, cuya asignación dominical no tiene otro alcance que el de asegurar el pago de la cantidad debida por el fiduciante.

Considerando: Que los motivos primero y segundo que por el camino que ofrece el apartado primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncian: uno, la violación del 1.902 del Código civil, y otro, la con ella incompatible del 1.101 del mismo Cuerpo legal, no pueden ser estimados. Aquél, porque al condenar la sentencia recurrida a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al actor por la actuación de uno de los demandados, nada tiene que ver el precepto que contempla las consecuencias de una acción u omisión culposa o negligente, cuando el pronunciamiento se funda, como de manera terminante consigna el fallo, en el incumplimiento de las obligaciones que el normal desarrollo de un negocio fiduciario—que es lo que el Tribunal de Instancia declara concertado entre las partes—lleva consigo, y el segundo, porque ante la rotunda declaración del Tribunal de Instancia de que el demandado recurrente, «prevaliéndose de la titularidad de la finca que le había sido otorgado a los solos efectos de garantizar su crédito, despojó de la misma al actor y su esposa, explotándola durante cuatro años», de cuyo despojo y ocupación indudablemente infiere la existencia de daños y perjuicios, no puede entenderse violado un precepto, cuando el soporte, de hecho, que determina su aplicación corresponde al Tribunal de Instancia, cuya conclusión sólo puede ser censurada por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que los motivos tercero y cuarto, que por la misma vía formal que los que le preceden, denuncian «la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, tampoco pueden lograr el fin que persiguen, porque para defender la tesis en ellos sostenida, de haber el juzgador de Instancia infringido los citados preceptos, al no estimar que en la escritura pública de 20 de agosto de 1951 se celebró entre los demandados un contrato de compraventa autónomo que, dada la claridad de sus términos, no ofrece duda alguna, de que mediante él se transmitió la propiedad de la finca objeto del mismo, sin que a esta conclusión obste—a juicio de quien recurre—ninguno de los convenios celebrados entre el actor y el demandado recurrente, fácilmente se pone de relieve que se examina fragmentariamente el complejo de relaciones jurídicas sostenido al Tribunal «a quo» en su total integridad, enjuiciando aisladamente la escritura de 20 de agosto de 1951, sin conexión alguna con el resto de las actividades del actor y del demandado. Cuando lo cierto es que del examen y conceptualización que a la Sala merecen las relaciones habidas entre ellos, de los actos coetáneos y posteriores realizados por los mismos, en suma, de la total apreciación de la prueba, no atacada adecuadamente en el recurso, es de donde obtiene la conclusión sentada de manera rotunda de estarse en presencia de un negocio fiduciario, cuya causa única fué garantizar un préstamo existente entre el actor como deudor y el demandado que no se opuso a la demanda, en cuyo carácter se subrogó el recurrente por la escritura pública, en la que, evidentemente, no podía existir oscuridad gramatical alguna, dada la naturaleza del negocio de garantía que se pactaba, cuya primera fase se halla caracterizada, ciertamente, por esta ausencia de obligaciones del fiduciario, que se conciertan en sucesivos convenios.

Considerando: Que el motivo quinto que denuncia con la misma invocación formal que todos los del recurso la violación del artículo 1.253 del Código civil es desestimable, no sólo porque los pronunciamientos del fallo en cuanto

terminantes, declaran que el recurrente—prevaleciéndose de la titularidad de la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar el crédito—se funda, como expone el penúltimo Considerando de la sentencia del primer grado aceptado íntegramente por la impugnada, en prueba directa que expresamente alude, y la que por no haber sido objeto de crítica en el recurso, ha quedado inconvencible, sino también porque cuanto por el Tribunal sentenciador se argumenta en el sentido de que de los actos que examina se obtiene la convicción de que el complejo obligacional, integrado por las actividades desarrolladas por las partes, constituye un auténtico «negocio fiduciario», es conclusión que, en modo alguno, contraria las reglas de la lógica, dirigidas a buscar la verdad, lo que por estar encomendado al juzgador de instancia, no puede ser sustituido, por lo que es opinión peculiar del recurrente, ineficaz para conceptuar de inverosímil, absurda e ilógica la conclusión a que la sentencia llega.

Considerando: Que el motivo sexto que denuncia la violación de los artículos 1088, 1089, 1091, 1254, 1255, 1296 y 1258 del Código civil, tampoco puede prosperar, porque claramente se advierte que la censura que del fallo hace, sosteniendo la tesis de que aun cuando se tratase de un «negocio fiduciario», se le ha transmitido «la plena propiedad de un derecho», que permite la ocupación de la finca, plantea una cuestión nueva, no debatida en el proceso, en el que el recurrente negó la existencia de «negocio fiduciario», sin discutir el tema de si, aunque existiese, no era dable al actor reivindicar la posesión de la finca, novedad que no permite discutir ahora este problema íntimamente ligado con lo que realmente se hubiera pactado por las partes; siendo en todo caso evidente que, por no tener en estos negocios jurídicos la constancia de la transmisión del bien, otro alcance que el de garantizar la deuda, nada se opone, antes, por el contrario, es perfectamente conforme con su naturaleza, que posteriormente se pacte la continuidad posesoria del deudor, por lo que constituye verdadera contravención de las obligaciones contraídas por el acreedor al ejercitar una acción, haciéndola radicar en derecho de que carece, ocultando el verdadero carácter de la convención.

Considerando: Que el último motivo que acusa a la sentencia recurrida de la violación de los artículos 1449, 1450, 1462, 1298, 493, 1950, 1227 y 1280 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, no es sino una reiterada insistencia de la tesis mantenida a lo largo del proceso que al negar la existencia de un negocio fiduciario sostiene la de un contrato de compraventa, desconectado de toda otra relación obligacional que le afecte; en definitiva, requeriríase para que el motivo pudiera prosperar el que se hubiese estimado previamente alguno de los que han atribuido a la sentencia impugnada una infracción de los preceptos denunciados en ellos, mas como ello no ha sido logrado y la conclusión del Tribunal «a quo» pertenece inalterable, cuanto argumenta el que se enjuicia, fundándose en una petición de principio inaceptable, no puede servir de base a cuantas infracciones se denuncian, partiendo de su realidad, con ostensible olvido de las rotundas declaraciones de la sentencia recurrida, notoriamente discrepantes de los supuestos, que al recurrente atribuye, el que la sentencia impugnada, ni conceptúa tercero, ni desconocedor de los derechos que podía transmitirle su codemandado, ni hace declaración alguna de «buena fe posesoria», razones todas impeditivas de que el motivo pueda prosperar y determinantes de su desestimación.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1966.—*Frutos en retracto legal. Momento en que surge el derecho del retrayente a ellos. El retracto legal es un derecho real de adquisición.*

Es doctrina de esta sentencia que la tesis mantenida por los recurrentes se concreta a sostener que quien en juicio ejercita con éxito la acción de retracto legal, tiene derecho a los frutos de la cosa a partir de la interpelación judicial, porque en tal momento cesa la buena fe del titular dominical que se opone a la demanda y frente al cual se acciona, citando al efecto los artículos 353, 354, 451, 455 458 y 1.945 del Código civil. Así esbozado el tema litigioso, se advierte la inconsistencia jurídica de tal tesis, pues aunque el derecho de retracto legal es de naturaleza real, y como tal susceptible de surtir afectos *erga omnes*, no cabe identificarle con el dominio, toda vez que éste recae directa, inmediata y plenamente sobre la cosa y sus productos—artículos 348 y 353 del Código civil—, y aquél es de los denominados «derechos reales de adquisición», y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firme que lo reconoce, no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho, cual se establece en el artículo 521 del Código civil.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1966.—*Concepto de contrato preliminar o precontrato o compromiso o «pactum de contraendo» o promesa de contrato. Promesa bilateral de comprar y vender: sus formas y efectos. Arras o señal.*

La cuestión fundamental planteada en esta *litis* fué la de si determinado contrato privado era de promesa, de venta o de compraventa. Con base en ella, el Tribunal Supremo dicta los siguientes Considerandos:

Que la figura jurídica del contrato preliminar llamado también precontrato, compromiso, *pactum de contraendo* o simplemente promesa de contrato, si bien no está recogida expresamente con carácter general en nuestra legislación positiva, ha sido ampliamente admitida, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, estimando que al no estar tampoco prohibida por ninguna disposición en concreto, los contratantes están en condiciones de utilizarla al amparo del principio de libertad contractual establecido en el artículo 1.255 del Código civil, sin que tampoco pueda decirse que un pacto de esta clase sea por sí mismo contrario a la moral ni al orden público, existiendo precedentes de esta admisibilidad en las sentencias de 31 de enero de 1921, 10 de marzo de 1928, 29 de diciembre de 1929, 14 de noviembre de 1927, que aparecen consagradas de una manera sistemática y completa a partir de la de 9 de junio de 1940, cuya dirección es seguida después unánimemente, en especial por las de 11 de noviembre de 1943, 15 de marzo de 1945, 26 de octubre de 1946, 13 de febrero de 1953, 25 de marzo de 1957, 5 de octubre de 1961 y 2 de marzo de 1965 entre otras muchas, de acuerdo con todas las cuales, la institución puede ser considerada como una verdadera relación contractual encaminada a obtener una mayor seguridad en cuanto al contrato futuro que utilizan las partes para disminuir la posibilidad de engaños y fraudes y, sobre todo, para aplazar para un tiempo más remoto, e incluso tal vez oportuno, la

conclusión del contrato definitivo, de donde se desprende que es un contrato consensual y atípico, cuyo objeto normalmente consiste en un *facere*, es decir, la formación o conclusión del contrato obligatorio posterior.

Que para decidir acerca de la existencia o no de un pacto de esta índole, como otra cualquiera que sea objeto de discusión por las partes litigantes, es forzoso estar a los términos del contrato celebrado, al modo como prescribe el artículo 1.251 del Código civil, debiendo recurrirse a la búsqueda de la intención real de los contratantes en el supuesto de que dichos términos literales no aparezcan claros y concluyentes, según se establece en el párrafo segundo del referido precepto sustantivo, apareciendo en el caso presente que en el contrato que da origen al pleito actual, que consta en el documento privado de 28 de junio de 1946, se está conceptuando el acto jurídico, realizado en cuanto que la cláusula primera habla de que la vendedora «*promete vender*», añadiendo en la segunda que «la venta *prometida* deberá formalizarse en escritura pública .. cuando la vendedora está en condiciones de otorgar la mencionada venta, concluyendo la estipulación tercera por decir que «la finca, cuya venta se *promete*.. », señal inequívoca e indiscutible de que esto y no otra cosa fué lo que las partes entendieron celebrar, justificando, al parecer, por la imposibilidad o al menos dificultad de conclusión, de momento, del contrato definitivo de compraventa que, sin duda, también los contratantes querían realizar y para lo que se encontraban de completo y común acuerdo, no sólo por lo que respecta al acto en sí, sino también en cuanto todos y cada uno de los elementos o circunstancias concretas.

Que el tipo de precontrato que aquí se contempla, tal y como resulta de los términos transcritos del propio pacto, corresponde con la denominada promesa bilateral de comprar y vender, que a diferencia de lo que sucede con la figura en general—según se ha expuesto con precedencia—está regulado en nuestro Código civil en el artículo 1.451, con una fórmula imprecisa que ha dado lugar a grandes dudas interpretativas que no se aclaran con la remisión al que parece ser precedente legislativo del precepto; es decir, el artículo 1.589 del Código francés, puesto que en éste se dice claramente que la promesa de venta equivale a la venta—*vaut vente*—cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, mientras que en el nuestro se afirma que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato», no aclarándose nada si el contrato, cuyo cumplimiento puede ser reclamado por los promitentes, es simplemente el de promesa o es, por el contrario, el de compraventa. Oscuridad que se acrecienta con la norma contenida en el párrafo segundo del mismo artículo, que, para el caso de imposibilidad del cumplimiento, ordena la aplicación de las reglas establecidas con carácter general para las obligaciones y contratos y no las específicas del contrato de compraventa, todo lo cual está demostrado que cuando se presentan figuras como la que aquí se contempla, de promesa bilateral de compraventa—y con absoluta independencia de la solución de carácter general—, lo que se discute no es la existencia o admisión de la institución—pacíficamente reconocida sin género alguno de dudas—, sino, sencillamente, la virtualidad o eficacia del pacto celebrado.

Que la discusión aludida en torno de la eficacia de estas formas de promesa que originó la doctrina científica, dando lugar a diferentes posturas o teorías, afirmando unas que la promesa o precontrato de venta vale, en todo caso.

como verdadera venta, si media la conformidad exigida por el legislador sobre la cosa y el precio; mientras que otras sostienen la imposibilidad de otro valor que el de simple promesa, o sea, el «obligarse a obligarse», incoercible de suyo, cuyo incumplimiento sólo puede dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, ante la imposibilidad de sustituir la voluntad del que se obligó en este sentido, ha tenido también repercusión, al menos aparente, en la doctrina de esta Sala, pues si bien las sentencias de 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, 15 de marzo de 1945, 19 y 26 de octubre de 1946, 18 de enero de 1947, 13 de febrero de 1953, 21 de diciembre de 1955 y 25 de marzo de 1957, siguen la segunda de las mencionadas direcciones conducente a la diferenciación entre la promesa de compraventa y la venta en firme, entendiendo que son figuras jurídicas distintas; en cambio, la de 1 de julio de 1950 sienta por vez primera la tesis de la equiparación, cuando concurre la tantas veces referida conformidad de las partes contratantes sobre los elementos del contrato de compraventa definitivo, tesis que en línea de principio fué después seguida por las de 27 de febrero de 1954—aunque trate el problema de un modo sólo tengencial—, 2 de febrero de 1959 y 5 de octubre de 1961, debiéndose tener en cuenta, sin embargo, que como queda indicado, esta repercusión es más aparente que real, a causa de la valoración que debe darse a la doctrina jurisprudencial, dictada en consideración de los supuestos de la vida práctica que se le presentan, que impide la adopción en forma absoluta de los moldes de orden doctrinal y que induce a considerar como contradicciones lo que la mayoría de las veces no son, sino efectos de las diferenciaciones que los respectivos casos ofrecen en la realidad.

Que como consecuencia de la diferenciación de dichos supuestos fácticos, a la manera como señaló la sentencia de 5 de octubre de 1961, es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias contratantes han dejado para el futuro, no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso, el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia—por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso—de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear; mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad—en todos los pormenores y detalles—de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o, simplemente, porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad de presente, sino exacta y total, para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado a exigir el cumplimiento, no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo, al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya el obstáculo anterior.

Que la determinación de si existe una u otra clase de promesa en el caso concreto que se somete a la decisión del Juzgador, tiene que llevarse a cabo por éste, examinando cuantos elementos se someten a su juicio, no pudiéndose detener en el simple estudio de los términos literales del contrato en que se contengan y buscando cuál fué la verdadera intención de los contratantes,

al modo como hizo en el caso presente el Tribunal *a quo*, por imperativos de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil, puesto que, si como antes se dijo, no ofrece duda del tenor literal del contrato, que se trata de una promesa de venta o precontrato, era necesario indagar, a los fines de precisar la eficacia del pacto celebrado, la auténtica voluntad de las partes, resultando aquí controvertible, que lo que quisieron fué celebrar una perfecta compraventa cuando pasase el plazo de los dos años establecido, al final del cual se autorizó al comprador para exigir, incluso la elevación del pacto a escritura pública, pagando el resto del precio convenido, a la manera como efectivamente intentó, confirmando todo ello por cuantos actos posteriores y coetáneos llevaron a cabo ambas partes contratantes, a causa de todo lo cual es obligado el perecimiento del motivo segundo del recurso, en que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del párrafo primero del 1.281 del Código civil y aplicación indebida de los 1.445, 1.451 y 1.450 del mismo Cuerpo legal, que después de todo lo expuesto, es evidente que fueron recta y debidamente aplicados por la sentencia recurrida.

Que todo lo anterior en cuanto a la interpretación y eficacia del pacto celebrado por las partes que ahora litigan, no puede quedar desvirtuado, por el hecho de que en el mismo mediasen arras o señal, pues con absoluta independencia de que en el documento donde consta el contrato se hayan intercalado las palabras manuscritas «y a cuenta», que figuran salvadas a mano también, al final del mismo que por sí sólo sería bastante para desvirtuar las alegaciones de la parte que ahora recurre en casación, no debe olvidarse que, según la doctrina de esta Sala, especialmente contenida en la sentencia de 1 de abril de 1958, para interpretar el contrato en que existen las referidas arras o señal, es preciso buscar la intención real de los contratantes en orden a lo que —en virtud del principio de libertad contractual—quisieron fuese el alcance y eficacia de las dichas arras y, sobre todo, que constante y reiteradamente se ha dicho por este Supremo Tribunal, entre otras sentencias, en la de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 16 de enero de 1933, 5 de junio de 1945 y 22 de octubre de 1948, que la pretensión resolutoria del contrato de compraventa—que puede deducirse de la mediación de arras o señal—tiene que constar de manera clara y evidente, apareciendo de modo expreso la intención de los contratantes, en el sentido de que podía desligarse de la convención por dicho medio rescisorio, pues en otro caso la entrega ha de reputarse *anticipo del precto*, y no existiendo en este caso prueba inconcusa de la referida intención, antes bien siendo evidente todo lo contrario, están también obligados a perecer los Motivos señalados con los números primero y tercero del recurso, denunciándose en aquel—al amparo del ordinal séptimo del 1.692 de la Ley Procesal Civil—error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.232 del Código civil y del 580 de la Ley de Enjuiciamiento, y en éste por el cauce del número primero del 1.692 de esta misma Ley, violación del 1.454 del Código sustantivo, produciéndose como consecuencia del perecimiento de estos dos Motivos, la desestimación del recurso en su totalidad.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

M E R C A N T I L

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Sociedad civil a la que se aplica el Código de comercio. Prohibición de realizar negocios uno de los socios, por su cuenta y sin autorización, propios del tráfico de la sociedad. El administrador de la sociedad no puede simultáneamente dedicarse a actividad análoga, a la del objeto de la compañía* (Ponente: M. Taboada Roca).

Esta sentencia hace las tres precisiones siguientes:

1.^a La sociedad formada por los hermanos XX, y su padre, que giraba con el nombre comercial N. y que se dedicaba a la fabricación y venta de licores y vinos, aunque no consta que haya habido declaración expresa de constituirse revistiendo alguna de las formas reconocidas por el Código de comercio en su artículo 122, no llenándose, por tanto, los requisitos exigidos para las Compañías mercantiles en los artículos 119 y 125 de este Código, por el funcionamiento de la misma resulta evidente que se trata de una sociedad civil de tipo colectivo, y en tal supuesto, dada la carencia e insuficiencia de normas sobre esta materia en el Código civil, y atendiendo al espíritu del artículo 1.670 de este Cuerpo legal, es racional aplicar el criterio de las disposiciones del Código de comercio, que, además, responden a exigencias de la realidad, igualmente valoradas para las sociedades civiles (de acuerdo con la sentencia de 2 de enero de 1940, que expresamente cita ésta que estamos extractando).

2.^a Resulta evidente que un socio no puede dedicarse lícitamente a hacer, por su cuenta, negociaciones mercantiles propias del tráfico de dicha empresa, al no estar autorizado para ello por pacto especial, según estatuye, de manera terminante, el artículo 137 del Código de comercio.

3.^a El administrador de tal sociedad familiar, que se dedica simultáneamente a desempeñar la representación de otra empresa (cuyo objeto social es la venta de vinos), sin haber sido autorizado para ello por sus consorcios, queda sujeto a las sanciones que el artículo 138 del Código de comercio establece y consistentes, de acuerdo con lo pedido en la demanda, a que quede excluido de la empresa y a perder, en beneficio de la misma, las ganancias que se hubieren obtenido.

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1966.—*Sociedad anónima: Derecho de información; sus límites* (Ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

El derecho de información de todo accionista, en relación con la memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de reparto de beneficios a que alude el artículo 110 de la Ley de Sociedades anónimas (que ya aparecía recogido en el artículo 173 del Código de comercio), no tiene más límite en el sistema vigente que el establecido en el artículo 65 del propio

texto legal, es decir, cuando el Presidente estime que la *publicidad de los datos solicitados perjudiquen a los intereses sociales*, y aunque esta estimación esté atribuida, según la ley, al propio juicio del indicado Presidente, es evidente que no puede ser sustituido por la apreciación de los administradores de la entidad societaria, ni mucho menos interpretada a manera de una amplia facultad que autorice a aquéllos a denegar lo solicitado, porque excede del contenido documentario que señala el artículo 108 de la Ley; sin que todo esto pueda quedar desvirtuado por la manifestación de que el Presidente hubiese dado verbalmente las aclaraciones requeridas, en la Junta a que no asistió el reclamante (socio al que se denegó la información solicitada), porque el legislador, al permitir esa posibilidad, se refiere a las pedidas por dicho procedimiento en la propia Junta, pero no a las que lo fueron con carácter previo y condicionante de la asistencia a la misma, ni sea posible atribuir a las palabras de la Ley el significado de que el Presidente de una empresa pueda proceder a su arbitrio y conveniencia a los efectos de valorar el perjuicio que a los intereses sociales se pudiesen ocasionar con la publicidad de los datos solicitados por un accionista, en quien no se dan las condiciones de indiscreto ni mal intencionado.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de lo acordado en la Junta General celebrada, sin la asistencia del socio, que solicitó la información por escrito, la que, al ser denegada, motivó su no asistencia a la reunión, y contra cuyo acuerdo promovió el procedimiento especial que determina el artículo 70, en relación con el 67, de la Ley de Sociedades anónimas.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Empresa mercantil: Concepto; susceptibilidad de ser ejercitados derechos sobre ella* (Ponente: V. J. Escribano Ruipérez).

«La empresa mercantil, carente de regulación en nuestro Derecho positivo, ha venido configurándose en la doctrina como una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la crea y mantiene, integrada no solamente por determinados elementos singulares—trabajo y capital—, sino también por la organización, que como elemento preponderante, tiende a que con el conjunto de bienes materiales y dinamismo creador, se desarrolle una actividad en la esfera de la producción económica, o sea, como un conjunto organizado, dotado de vida propia e independientes e indiferenciada de los elementos singulares que la integran, susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada o arrendada, y en suma, como una organización viva y no como un conglomerado inerte de cosas y derechos idóneos para el tráfico jurídico (como declaran las sentencias de 13 de marzo de 1943, 7 de diciembre de 1945, 23 de marzo de 1946 y 3 y 25 de febrero y 17 de diciembre de 1960; concordante con el número 1.º del artículo 12 de la Ley de Hipoteca mobiliaria).

Así trazado el concepto de 'negocio' o 'empresa mercantil', nada se opone a que pueda ser objeto de un condominio, toda vez que, a tenor del artículo 392 del Código civil, existe la comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas, ni tampoco a que pueda ser objeto de reivindicación como un todo unitario y complejo diferenciado de los elementos que singularmente la integran.»

III.—TÍTULOS-VALORES.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Letra de cambio y su causa; excepciones que pueden oponerse al tomador en juicio declarativo; sentido de la provisión de fondos* (Ponente: M. Taboada Roca).

Conforme a los artículos 456, número 5º, 444 y 480 del Código de comercio, no sólo en la vía ejecutiva la firma del aceptante obliga a éste al pago frente al tomador, sin poder excepcionar la falta de provisión de fondos, sino también es aplicable la misma doctrina en el juicio declarativo, aunque se niegue por el aceptante que el tomador haya reintegrado el importe de la letra, pues subsiste el carácter abstracto de la letra y no es dado discutir el problema de la causa.

Si bien la jurisprudencia ha mitigado el primitivo rigor con que interpretaba el artículo 480 del Código de comercio, en el sentido de que aunque sea el tomador quien reclame el importe de la letra frente al librador aceptante de ella, si se trata de un juicio declarativo ordinario y aquél ha intervenido en el contrato antecedente, de un modo más o menos encubierto, no puede entenderse desconectada la letra del elemento causal que le dió nacimiento y pierde su carácter abstracto, debiendo examinarse el contrato causal que la originó (sentencias de 22 de febrero y 20 de diciembre de 1960); sin embargo, no llegó a proclamar la doctrina (sostenida por el recurrente), de que bastaría negar al tomador la realidad del reintegro de la letra que posee, para que dicho tomador tuviera que probar que lo hizo, lo que equivaldría a invertir la carga de la prueba, desconociendo la presunción que a su favor tiene el tomador, de que pagó el importe de la letra cuando la tomó.

Aunque el artículo 456 del Código de comercio señala como obligación inexcusable del librador, la de hacer provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se hubiere girado la letra, lo cierto es que también la jurisprudencia ha limitado el alcance a los supuestos en que en la letra de cambio hayan intervenido solamente el librador y el librado aceptante, más no cuando concurre un tomador de la cambial (sentencias de 12 de julio y 31 de octubre de 1912, 13 de noviembre de 1926, 12 de diciembre de 1928, 24 de marzo de 1932, 18 y 22 de marzo de 1948 y 18 de noviembre de 1954), en cuyo caso, el tercero resulta amparado por otros preceptos del mismo Código, como es el 480, con arreglo al cual, la supuesta falta de provisión, no tiene ese alcance de poder ser opuesto como excepción, más que en la hipótesis de que ese tercero hubiere intervenido como parte en el negocio subyacente.

IV.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1966.—*Compraventa mercantil: La puesta a disposición del comprador equivale a la entrega de la cosa vendida, aunque ésta lo constituyan las acciones de una Sociedad o empresa* (Ponente: T. Ogayar y Ayllón).

Como el derecho de la compraventa mercantil tiende a la rápida ejecución del contrato, tiene como especialidad en cuanto al modo cómo se entiende cumplida la obligación de entrega, que se conforma con la *traditio ficta*, que

implica la simple puesta a disposición de la cosa, hasta el punto que los artículos 337 y 338 del Código de comercio demuestran que en la terminología legal «entrega» y «puesta a disposición» son expresiones equivalentes, y el 339 equipara la disponibilidad de la cosa con la entrega material de ella, puesto que la venta se consuma para el vendedor en cuanto pone la cosa a disposición del comprador y éste la acepta, con las consecuencias que, respecto a la transmisión del riesgo, fija el artículo 333, doctrina reconocida por las sentencias, entre otras muchas, de 7 de junio de 1946 y 19 de octubre de 1957.

El vendedor de las acciones de una Sociedad cumple con su obligación de entrega, si las pone a disposición del comprador y fija lugar, fecha y hora para legalizar la venta oficial de aquéllas (pues no bastando la tradición material, se precisa el cumplimiento de los requisitos que para los contratos bursátiles exigen las disposiciones vigentes).

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Usura: La Ley de usura, de 23 de julio de 1908, es aplicable también a los préstamos mercantiles, si bien, por la idea del lucro que los preside, ha de apreciarse para ellos una libertad mayor en la contratación* (Ponente: T. Ogayar y Ayllón).

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1966.—*Usura: Es usuario un préstamo que alcanzó los veintinueve enteros, nueve décimas por ciento de interés anual* (Ponente: D. de la Cruz Díaz).

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.
Registrador de la Propiedad,
Notario.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO DEL GOBERNADOR
CIVIL, AUTORIZANDO EL DERRIBO DE FINCA URBANA

I.—INTRODUCCIÓN.

1. Agudamente, JORDANA DE POZAS llama la atención sobre un hecho no destacado hasta entonces por la doctrina: cómo la Constitución de la U. R. S. S. emplea los mismos términos que los preceptos constitucionales de la Revolución francesa para referirse a la propiedad (1). Una y otros emplean unos mismos adjetivos; una y otros la califican solemnemente como derecho *sagrado e inviolable*. La diferencia radica, nada más y nada menos, en que mientras el artículo 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano se refiere al derecho de propiedad individual, el artículo 131 de la Constitución Soviética se está refiriendo a la «propiedad pública socialista».

El hecho no puede ser más significativo. Frente a una concepción de la propiedad en que las limitaciones—esas limitaciones establecidas en las Leyes, a que todavía se refiere el artículo 348 de nuestro venerable y nunca bien ponderado Código civil—constituían la excepción, hemos pasado a otra, en la que las limitaciones son consustanciales al dominio.

2. El propietario, todo propietario, ve coartadas hoy sus facultades dominicales por las razones y en las formas más diversas. Por el bien común y por los intereses de ciertos sectores sociales; en la propiedad urbana y en la rústica, imponiendo simples abstenciones o hasta la carga de actuar en un sentido determinado (2).

3. Una de las razones más peculiares del mundo en que vivimos es la escasez de viviendas. La misma ha determinado el nacimiento de un conjunto de normas que han desnaturalizado la concepción de uno de los derechos civiles tradicionales: el arrendamiento. Y se habla de un derecho especial, excepcional, social de arrendamiento, que supone unas drásticas limitaciones en las facultades dominicales típicas (3). Pero por muy especial o excepcional que sea, es lo cierto que los Ordenamientos de muy pocos países han logrado escapar del mismo y que perdura a través de los años. Es más, aun cuando a veces se intente atenuar su rigor—y ahí está como ejemplo expresivo la última Reforma de la Ley española de arrendamientos urbanos—, los intentos quedan en agua de borrajas, ante la cerrada oposición de los sectores afectados, que acuden a cuantos procedimientos están a su alcance para impedir toda reforma sustancial.

(1) *El problema de los fines de la actividad administrativa*, «Revista de Administración Pública», n. 4, pp. 20-21.

(2) Me remito a mis trabajos *El Registro municipal de solares*, Publicaciones Abella. Madrid, 1965, pp. 15 y ss. y *La declaración de fincas mejorables*, «Revista de Administración Pública», n. 13, pp. 232 y ss.

(3) CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. Madrid, 1956, pp. 75-77.

4. Esta normativa especial de valiosa protección al arrendatario forzosa-mente tenía que incidir decisivamente en una de las facultades que siempre han integrado el contenido natural del derecho de propiedad: la de derribar el inmueble—el *ius utendi atque abutendi*—. En efecto:

a) En la concepción tradicional, el derribo era una facultad del propietario de inmueble urbano, que se convertía en obligación en los supuestos de ruina. El artículo 389, párrafo primero, de nuestro Código civil, dispone: «Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída». Y el propio artículo, en su párrafo segundo, reconoce una verdadera prerrogativa administrativa: «Si no lo verificase el propietario de la obra ruinosa, la autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo.»

b) Y vienen las nuevas ordenaciones, vienen las limitaciones que tienen su fundamento en la escasez de viviendas y niegan al propietario la facultad de derribar su finca arrendada. El arrendatario adquiere una posición jurídica indefinida, a través de las prórrogas sucesivas, sin que pueda oponerse a la prórroga el derribo del edificio que ocupa. En tanto, en cuanto subsiste el arrendamiento—y subsiste, repetimos, en virtud de las prórrogas forzosas—, el arrendatario no podrá derribar.

Queda, naturalmente, el deber de derribar en caso de ruina, siempre que se declare así por la autoridad competente y a través del procedimiento legalmente establecido—artículo 170 de la Ley del Suelo—. Pero salvo estos casos que no son de derecho, sino de deber, el propietario no puede derribar.

c) Ahora bien, cuando el mismo fundamento de las medidas limitativas justifique lo contrario, lógico es que se produzca la excepción. Así ocurrirá cuando el propietario derribe, para edificar en el solar mayor número de viviendas que el que tiene el edificio derribado.

5. Ahora bien, en estos supuestos, el derecho no deja en libertad al propietario para que proceda al derribo; no se produce automáticamente la excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento por el simple propósito del propietario de edificar mayor número de viviendas. Por el contrario, a fin de velar por los intereses de los inquilinos, se da una intervención administrativa, de la que dependerá la extinción o no continuación más allá de los plazos de la relación arrendaticia. Se produce, pues, una interferencia administrativa en las relaciones civiles (4). Esta intervención administrativa puede ser de dos tipos:

a) La que se da a través del Registro municipal de solares. Cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5.º del Reglamento, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964, la Administración carece de facultad discrecional para acceder o denegar la inscripción en el Registro: debe proceder a la inscripción y se producirá la extinción de la relación arrendaticia (5).

(4) GONZÁLEZ PASTORIZA: *Las interferencias administrativas en la Ley de arrendamientos urbanos*, «Revista Jurídica y Administrativa de Galicia», nn. 15-16, año V, 1960. VIGO: GONZÁLEZ PÉREZ: *La extinción de la autorización de farmacia*, «Revista de Administración Pública», n. 37, pp. 143 y ss.

(5) GONZÁLEZ PÉREZ: *El Registro municipal de solares*, cit.

b) La que se regula en el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos urbanos. El artículo 78, párrafo primero, de la Ley de Arrendamientos urbanos, dispone que, para que proceda la segunda excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento, será necesario: «Que el arrendador contraiga, comunicándolo por el escrito al gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad, y que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a derribar lo hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocio con que cuente, que se compromete a que la reedificación disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas, con independencia plena de los locales de negocio.»

II.—NOCIONES GENERALES.

A) *Concepto.*

1 La autorización de derribo es un auténtico acto administrativo, aun cuando sus efectos se produzcan en el ámbito de las relaciones de Derecho privado. No es ni mucho menos el único ni el primero de los actos administrativos con estos peculiares efectos. Por el contrario, el supuesto es bastante frecuente, dando lugar a una categoría de actos que ha despertado el interés de la doctrina (6).

2. El carácter de acto administrativo ha sido reconocido por la jurisprudencia. En este sentido, una sentencia de 14 de noviembre de 1964 (Ponente: ARIAS RAMOS), dice: «El otorgamiento o denegación del permiso de derribar y construir, atribuido a los gobernadores civiles por los artículos 78 de la Ley de arrendamientos urbanos de 13 de abril de 1956, es un acto administrativo, corolario o manifestación de la política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez, sin que las circunstancias de que tal licencia gubernativa esté encajada en la Ley de arrendamientos urbanos, borre la naturaleza de acto administrativo de tal permiso, la cual, en este aspecto, es algo destacado y distinto de las repercusiones o derivaciones que la utilización y puesta en práctica de dicho permiso, si es concedido, determinan en las relaciones jurídico-civiles, derivadas del contrato de arrendamiento entre el arrendador y los inquilinos.» Otra, de 23 de febrero de 1963 (Ponente: BECERRIL), afirma: «El acto recurrido, como contenido éste en el ámbito de la Administración, sólo cabe considerar que el gobernador civil, al aplicar tal artículo de la Ley de arrendamientos urbanos, opera como un órgano de la actividad característica, al margen, en su caso, de la posible inclusión del acto en el apartado b) del artículo 2.º de la Ley fundamental, en el que, aparte de la refe-

(6) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *El acto administrativo*. Madrid, 1929, pp. 309-310, y mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella Madrid, 1964, páginas 555-557.

rencia enunciativa y *ad exemplum* que contiene, ha de buscarse la clasificación expresiva en la consideración unitaria de los intereses del Estado como esencia de la causa práctica de gobierno que lo produce con arreglo, tanto a la moderna doctrina como a la Exposición de Motivos de la Ley, que señala adecuada orientación para clasificar el acto en la naturaleza normativa que le genera, según glosa la sentencia de 26 de diciembre de 1951, señalando los límites de los actos sujetos al Derecho administrativo en aquéllos normalmente determinados por la esencia de esta rama del derecho en cuanto forma parte del Ordenamiento, tal como dice la sentencia de 18 de junio de 1959, fijándose, pues, el criterio determinante, según lo precisa y enuncia nuestra tradición legislativa, recogida en los apartados a) y b) del artículo 2.º ya repetido, mediante una declaración doctrinal técnica y positiva, en relación con los actos de la Administración, 'sujetos al Derecho administrativo', y otro, negativo, como matiz distinto del acto, tal como rezan las sentencias realmente precisas y luminosas al efecto, de 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 18 de mayo de 1959, a más de las que ya venían recogiendo singular doctrina de 5 de febrero de 1957, 26 de junio de 1948 y 21 de mayo de 1956, quedando así reservada la exclusión respecto al conocimiento jurisdiccional, para aquellos asuntos que, a más de contener los elementos indicados, ofrecen otra trascendencia, dentro del ámbito general, distinta de la que se refiere a ventilar cuestiones propias del interés individual, como dice la sentencia de 10 de noviembre de 1959.» La sentencia de 3 de noviembre de 1964 (Ponente: CORDERO TORRES) dice que tal decisión constituye «sólo un trámite previo, en orden a la segunda excepción, a la prórroga de los contratos de arrendamiento». Y en análogo sentido, se pronuncia la de 18 de noviembre de 1964 (Ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO).

3. La nota que más diferencia este tipo de acto de los demás de su categoría, viene dada por su contenido específico: se trata de la autorización para derribar el inmueble, siempre que el propietario se comprometa a construir en el solar resultante un edificio que cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga, respetando el número de locales de negocio si en el inmueble a derribar los hubiere.

B) *Naturaleza jurídica.*

La naturaleza jurídica de la autorización viene dada por las notas siguientes, cada una de las cuales comporta importantes consecuencias en su régimen jurídico:

1. *Es un acto administrativo.*

Constituye, según se ha dicho, la nota genérica del concepto. Estamos ante un acto que emana de un órgano administrativo, actuando como tal en ejercicio de potestades administrativas. Para satisfacer necesidades públicas dentro del marco del Derecho administrativo. De aquí que:

a) Como todo acto administrativo, esté sujeto a los requisitos de validez regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo, con las especialidades que impone su regulación específica.

b) Como acto sujeto al Derecho administrativo, es susceptible de impugnación por los medios de recurso propios de esta rama del Derecho. Así, la sen-

tencia citada, de 14 de noviembre de 1964, afirma que «la negativa o concesión del permiso, así como la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con las cuales se otorgan, son actividad administrativa, sujeta a la tarea revisora de esta jurisdicción».

c) Ahora bien, desde el momento que despliega su eficacia preferentemente en las relaciones civiles, se impone distinguir hasta dónde llega el Derecho administrativo—y consiguiente ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa—y dónde empieza el Derecho privado, y, por tanto, la Jurisdicción ordinaria. En este sentido, una sentencia, de 24 de noviembre de 1962 (Ponente: ROBERES), dice: «No hay que perder de vista que dicha autoridad en trance tal, no tiene la misión de definir las relaciones arrendaticias que adornan las fincas, ni discriminar, ni vigilar los posibles derechos de los arrendatarios e inquilinos en un ámbito extrajudicial o judicial en la vía ordinaria, que tiene su comienzo en la notificación fehaciente de la autorización de derribo que establece el párrafo 2.º del artículo 78 de la tan mentada Ley de arrendamientos urbanos; a partir de cuyo momento, y ya refiriéndonos al caso actual, la jurisdicción ordinaria en defecto de pacto, y si así llegan a instalarlo, determinará la condición jurídica y derecho de quienes, ocupantes materiales de los locales a derruir, pretendían, con evidente falta de personalidad, defender los recurrentes.» Otra, de 11 de diciembre de 1963 (Ponente: BECERRIL), afirma: «Aunque existe oposición de la propiedad respecto a la viabilidad del retorno, en base de motivaciones jurídicas, tal cuestión es extraña al ámbito normal de este proceso administrativo, ya que la validez, alcance y efectos de los derechos subjetivos privados, que implica el derecho de retorno, por ser cuestión *inter partes* y de naturaleza eminentemente patrimonial, ha de ser ventilada, en caso de no acuerdo, ante la Jurisdicción ordinaria.» Y la de 14 de noviembre de 1964: «Una cosa es el acto gubernativo, reflejo de la política estatal en relación con el problema social de la vivienda, y otra, las repercusiones de decisión gubernativa en las relaciones arrendaticias; como una cosa es el expediente y decisión sobre declaraciones de ruina o sobre inclusión de una finca en el Registro de Solares Edificables y otras las consecuencias jurídico civiles que se produzcan por ello entre arrendador e inquilinos, y el hecho de que resoluciones administrativas puedan influir en el régimen de prórroga legal de los contratos de arrendamiento, no hace civiles ni las sustrae al Derecho administrativo, tanto en su aspecto adjetivo o de tramitación como en el sustantivo, dichas resoluciones gubernativas.»

2. Es una autorización en sentido técnico, en cuanto que:

a) El Ordenamiento jurídico presupone un derecho subjetivo, el derecho del propietario de derribar su finca, derecho que ha sufrido una limitación por razones de interés público—la escasez de viviendas—.

b) El acto del gobierno civil remueve esa limitación, supera ese obstáculo al ejercicio del derecho. Como dice una sentencia de 6 de junio de 1958, «mencionada potestad gubernativa se concede en beneficio del tráfico titulado, no es un mandato obligatorio para el propietario, sino una exoneración de la limitación de su derecho de dominio, limitación legal procedente de la misma Ley que lo define, ampara y configura como una a. modo de propiedad especial desprovista en parte de la facultad de disposición sin previa decisión

administrativa, con la cual liberación se restituye al dueño la libertad integrante de la propiedad de derecho común» En análogo sentido, la sentencia de 19 de febrero de 1958. De aquí que estemos ante una autorización, licencia o permiso (7).

c) Al ser una autorización, implica el reconocimiento de un derecho subjetivo. De aquí que a la concesión de la autorización sea aplicable el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, que reiterada jurisprudencia ha considerado aplicable a este tipo de actos.

3. *Es un acto discrecional.*

A diferencia de otras autorizaciones, su concesión es discrecional. El gobernador civil concede o deniega la autorización de derribo en atención «a la normalidad o escasez de viviendas que hubiera en cada localidad, a las disponibilidades de mano de obra y de materiales de construcción, y especialmente a la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas de renta semejante a las del inmueble que se fuera a derruir» (artículo 79, párrafo 2.º, de la Ley de arrendamientos urbanos). Esto no quiere decir que el acto escape del control jurisdiccional. Porque:

a) La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, como es de sobra sabido, ha acabado con el requisito de que el acto fuera reglado, que habían venido exigiendo nuestras tradicionales leyes de lo contencioso para que fuera admisible la impugnación jurisdiccional. Con frases harto expresivas, la Exposición de Motivos de dicha Ley dice: «Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *príus* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos: la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto, cabe concluir sobre su discrecionalidad, y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación, y aquélla, no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración, la configuración, según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo.»

b) La jurisprudencia ha reconocido expresamente esta posibilidad de impugnación. Así, en sentencia de 14 de noviembre de 1964, al decir: «La mera denegación o concesión del permiso gubernativo, decisión que, además, habida cuenta de la virtual inexistencia de actos, pura, absoluta y totalmente dis-

(7) Sobre el problema del concepto de la autorización, me remito a mi trabajo *Aperturas y traslado de farmacia*. Madrid, 1966, pp. 44 y ss.

crecionales, constituye una actividad administrativa, sujeta, procesal y sustancialmente, a normas, y por ende, al menos en una gran parte, reglada.» En efecto:

a') La doctrina y la jurisprudencia tradicional habían venido señalando que en todo acto discrecional existe un aspecto reglado. Así, ROYO-VILLANOVA, decía: «En todo acto, la competencia, la forma y el fin constituyen necesariamente la parte reglada, puesto que han sido establecidos en la Ley; un acto que persiga un fin, distinto del señalado por el legislador, adolece de 'desviación de poder'. Los únicos elementos que pueden tener carácter discrecional son los motivos y el contenido. Todo acto obedece a un motivo, esto es, a una situación de hecho o de derecho. Así, la sanción disciplinaria de un funcionario municipal obedece a la comisión de una falta; la orden de demolición de una finca tiene por motivo el estado ruinoso de la misma; la jubilación de un funcionario tiene como antecedente el cumplimiento de una edad determinada o su estado de incapacidad física, etc. En estos casos, el motivo del acto ha sido señalado por la Ley; por consiguiente, el acuerdo no es discrecional. Sin embargo, en ocasiones, los motivos son señalados con fórmulas vagas, como utilidad pública, seguridad pública, etc. En tales casos, la apreciación de los motivos ha de considerarse discrecional. Laum declara que con tales expresiones se designa la potestad discrecional en sentido estricto» (8)

b') Hoy, después de entrar en vigor la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, además de en aquellos aspectos, es posible la impugnación del acto discrecional por «desviación de poder». En tanto, en cuanto se aparte el acto del fin para el que se reconocen las potestades.

4. Es un acto-condición.

Una de las categorías de acto administrativo que señalaba la doctrina tradicional, últimamente abandonada como tal, era la del acto-condición (9).

Su eficacia está condicionada a que el interesado realice determinadas actividades dentro del plazo que señale el acto. Así lo acredita el expreso precepto del artículo 79. párrafo 3.º, *in fine*, de la Ley de arrendamientos urbanos, al decir que si caducado el plazo no se llevaren a cabo aquellas actividades, la autorización «no producirá efecto alguno».

De aquí la procedencia de distinguir los requisitos de validez del acto de los que son acaecimientos, de los que depende su eficacia

a) Los primeros, es decir, los requisitos, son aquellas circunstancias que deben concurrir para que el acto sea válido, para que produzca todos sus efectos normales. Han de darse, pues, en el momento de su producción, al nacer el acto. De aquí que el control de la jurisdicción contencioso-administrativa se extienda a estos extremos: verificar si se dan o no aquellos requisitos

que integran la *condición* de que depende la eficacia del acto, los Tribunales contencioso-administrativos carecen de jurisdicción a la hora de enunciar la validez del acto. Pues el hecho de que vayan a darse o no, jamás será requi-

(8) ROYO-VILLANOVA (S): *Problemas del régimen jurídico municipal*. Madrid, 1944, pp. 122 y ss

(9) GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*.

sito de validez del acto, que es a lo único a lo que puede llegar la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala primera (v. gr., sentencia de 21 de mayo de 1958)

C) *Fundamento.*

El fundamento de la autorización del gobernador civil es incuestionable. Constituye una de las felices conjunciones de interés público y privado, de prerrogativa y garantía, que constituyen la esencia y razón de ser del verdadero Derecho administrativo. En efecto, según hemos señalado *ut supra*, si el contrato de arrendamiento se prorroga forzosamente, obstaculizando las facultades de derribo del propietario, es por razón de la escasez de viviendas. Por lo que cuando esta escasez aconseja remover la limitación, lógico es que se permita el derribo, con la garantía que supone la intervención *a priori* del gobernador civil. De aquí que la sentencia de 14 de noviembre de 1964 se refiera a la «política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez», y que la de 23 de febrero de 1963 hable de «que la autorización a que se refiere el artículo 79 de la Ley de arrendamientos urbanos, como facultad excepcional de los gobernadores civiles para permitir la demolición de un edificio, lejos de constituir una liberalidad jurídica objetiva, se centra, como *ratio legis*, de su fundamental atribución en las posibilidades constructivas que constituyen la operación edificatoria de retorno, en los aspectos, social, urbanístico y económico, por cuanto la desaparición de lo edificado viene legalmente condicionada a la reedificación futura, según demuestra la lectura del artículo 78».

D) *Regulación.*

1. Rigen, en primer lugar, las normas especiales contenidas en la Ley de arrendamientos urbanos, en especial, artículos 78 y 79.

2. En lo no previsto en aquellas disposiciones especiales, habrá que acudir a las generales de Derecho administrativo, concretamente, las de la Ley de Procedimiento Administrativo. En este sentido, por ejemplo, una sentencia de 14 de noviembre de 1964, dice: «Si, como se ha indicado, la tramitación y otorgamiento o negativa del permiso de que se trata, constituye una actividad administrativa, la sujeción de la misma a la Ley fundamental de la materia de 17 de julio de 1958, es, en principio, inexcusable, y solamente cabría eludir la aplicación al caso de sus preceptos, si las aludidas tramitaciones y resolución estuvieran exceptuadas expresamente, como procedimientos especiales no enmarcados en el procedimiento general de la citada Ley fundamental, por el Decreto de 10 de octubre de 1958; disposición en la cual es obvio, que no se comprende la tramitación, concesión o denegación del permiso gubernativo de que se trata, y este razonamiento de la sentencia apelada, junto a la invocación del otro Decreto de la misma fecha de 10 de octubre de 1958 sobre la regulación de atribuciones de los gobernadores, que, en su artículo 21, dispone clara y terminantemente 'que la tramitación de los expedientes en los gobiernos civiles se ajustará a lo prevenido en la Ley de Procedimiento Administrativo, con excepción de los procedimientos declarados especiales', constituyen un apoyo legal evidente del fallo del Tribunal *a quo*, fallo que no puede revocarse, sin que previamente se elimine la fuerza y eficacia de tal apoyo legal.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo.

Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 22 de abril de 1965.

RESOLUCIÓN DEL CASO EN QUE LA EXISTENCIA DE DEPÓSITOS INDISTINTOS A NOMBRE DE LA CAUSANTE Y DE UN TERCERO NO IMPLICA QUE LA MITAD DE LOS BIENES DEPOSITADOS PERTENEZCAN A LA CAUSANTE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 77 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—Fallecida en 6 de octubre de 1951 la causante, doña C. M. de la R., bajo testamento en el que nombró heredero unico y universal a su único hermano, éste otorgó escritura pública de manifestación y aceptación de la herencia, declarando como únicos bienes varias fincas situadas en los partidos judiciales de Arzúa, Ordenes y Santiago de Compostela, por valor total de 20.759 pesetas.

Presentada la escritura en la Oficina liquidadora de Arzúa, ésta practicó comprobación reglamentaria, que fué aprobada por la Abogacía del Estado de La Coruña por un total de 349.680 pesetas y giró liquidación a cargo del hermano heredero, don F. M. de la R., siendo notificadas a éste e ingresadas las liquidaciones.

En 1956, el liquidador de Santiago descubrió en expediente de investigación que a nombre de la causante existían diferentes depósitos bancarios y cuentas indistintas, a nombre de la causante y del heredero, y a la vista de tales datos, la Oficina liquidadora de Arzúa instruyó expediente de investigación, requiriendo al heredero para que presentase una relación de los bienes ocultos, cuyo requerimiento fué contestado en el sentido de que

los citados bienes le pertenecían en propiedad exclusiva y trató de justificarlo mediante prueba documental y pericial, pese a lo cual la oficina liquidadora practicó la comprobación comprendiendo en la herencia la mitad de los bienes que en forma indistinta figuraban en los aludidos establecimientos a nombre de la causante y del heredero.

Aprobado el expediente de comprobación y giradas las liquidaciones correspondientes, fué notificado de todo ello el heredero, el cual entabló recurso ante el Tribunal provincial de La Coruña, invocando con carácter previo la nulidad de las actuaciones por falta de notificación por separado de la base liquidable y de las liquidaciones practicadas como resultado de la comprobación, así como la incompetencia de la Oficina liquidadora de Arzúa, una vez adicionados los bienes objeto del expediente de ocultación; y a continuación, en cuanto al fondo, la improcedencia de la inclusión en el haber hereditario de los bienes objeto del expediente, por entender que si bien era cierto que tales bienes objeto del expediente figuraban depositados indistintamente a nombre del heredero y de la causante en un periodo reglamentario de un mes anterior al fallecimiento de la causante, lo que implicaba, según el artículo 77, una presunción de propiedad, no era menos cierto que la presunción de propiedad puede ser destruida con la prueba en contrario, con documento fehaciente, adecuado a la naturaleza de los bienes y anterior a la fecha de la defunción, y en este sentido, la documentación aportada, en cuanto a los valores, estaba constituida por las pólizas de compra, todas ellas de fecha anterior a los depósitos y a nombre del reclamante; y en cuanto al dinero metálico, las notas de contabilidad de los Bancos acreditaban que todas las entregas y retirada de fondos se hicieron siempre a nombre del reclamante, como único dueño del dinero y de los expresados valores, que se habían puesto a nombre indistinto para evitar a su hermana, que no poseía otros bienes que los heredados de su padre, la situación vejatoria de la falta de disponibilidades; hechos estos públicos y notorios en la ciudad de Santiago, donde constaba de manera indudable la lucrativa profesión del reclamante y la falta de medios económicos propios de su hermana; extremo que justificaba con el informe del Alcalde, y solicitando, además, la pericial cali-

gráfica y contable para acreditar la fehaciencia del contenido de la documental, a lo que accedió el Tribunal con la resultancia favorable al recurrente, o sea, la resultancia que el mismo había realizado todas las gestiones relacionadas con los valores y depósitos indistintos existentes en los varios establecimientos bancarios y habían sido hechas exclusivamente por el heredero con anterioridad al fallecimiento de la causante y él era el que realizaba todas las gestiones de nuevas imposiciones y manejo de fondos, así como que los depósitos fueron retirados por él días antes del fallecimiento de la causante.

El Tribunal provincial, en cuanto a la cuestión de competencia para practicar las liquidaciones, la desestimó, dado su carácter de complementarias, y respecto a la cuestión de fondo, también la rechazó, porque, si bien las pólizas de compra de los valores acreditaba en principio una adquisición exclusiva a nombre de don F. M. de la R., sin embargo no constituyen documentos fehacientes y adecuados para demostrar que los títulos depositados en forma indistinta con fecha posterior a la compra perteneciesen a la causante, y además, las restantes pruebas no reunían la condición de fehacientes exigida por el artículo 77 del Reglamento del Impuesto para destruir la presunción de propiedad exigida en ese precepto, ya que la circunstancia de que el heredero hubiese realizado personalmente la imposición de fondos y valores y la retirada de los mismos de los establecimientos bancarios, no justifica que los fondos y valores de que la causante era cotitular, retirados en su mayor parte con anterioridad a su fallecimiento, se encontraban, al ocurrir éste en poder de persona extraña al heredero, sino que, por el contrario, y como el propio reclamante vino a reconocerlo, los bienes se encontraban en su poder, hecho que demostraba la procedencia de la inclusión de los bienes, a efectos fiscales, en la herencia de su hermana y de las liquidaciones impugnadas.

El antedicho acuerdo fué recurrido en alzada ante el Tribunal Central, con reiteración de los razonamientos hechos ante el provincial, y el Central revocó la resolución del inferior, anulando el expediente de ocultación instruido por la Oficina liquidadora de Arzúa, junto con las liquidaciones giradas y ordenando reponer las actuaciones al trámite de notificación previa e indepen-

dientemente del resultado de la comprobación de valores y fijación de la base liquidable y continuando en forma reglamentaria la tramitación del expediente.

En cumplimiento del expresado fallo, la Oficina liquidadora de Arzúa notificó al recurrente el contenido de su parte dispositiva, junto con el resultado del expediente de adición de valores aprobado por la Abogacía del Estado de La Coruña, con la base liquidable de 828.485,15 pesetas, señalando los recursos que cabían y todos los requisitos acerca de la misma.

El interesado interpuso ante el Tribunal provincial recurso contra la base liquidable y el expediente de que procedía, alegando que era nula la notificación, porque debió practicarse por oficio dirigido por medio de la Oficina liquidadora de Arzúa a la de Santiago de Compostela o al Ayuntamiento de esa ciudad, y no por persona ajena a aquella Oficina, ni tampoco el día 5 de febrero de 1961, que por ser domingo era día inhábil, siendo además nula, porque se confundió la base liquidable con la base misma, ya que lo que debió haberse notificado era el conjunto de cada uno de los valores asignados a los respectivos bienes investigados que en su día procediese, y ello porque tratándose de bienes diferentes y heterogéneos, no bastaba que se estimase como base liquidable una cantidad alzada, existiendo, además, incompetencia de jurisdicción, dado que los bienes inmuebles sitos en Arzúa, Ordenes y Santiago fueron objeto de un primer expediente de comprobación, con un valor fiscal de 330.448 pesetas, y como los investigados estaban sitos en Santiago, resultaba que el valor de los bienes de este partido ascendería a 920.546,15 pesetas, con lo que no podría admitirse que radicaran en Arzúa bienes que suponían la quinta parte del haber hereditario, y que, además, era improcedente estimar como integrantes de la base liquidable los bienes del expediente adicional, ya que respecto a ellos no había existido transmisión, puesto que el accionante y la causante, en vida del padre común, vivieron con él, y una vez fallecido éste, decidieron convivir sin aportar la causante más que las pequeñas rentas de los bienes de la herencia paterna, lo que hacía imposible que ella poseyera la mitad de las cuentas bancarias y valores depositados indistintamente, y así, lo que ocurrió fué que el propio recurrente constituyó los depósitos indistintamente como

una atención personal con su hermana; circunstancias demostradas plenamente por los documentos obrantes en el expediente, todos ellos de fecha anterior a la de abrirse la sucesión, de cuyos documentos se desprendía que sólo el interesado tuvo relación con tales operaciones bancarias.

En conclusión, el interesado solicitó la nulidad del expediente de comprobación de valores y, en definitiva, en cuanto al fondo, la declaración de no haber lugar a la investigación de la base liquidable por no tratarse de bienes de la herencia de su hermana y si propios del accionante.

Admitido el recurso por el Central, éste trata, en primer término, de las dos cuestiones adjetivas planteadas: la una referente a si puede estimarse correcta o no la notificación del acto administrativo de gestión, y la otra relativa a la competencia de la Oficina liquidadora para dictar dicho acto.

En cuanto a la primera, dice la resolución examinada que el resultado de la comprobación de valores de los bienes adicionales a la herencia de la causante se llevó a cabo por la Oficina de Arzúa mediante el traslado de la parte dispositiva del fallo del Tribunal Central, con expresión del valor obtenido por la comprobación con prevención de los recursos procedentes, así como la puesta de manifiesto del expediente de comprobación, con lo que quedó cumplido el artículo 85 del Reglamento, sin que este precepto pueda interpretarse, como se pretende, en el sentido de que se debió especificar el conjunto formado por cada uno de los valores consignados a los respectivos bienes investigados, puesto que para el esclarecimiento de las particularidades del expediente en todos sus aspectos le instruyó la Oficina liquidadora que se hallaba de manifiesto el expediente.

En cuanto a la forma en que se hizo la notificación, si bien no se practicó por conducto de la Oficina liquidadora o del Ayuntamiento, y en día inhábil, no nace de ello la pretendida nulidad, puesto que, en definitiva, no produjo indefensión, y, además, como enseña la jurisprudencia, sean cuales sean los defectos de una notificación, ésta es eficaz desde el momento en que el interesado se da por enterado de los acuerdos que le interesan.

Tampoco es admisible el alegado motivo de incompetencia de la Oficina de Arzúa para la comprobación de valores, porque la

regla 5.^a del artículo 104 del Reglamento del Impuesto dispone que en las transmisiones por causa de muerte todos los documentos relacionados con la misma sucesión se presentarán en una misma Oficina, exigiendo aquella en que se ha presentado el primero la de los demás, que fué lo ocurrido en el caso, eso aparte de que los contribuyentes no pueden promover cuestiones de competencia entre las Oficinas liquidadoras, ni el Tribunal es competente para decidir las.

En relación con el problema de fondo del asunto, consistente en determinar si los valores mobiliarios cuestionados y depositados indistintamente a nombre de la testadora y del recurrente, pertenecen a éste exclusivamente o a ambos titulares por mitad. La solución la da el artículo 77 del Reglamento dicho, que previene que en tales supuestos los bienes pertenecen en propiedad y por iguales partes a cada uno de los titulares, salvo prueba en contrario, practicable tanto por la Administración como por los interesados y resultante para éstos del contrato mismo o de documento fehaciente adecuado a la naturaleza de los bienes y anterior a la fecha de la sucesión.

Esto dicho, el Tribunal añade que, como prueba de la propiedad exclusiva de tales valores, el recurrente presentó las pólizas de adquisición debidamente intervenidas con anterioridad a la fecha de la sucesión, con arreglo a los artículos 1.216 del Código civil y 93 del de Comercio y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y añade que tales documentos son de naturaleza pública y suficientes para destruir la presunción del citado artículo 77 del Reglamento.

Añade después que si bien tales efectos son al portador, y el artículo 545 del Código de Comercio dice que son transmisibles por la simple tradición del documento, la doctrina legal enseña—citando varias sentencias—que la relación del precepto con el 74 del mismo Cuerpo legal no autoriza la interpretación de que la mera entrega de los títulos, por sí sola, sea medio legítimo de transmisión de su propiedad, sino que para que la transmisión sea eficaz es necesario que se haga en virtud de un contrato, y tendrá entonces la tradición el valor que al contrato de que naciere le otorgue la Ley común. Esto aparte de que, en el terreno del Derecho positivo, el Decreto de 19 de septiembre de 1936, rati-

ficado por el artículo 5.º de la Ley de 23 de febrero de 1940 prohíbe la transmisión y negociación de valores públicos, industriales y mercantiles, sin intervención de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio, intérpretes de buques o Notario, declarando nulas las realizadas a partir de 19 de julio de 1936 sin intervención de dichos fedatarios.

Añade la resolución examinada que de todo ello se deduce que los documentos aportados por el señor M. de la R. son eficaces para desvirtuar la presunción fiscal de copropiedad de los títulos al portador depositados en forma indistinta a nombre del recurrente y de la causante, y, en su consecuencia, ha de entenderse probado que pertenecen de modo exclusivo al primero, y en su virtud, que no procede adicionar a la masa hereditaria la mitad del valor de los mismos, a efectos de la liquidación del impuesto sucesorio, y, por el contrario, no puede estimarse acreditada la pertenencia exclusiva del heredero del dinero depositado en los establecimientos dichos por la simple circunstancia de que la imposición y disponibilidad de los fondos fuese ordenada por dicho heredero, lo que implica la desestimación del recurso de alzada en cuanto a ese extremo.

En definitiva, el Tribunal declara que la mitad del dinero depositado forma parte de la herencia y que la mitad del importe de los valores mobiliarios incluida en dicha herencia no se comprenden en la misma, una vez demostrado son documentos fehacientes y adecuados a la naturaleza de los bienes que eran propiedad del heredero.

Comentarios.—Hemos extractado la precedente resolución del Tribunal Central Económico-Administrativo con más detalle y detenimiento que el que usualmente empleamos en nuestros modestos comentarios en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO porque estimamos que ofrece especial interés para el mejor conocimiento e interpretación del interesante artículo 77 del Reglamento del Impuesto, en su apartado a), porque queda perfectamente matizado en los Considerandos de la resolución, especialmente en cuanto a lo que se debe entender por documentos fehacientes a los efectos de la exclusión del haber hereditario de la mitad de los depósitos indistintos con arreglo a la legislación civil y

mercantil, esto aparte de los otros puntos que esclarece el Reglamento del Impuesto.

En virtud de tal claridad, nos creemos relevados de cualquier otro comentario ampliatorio.

Resolución del Tribunal EconómicoAdministrativo Central de 30 de marzo de 1965.

INTERPRETACIÓN DE LA FORMA EN QUE HA DE SER PEDIDA LA PRACTICA DE LA TASACIÓN PERICIAL Y CUÁNDO ÉSTA ES PROCEDENTE.

En escritura pública fué vendida una finca de 32 hectáreas y 68 áreas en el precio de 5.000 pesetas, y presentada la escritura en la Oficina liquidadora, ésta practicó la comprobación reglamentaria por los precios medios de venta y obtuvo un valor de 277.782,55 pesetas, que se tomó como base liquidable.

Los interesados recurrieron ante la Oficina gestora, alegando que, a su juicio, era excesivo el valor asignado a la finca, y suplicando que, dando el trámite necesario a su instancia, se valorase de nuevo el inmueble con arreglo a derecho. El liquidador elevó el escrito a la Abogacía del Estado, proponiendo que se aceptase la petición y se practicase la tasación pericial, siendo resuelta la petición y la propuesta del liquidador en sentido negativo por no haberse solicitado en forma expresa por los interesados el indicado trámite.

Los interesados interpusieron recurso ante el Tribunal provincial, alegando que la Abogacía del Estado había interpretado erróneamente la petición formulada al liquidador y que el artículo 81 del Reglamento del Impuesto establecía que sería medio extraordinario de comprobación la tasación pericial siempre que los interesados lo soliciten, al no estar conformes con la valoración que la Administración señale como resultado de la comprobación, por lo que pedían la anulación del acuerdo impugnado y que se acordase haber lugar a la tasación pericial.

El Tribunal provincial acordó desestimar el recurso fundándose en que la tasación constituye un medio extraordinario de

comprobación ajustado en su práctica a tramitación formal y petición expresa, requisito no cumplido en el caso, puesto que los interesados se limitaron a manifestar su disconformidad con el valor comprobado obtenido y no era dable interpretar la voluntad de los mismos en el sentido expuesto por la Oficina gestora.

Este acuerdo del Tribunal provincial fué recurrido ante el Central, y éste dice que el artículo 81 del Reglamento faculta a los contribuyentes para pedir la tasación pericial, salvo lo que, por excepción, dispone el último párrafo del artículo 85, cuyo supuesto no se da en el caso, en el que se usó el medio ordinario de los precios medios de venta a que se refiere la Orden de 10 de julio de 1957, la que preceptúa que la comprobación por ese medio es susceptible de pedir la tasación pericial, que se concederá siempre que se pida, sin necesidad de previa reclamación económico-administrativa, al manifestar la disconformidad con el resultado de la comprobación.

Y añade que aunque en el caso no se solicitó expresamente la práctica de la tasación pericial al expresar la disconformidad con la comprobación, tal falta no puede privar del derecho reconocido, porque por definición del párrafo sexto de dicho artículo 85, la aprobación de la comprobación es acto administrativo autónomo reclamable ante los tribunales económico-administrativos, pudiendo los interesados proponer prueba, incluso la «tasación pericial», lo que implica la admisión del recurso.

En definitiva, el Central estima el recurso de alzada, acuerda la revocación del fallo recurrido y manda que la Oficina liquidadora practique la tasación pericial.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado

LIBROS

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Derecho agrario*.—Edit. Revista de Derecho privado. Madrid, 1965, 476 págs.

La obra cuya referencia precede es un intento, el primero que en forma radical se realiza en la doctrina española, de construir las grandes líneas de un Derecho especial de la Agricultura. No es, pues, como pudiera deducirse de su abreviada titulación, un Manual de Derecho agrario, en el que se nos describan todas y cada una de sus Instituciones, sino una aproximación a los problemas básicos de esta naciente disciplina y una elaboración de su esquema general de ideas. Se trata, en suma, como expresamente se dice en el texto, de una Introducción al Derecho agrario.

Es esta peculiar perspectiva doctrinal la que da cuenta de la estructura de la obra. A saber: una primera parte histórica (hasta la pág. 190) en la que se van detectando las sucesivas respuestas del ordenamiento a las especiales incitaciones de los procesos socio-económico-agrarios y del pensamiento agrarista. Y una segunda parte (págs. 190-435) en la que se examinan, al nivel del tiempo presente, los principios que inspiran este Derecho especial, los conceptos fundamentales que sirven de base a toda su construcción doctrinal y la posición relativa de esta disciplina dentro del conjunto del saber jurídico.

La primera parte del libro, decíamos, contiene la Historia del Derecho agrario. En realidad, en absoluto rigor, deberíamos decir la Prehistoria de esta disciplina o, como muy gráficamente expresa el autor, «la formación del Derecho agrario». Como puede comprenderse, la razón no es otra más que el carácter de estricta historia inmediata que tiene la emergencia de este especial enfoque jurídico de las relaciones a que dan lugar la titularidad y explotación de la tierra. Todos los fenómenos jurídico-agrarios anteriores a la Segunda Guerra Mundial (hito histórico que puede marcar

el tránsito de la Prehistoria a la Historia del Derecho agrario) no son, pues, sino precedentes. Y con este carácter se examinan, sucesivamente, las medidas legislativas de Carlos III (de inspiración liberal y al margen, por consiguiente, en su época, del *ius commune*) (cap. III); las desamortizaciones y desvinculaciones (que, en frase citada de Tamames, transformaron la estructura feudal anterior en una estructura capitalista) (cap. IV); las leyes especiales de la etapa precodificadora (Hipotecaria, Aguas, Mortes...) (cap. V); el impacto negativo y uniformador de la codificación (cap. VI). Y las reacciones a la misma, ininterrumpidas, que jalonan la Historia de nuestro país desde 1889 hasta 1936. En razón a su mayor importancia, esta etapa postcodificadora de la legislación agraria es analizada más detalladamente (caps. VII-XII). Quizá los dos acontecimientos más importantes de este periodo sean la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 1907 y la Ley de Reforma Agraria de 1932 (de la que se contiene una utilísima exégesis). En ellas irrumpen ya, de una manera decidida, las preocupaciones fundamentales de este Derecho especial: la protección de la producción agraria y la corrección de la patológica distribución de la tierra que aqueja a nuestra estructura agraria.

A pesar de los citados y de otros esfuerzos, el balance de estos años no es para Ballarín muy halagüeño: «España, dice textualmente, era una excepción en el amplio cambio de estructuras agrarias que se había implantado en Europa durante la postguerra de la Primera Guerra Mundial» (pág. 129).

La segunda parte del libro se inicia (cap. XIII) con el análisis de «la evolución jurídica, posterior a la Segunda Guerra Mundial», una evolución traspasada por tres confluyentes líneas de tendencia: la consagración de la función social de la propiedad (y el arrinconamiento correlativo de la concepción de ésta como Derecho absoluto), el incremento conjunto de la propiedad colectiva y de la propiedad pública y la emergencia de la mentalidad planificadora. Sigue a este análisis un estudio de «las leyes fundamentales españolas en relación con la Agricultura» (cap. XIV) y un útil repertorio de la normativa vigente del Derecho agrario español (cap. XV). Los once capítulos restantes tratan, principalmente, las cuestiones de las autonomías científica, didáctica y legislativa

del Derecho agrario, de sus principios generales, de los conceptos fundamentales de esta disciplina (empresa y empresario agrícolas, explotación agraria, actividad agraria) y de las relaciones de ésta con otras ramas jurídicas y con las ciencias sociales. De gran interés son las consideraciones sobre qué actividades pueden reputarse o no agrarias desde una perspectiva jurídica, tema crucial por ser su objeto el centro de imputación de las normas de Derecho agrario (cap. XIX); se examinan, sucesivamente, «la actividad ganadera independiente», la jardinería, las industrias extractivas, las actividades auxiliares realizadas en régimen de cooperación o asociación (que merecen las cuatro una calificación negativa), las actividades de mejora (que, en cambio, son, para Ballarín, jurídicamente agrarias), la floricultura y las actividades conexas (en las que no cabe una decisión *a priori*, habiendo de estarse, caso por caso, a los criterios de accesoriedad y prevalencia). Otro capítulo sumamente esclarecedor es el XX, sobre los principios generales del Derecho agrario, que se cifran en: principio de protección a la empresa agraria familiar, principio del buen cultivo, principio de protección del cultivo personal, principio de limitación mínima y máxima de la superficie de la explotación agrícola (que, como es sabido, en esta segunda vertiente, no ha sido recogido en el ordenamiento jurídico-agrario español), principio de fomento de la asociación y principio de «parificación» de la Agricultura con los otros sectores de la economía. «En síntesis, concluye el autor este capítulo, puede decirse que el principio de explotación familiar domina el Derecho agrario privado, el de colaboración entre agricultores, como principio cada día más pujante, determina ese Derecho profesional o de base colectiva y, por fin, el de paridad, preside el Derecho agrario público» (págs. 321-22).

La Introducción al Derecho agrario de Ballarín es una obra extensa, analítica y muy documentada. Como no podía ser menos en un tratadista de Derecho especial, hay una clara preocupación por encarnar el Derecho en el contexto de problemas técnicos, económicos y sociales, que traspasan la realidad agraria. Se trata, en suma, de una obra utilísima para conocer el momento actual de este sector del ordenamiento y de la disciplina que ordena sus datos y construye sus principios.

ANTONIO MARTÍN VALVERDE.

BIONDO-BIONDI: *Scritti Giuridici*.—A. Giuffrè. Milán, 1965.

Los cuatro volúmenes que recogen una gran parte de la actividad científica de BIONDO-BIONDI, permiten a los estudiosos del Derecho el examen conjunto de una serie de trabajos hasta ahora diseminados en numerosas y heterogéneas revistas y publicaciones.

La recopilación de estos escritos se ha efectuado sin ninguna alteración, modificación o puesta al día de sus originales, lo cual permite conocer el pensamiento del autor encuadrado en el tiempo en que aquéllos vieron la luz.

La distribución de los mismos se efectúa por materias, cuya progresiva evolución se inicia con el examen crítico de las fuentes romanas, culminando con el estudio de sus repercusiones en el Derecho moderno, desarrollo y evolución de extraordinaria importancia para el actual jurista, ya que le permite atesorar la rica e inigualable experiencia jurídica romana, a través del conocimiento de la continuidad entre la Historia y la metodología jurídica, pues si bien la Ley y la doctrina cambian, la posición del jurista frente al fenómeno jurídico es inalterable.

Respondiendo a estas ideas, el volumen I desarrolla una serie de cuestiones que se agrupan bajo el epígrafe de «Problemas generales del Derecho romano», incluyendo dentro de las relativas a «Derecho y justicia», los trabajos referentes al *ius*; «Fundamento ético del Derecho»; «Derecho y política en el pensamiento romano»; «Equidad y buena fe». Los escritos, «Objeto y método de la ciencia jurídica romana»; «La ciencia jurídica como arte de lo justo», y la «Terminología romana como primera dogmática jurídica», se incluyen bajo el título «Ciencia del Derecho». Al desarrollar el apartado relativo a «Cuestiones y método», se refiere a la «Dogmática e Historia»; «Perspectiva romanista»; «Interpretación prudente y legislación», y «Derecho romano común en Occidente». Las «Repercusiones de este Derecho en el mundo moderno», se examinan en los estudios, «Crisis y fortuna del estudio del Derecho romano»; «Base romanista del Código civil»; «Universalidad y perennidad de la jurisprudencia romana»; «Aspectos uni-

versales y permanentes del pensamiento jurídico»; «Existencialismo jurídico y jurisprudencia romana»; «Derecho romano y marxismo». Finalmente, el apartado relativo a «Derecho romano y cristianismo» comprende los temas, «El Derecho romano cristiano»; «Religión y Derecho canónico en la legislación de Justiniano»; «La concepción cristiana del Derecho natural en la codificación justiniana»; «El humanismo en las leyes de los emperadores cristianos»; «Influencia cristiana sobre la legislación agraria romana», y «La influencia de San Ambrosio sobre la legislación de su tiempo».

Siguiendo la tradición histórica y sistemática del Derecho romano, los volúmenes II y III se refieren respectivamente a cuestiones de Derecho público y Derecho privado, contraponiendo así las materias públicas de carácter penal y de organización político-social, con las que se refieren a conflictos de intereses patrimoniales. Por ello, bajo el epígrafe de «Derecho público», se estudian en el volumen II los trabajos titulados, «Fundamento y límites de la soberanía en el imperio romano-cristiano»; «El problema de la relación legislativa entre las dos partes del imperio», y dentro del «Derecho público penal», la «Evolución de la pena de adulterio, desde Augusto a Justiniano». En el ámbito de las «Fuentes» destaca la profusa e importante legislación de Augusto; las directrices que la informan; su lucha contra el individualismo en el campo constitucional, cuya conclusión pacífica y definitiva, debida a dicho emperador, se plasma en la Constitución, que pasa a significar la unidad y estabilidad del poder pleno y total; los reflejos de este poder en la Administración; sus leyes militares; las leyes matrimoniales, entre las que destacan la famosa *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, que con la siguiente *Lex Papia Poppaea*, configuran una completa y enérgica legislación demográfica tendente al objeto de favorecer el aumento de la prole; las disposiciones referentes a la salvaguardia de la dote, que llegan hasta el extremo de considerar el régimen dotal como de Derecho público, con la consecuencia de su inderogabilidad; las restricciones impuestas al divorcio a base de la *Lex Iulia de Adulteriis*, calificada por MOMSEN como una de las más enérgicas y duraderas de todo el Derecho penal, dada su larga repercusión social; las leyes procesales, que sitúan sobre una nueva base a la Administración de justicia y

la imponente Legislación penal. Se examina a continuación la diversa actividad legislativa de las Asambleas populares, *Leges populi romano*, cuya desaparición en la historia de este Derecho cede el paso a la Legislación por el Senado, y finalmente a la actividad legisladora del príncipe que se manifiesta ya abiertamente a finales de la Época Clásica.

Dentro del «Proceso civil», comprende los trabajos en torno al Proceso civil romano; sentencias; Derecho y Proceso en la legislación justiniana; el proceso civil justiniano; la acción negatoria y la acción prohibitoria como acciones en defensa de las servidumbres y del usufructo; las acciones de derecho estricto; las acciones arbitrarias; el problema del momento, en el cual se reclama la posesión en las acciones reales y personales; la legitimación procesal en las acciones divisorias romanas; finalizando con un examen crítico de las Fuentes.

El volumen III, destinado al Derecho privado, clasifica los estudios en los epígrafes de «Persona y familia», «Cosas y Derechos reales», «Obligaciones», «Sucesiones y Donaciones». En lo referente a la «Familia», destaca el fundamento ético de ésta en el Derecho romano, carácter que se acentúa en la época cristiana por obra de la legislación imperial desde Constantino a Justiniano; la evolución del concepto de *patria potestas* a *paterna pietas*, ya que el poder se atribuye en función del deber; la consideración del matrimonio como *consortium omnis vitae*, alcanzando en la época de los emperadores cristianos el carácter de vínculo divino; la prohibición desde Justiniano del divorcio por mutuo disenso; etc. De gran actualidad es el examen del Derecho romano como propagador de libertad, y la fundamentación de esta libertad personal en el Derecho natural, es decir, en un *prius* respecto al ordenamiento del Estado, ya que esta libertad debe respetarse por todos. En el campo del Derecho público, la libertad se concibe en Roma jurídicamente bajo una serie de límites, ya que una libertad ilimitada no es tal, sino anarquía. La libertad no significa la facultad de hacer aquello que se quiere, de vivir según los propios impulsos, sino en regular la propia conducta en conformidad al ordenamiento jurídico justo constituido. En la evolucionada sociedad romana, la noción de libertad política como contraposición del respeto que cada cual debe guardar al poder del soberano, no surge, ni se afir-

ma, ni se niega, ya que la falta de esta libertad se debe a la concepción teocrática del Estado. Se desconoce, igualmente, el sentido moderno de la libertad religiosa, no adoptando el Estado posición alguna en favor de la fe o por la falta de aquélla, de tal modo que cada uno puede practicar libremente cualquier religión o mantenerse en estado de indiferencia, sin que esta conducta pueda representar disparidad de tratamiento. En el tiempo de las persecuciones fué la Iglesia la que pidió libertad religiosa al Estado, el cual, cuando se mostró intolerante, lo hizo por razones políticas; así, pues, la libertad religiosa es en Roma una realidad que la Ley no intenta afirmar o ni siquiera reprimir, si no es por razones político-sociales.

En la materia de «Cosas y Derechos reales», incluye los trabajos acerca de: «La condición jurídica del mar y del litoral marítimo»; «La doctrina jurídica de la *universitas* y la importante y genial construcción jurídica de prácticos resultados de configurar a la herencia como tal *universitas*, que permite transmitir al heredero, cómo incluidas en aquélla, la serie de relaciones intransmisibles que puedan corresponder al causante». En el examen del usufructo, delimita la extensión de este Derecho real como resultante de dos facultades—el *uti* y el *frui*—que pertenecen al mismo titular, no con carácter diferenciado, sino como un complejo unitario no susceptible de fraccionamiento; ambas facultades derivan directamente de la utilización directa y personal de la cosa—*usus*—y de su utilización económica—*fructus*—. En el estudio del *Modus servitutis*, precisa la relación existente entre los conceptos de *servitus* y *modus*, que se basan respectivamente en la Ley y en la voluntad, y así mientras la Ley es la que precisa el contenido típico de la servidumbre, el modo representa cualquier limitación voluntaria a tal contenido, ya que consiste en el elemento voluntario, variable y multiforme, que se contrapone al elemento legal, constante y fijo, representativo del tipo, apareciendo, por tanto, como el necesario correctivo a la rígida tipicidad de la servidumbre. Se concluye este capítulo con el estudio de la servidumbre forzosa de paso y con el de la *Operis novi nunciato*, instituto que tiene por objeto impedir la prosecución de una obra, y cuya función es análoga a la de la tutela posesoria.

En lo relativo a «Obligaciones», tras el examen del concepto y definición de la *obligatio*, se incluyen los trabajos: «Contrato y estipulación»; «Divagaciones en torno a la historia del contrato, de la obligación y de la garantía personal»; «La compensación»; «Apuntes en torno a los efectos extintivos de la delegación en Derecho romano»; «Dolo»; *Fiducia cum creditore*; «Compraventa de cosas fuera del comercio»; «Problemas e hipótesis en el tema de las acciones noxales». Concluyendo con la serie de estudios referentes a las «Sucesiones», entre los que destacan: «Objeto de la antigua herencia», en el que combate aquellas ingeniosas fantasías que han llevado a una representación colorista y pintoresca de la misma; el ensayo «*Universitas* y *successio*», que parte de la íntima relación entre ambas, puesto que la doctrina de la *universitas* es del todo necesaria para que se desplieguen totalmente los múltiples aspectos de la sucesión hereditaria; en el trabajo «Pactos de la Iglesia y Derecho hereditario social» se refiere al interesantísimo libro de Eberhard F. Bruck, que describe el pensamiento de la Iglesia a través de la legislación eclesiástica y de la patrística, en torno al deber moral de los fieles de ceder una parte de su patrimonio en favor de aquélla, con el fin de solucionar el grave problema de la pobreza, eliminando el contraste entre ricos y pobres; en «Sucesión en la relación de precario», examina el ejercicio del *interdictum de precario* por el heredero del concedente y bajo las mismas condiciones que éste; la relación entre *Hereditas* y *bonorum possessio* se produce de un modo completo a partir de Justiniano, que elimina toda diferencia conceptual y de estructura entre ambas instituciones que se integran bajo el amplio perfil de la *successio in universum ius*, respondiendo el *bonorum possessor*, al igual que el heredero de las deudas hereditarias, ya que sucede en una *universitas*, desapareciendo así el obstáculo tradicional que impedía extender a la *bonorum possessio*, la *actio familiae erciscundae* y la *actio petitio hereditatis*. A continuación incluye los trabajos: «En torno a la caución muciana aplicada a la herencia»; el detallado estudio acerca de «Legados», en el que precisa su doble significado, el mantenido en la época de las XII tablas, análogo al de disponer por testamento, y su sentido especial y técnico de atribución a título particular

contrapuesta a la institución de heredero y a las disposiciones no patrimoniales, con lo que se permite su individualización; el «Origen y naturaleza del legado *sinendi modo*»; el examen de la «*Bonorum possessio contra tabulas y legado*»; la «Convalidación del *codicilo*»; finalizando con el estudio acerca de las «Donaciones», la aplicación de la *Lex Cincia*, y los «Apuntes en torno a la donación *mortis causa y legado*».

El volumen IV comprende una gran variedad de trabajos, referidos al Derecho moderno, que a su vez se agrupan en las ramas de «Doctrina general y Derecho público», entre los que incluye el titulado: «En torno a la noción jurídica del interés público en materia de aguas públicas»; los referentes a «Bienes, Propiedad, Condominio y Posesión», entre los que destacan por su actualidad: «La energía y su consideración como bien mueble»; «Los inmuebles y las pertenencias de destino industrial»; «La apertura de vistas y los límites legales a la propiedad»; la diversidad de artículos referentes a «Luces»; «Vistas»; «Límites de ambas»; «Limitaciones legales a la propiedad»; «Construcción de edificios»; «Distancias entre éstos»; el problema de la Accesión inversa; la regulación del Derecho a edificar entre superficiarios; los Límites a la propiedad en sentido vertical; uso de la cosa común; etc. Recoge igualmente el problema de la estructura jurídica de la Servidumbre; sus diversas clases: legales, irregulares, de orden público, recíprocas, industriales, administrativas, aparentes, en favor de edificio futuro, etc. Los temas de «Servidumbre e incumplimiento»; «Cargas reales y obligaciones *propter rem*»; «Indivisibilidad de la servidumbre»; «Prescripción», etc. Las numerosas repercusiones en el Derecho moderno, ocasionadas por las figuras creadas por el Derecho romano en el campo de las obligaciones, como ocurre con las obligaciones naturales; efectos reales y efectos obligatorios del contrato; fuerza mayor; delegación; compensación; etc. En el tema de «Herencias» se recogen problemas relativos a la parte general del Derecho hereditario, así como las cuestiones concretas de la «Transmisibilidad a los herederos del derecho al resarcimiento del daño no patrimonial» y el de la «Autonomía de las disposiciones testamentarias y encuadramiento del testamento en el sistema jurídico». La materia de donaciones

se detalla ampliamente por tratarse de un campo perfectamente trabajado por el Derecho romano, incluyéndose, entre otros, los estudios de «Donación y contrato en favor de tercero; liberalidad mediante título de crédito; efectos de la donación de cuotas sociales; donación de los entes públicos»; etc. Finalizando con un capítulo referente a las Quiebras, seguido de un apartado relativo a diversas publicaciones pertenecientes al campo del Derecho natural y Filosofía del Derecho, a los que se añade un Catálogo de las obras de BIONDO-BIONDI, no incluidas en los presentes volúmenes a que acabamos de referirnos.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

BUSNELLI, Francesco Donato: *La lesione del credito da parte di terzi*.—Edit. Giuffrè. Milano, 1964. Rústica, X-268 páginas (Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Istituto di Diritto Privato, núm. 1).

Se inicia la obra con un breve preámbulo, dividido en tres apartados, en el que el autor pone de manifiesto la actualidad del tema, dadas las nuevas dimensiones económicas de la sociedad moderna (economía dinámica, riqueza mobiliaria, multiplicidad de las relaciones de crédito): de aquí los intentos de aproximar los derechos personales a los reales, tradicionalmente más protegidos. Junto a ello, aparece una rápida evolución del concepto de responsabilidad civil, que, en definitiva, pone más el acento en el damnificado que en el damnificante. Advierte a continuación el autor, que por estas dimensiones tan nuevas y actuales, no se presenta posible tratamiento alguno de antecedentes romanos, indicando, en cambio, que dedicará alguna atención a las soluciones del Derecho comparado.

La obra en sí guarda una indudable simetría en su sistemática: dividese en dos grandes partes, y cada una de ellas, en cuatro capítulos. La primera parte lleva por título «Relevancia jurídica de la lesión del derecho de crédito por parte de terceros», y su primer capítulo se destina a la «Configurabilidad teórica» de dicho con-

cepto, comprendiendo trece apartados. Se habla aquí de la posición tradicional, contraria a la admisión de una lesión de un crédito por obra de tercero, dada la relatividad de este tipo de relaciones jurídicas, frente al carácter absoluto de los derechos reales; como se hacen efectivos frente a personas determinadas, aparece así delimitado el campo de su posible violación o incumplimiento. Toda otra configuración supondría borrar los límites que las separan de los derechos reales.

Frente a ello, se alza la tesis favorable a la admisibilidad de la figura, al considerar en la relación obligatoria una doble dimensión, interna y externa: la primera es la característica entre acreedor y deudor, y por su nota de «relatividad», es sólo susceptible de «incumplimiento» por parte de éste; pero la segunda, tan poco advertida por muchos, tiene un carácter absoluto, supone una proyección *erga omnes* y es susceptible de «lesión» por parte de tercero. Se critica luego la posición que concibe el derecho de crédito como unido a una *facultad de exclusión* o *Ausschliessungsrecht*, por su artificiosidad, que vendría—dice Busnelli—a borrar la autonomía del derecho de crédito, al ponerlo en dependencia de una figura tan imprecisa (citase a RUGGIERO entre los partidarios de esta posición criticada).

Otras teorías, prosigue el autor, han tratado de justificar la cuestión a costa de desvalorizar alguno de los elementos clásicos y fundamentales de toda relación obligatoria, ya se trate del elemento *prestación* (teorías «patrimonialistas», que otorgan la preeminencia al resultado patrimonial perseguido por el acreedor, aproximando con ello los derechos personales a los reales, todo lo cual es rechazable por varios argumentos que presenta el autor, entre ellos el de ser una injustificada tentativa de actualizar la distinción entre débito y responsabilidad en la obligación), o bien se desvalore la posición típica del deudor en la obligación (realizando también una asimilación a los derechos reales, con la afirmación de que el objeto de todo derecho subjetivo no es un bien material de naturaleza económica, sino una «pretensión abstracta», con lo cual la figura del deudor aparece relegada a la de un mero «tercero cualificado»), o bien se desvalore, por último, la situación del acreedor, negando al crédito su carácter de derecho subjetivo, indicando se trata sólo de una «expectativa tutelada».

Todas estas tentativas doctrinales son insostenibles; la admisibilidad de la figura ha de plantearse dentro de la teoría clásica de la obligación. En efecto, si la propia Ley positiva admite el cumplimiento de obligaciones por parte de terceros, no parece difícil admitir correlativamente que pueda darse una lesión también por obra de terceros: se trata de dos aspectos de un fenómeno general; la incidencia de la actividad de terceros en las relaciones obligatorias. Existen en el derecho de crédito dos perfiles: uno, estático, y otro, potencialmente dinámico; mira el primero a su pertenencia a la esfera jurídica del acreedor («interés» que representa); de ahí que en este aspecto pueda incidir la conducta de terceros.

Llegado a este punto, cree el autor oportuno revisar la concepción de derecho subjetivo: «facultad de obrar» e «interés protegido» son los dos aspectos de éste, que bien podrían denominarse externo e interno, aclarando así la anterior construcción.

Con ello pueden explicarse perfectamente esos como dos aspectos que muchos derechos personales presentan, y que han llevado a varios autores al intento de parificarles en algún sentido con los derechos reales (SARIA, y especialmente GINOSSAR, de quien nos ocupamos en una recensión anterior, y a quien Busnelli critica profundamente). Y, tras varias puntualizaciones de cómo entiende el autor el término «interés», termina el capítulo, afirmándose la compatibilidad entre incumplimiento del deudor y lesión del crédito por terceros, dadas las cualidades apuntadas.

Se ocupa el capítulo II de «Lesión del crédito y responsabilidad de tercero», comprendiendo once apartados. Comienza afirmándose la necesidad de examinar el problema en el Derecho positivo, haciéndose una comparación a fondo entre el 823 del BGB y el artículo 2.043 del actual Código italiano (carácter analítico y abierto en el primer precepto; sintético en el segundo), dándonosos aquí noticia de cómo se tiende a individualizar la responsabilidad-extracontractual en la lesión de un derecho absoluto, contraponiéndola a la responsabilidad contractual, fundada en la lesión de un derecho relativo. Entiende el autor, por su parte, que el 2.043 deja abierta la posibilidad de cobijar una sanción ante un daño al derecho de crédito, sin perjuicio de la expresa sanción de la responsabilidad entre las partes del 1.218, considerada por algunos un

obstáculo expreso a la primera. Se critica luego la posición que ve en el 2.043 una fórmula comprensiva de ciertos derechos absolutos (con sus correlativos deberes de terceros). No puede verse aquí como una suma de los específicos deberes impuestos por otras normas (pone para demostrarlo ejemplos sobre el derecho de propiedad y los derechos de la personalidad). El 2.043 no tiene una eficacia meramente sancionativa, sino que «contiene un supuesto de estructura compleja, un *supuesto de responsabilidad*, en cuya formación concurre una serie heterogénea de elementos», y que es autónomo en cuanto al funcionamiento de su mecanismo resarcitorio, si bien se encuentra funcionalmente relacionado con otras normas sobre «daño injusto». La citada autonomía no constituye una simple expresión del principio *neminem laedere*, sino que configura un verdadero «deber».

Para poderse hablar de «daño injusto», se precisa un presupuesto subjetivo (comportamiento *non iure* del damnificante) y otro objetivo (lesión de una situación jurídica subjetiva del damnificado). Se precisa la lesión de un interés jurídicamente protegido, no de un interés de mero hecho, si bien resulta a veces difícil deslindarlos debidamente. Con todo, en el caso de los créditos, su carácter claro de derechos subjetivos y no de simples expectativas no ofrece dudas en su consideración.

La última parte del capítulo se consagra a una cuestión que interesa mucho al autor puntualizar: la contradictoriedad de la posición que admite posibles lesiones de terceros en los derechos de alimentos, excluyendo a todos los demás derechos personales. No obstante, la aceptación de la teoría, por la doctrina y por la jurisprudencia italiana, acumula el autor muchos argumentos contra la misma, sin olvidar un análisis de las peculiaridades de los **derechos alimentarios**.

En el capítulo III se examina «El nexo de causalidad entre hecho de tercero y daño sufrido por el acreedor», comprendiendo trece apartados. En general, la jurisprudencia italiana sólo ha admitido una indirecta relación entre hecho de tercero y daño del acreedor, pero ello no es justificable; por admitirse plenamente en el caso de acreedor alimentista; que la prestación sea de otro género, no puede justificar el diverso tratamiento.

Al analizar la estructura del nexo de causalidad, se afirma que

no puede darse a la cuestión una solución apriorística, debiéndose distinguir distintas hipótesis; por ello se examinan separadamente los hechos de tercero que inciden sobre la persona del deudor o sobre la cosa objeto de la obligación; se interpreta el artículo 1.223 del Código italiano, advirtiendo la necesidad de distinguir los conceptos «evento» y «daño».

Tratando luego de la cuestión bajo un ángulo más general, se habla del nexo de causalidad en los supuestos de responsabilidad civil, distinguiéndose dos fases en el proceso causal, y aplicándose los resultados al caso que nos ocupa. La primera sería la producción del evento; la segunda, el daño sufrido por el acreedor como consecuencia inmediata y directa del hecho de tercero.

Se ocupa luego del concepto «resarcibilidad» en abstracto y en concreto del daño en cuestión; examina el grado de fungibilidad de la posición del deudor en la relación jurídica que aparezca lesionada, con la paralela comprobación de la existencia del nexo de causalidad. Y termina afirmando la irrelevancia del dolo específico en el tercero a efectos de la causalidad.

Destinase el Capítulo IV a demostrar la falta de normas (en Derecho italiano) expresamente opuestas al principio de la responsabilidad de tercero, comprendiendo seis apartados. Tras una rápida referencia al 1.259 y 1.585 del nuevo Código, se pasa al examen del 1.372: contiene éste la regla de la relatividad de los efectos contractuales; pero ello no es óbice a la exigencia a terceros de respeto para con todo contrato. Por otra parte, la exigencia de una responsabilidad para el tercero se extendería, tanto a créditos de origen contractual como legal.

Se analiza, por último, el 1.916, en materia de contrato de seguro. Y con ello finaliza la primera parte de la obra.

* * *

En su parte segunda («Principales hipótesis de lesión de crédito por terceros»), su capítulo I se destina a «Hipótesis referentes a hechos de tercero que tiene como punto de incidencia la persona del deudor», con un total de once apartados. Se manifiesta primero el temor jurisprudencial a que la muerte u otros perjuicios sufridos por el deudor que le impidan el cumplimiento, originen una

excesiva proliferación de acciones a favor de todos los posibles acreedores lesionados. Pero es un temor injustificado, según el autor. En primer término, quedarán generalmente excluidas las obligaciones de dar. En cuanto a las obligaciones de hacer, se precisará una rigurosa comprobación de la realidad del daño: ésta parece ser la regla de la jurisprudencia francesa en la materia, aunque los fallos sean poco abundantes; los resultados, empero, son importantes, por equivaler el tantas veces citado 2.043 al 1.382 del Código Napoleón. No obstante, el autor advierte un cierto peligro ante la excesiva laxitud producida en Francia, al extender la responsabilidad extra-contractual a meras situaciones jurídicamente relevantes, lo cual origina una proliferación de acciones; peligro advertido por los propios autores franceses (MAZEAUD).

Se habla luego del Derecho británico, en que aparece expresamente prevista, si bien fragmentariamente, una tutela aquiliana del acreedor respecto a hechos ilícitos de terceros sobre la persona del deudor. (En el *Common law* se otorga legitimación al *master* en caso de *loss of service* del *servant*, ante un *tort* del tercero sobre la persona de aquél.)

Pasando al problema de la concreta comprobación de la efectividad del daño, destácase la esencial función del Juez en la prudente apreciación de cada caso. Y se indican algunos criterios pertinentes: la oportunidad de distinguir si se trata de obligaciones de prestaciones correlativas o no; el criterio de fungibilidad de la persona del deudor y algún otro supuesto particular. Y termina analizando el supuesto de la conducta de tercero que culpablemente coloque al deudor ante un estado de necesidad.

El capítulo II destínase a hipótesis, en que el hecho incide sobre la cosa objeto de la obligación, desenvolviéndose también en once apartados. Se examina la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor, regulada en el 1.259, en el caso de prestación de cosa determinada, y que origina que el acreedor subentre en todos los derechos que correspondía al deudor, ante el hecho causante de la imposibilidad. Estudia el autor este fenómeno del subingresso del acreedor: su fundamento y su diferencia con la subrogación en el ejercicio de derechos ajenos. Se subraya que de la categoría de derechos en que cabe subingresso, se excluyen las acciones *ex delicto*, y, tras examinar otros problemas que plantea el

precepto, se reconduce éste a las disposiciones del 2.043. Finaliza señalando algunos casos no comprendidos en el 1.259: obligaciones de dar cosa genérica, obligaciones de conceder un derecho personal de goce sobre un bien.

Pasando al capítulo III, nos encontramos con los hechos con incidencia sobre la posición jurídica del acreedor, desarrollados en seis apartados. Estúdiense los casos de disposición de crédito por quien no es su titular; la responsabilidad de éste frente al verdadero titular del derecho así lesionado, traducida en la obligación de restituir (tanto por el acreedor aparente como por el heredero aparente), considerando la posible concurrencia de esta obligación con la de resarcimiento del daño. Se señala la necesidad de distinguir que el acto dispositivo lo haya realizado el tercero de mala fe o no (supuesto de culpa): será normal la responsabilidad del tercero en el primer caso, cupiendo una excepcional exoneración de responsabilidad en el segundo.

El último capítulo de la obra (con seis apartados) dedícase a los casos de concurrencia del tercero con el deudor en la producción del hecho lesivo. Tras dar algunas opiniones doctrinales, se habla de las tentativas de resolver afirmativamente el problema de la responsabilidad del tercero partícipe, sin reparar en muchos casos que no cabía separarlo del problema general de la responsabilidad de tercero. En definitiva, existirá una situación de solidaridad: responderá contractualmente el deudor y extra-contractualmente el tercero. Finaliza la exposición distinguiendo los casos de actividad material y de actividad jurídica del tercero en la producción del daño.

Para terminar nuestro comentario, recordemos que también en España contamos con un estudio sobre la cuestión, *La protección del acreedor contra terceros* (lección inaugural del curso 1957-58, Universidad de Valencia), obra de VIÑAS MEY (José), analizándose la cuestión en torno a nuestro 1.902 del Código civil, de amplitud semejante al 2.043 italiano, inclinándose positivamente por la posibilidad de admisión de la figura.

Valencia, abril-mayo 1966.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHIS,
Ayudante de Cátedra de la Facultad
de Derecho de Valencia.

CARRAZZA, Antonio: *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*.—Volume primo.—Istituto di Diritto Internazionale e Comparato. Firenze. Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore, 1965.

El supuesto legal de la mejora constituye, para el autor, una entidad compleja, formada, al menos, por los elementos esenciales: lo que llama el *miglioramento* real y verdadero, que asume la naturaleza de acto jurídico no negocial, y la *miglioria*, acontecimiento posterior, cuyo carácter es el de un hecho jurídico natural. Los efectos jurídicos de la mejora dependen de la combinación de un acto y un hecho.

La más adecuada definición de *miglioramento* es la de acto real (los actos reales consisten en la inmediata realización de la voluntad). Sus elementos son la función (o causa), que no debe confundirse con el motivo subjetivo y que da impulso al *miglioramento*. Puede identificarse con el interés de cada mejorante de conseguir una plusvalía. Este interés es esencialmente privado, aunque en él concurren intereses públicos.

Desde el punto de vista de su forma, el *miglioramento* o mejoramiento pertenece a la categoría de los actos que constituyen un simple comportamiento.

El acto del *miglioramento* debe realizarse necesariamente por una persona, debe ser obra del hombre. Al autor de las mejoras se le exige, al menos, capacidad natural y capacidad de querer y entender. El Derecho positivo italiano condiciona los efectos de la mejora a la buena o mala fe del autor de ésta. La buena fe subjetiva la aplica la Ley algunas veces, específicamente al acto de mejorar: las mejoras realizadas por el poseedor podrán considerarse hechas de buena o mala fe, con independencia de la calificación de buena o mala fe de la posesión. La buena fe específica del autor de las mejoras se caracteriza por el contenido, por el objeto y por los efectos, etc.

La realización de cualquier clase de mejoras supone, necesariamente, un gasto en sentido amplio, un empleo de medios y energías que se llama «obra». El concepto de obra expresa el ul-

terior elemento del acto de mejorar: el contenido u objeto. El contenido se examina desde diversos puntos de vista: la obra se desarrolla siempre sobre una cosa determinada y corporal; puede realizarse de modo instantáneo o continuado, mediante una disposición material de la cosa y debe tener siempre un carácter extraordinario para que pueda distinguirse de las gestiones usuales de cultivo, cria de ganado...; por último, debe ser atribuida al hombre, aunque sea con ayuda de la naturaleza.

La determinación del sujeto legitimado para mejorar un objeto dado se resuelve en individualidad la persona que ostenta esa *facultas meliorandi* o poder de mejorar reconocido por el ordenamiento como protección del interés para conseguir una utilidad de los bienes que supere la media normal y actual. No se trata de una posibilidad de hecho de mejorar la cosa poseída, sino de un poder jurídico. El poder de mejorar tiene la naturaleza de una facultad dispositiva en sentido material (no jurídico) con valor instrumental respecto a las verdaderas facultades de goce contenidas en el derecho subjetivo. Se considera el poder de mejorar desde el punto de vista de su esencia y desde el de su pertenencia, examinando derechos reales de goce: propiedad, copropiedad, subespecies de propiedad temporal, enfiteusis, usufructo y otros derechos reales limitados de goce sobre cosa ajena y derechos personales de goce. El examen sistemático se concluye con el estudio de la pertenencia del poder de mejorar en las situaciones posesorias.

El resultado del acto de mejorar es analizado por el autor a continuación. Afirma que éste se exterioriza haciendo la cosa, con terminología latina, *meliozem, pretiosiozem, fructuosiozem*.

Sigue estudiando los componentes económicos del resultado del acto de mejorar y distingue entre un efecto inmediato de la obra, que es el incremento de productividad de la cosa objeto de la mejora, y un efecto mediato, el incremento de valor de la cosa mejorada. Como nota característica del aumento de productividad, señala la estabilidad, que se trate de un aumento de productividad duradero, aunque no deba estimarse como existente a perpetuidad.

En cuanto al incremento de valor, cuya causa es la mejora, considera como caracteres la subsistencia en un momento dado y

su posibilidad de determinación, esto es, que pueda determinarse el aumento de valor.

Entre los dos elementos fundamentales que el autor distingue en la mejora, el acto de mejorar y el resultado del mismo, existe algo más que una simple relación de causalidad, puesto que si se separa uno del otro, ya no es posible hablar de mejora.

El criterio fundamental que deberá tener en cuenta el intérprete al contemplar un supuesto concreto de mejora, es este nexo existente entre el acto y el resultado, con lo que se evitará uno de los errores más frecuentes en la práctica, consistente en considerar como mejoras casos de simples gastos.

La mejora puede ser fuente de obligaciones y de derechos. Aquel que se aprovecha de la mejora, está obligado a indemnizar al autor de ésta. Dicha obligación de indemnizar es el efecto más importante de la mejora, pero no el único. Distingue el autor entre:

A) Derechos del propietario de la cosa mejorada o de sus causahabientes:

1. Derecho de propiedad sobre la mejora y sus frutos, cuando tratándose de mejora extrínseca (edición que constituye mejora), se presta como tal a constituir un objeto autónomo de derecho.

2. Derecho de retirar, cuando tratándose de mejora extrínseca, sea separable.

3. Derecho al resarcimiento de daños eventuales conexos a la obra de mejoramiento, etc.

B) Derechos del autor de la mejora o de sus causahabientes:

1. Derecho a la indemnización.

2. Derecho de garantía, accesorio del anterior.

3. Derecho de retención de la cosa mejorada como medio de autodefensa para la realización de su crédito.

4. *Ius tollendi*.

5. Derecho a compensar *ope legis* los deterioros eventuales de la cosa mejorada en el límite del valor de ésta.

6. Derecho a compensar *ope legis* el valor de los frutos sujetos a restitución en caso de reivindicación con el valor del mejoramiento producido a la cosa reivindicada, etc.

Estudia la obligación de indemnizar, distinguiendo, ante todo, su fuente y su naturaleza.

En cuanto a la fuente, sigue el autor un criterio propio, en contraste con las doctrinas que la identifican con el cuasi-contrato y con aquellas que consideran esta obligación de indemnizar como una obligación legal, esto es, precedente directamente de la Ley. También se muestra contrario a considerar como fuente de la misma el principio del enriquecimiento sin causa. La obligación de indemnizar tiene su origen en la estructura compleja de que ya se ha hablado.

Relativamente, a la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar se muestra partidario de considerarla como una obligación *propter rem*, o sea, una obligación que incumbe al propietario de la cosa mejorada en cuanto a tal frente al autor de la mejora. Ahora bien, cuando se afirma que la obligación tiene una naturaleza real, se tiene presente la situación más elemental; esto es. se presume que el propietario tiene el goce directo de la cosa y que la mejora proviene de la persona que respecto al propietario es tercero, o sea, que no tiene con el propietario del fundo una relación tal que pueda constituir un título en base al cual pueda resolverse el problema de la legitimidad del mejoramiento, de su indemnizabilidad y de la medida de la indemnización, un título que reclame un régimen jurídico particular.

Existen hipótesis en que no pueden desconocerse la Ley que regula la relación particular a través de la cual se realiza el goce indirecto. Esta Ley se manifiesta como especial en relación a las reglas que pueden deducirse de la naturaleza real de la obligación. La pluralidad de goces confluyentes sobre la misma cosa, produce una multiplicación de los supuestos de mejora, algunos de los cuales son de naturaleza real y otros de naturaleza personal. Un ejemplo típico de esta situación lo constituye la mejora realizada por el arrendatario en la finca concedida en usufructo.

Estudia a continuación el sujeto de la relación y su legitimación activa y pasiva, las alteraciones subjetivas en la relación obligato-

ria, desde lado activo (crédito) y del lado pasivo (débito), la prestación de dar y su medida. El criterio fundamental, seguido por la legislación italiana, es el de calcular la indemnización en relación al aumento de valor, determinado por la mejora. Otro criterio es el de la indemnización por la cantidad menor entre lo gastado y la plusvalía. Se muestra el autor contrario al criterio que mide la indemnización por el gasto efectivo.

La obligación de que se trata se clasifica entre las deudas de valor, insensible por ello a las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda.

Estudia también el autor la realización coactiva del crédito en vía judicial, y en particular la cesación de la posesión o detentación de la cosa mejorada como condición de interponibilidad de la acción específica de indemnización del mejoramiento, la autotutela del crédito del mejorante por medio de la retención y la separación del precio obtenido de la venta del bien hipotecado, en su caso.

Trata a continuación de los modos de extinción de la relación obligatoria que tiene lugar normalmente por el pago voluntario de la prestación debida, analizando en particular la compensación, la renuncia a la indemnización y la prescripción extintiva. Sostiene que la adquisición de la propiedad de la mejora por propietario de la cosa mejorada es un fenómeno de accesión.

El último capítulo de la obra está destinado a distinguir la mejora de otras figuras afines: las adiciones, las accesiones y las pertenencias. Hasta aquí la mejora se ha presentado como supuesto de hecho; aquí se estudia la distinción *sub specie rei*. La mejora no puede ser considerada en su esencia como una *res*.

Distingue entre mejoras intrínsecas (mejoras en sentido propio), mejoras extrínsecas (adiciones que constituyen mejora) y adiciones puras y simples que se caracterizan porque se agregan a la cosa principal sin provocar un aumento de su productividad, aunque tengan un valor intrínseco propio.

Desde el punto de vista de su diversa estructura física, la mejora se distingue de la edición, en que la primera supone «potenciamiento cualitativo», y la segunda, «extensión cuantitativa». Pero este criterio no tiene en cuenta las adiciones constitutivas de mejora que reúnen las características de «extender» y «potenciar».

al mismo tiempo, modificando la calidad a través del aumento de precio, no menos que la cantidad. Lo mismo ocurre con cualquier otra fórmula del criterio físico, criterio vano frente a manifestaciones de la especie intermedia constituida por la adición-mejora, si bien no le falta utilidad, a fin de distinguir la mejora intrínseca de la adición pura y simple, admitiendo que el mejoramiento podía surgir de una nueva disposición de los elementos que componen la cosa; se observa que no está ligado al presupuesto de una inmisión de elementos materiales en la misma.

Las mejoras, como cosas que modifican otras, se distinguen de las accesiones que son aquellas cosas materiales por medio de las cuales, otras cosas se extienden indisolublemente, se complementan y enriquecen.

Se determina, por último, la relación existente entre el concepto de mejora y el de pertenencia. En primer lugar, y sin tocar el problema de la relación entre lo accesorio y lo principal, es necesario admitir que el mejoramiento puede aplicarse a la cosa, constituyendo pertenencia, sin perder por ello la naturaleza de mejoramiento. Y, en segundo lugar, se presenta la posibilidad de que la cosa destinada a pertenencia sirva de instrumento de realización concreta de un mejoramiento.

CELESTINO A. CANO TELLO,
Profesor Ayudante de Derecho Civil.

Centenario de la Ley del Notariado.—Sección primera: *Estudios históricos.*—Volumen II.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

Integran este volumen los siguientes trabajos:

1.º «Orden jurídico y orden extrajurídico», por Juan Iglesias, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Madrid.

Ortega reclamaba como precisa y conveniente la formulación de una teoría de los complementos extralegales que la Ley nece-

sita, de una teoría de los complementos existentes en los senos profundos y ultrajurídicos de la sociedad. Esta teoría, cuyas bases romanísticas están ya sentadas en los libros de Ihering y Schulz, carece todavía de una perfecta conjunción y sistematización. El autor dedica su trabajo a delinear aquellas fuerzas, virtudes o valores, por cuya influencia el Derecho de Roma cobra un sello singularmente humano.

A través de una serie de nociones fundamentales—jurisprudencia, juridicidad, *naturalis ratio*, etc.—, podemos descubrir la íntima conexión que, en Derecho romano, tuvo el Derecho con la vida. Y, de otra parte, si los derechos subjetivos romanos tuvieron una fuerza y contenido harto más vigorosos que los de hoy, hasta el punto de constituir auténticos poderes, sobre ellos operó la fuerza viva e impalpable de unos firmes y recios sentimientos de moralidad social, que evitó su absolutismo o actuación en servicio de intereses sólo privados y egoistas.

El autor dedica la segunda parte de su obra al estudio de la disciplina jurídica de los poderes privados. El romano entiende que el poder, en sus varias manifestaciones, debe ser pleno e íntegro, y que poder compartido, es poder negado. Esta idea preside la regulación de las situaciones de coparticipación: cotutela, condominio, comunión hereditaria, comunidad de bienes en el matrimonio, asociación, sociedad, solidaridad obligacional. Se analizan también los poderes del propietario, del acreedor, del paterfamilias, del tutor, del testador, todos ellos de fuerte contenido.

El pueblo romano, asistido por un sentido exquisito de las necesidades históricas, crea un pasmoso orden de vida; el instrumento, para su actuación, no es otro que el Derecho. En él tienen acogida preceptos de razón política, religiosa y ética. Pero, además, hay fuerzas y virtudes (*pietas*, *humanitas*, *fides*, *bonitas*, etc.) que no sólo penetran a veces en la norma jurídica, sino que en ocasiones actúan fuera de ella, influyéndola o determinándola de varios modos. Este influjo es analizado en la tercera parte del estudio en los campos de las personas, derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones.

2.º «Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho romano arcaico», por Francisco Hernández-Tejero, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Madrid.

Es afirmación comúnmente admitida al tratar de caracterizar el Derecho romano arcaico la de su rigidez. Es consecuencia de tal aseveración el rígido planteamiento de la distinción Derecho antiguo-Derecho clásico. Pues bien, el autor dedica su trabajo a revisar tal planteamiento, suavizando, por una parte, la trayectoria del progresivo perfeccionamiento jurídico, y, por otra, valorando en su justa medida el sentido práctico, la ponderación y el equilibrio de los juristas preclásicos.

El trabajo que analizamos nos va presentando y comentando, una por una, las más destacadas muestras del pretendido rigor del Derecho antiguo. Comienza por el precepto que figura en la Ley de las XII tablas (tabla III) y que reza: *Tertiis nundinis partes secanto. Si plus minusve secuerunt se fraude esto*, es decir, «sea cortado en trozos en el tercer mercado. Si (después de la entrega del deudor al acreedor por el magistrado) siguieran más o menos mercados, que sea sin perjuicio». Según la teoría antigua, *secare partes*, o sea, cortar en trozos, debía ser interpretado en sentido material, siendo su complemento el cuerpo del deudor. Analiza las diversas opiniones que este texto ha provocado, de las que es la más destacada la de Levy-Bruhl, para quien el texto significaba, más o menos, «que los dioses infernales despedacen, a partir del tercer mercado, al deudor que no paga»; se trataría, pues, de una sanción religiosa, no jurídica. No es ni siquiera probable la existencia en el Derecho romano arcaico de tan terrible norma de ejecución procesal.

Examina a continuación el autor la conocida norma *Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*. Hay que rechazar la hipótesis de que se hubiera querido establecer un modo de emancipación por este medio tan complejo e indirecto. Más bien hay que pensar que el derecho del padre no era el de vender a los hijos, sino el de transferir a un tercero y por un cierto tiempo la utilización del trabajo de aquéllos, negocio jurídico precedente de la *locatio conductio operarum*.

Era enorme el alcance y vigor del poder de que estaba investido el padre en Roma. Ahora bien, ¿cómo hemos de valorar rectamente el *ius vitae ac necis*? Desde muy antiguo existía una especie de control estatal de carácter penal sobre las facultades del paterfamilias. Gayo nos dice que desde la época decenviral, el ejercicio del *ius vitae ac necis* estaba condicionado por la existencia de una justa causa. Varios autores sostienen la existencia de verdaderas limitaciones jurídicas al poder supremo del paterfamilias.

Tampoco puede llegarse a conclusiones de extrema rigidez en cuanto a la situación de los *nexi*, y por lo que se refiere a la debatida cuestión de la posibilidad de acceso de los peregrinos a las *legis actiones*, no faltan argumentos para sostener la opinión afirmativa.

No puede decirse que el antiguo derecho desconociese la *exceptio metus*. Tan sólo hay pruebas de que algunos juristas la consideraban subsumida en la *exceptio doli*. Y queda también atenuada la impresión de rigidez del derecho arcaico, si pasamos al campo de los derechos reales; así, al analizar el concepto del *dominium ex iure quiritium*, *consortium*, *usucapio*, consecuencias procesales en materia de resarcimiento de daños causados por la propiedad y en materia de *actio aquae pluviae arcendae*.

Analiza a continuación el autor otros temas, empleando igual método y llegando a análogos resultados: orígenes del contrato consensual, formalismo, sucesión necesaria formal, el *adgnatus proximus* en la sucesión intestada, etc.

En suma, una monografía que tiene el mérito y la originalidad de desvirtuar una de las más comunes caracterizaciones del Derecho romano arcaico.

3.º «Escodriñamiento y otorificación», por Luis G. de Valdeavellano, Catedrático de la Universidad de Madrid, de la Real Academia de la Historia.

Es bien conocido el principio de irreivindicabilidad mobiliaria que encarna en el aforismo *Hand muss Hand wahren*; pues bien, el trabajo que analizamos tiene por objeto el estudio de la reivindicación mobiliaria en los casos en que el propietario ha perdido involuntariamente la posesión

En estos supuestos, nunca funcionó, en Derecho germánico, el principio de irreivindicabilidad. Cuál sea la razón de esta excepción, es tema que ha provocado un extenso debate. El autor analiza las opiniones de la doctrina, entre ellas, y como más interesante, la de Schultze. En general, la doctrina centra el problema en el ámbito del Derecho procesal y busca la explicación en el origen, naturaleza y relación mutua de los distintos procedimientos conocidos por el Derecho germánico y medieval como cauce de la reivindicación mobiliaria. De ahí que, a continuación, trace una exposición sumaria de esos procedimientos, a saber: el procedimiento *in-fraganti*, la querella en caso de hurto o robo, el procedimiento de escodriñamiento, y, como más importante, el de aprehensión o Anefang, en el que surgía la figura del *otor* o garante, es decir, la persona de quien el demandado alegaba tener la cosa.

Trasladando la cuestión al Derecho español, el autor afirma la vigencia, en nuestro Derecho medieval, de la limitación de la acción mobiliaria en los casos de entrega voluntaria a otro de la tenencia de la cosa, y, por otra parte, el Derecho español medieval revela, tal como lo recogen los fueros locales y las redacciones de derecho territorial consuetudinario, un evidente parentesco con los sistemas germánicos y medievales de reivindicación mobiliaria en los casos de pérdida involuntaria de la tenencia de la cosa, ya por sustracción, ya por extravío. En estos supuestos, el autor cree que en nuestro Derecho de la Edad Media pueden distinguirse también los procedimientos especiales, admitidos para tal reivindicación por los Derechos germánicos y los medievales de esta inspiración, que antes hemos citado, o sea: *a)* el procedimiento *in-fraganti*, en el que desempeña un importante papel el «apellido» o petición de auxilio a los vecinos para detener al ladrón; *b)* la querella por hurto o robo; *c)* el llamado escodriñamiento o registro domiciliario en busca de la cosa cuya tenencia se ha perdido involuntariamente, y *d)* el procedimiento que, siguiendo a Merêa, puede denominarse demanda de haber mueble, inspirada en el proceso de Anefang, con su secuela de la comparecencia en juicio de los causantes, garantes u *otores*, es decir, la «otorificación».

Prescindiendo del procedimiento *in-fraganti*, al que tiene dedicado otro trabajo, el autor dedica la última parte de su obra al

estudio, verdaderamente detenido, de la querella por hurto o robo del «Escodriñamiento» y de la «Otorificación».

4.º «La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título quinto de la quinta Partida», por José Arias Ramos, Catedrático de Derecho romano, Magistrado del Tribunal Supremo, y Juan Antonio Arias Bonet, Catedrático de Derecho romano.

Las fuentes en que se inspiraron los redactores de las Partidas son tema al que no sólo dedican referencias los tratados generales, sino que es objeto de varios trabajos fragmentarios; falta, en cambio, un estudio detenido y completo de la cuestión. Pues bien, el que comentamos sin pretender ofrecer la clave que descifre definitivamente el problema en sus diversos aspectos, limita su campo de observación al título cinco de la Quinta Partida, que lleva la rúbrica «De las vëndidas et de las compras».

Tras advertir que la edición de las Partidas que se ha tenido en cuenta es la de la Academia de la Historia de 1807, aun a sabiendas del recelo existente en cuanto al rigor crítico con que fué realizada, los autores se adentran en el tema. Sin perjuicio de tener en cuenta también otros textos, como la *Summa codicis*, de Rogerio, y la de Placentino, el estudio se realiza, fundamentalmente, en relación con la *Summa codicis*, de Azón. El examen detenido de las leyes del título quinto pone de manifiesto la primordial relación que mantienen con las doctrinas de Azón; así se va examinando el carácter consensual de la compraventa, capacidad para comprar y vender, precio, cosas que pueden ser objeto del contrato, el consentimiento viciado, el riesgo, objetos integrados en la cosa, evicción, rescisión y otros problemas.

El aprovechamiento de las enseñanzas de Azón queda cumplidamente demostrado, pero, de todas suertes, no puede calificarse a las leyes del Código alfonsino como una mera versión romance de la *Summa codicis* de aquel autor. Para explicar las diferencias, los autores esbozan dos hipótesis: según la primera de ellas, la obra de Azón hubiera sido uno de los varios elementos utilizados por los codificadores castellanos, quizá el más importante, pero no el único; según la segunda, los redactores no habrían manejado

la *Summa codicis* azoniana en la forma que actualmente presenta, sino un escrito semejante, pero no enteramente igual al de Azón. Y tanto en una como en la otra hipótesis, no puede pensarse en la redacción del Código castellano como un mero acto mecánico de transcripción, sino que, sin duda, los legisladores de las Partidas hubieron de tomar, frente al modelo o modelos contemplados, decisiones importantes, por lo cual ha de atribuirseles una relativa iniciativa. Dada la mediocre formación romanística de los legisladores castellanos, es más viable la hipótesis de una fuente única en la que encontrasen ya realizada la imprescindible tarea de armonización y síntesis.

5.º «Contribución al estudio de la historia del Notariado en Alemania», por Wilhelm Schmidt-Thomé, Notario en Bergheim Erft (Alemania).

El Notariado de la mayor parte de los Estados europeos tiene su origen en el italiano; éste, a su vez, hunde sus raíces en el *tabellionatus* de la época del Imperio Romano. Ciertamente, los tabelliones no ejercían ningún oficio público y sus documentos carecían de lo que hoy llamamos fe pública; pero sí estaban bajo inspección estatal y tenían, ante autoridades y tribunales, fuerza legal. A pesar de la destrucción del Imperio Romano, en muchas ciudades italianas se conservaron los tabelliones. Fueron tomando, por considerarla honorífica, la denominación de *notarius*, y en siglos XII y XIII alcanzó el Notariado italiano un estado de gran florecimiento, al que no fué ajena la recepción del Derecho romano.

En Alemania, el Notariado aparece relativamente tarde, a fines del siglo XIII; en la súbita aparición de Notarios públicos en este país—como en otros europeos—debió jugar un papel importante el desarrollo del Derecho canónico en la jurisdicción eclesiástica, lo que explica también que los primeros Notarios surgieron en las ciudades episcopales, en la parte occidental del Imperio. Por otras causas (relaciones mercantiles con las ciudades hanseáticas e influencia de la Escuela Notarial de Praga) se extiende la institución por el norte y el este del país. En Alemania Central y del Sur, el

desenvolvimiento de la institución sigue un proceso mucho más lento.

Los Notarios públicos, en Alemania, eran miembros de una profesión liberal, y la competencia para nombrarlos fué, desde tiempo inmemorial, un derecho imperial. Pero a poco surgió la costumbre de conceder el derecho de nombramiento de los Notarios a los Condes Palatinos de la Corte, los que podían ejercitarlo, y de hecho lo ejercitaban, sin limitación. Esto llevó consigo la rápida difusión del Notariado en Alemania, pero fué también la causa principal de su decadencia posterior. Junto a estos Notarios, coexistían los de nombramiento papal, sin que se sepan claramente las diferencias existentes entre ambos tipos.

Sobre la preparación profesional del Notariado, las noticias son escasas; debían saber leer y escribir, y algunos habían seguido cursos universitarios. Además, debían reunir algunas condiciones de capacidad (no ser infame o esclavo, etc.) y pasar un examen ante el Conde Palatino de la Corte, que se convirtió en pura fórmula en épocas posteriores, por la falta de conocimientos jurídicos de algunos Condes. El nombrado prestaba juramento, y recibía, como signo externo de su dignidad, una pluma y un tintero; podía establecerse en cualquier punto de Alemania y extender documentos con validez en todo el Imperio. Es curioso que hasta bien entrado el siglo XVIII muchos Notarios pertenecieran al estado eclesiástico.

El proceso de la autorización era el siguiente: el Notario, a base de una negociación oral con las partes interesadas y los testigos, hacía un borrador, que luego, en su estudio, extendía en limpio en la forma oficial establecida. Este documento, con su firma y signo (que el autor estudia detenidamente), constituía el instrumento notarial, mientras los borradores eran recogidos y conservados por el Notario. Es curioso que la actuación notarial durante la noche sólo era permitida en casos de necesidad o urgencia, pues se sospechaba una actuación secreta e ilícita que quisiera evitar la luz solar. Las negociaciones muy rara vez tenían lugar en casa del Notario, y, en cambio, se utilizaban frecuentemente iglesias, capillas o claustros, quizá por motivos religiosos, quizá por ser lugares neutrales. Es muy curioso también que la fijación de los derechos notariales quedara al arbitrio del Notariado, lo que en épocas posteriores resultó perjudicial a la profesión.

No se crea que la capacidad de autorizar documentalmente estaba de modo exclusivo en manos de los Notarios, sino que éstos coexistían no sólo con los funcionarios de nombramiento eclesiástico, sino, principalmente, con las oficinas municipales, que expedían documentos válidos. Esto, y la manera desmesurada con que los Condes Palatinos ejercitaban su poder de nombrar Notarios, explica que algunos de ellos no pudieran vivir sólo de su cargo y se vieran obligados a ejercer una segunda profesión.

La competencia profesional y el sentido de la responsabilidad de los Notarios eran elevados; de ahí que con frecuencia ocuparan altos puestos en la Administración.

Las diferencias en la preparación de los Notarios y en las pruebas a que eran sometidos y el número cada vez mayor de ellos, dieron lugar pronto a situaciones insostenibles y quejas justificadas. Para remediarlas, se trató de crear una regulación unitaria, que fué la Ordenación Imperial de 1512; pero aunque permaneció vigente hasta 1806, no resolvió el problema principal, que era el de limitar las facultades de los Condes Palatinos. De ahí que se intentara una solución indirecta a base de Ordenaciones locales, que establecían una selección personal y profesional de los candidatos, lo que tampoco resolvió la cuestión, por la atomización de Alemania en múltiples Estados, de los que sólo una parte promulgó tales Ordenanzas.

Así llegamos a la época moderna. Tras la disolución del Imperio alemán en 1806, cada uno de los Estados reglamenta el Notariado con una Ley particular, pero todas ellas están enormemente influidas por el modelo francés. La primera reglamentación unificada fué la Ordenación Notarial del Reich, de 13 de febrero de 1937. Con el desastre de 1945, cada Estado vuelve a dictar su Ley propia, hasta que la Ordenación Notarial Federal de 24 de febrero de 1961 introduce de nuevo una regulación unitaria, dejando, no obstante, posibilidad a los Estados de ordenar los detalles secundarios.

En resumen, una interesante y amena monografía sobre la historia del Notariado alemán.

6.º «Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales», por Miguel Muñoz de San Pedro, Conde de Canilleros y de San Miguel, C. de la Real Academia de la Historia.

Comienza el trabajo, tras el «Propósito y ofrenda», con unos «Comentarios previos». En ellos se trata, en primer término, de la fe pública; se esboza su concepto, así como la historia del Notariado desde los tiempos romanos a los actuales. El autor nos habla a continuación de los Archivos de Protocolos, indicando su régimen, para pasar al estudio de los protocolos extremeños. A diferencia de los pertenecientes a la provincia de Badajoz, que se encuentran dispersos en cada uno de los distritos notariales y en dos depósitos en la Biblioteca y Audiencia de la capital, los de Cáceres se hallan centralizados en su Archivo Histórico, sito en el antiguo Palacio de la Isla, de la capital. Por excepción, se autorizó al Ayuntamiento de Trujillo a conservar los de tal comarca.

A continuación se adentra el autor en el núcleo fundamental de su obra, es decir, el repertorio de cien documentos notariales extremeños, otorgados desde el siglo XIII (época en que fué reconquistada totalmente la región) al XIX (dado que se requiere una antigüedad de cien años en el protocolo, para que éste pase al Archivo Histórico). El repertorio va ordenado cronológicamente y los documentos se transcriben bajo el correspondiente epígrafe, en el que se indican las personas (si el interés radica en ellas), la modalidad documental o el hecho histórico de que se trate. En las transcripciones se respeta la ortografía de los textos, con una leve modernización de signos de puntuación, uso de mayúsculas y otros detalles. Por regla general, se inserta el documento totalmente, suprimiéndose sólo, en algunos de ellos, aquellas partes que carecen de interés y no alteran el contenido (como declaraciones reiterativas de testigos).

Digamos, por último, que los cien documentos transcritos contienen muy variados e interesantes aspectos de la vida extremeña a lo largo de los siglos: constitución de dote, nombramiento de lugarteniente de la Orden de Alcántara, fundación de mayorazgo, poder para convenir las condiciones de un matrimonio, contrato entre comediantes y el autor de comedias, información para que se conceda título de conde o marqués, nombramiento de capellán.

por la patrona de una capellanía, contrato con un profesor para que enseñe latín, perdón otorgado por un marido en causa de amancebamiento adúltero, compromiso para sustituir a otro en el servicio militar, etc.

M. F. B.

LUCARELLI, Francesco: *Lessione d'interesse e annullamento del contratto*.—Un volumen, XII-310 páginas. Milano. Giuffrè Editore, 1964.

Con este título, que claramente revela su propósito, Lucarelli ha escrito una obra de tesis en la que, en distintos tonos y bajo todos sus aspectos, estudia la íntima conexión que él ve entre la anulación de los contratos y la lesión de los intereses contractuales.

Superado el dogma de la autonomía de la voluntad, si el ordenamiento jurídico tutela las relaciones contractuales, ello se debe a que mediante las mismas se satisfacen los intereses de las partes. La lesión de estos últimos priva al contrato de su eficacia (1).

Para la doctrina clásica, Carnelutti, Cariota-Ferrara, nulidad y anulabilidad son dos especies del mismo género. Pero modernamente, Allara, Fedele, destacan cómo la nulidad afecta a la validez del contrato, y la anulabilidad a la ineficacia de la relación contractual (2). En defensa de esta nueva tesis, inclu-

(1) Es innegable la oposición que frente a esta tesis nos ofrece el artículo 1.300 del Código civil. En el que se admite la anulación, aun cuando no haya lesión para los contratantes.

(2) En nuestra doctrina, tanto la nulidad como la anulabilidad, se consideran especies de la invalidez. Aun los autores más recientes y avanzados sustentan esa tesis común. Así Díez-Picazo (*Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, «Anuario de Derecho Civil», 1961, págs. 819 y sigs.), para quien la anulabilidad es un defecto estructural que origina la invalidez, incluyendo los vicios funcionales en la rescisión contractual. Tan sólo CASTÁN, moderno como buen clásico, apunta una orientación análoga a la obra que comentamos. Al tratar de la tesis subjetiva de la lesión, «permite dar relevancia a la lesión en las legislaciones dominadas por el principio de autonomía de la voluntad, considerándola no en sí misma, sino como indicio de un vicio de la voluntad del contrato. La existencia de lesión hace suponer que la parte lesionada no ha contratado más que por error, dolo o violencia o por su debilidad intelectual. La desigualdad de las prestaciones revela la explotación de una de las partes por la otra» (*Derecho Civil, Común y Foral*, tomo III, pág. 391).

yendo la anulabilidad entre los supuestos de ineficacia y no en los de invalidez, Lucarelli aporta distintos argumentos.

I. Estudia, en primer lugar, los distintos vicios del consentimiento, causantes de anulación en sus relaciones con los intereses de las partes. Así:

a) Error. Si se excluye la anulación por error en el caso de que el mismo se rectifique antes de que haya perjuicio para la otra parte, se debe a que la *ratio* de tal anulación está ligada al interés, ya que la rectificación deja a salvo a éste, pero no sana en absoluto el consentimiento erróneo (3).

b) Violencia. Conforme al artículo 1.438, la amenaza de hacer valer un derecho sólo dará lugar a la anulación cuando la parte contratante que la emplea logra alguna ventaja, en este caso se le considera amenaza injusta. En una postura voluntaria bastaría que la amenaza coaccionara al libre consentimiento para que fuera injusta (4).

c) Dolo. La distinción entre dolo incidental y determinante del artículo 1.440 se basa en su influencia, esencial o no, en la regulación de los intereses *inter partes*. Sólo el dolo determinante, que afecta a tales intereses de forma que sin él no se hubiera adoptado su regulación, es causa bastante de anulabilidad (5).

d) Incompatibilidad entre representante y representado. La jurisprudencia en este caso sólo admite la anulación en el supuesto de que los resultados del contrato sean lesivos para el representado. Tesis análoga mantiene para el autocontrato el artículo 1.395 (6).

e) Falta de licencia judicial. En los supuestos en que ésta se precisa, su defecto será siempre causa de anulación, lo que pa-

(3) Véase Tribunal Supremo. Sentencia de 14 de junio de 1943: «Es obligado entender que la esencialidad del error requiere prueba y constancia del nexo, que en cada caso tenga aquél con los fines y objetos que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar.»

(4) Véase Tribunal Supremo. Sentencia de 18 de noviembre de 1944: «La intimidación es una coacción moral que se ejerce sobre el sujeto para que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses.»

(5) En este sentido, artículo 1.269 del Código civil frente al 1.270.

(6) PÉREZ y ALGUER: *Anotaciones a «Ennecerus»*, tomo I, vol. 2, págs. 249 y siguientes, rechazan el autocontrato en aquellos casos que impliquen regulación de intereses incompatibles. En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros a partir de su resolución de 29 de diciembre de 1922.

rece contradecir la tesis del autor, ligando ésta al interés lesionado. La razón de tal rigor se debe a que el juicio sobre la recíproca regulación de intereses corresponde siempre al juez. Pero la admisibilidad de la autorización *a posteriori* nos indica que también en este caso nos movemos en el ámbito de la eficacia. Anular un contrato afecta a la estabilidad jurídica. Por ello, aducir un vicio que cause la nulación, no puede quedar al capricho del ánimo al que afecte, sólo por sanar un interés lesionado, aunque sea particular, cabe perturbar el tráfico en general (7).

II. Trata Lucarelli sobre la posibilidad de aplicar a los otros vicios del consentimiento contractual la distinción cuantitativa peculiar del dolo, diferenciando el vicio determinante del meramente incidental. En el error, cabe admitir tal diferenciación, así como en la violencia. Pero si en este último supuesto es admisible entender que la violencia incidental sólo da lugar al rescarcimiento del daño, análogamente al dolo *incidens*. Por el contrario, el error, artículo 1:429, dará lugar a la anulación, aun en el supuesto de ser meramente incidental. Si bien la rectificación, forma especial de sanar el error, puede dejar a salvo el contrato en tal supuesto.

Pese a la peculiaridad aludida del error, el tratamiento de la incidentalidad, en los vicios del consentimiento, nos destaca también su íntima ligazón con los intereses contractuales (8).

(7) En contra de estas soluciones, el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1953: «La falta de licencia sólo podrá convalidarse por los menores—en un caso del artículo 164 del Código civil—al llegar a la mayor edad, pero no por la posterior autorización judicial. Este requisito es indispensablemente previo» Por lo que hace al supuesto, corriente en nuestro derecho del consentimiento uxorial, relativamente análogo, al haber autorización judicial subsidiaria, al contemplado en el texto. De la Cámara entiende que la mujer puede impugnar el acto sin su consentimiento, sin necesidad de probar que le fué perjudicial, aun cuando considera razonable que la impugnación pudiera quedar enervada mediante la demostración por el marido y los demás interesados de que el acto no fue perjudicial, si bien no cree fácil que esta opinión prosperara. Se transparenta aquí el relieve que De la Cámara da al interés en materia de anulación contractual (*El nuevo artículo 1.413 del Código civil*. «Anuario de Derecho Civil», 1959, pág. 863) El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de abril de 1964, dice textualmente: «Nunca puede ejercitar la acción de impugnación de un contrato por falta de consentimiento uxorio quien, dando motivo a la posibilidad de su ejercicio, no puede aducir que su falta le ocasione perjuicio alguno.»

(8) ALBALADEJO: *Invalidez de la declaración de voluntad* «Anuario de Derecho Civil», 1957, pág. 991. Destaca cómo la intimidación, para que juegue

III. Admitido, conforme al artículo 1.174, la diferencia entre prestación e interés. Siendo aquélla valuable. Y pudiendo el último, según Betti, encerrar una mera finalidad científica, religiosa, humanitaria o social. Hay que destacar la posibilidad de que un contrato se anule en base precisamente a la lesión de un interés no patrimonial.

El artículo 1.379, al tratar de la prohibición de enajenar, se refiere al interés apreciable (9). El 1.411 alude en el supuesto de la estipulación a favor de terceros, a un interés especial del estipulante. Intereses que no son patrimoniales (10).

La posibilidad de que un contrato se anule por lesión de tales intereses no pecuniarios, pone de relieve la íntima conexión entre anulación e interés lesionado. Y es posible que se logre anular un contrato de venta, en cuyo precio no hay lesión económica, si por dolo o error se ha lesionado el interés puramente afectivo de tratarse de un bien de abolengo familiar.

IV. La mayor parte de la doctrina. Cariota-Ferrara, Pugliatti, quiere fundar el criterio restrictivo del código en materia de anulación en la confianza de la otra parte contratante. Pero esto no es admisible, la confianza se da frente a terceros, pero no *inter partes*, exige una esencial extraneidad. Donde hay una recíproca ligazón de intereses, entiende Betti, no cabe la confianza. Precisamente, los requisitos peculiares de los vicios de anulación, destacan la necesaria colaboración entre las partes contratantes. Mala fe, reconocibilidad, etc. Es particularmente relevante el tratamiento del error. Si éste fuere reconocible, la otra parte debe advertirlo a aquélla que lo sufre, artículos 1.337 y 1.338. Lo que se sanciona así es la negligencia en no procurar solidarizarse en

como motivo de la impugnación, habrá de ser determinante. Respecto del error, dando tal relieve al error *in substantia*, Tribunal Supremo, en 14 de junio de 1943. Para el dolo, con toda claridad, el artículo 1.370

(9) Roca: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 389. Exige que estas prohibiciones se funden en un motivo justo. La razón guiada de las Partidas. Pero parece que ésta ha de consistir en una ventaja cualquiera patrimonial para otro. La sentencia de 18 de abril de 1952 exige sólo un interés legítimo.

(10) DE BUEN, en este orden de ideas, afirma: «Dado el interés que el estipulante ha mostrado por el tercero, no puede menos de considerarse como un interesado y, por tanto, le será aplicable el artículo 1.124» (*La estipulación en provecho de tercero* «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1923, página 222). Este interés podrá ser no patrimonial, pero el derecho reconoce su trascendencia.

la común voluntad. Se debe, pues, buscar otra razón distinta a la confianza de las partes para justificar los indiscutibles efectos de los contratos anulables.

Si con tal intención se lleva la idea de anulación al ámbito de la regulación de los intereses contractuales, pretendiendo reducirla así a una hipótesis de ineficacia, cabe que con este circunlunquío incidamos de nuevo en la idea de invalidez, precisamente por ausencia de causa contractual.

Pero es preciso diferenciar causa e interés (11). La primera destaca la finalidad objetiva del contrato y justifica el ámbito de libertad que se confía a la autonomía individual. El interés alude a la idoneidad del fin perseguido por las partes, es un elemento de funcionalidad.

Esta distinción nos sirve para resaltar la noción de invalidez frente a la de ineficacia. La invalidez se da cuando el interés social, representado por la causa, se encuentra insuficientemente tutelado, por falta de los elementos que constituyen el contrato, sin que sea posible que las partes determinen la necesidad o no de tales elementos. La ineficacia, como destacó Aurichio, implica una anómala relación entre las recíprocas esferas de los intereses de las partes. En los que cabe toda modalización, ya que los contratantes pueden crear negocios atípicos, o modificar sustancialmente los tipos legales, así tornando la venta real en meramente obligacional, o admitiendo el pacto de reserva de dominio (12).

La confianza entre las partes contratantes no era razón suficiente para el peculiar tratamiento de la anulación, pero considerar a ésta como un supuesto de mera ineficacia, sí que es motivo bastante para destacar la contraposición que en varios puntos se da, entre nulidad, como hipótesis de invalidez y anulación como figura de ineficacia. Así (13):

(11) En nuestra patria, la contraposición se formula entre causa y motivo. Diferenciación clara en la doctrina antigua, pero confundida, si bien por razones de peso, en la moderna jurisprudencia. Al admitir la tesis subjetivista de la causa. Las dos posiciones contrapuestas en el Tribunal Supremo, sentencias de 16 de febrero de 1935 y 17 de marzo de 1956.

(12) Pacto plenamente admisible en nuestro derecho. Si no cabe hablar en él de la conversión de la venta real en obligacional, si cabe pensar en una venta que no se proponga la transmisión dominical. Modalización muy superior a la vista.

(13) Díez-Picazo, loc cit, pág. 832, mantiene que la consolidación del ne-

a) La acción de anulación. Conforme al artículo 1.441, sólo puede ser interpuesta por otra parte, en cuyo interés la establece la Ley (14). La nulidad es perseguible de oficio, artículo 1.421. La anulación se liga así al interés dañado. Es cierto que cabe el ejercicio de tal acción por los herederos y causahabientes de la parte contratante, pero éstos actúan por interés reflejo.

La llamada anulación absoluta (15) sólo es admisible en el supuesto de la interdicción civil, en el que el interés tutelado es más público que privado. La prescripción de la acción ejercitable para pedir la anulabilidad, destaca el que, consolidados por el tiempo los intereses equivocadamente concertados, no interesa ya un cambio en la regulación de los mismos.

b) Sanación del contrato. El 1.424 refiere la conversión a los negocios nulos. Es la convalidación, la fórmula peculiar de sanar los negocios anulables, artículo 1.411. Particular interés tiene a nuestro objeto destacar la convalidación tácita que consiste precisamente en la voluntaria ejecución del contrato conociendo el vicio causa de la anulación. Si mediante la ejecución se cumplen así y se satisfacen plenamente los intereses contractuales, la anulación no tendrá lugar. Análogamente rectificar el error o resarcir el dolo incidental alude a los intereses contractuales. No cabe imaginar estas formas en hipótesis de invalidez, pero son aceptables en tema de ineficacia, al lograr una mejoría efectiva en la regulación de los intereses contractuales. Vemos así cómo en la convalidación juegan las voluntades de las partes. Por el contrario, en la conversión impera en todo su rigor la voluntad de la Ley que es causa de ella y la da el cauce que prevé (16).

gocio nulo, defendida a veces por el derecho, se basa en la protección de la confianza, en el favor de las personas que de buena fe han creído en la eficacia del negocio aparente. Bien sean las mismas partes, bien terceras personas. No se da así la distinción que respecto a la diversa trascendencia de la confianza se mantiene en el texto.

(14) Artículo 1.302 del Código civil. Tribunal Supremo, sentencia de 11 de abril de 1953.

(15) DE CASTRO sostiene en Derecho civil, tomo II, pag 359, la nulidad de los actos del interdicto. Por aplicación del artículo 4.º y en base al carácter penal de tal sanción.

(16) Para Díez-PICAZO, loc. cit., pág. 830, la convalidación consiste en la posterior adición del defecto negocial. La conversión en la transformación del negocio ineficaz en otro análogo al que no afecta la causa de ineficacia. El sentido de tales términos para tal autor es bien distinto del usado por Lucarelli.

c) Trascendencia *inter partes* y *erga omnes*. En la anulación de los contratos hay que destacar la ineficacia de los mismos entre las partes, junto a su validez frente a los terceros. Mientras no se declare la anulación de un contrato, los terceros de buena fe no se verán perjudicados por la ineficacia del mismo. La anulación supone un arreglo de los intereses de las partes, pero no afecta a los terceros, que se ven amparados no por su confianza, sino por la relevancia jurídico-social del acto meramente anulable. Fué Aurichio quien destacó la trascendencia, si bien temporal, del contrato anulable. Clásicamente, Betti, Scognamiglio, hacen una mera distinción de grado entre los contratos nulos y los anulables. Pero Allara puso de relieve que el contrato nulo es, en realidad, la ausencia de todo fenómeno. Por contra, el anulable, en tanto no se declare como tal, existe y produce efectos (17).

V. Incluida la anulabilidad de los contratos en el género de la ineficacia, surgen analogías indiscutibles con su rescisión y resolución (18).

Por lo que hace a sus causas. Así, la rescisión tiene lugar no por el estado de peligro o de necesidad, sino por la lesión de los intereses contractuales. Así se deduce de la *reductio ad equitatem*, que permite excluir la rescisión, aun concurriendo los supuestos de la misma, modificando en forma los intereses de las partes (19). La resolución refleja una ida análoga. Los textos legales que la regulan se refieren constantemente a la insatisfacción de los intereses. Su regulación inicial era válida, pero posteriormente surge la causa de la resolución, así la imposibilidad de la prestación (20).

(17) Díez-Picazo, loc. cit., pág. 827, destaca cómo la distinción entre ineficacia absoluta y relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia, ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectados por ella, su argumentación no coincide con la comentada.

(18) Estos dos supuestos se incluyen claramente en la ineficacia funcional. Díez-Picazo, loc. cit., pág. 830. Puesto que esta distinción entre ineficacia estructural y funcional se acoge por nuestra doctrina más valiosa y al día. El problema que nos ocupa, y aquí radica la novedad—inédita en nuestra doctrina—de la tesis de Lucarelli, estriba en transponer la anulabilidad por vicios del consentimiento de la ineficacia estructural, como está generalmente admitido, a la funcional.

(19) El artículo 1.294 del Código civil mantiene una postura similar.

(20) El artículo 1.124 concede la resolución al «perjudicado». No obstante, la jurisprudencia (12 de junio de 1944 y 10 de marzo de 1950) declara que si se

El tratamiento de la incidentalidad refleja también sus analogías con el visto para la anulación. Rescisión y resolución son también supuestos de última *ratio*, que pueden salvarse, ofreciendo modificar el contenido del contrato. El artículo 1.455 no admite la resolución si el incumplimiento tiene escasa relevancia para el interés de la contraparte. También la imposibilidad parcial puede salvarse mediante una reducción que restablezca el equilibrio pretendido.

El interés no patrimonial juega con analogía en los supuestos de anulabilidad, rescisión o resolución. Los contratos en condiciones inicuas se pueden rescindir, y entre estas condiciones se incluyen razones no patrimoniales. El incumplimiento parcial dará lugar o no a la resolución, según el interés de los contratantes, y este interés no será meramente económico, pues la reducción de la prestación afectará siempre en la misma forma al valor económico de la misma (21).

En suma, se destaca que la anulación no es una hipótesis de invalidez, sino su supuesto de ineficacia. Y para ello se pone de relieve la constante ligazón entre la misma y el interés de las partes contratantes. Desde que Ihering conceptuó al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, surgen continuamente conclusiones nuevas a partir de tal idea fecunda. Hoy no puede negarse que la temática del interés esté de moda. Las obras de Esser y Vohweg, de tan amplia difusión, giran en torno a ello. Entre nosotros, los estudios de Vallet y Cámara han interpretado nuestra legislación a la luz de los intereses en juego (22). Esta obra de Lucarelli se propone centrar el tema de la anulación de los contratos en el cuadro de los intereses de las

solicita el resarcimiento de daños, es necesario acreditar que éstos se hayan causado efectivamente, pues el incumplimiento, por sí solo, no basta para originarlos.

(21) La ejecución parcial de la obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre inexecución total o parcial.

(22) Esta teoría del interés ha informado toda la moderna orientación que considera a la propiedad como función social. Esta filiación doctrinal ha sido destacada por CATALINO IRTI, en su obra *El interés en la propiedad*, citado por BALLARÍN en su *Derecho Agrario*. Lucarelli argumenta bajo el peso de la teoría del interés. El la hace recaer sobre los intereses perjudicados de las partes contratantes. Pudiera también contemplarse en función del interés de la seguridad del tráfico, si bien la consideración a los primeros encierra una fórmula de tutela para el último.

partes. Las conclusiones prácticas de tal construcción dogmática pueden ser más justas que las obtenidas con una concepción voluntarista. Y más actuales, ya que en la materia contractual, el poner de relieve el interés de las partes, frente a su mera voluntad, es destacar el valor social frente al individual.

CARLOS HUIDOBRO.

VERRUCOLI, Piero: *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*. «Nella Common Law e nella Civil Law».—Un volumen de 204 páginas. Giuffrè Editore. Milano, 1964.

El Derecho civil, doctrinal y científico, heredero de las mejores tradiciones jurídicas de Roma, mostró siempre un cierto desdén por el *Common Law* anglosajón. Sin embargo, hoy puede observarse una fuerte corriente aproximativa. Sería difícil deslindar lo que hay de favorable o de peligroso en estos transvases jurídicos. Pero aquí nos basta con denunciar este fenómeno. Que por lo demás no puede extrañarnos. Nuestro idioma se ha visto invadido por gerundios sajones, *marketing*, *camping*, *planning*, *standing*... En Francia, Etienne ha escrito sobre esta nueva lengua: «El franglais» (1). Y los fenómenos culturales no presentan compartimentos estancos. El actual influjo del *Common Law* sobre nuestro Derecho civil obedece a determinantes históricas. Este libro de Verrucoli interesa por el cuidadoso paralelo que establece entre ambas tendencias jurídicas en torno a la personalidad de las compañías mercantiles.

La sociedad de capital ha degenerado hoy en supuestos anómalos, en los que tan sólo subsiste su estructura formal. La sociedad en una sola mano, la sociedad de control, la de etiqueta... Una serie de teorías tratan de superar esta dificultad. Se piensa que las relaciones jurídicas se deben imputar a quien realmente afectan más allá de las estructuras puramente formales. En parecido sentido se orienta la teoría de la soberanía de Hausman y Mozza, la del *disregard*, *lifting the corporate veil*.

Buscando una razón que justifique estas fórmulas superativas

(1) ETIENNE: *Parlez-vous franglais*. Gallimard. Collections idées.

de la personalidad jurídica, no es posible hallarla en las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la personalidad moral. La teoría normativa, a la que luego aludiremos, elude el problema. Las demás, ya las realistas, ya las de la ficción, reconocen una cierta realidad a la persona jurídica. No es posible así encontrar una justificación ontológica al *disregard*. Sólo puede hablarse de una justificación histórica. La personalidad jurídica surgió como un privilegio y hoy se mantiene con ese mismo carácter privilegiado. Le interesa al ordenamiento jurídico mantener una tutela escrupulosa para que ese privilegio no se resuelva en **daño**.

I. La primera parte de esta obra se detiene con minuciosidad en el estudio del significado histórico de la personalidad jurídica en la sociedad de capital.

A) En Roma, cada corporación para surgir a la vida pública precisa de una *lex specialis* que le confiere, hasta cierto punto, su personalidad jurídica con carácter privilegiado.

Si el Derecho canónico elabora la doctrina de la persona *ficta*, el influjo de ella se contrapesa con la idea teológica del cuerpo místico. Se llega a admitir que la personalidad jurídica puede adquirirse por *usucapion*. Si todo esto nos aleja de la teoría del privilegio, no hay que olvidar que el reconocimiento, por el poder secular, de las personas jurídicas eclesiales, tiene un carácter marcadamente privilegiado.

B) En Inglaterra, la personalidad jurídica de las primitivas compañías de ultramar, ejemplo más remoto de sociedades de capital, se lograba a través del privilegio real de la *incorporation*; no obstante, se reconoce excepcionalmente la adquisición de personalidad *by prescripción*. De otra parte, las *incorporated companies* podían adquirir el beneficio de la *incorporation* a través de la fórmula indirecta de adquirir su *charter* social a una compañía en trance de liquidación. La *Bubble Act* prohíbe esta práctica abusiva.

Al acudirse a fórmulas elusivas nuevas, así modificar el objeto y naturaleza de una compañía preexistente, y al reconocerse personalidad procesal a las *unincorporated companies*, la *Bubble Act* deviene letra muerta, hasta su derogación en 1825.

El sistema normativo es introducido por Gladstone en 1844; la personalidad jurídica de la sociedad se logra a través de la registración del *deed of settlement*.

Desde el punto de vista doctrinal, es característica la postura de Gower. La personalidad es creación del derecho, tanto la física como la jurídica. El carácter privilegiado de esta última es cierto que se atenúa con el sistema normativo. Pero no hay que olvidar que éste, a su juicio, implica la atribución por la Ley, pero caso por caso, de la personalidad jurídica a las distintas compañías que amparadas en su preceptiva se crean.

C) En Estados Unidos se destaca, en primer lugar, la rapidez con que se implantó el sistema normativo. En el Estado de Nueva York, en 1811, se reconoce *the privilege of self-incorporation*, bastando tan sólo la registración de la *charter* en el registro estatal. Es cierto que en tal régimen la *charter of incorporation* no regula los requisitos y funcionamiento de la compañía, queda ello sometido a la norma general, pero no se borra por eso el carácter privilegiado, aunque normativo y no discrecional, de la *incorporation*.

Junto a las sociedades legalmente constituidas, se puede hablar de la *corporation* «de facto» o *by estoppel*. Las primeras, aquellas que reúnen los requisitos precisos para que la Ley las reconociera como tales y que en alguna medida han intentado la *incorporation*. Las segundas, las que no reuniendo las condiciones exigidas para ser *incorporated companies*, pueden ser consideradas como tales, porque actúan como sociedades y denegarles la personalidad implicaría llegar a una solución injusta.

Taylor destacó cómo así la compañía mercantil no es una *legal person*, sino una abstracción *materialized in a name*, una simple *legal united*. Esta superación de todo conceptualismo jurídico ha facilitado extraordinariamente la aplicación de la tesis del *disregard*. La persona jurídica es un centro de imputación, pero con una entidad meramente relativa.

Una aportación muy valiosa de la doctrina jurídica americana ha consistido en su acabado estudio de la naturaleza jurídica de la *incorporation*. A juicio de Taylor, implica un contrato que la compañía estipula con el Estado. Pero resulta difícil cohonestar

esta postura con la posibilidad de alterar unilateralmente las condiciones de la misma, bien por la compañía, variando sus estatutos, bien por el estado, por un cambio legal. Ballantine ve en la *incorporation* un privilegio, una franquicia, no revocable, excepto en el caso de utilización abusiva de la personalidad jurídica. Stevens destaca la relatividad de la *incorporation*; es cierto que en general cabe hablar de propiedad corporativa, de obligaciones y derechos de la corporación. Pero en los casos de abuso o fraude, hay que profundizar en la realidad y contemplar frontalmente a los miembros que la integran. Hay que destacar así la realidad frente a una substantividad corporativa que puede desecharse cuando desaparecen las razones que justifican su reconocimiento.

D) Frente a esta evolución del *Common Law*, destaca Verrucoli el paralelo proceso del *Civil Law* en el continente europeo.

En un principio, la personalidad jurídica de las compañías no surge, sino a través del reconocimiento especial. El poder real la confiere a través de la fórmula privilegiada y discrecional del *octroi*.

Si en esta fase, persona jurídica y privilegio marchan unidos, lo mismo debe predicarse de la etapa comenzada en Francia en 1807. Se exige a partir de tal fecha autorización administrativa para que la sociedad merezca su personalidad.

El problema aparece en sus términos actuales a partir de 1867, al implantarse el sistema normativo. En el fondo encierra un problema jurídico la substantividad de los grupos sociales frente al poder absorbente del estado. Despax ha podido hablar de la defensa hecha por gran parte de la doctrina del derecho natural a la personalidad jurídica. La jurisprudencia francesa resaltó en más de una ocasión que la persona jurídica es una simple creación de la Ley.

Pero de otra parte se viene a considerar que tanto los actos específicos de reconocimiento como el reconocimiento implícito, o la regulación normativa a efectos de atribuir la personalidad jurídica a las compañías mercantiles, ofrecen una analogía sustancial. Todas ellas son técnicas e instrumentos similares, aunque diversos, para atribuir el privilegio de la individualidad distinta a una organización colectiva.

Se viene así a destacar, congruentemente con la trayectoria histórica, que en el derecho actual, la personalidad jurídica es aún un privilegio que el estado confiere. Con el mismo carácter privilegiado, autónomamente, el ordenamiento jurídico puede conferir en la misma línea el beneficio de la responsabilidad limitada.

Este carácter privilegiado explica lo absurdo de que el derecho cree personas jurídicas en contradicción a sus fines peculiares o al ordenamiento general. En ello se encuentra la razón de ciertas medidas represivas, previstas en la legislación italiana, que establecen la responsabilidad ilimitada de los accionistas. En otros ordenamientos se prefiere acudir a técnicas diversas. Así, revocar el reconocimiento legal que le confirió la personalidad jurídica. O desconocer a esta última. O imponer su liquidación forzosa.

E) Pero en el cuadro marcadamente dogmático del *Civil Law*, es preciso confrontar estas ideas con las distintas posturas doctrinales.

La tesis normativa de Kelsen concibió a la persona jurídica de forma peculiar. Existen en ella un dato real, prenормativo. Pero la personalidad jurídica estriba en el tratamiento *sub specie societatis* de las relaciones individuales que constituyen su *substratum*. La personalidad de la sociedad no es más que una fórmula cómoda para expresar sintéticamente una suma de relaciones que, en realidad, recaen sobre las personas físicas que se sirven de tal fórmula. Esta es la tesis defendida por Ascarelli. No hay que destacar que con esta doctrina se hace innecesaria la superación de la personalidad jurídica en los supuestos límites, ya que se niega la tradicional distinción subjetiva entre la sociedad y los socios.

D'Alessandro ve también en la personalidad jurídica un concepto instrumental, un *nomen iuris*, una fórmula práctica, «un símbolo incompleto», pero a la vez destaca el carácter real de la misma en cuanto centro de imputación de relaciones jurídicas. Es preciso tener en cuenta que la limitación de la responsabilidad o la previa excusión se dan con relación no a la sociedad, sino en último termino a los socios. Ello implica la existencia de un sujeto de imputación que no es otro que la persona jurídica. Podría decirse que ésta, en relación a los socios, actúa de pantalla.

Así se pone de relieve que la personalidad jurídica no es ni una realidad natural, ni una ficción de la realidad, sino una realidad jurídica. En consecuencia, su carácter real no debe ser exagerado en perjuicio de los intereses del ordenamiento.

En los países de *Civil Law* todo esto no ha sido reconocido con la suficiente claridad y la superación de la personalidad jurídica se va abriendo paso con dificultad, debido al menor desarrollo económico de los mismos y al fuerte dogmatismo de su derecho. Ello explica las discusiones en torno al valor declarativo, confirmativo o constitutivo del reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad comercial. Pero no cabe olvidar que tal personificación, antes y ahora, encierra el otorgamiento de un privilegio.

Un privilegio que consiste en la consideración jurídica de la actividad unitaria de un grupo dotado de cierta autonomía. El poder central reconoce tal valor unitario en todo caso. Discrecionalmente en el estado absoluto. Normativamente en los regímenes de derecho. Pero en todo caso, la personalidad jurídica es creación suya.

Con las peculiaridades citadas, la analogía de fondo entre el *Common Law* y el *Civil Law* en esta materia es patente.

II. La segunda parte de la obra se ocupa de los distintos aspectos y problemas de la superación de la personalidad jurídica.

A) En Inglaterra, el influjo ejercido por el *case Salomon v. Salomon and Co.* supuso una seria dificultad para acoger la tesis de la superación de la personalidad jurídica. La Cámara de los Lores mantuvo la realidad de la compañía, aun cuando el control de la misma lo detentaba una sola persona. En la misma línea se pronuncia en 1948 la *Consolidating Companies Act*.

Pese a estos obstáculos jurisprudenciales y legales, hay muestras de tal superación.

Las leyes en más de un caso prescinden de la personalidad jurídica aparente. Así, las disposiciones fiscales sobre el *Income Tax* y sobre el impuesto de sociedades *one man*, con menos miembros de los exigidos por las leyes, los socios responden de las deudas de la compañía si tienen conocimiento de tal circunstancia

y transcurre un cierto plazo sin reintegrar el número de socios preciso. Si de la personalidad jurídica se derivan consecuencias fraudulentas, entendiendo el fraude en sentido lato como deshonestidad comercial, tanto los administradores sociales como los socios responderán de las obligaciones de la compañía. En las delicadas relaciones de la sociedad *holding* también se muestra la superación. La sociedad subsidiaria no podrá adquirir participaciones sociales de la *holding* para no incurrir en la prohibición de comprar las acciones propias. Será preceptivo que la sociedad subsidiaria presente en la junta de la *holding* sus balances peculiares.

La jurisprudencia, tratando de elaborar una tesis explicativa de esta superación, ha acudido a dos figuras típicamente inglesas, la teoría del *trustee* y la figura del *agent*.

B) En Estados Unidos no hay problemas conceptuales para aplicar la tesis del *disregard*. La cuestión estriba en fijar los límites que encuadren los casos en que es posible la superación. El autor nos ofrece la clasificación de *Hornstein*.

a) En los casos en que una sociedad lícita afecta en su actuación los intereses nacionales.

b) Si una compañía tiene actividades que afectan las normas *antitrust*, o, en general, la *policy mercantil*. O procura la evasión fiscal.

c) Cuando la compañía se utiliza para la *perpetration of fraud*. Valiéndose de la *corporative capacity* para lograr algo vetado a la *individual capacity*.

d) Si la limitación de responsabilidad resulta *inequity*. Bien por inadecuación entre el capital social y la empresa de la compañía. O en la sociedad *holding*, responsable de las deudas de la *subsidiary*, constituyendo el total de ellas una *larger enterprise*. O en la *one man company*.

e) Si la superación se precisa para evitar un daño a los accionistas o a un tercero.

f) Para evitar la opresión corporativa de un socio o de la entera minoría por la mayoría.

g) En distintas hipótesis procesales. Emplazar a la sociedad subsidiaria implica el emplazamiento de la *holding*. Lo mismo

debe entenderse respecto de la cosa juzgada, pronunciada respecto de la sociedad en cuanto al accionista único.

Todos estos casos implican, hasta cierto punto, un abuso del derecho privilegiado a la personalidad jurídica. Las razones doctrinales que en estos distintos supuestos justifican la superación, la *enterprise entity*, la relación entre sociedad *parent* y *subsidiary*, significan una invocación directa a la realidad económica más allá de la jurídica.

C) En el Derecho continental no faltan muestras legales de tal superación.

a) En la legislación tributaria alemana. Con la norma interpretativa peculiar del Derecho fiscal, que impone contemplar la realidad económica de la empresa. Y con aquella otra, que afirma que las obligaciones tributarias no pueden eludirse con el abuso de los esquemas y las formas civiles.

b) En Francia, una Ley de 1935, modificativa del C. de C. Extiende la quiebra de la sociedad al verdadero *maitre de l'affaire*. Auténtico interesado en los negocios que provocaron la declaración de quiebra.

c) Conforme al artículo 2.362 del *Codize*, en la sociedad unipersonal responde, limitada y personalmente de las deudas, el socio único, respecto de aquellas obligaciones contraídas en el plazo en que la compañía no tuviere sino un solo socio.

d) En Alemania, en los supuestos *Konzern*, el consejo de vigilancia deberá estar integrado en las sociedades subsidiarias, no sólo por trabajadores de las mismas, sino también de la sociedad dominante.

e) En aquellos casos en que el Derecho alemán considera como práctica restrictiva de la competencia un acuerdo entre comerciantes o compañías mercantiles, se considerará igualmente sancionable el mismo acuerdo, adoptado, no en forma contractual, sino en junta general de una sociedad en la que ambos comerciantes o compañías fueren socios.

D) En el marco extremadamente conceptual del *Civil Law*, tienen una gran importancia las construcciones doctrinales que tra-

tan de explicar el fundamento de la superación de la personalidad jurídica.

Se pueden considerar ya desechadas algunas de ellas. Así, la teoría de la soberanía de Haussman. La de la simulación de Mes-sineo, que considera que en el caso de las sociedades *holding* hay un ficticio desdoblamiento simulado de la propia subjetividad jurídica. Igual consideración merecen las tesis de la sociedad interpuesta y de la apariencia jurídica.

Hoy se siguen otras tendencias. Se habla de la personalidad jurídica del grupo. Y de la realidad de la empresa; así, Despax. Se contraponen el sujeto de derecho formal y el sujeto de derecho real. Igualmente se diferencian, en la doctrina francesa, la personalidad moral y la jurídica. Y es posible que en ciertos casos dos sociedades tengan diversa personalidad jurídica, identificándose en su personalidad moral.

Bigiavi ha mantenido con resonancia la teoría del empresario oculto. Las consecuencias jurídicas de la compañía aparente le llegan a afectar al titular real del negocio.

Otros, como Libonati y Ascarelli, ven la existencia de una sociedad de hecho entre las personas realmente responsables de la vida social que se supera.

Serick entiende que en los casos de superación se observa un abuso de la forma externa de la personalidad jurídica. Se puede llegar al substrato de la misma si se abusa de su esquema. Bien en fraude de Ley, violando un contrato estipulado por la sociedad, o en los supuestos de aplicación a la persona jurídica de leyes difíciles de acomodar a la personalidad moral.

III. Tras este minucioso estudio comparado, Verrucoli sienta algunas conclusiones.

Puesta en evidencia la relatividad de la persona jurídica, es posible superarla en distintos supuestos, para amparar los intereses del Estado, en particular los fiscales. En represión del fraude de Ley; en defensa del fraude contractual; amparándose los intereses de tercero; en protección de los intereses de los socios *uti singuli*.

En Estados Unidos, la superación es puramente empírica, con una orientación ontológica que mira a la realidad. En Gran Bre-

taña, las soluciones son similares, si bien tratan de hallarse teorías doctrinales que expliquen la superación, invocando la figura de la *agency* o del *trust*. El amplio prejuicio teorizante de que adolece el *Civil Law*, explica el florecer de tesis justificativas del fenómeno de la superación. El empresario oculto, la sociedad de hecho, etc.

La razón última de que en ciertos casos se supere la personalidad jurídica estriba en que la personalidad jurídica es una concesión legal, obtenida, no en forma incondicionada, sino revocable, en los supuestos en que se causa o se sufre perjuicio.

El tradicional legalismo del Derecho continental haría aconsejable que se dictaran leyes especiales con miras a la superación de la personalidad jurídica. Si bien no cabe ignorar que, dado el dinamismo plástico de esta materia, las normas legales nacerán ya envejecidas.

IV. No resistimos la tentación, aun a riesgo de alargarnos con exceso, de citar aquí algunas afirmaciones de nuestra doctrina, que ponen en entredicho algunas de las tesis de Verrucoli.

El carácter privilegiado de la personalidad jurídica en el Derecho histórico no aparece tan indiscutible como se mantiene en el texto. De Castro (2) cita a Bartolo, para quien la *aprobatio superioris* no era necesaria en aquellos casos en que había una *aprobatio de ius gentium*. Esto demuestra que en alguna medida se pensó en el carácter espontáneo y natural, no privilegiado, de la personalidad jurídica. De otra, los *loca pia*, análogos a nuestras fundaciones, no requerían para su erección el permiso de las autoridades civiles o eclesiásticas (3).

No resulta tampoco tan claro, según argumenta Puig Brutau, que el Derecho anglosajón mantenga el carácter privilegiado de la creación de la personalidad jurídica. Ya que admite las *corporations* «de facto» y aplica en estos casos el concepto de *estoppel*. El relativo reconocimiento de una subjetividad en estos casos con-

(2) *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*. Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, secc. III, vol. I, pág. 30.

(3) Loc. ul. cit., pág. 34.

tradice el carácter privilegiado de la personalidad, aunque mantengamos la *incorporation* como privilegio estricto (4).

El paralelismo que Verrucoli pretende establecer entre el sistema histórico de la concesión y el actual normativo, manteniendo ambos en el plano del privilegio, tiene entre nosotros contradictores. Así, De Castro: «La figura de la sociedad anónima aparece en la historia del Derecho *abrupte*, repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y las derivan de las sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de *societates publicae*» (5). Es cierto que Sáinz de Andino mantuvo que: «Las sociedades anónimas tienen un sistema constitutivo excepcional que no guarda conformidad con las disposiciones generales del Derecho común, equivalentes a un privilegio» (6). Pero se refirió al sistema prenormativo del Código de 1829, y más bien se trata de un privilegio de clase que de la noción estricta del mismo. Considerado como «disposición jurídica creadora de modo inmediato de una situación jurídica concreta» (7). Es muy dudoso que esta noción precisa de privilegio se pudiera aplicar al sistema de autorización judicial del Código de 1829, e indiscutiblemente resulta contradictoria con el normativismo actual.

El valor autónomo y natural de la personalidad jurídica se apuntó ya en el Congreso Jurídico de Madrid de 1882: «La persona social tiene un origen independiente del Estado». Y parece transparentarse en el fondo de la postura del propio De Castro, defendiendo a la personalidad jurídica frente a recientes ataques (8). Y en la prudencia de Polo, al sostener que la personalidad jurídica sólo debe ser superada en casos excepcionales, a fin de que se garantice la seguridad del Derecho (9).

(4) *Comentarios del traductor a la versión española de la obra de Rolf Serick, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles»*, págs. 310 y sigs.

(5) *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. «Anuario de Derecho Civil», 1949, pág. 1.399.

(6) RUBIO: Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil, 1950. pág. 224.

(7) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 104.

(8) *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*. «Anuario de Derecho Civil», 1961, págs. 43 y sigs.

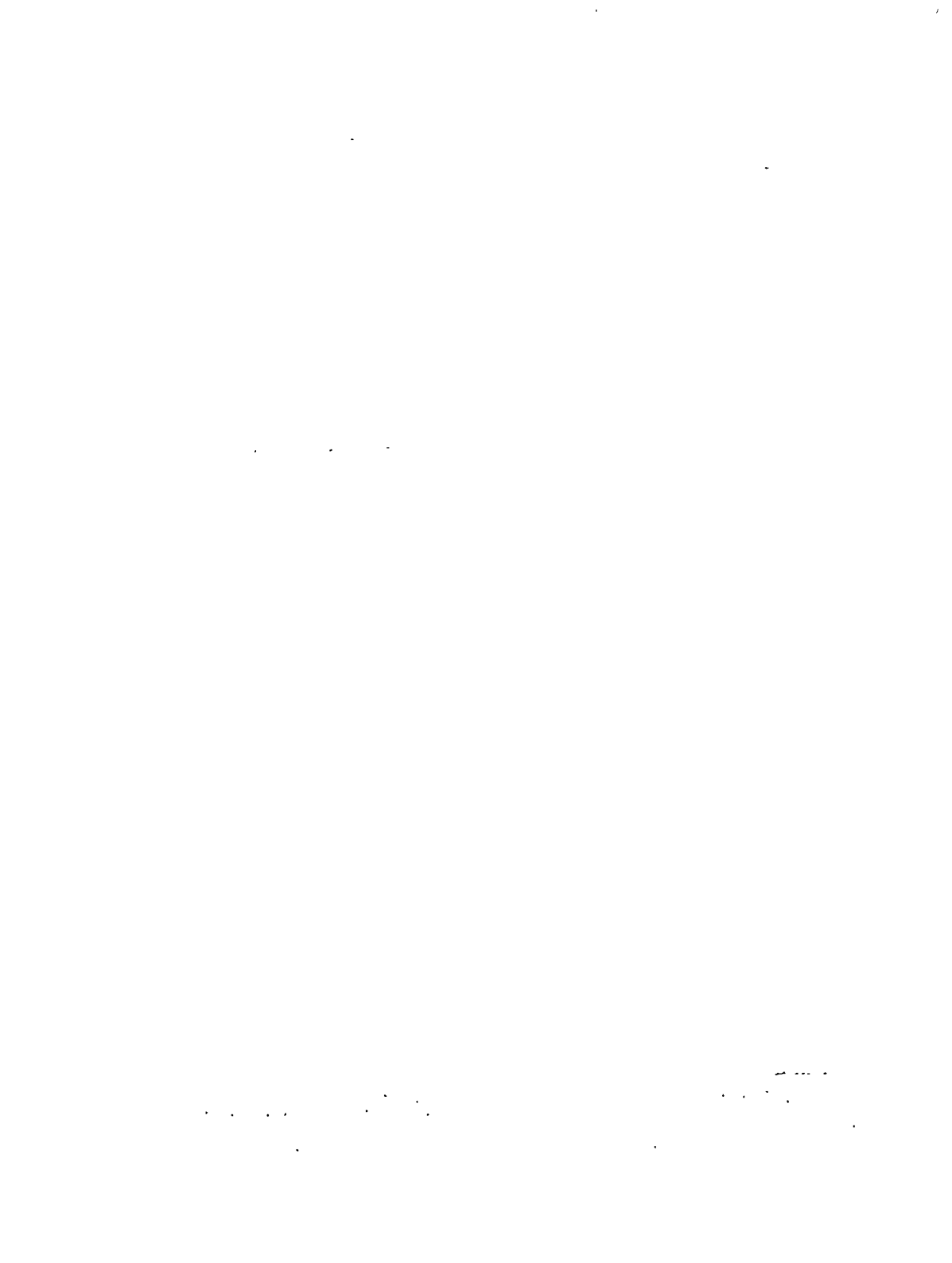
(9) Prólogo a la traducción española de la obra de Serick, ya citada.

V. Paradójicamente, esta obra de Verrucoli, con una gran documentación empírica, nos proporciona una nueva razón teórica a la hora de explicar la superación de la personalidad jurídica.

En resumen, un estudio de tesis. Original y valioso, aunque discutible. El panorama comparado que nos ofrece nos interesa tanto o más que sus conclusiones. La doctrina española es una de las más avanzadas en este punto. Su resonancia es muy amplia (10). No puede decirse lo mismo de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia. De aquí el interés de la obra que comentamos. El ejemplo del *Common Law* nos puede resultar valioso en este punto.

CARLOS HUIDOBRO.

(10) F. D. C.: *Ofensiva contra el concepto de la persona jurídica*, antes citada, pág. 944, nota 4, alude a cómo Serick, en un trabajo de 1959, recoge la opinión, moderada y cauta, de Antonio Polo, a que antes nos referimos. Citando con extensión, como ejemplares, unas frases del profesor de Barcelona.



REVISTAS

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Número 61, enero-febrero de 1966.

Psicología, Sociología y Política ante el fenómeno tributario, por José Maria Martín Oviedo.

La reciente aparición, como ciencia nueva, de la Psicología Financiera, hace necesario acomodarla en el sistema de los saberes ya establecidos. Con este objeto, aborda el autor algunos de los problemas en los que la Psicología Financiera se une a otras tres ciencias colindantes: la Psicología individual, la Sociología y la Política.

Análisis jurídico del hecho imponible, por Fernando Sainz de Bujanda.

Estudiado en números anteriores el concepto del hecho imponible, se recoge aquí la segunda parte de este extenso trabajo del profesor Sainz de Bujanda, dedicada a analizar el fundamento de aquél. Determinados actos dan origen a obligaciones tributarias porque la Ley los ha convertido en «hechos imponibles», pero es preciso saber qué razones justifican esta conversión. Estamos, nos dice, en presencia de un fenómeno de selección y el problema radica en ver qué cri-

terio ha de presidir esta operación selectiva y si el legislador puede llevarla a efecto con plena discrecionalidad.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 97, julio-septiembre de 1965.

En torno al llamado aval en documento separado, por José Maria Muñoz M. Planas.

Partiendo del origen histórico de esta garantía bancaria, y analizando su ulterior desenvolvimiento legal y doctrinal, concluye el autor afirmando que ni la interpretación de la Ley, ni los intereses y exigencias reales del tráfico, ofrecen argumentos suficientes para justificar la supuesta categoría legal del aval extracambiario.

Número 98, octubre - diciembre de 1965.

El ejercicio del cargo de Administrador de la Sociedad Anónima por las personas jurídicas, por Eduardo Polo Sánchez.

¿Es viable esta posibilidad? El silencio de la Ley de Sociedades

Anónimas y del Reglamento del Registro Mercantil no impiden al autor llegar a conclusiones de franca admisibilidad, apoyado en el conjunto sistemático de aquellos textos legales y en el Derecho comparado (especialmente el Proyecto de Ley francés sobre Sociedades comerciales, de 1964).

El comisionista de Transportes, por Enrique Seco Caro.

Se propone este estudio, nos dice su autor, perfilar la figura del comisionista de Transportes, teniendo en cuenta principalmente la realización actual de quienes intervienen en la contratación del transporte en funciones intermedias entre usuarios y porteadores o transportistas. Con este objeto analiza el estatuto público o reglamentación administrativa de esta labor intermediaria, la naturaleza jurídica o calificación con arreglo al Derecho privado de los llamados en el Código de Comercio español comisionistas de transportes, y las diversas formas de interposición.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo de 1966.

Incapacidad de testar del que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», por Pablo Beltrán de Heredia y Onís.

Considera fundamental el autor la distinción entre el declarado

judicialmente incapaz por enfermedad mental y el que, sin hallarse incapacitado judicialmente, no está en su cabal juicio. La doctrina habla de incapacidad legal y natural, recogidas en preceptos distintos del Código, el 665 y el 663 párrafo segundo, respectivamente. La primera tiene su origen inmediato en la sentencia, creadora de un estado o situación jurídica que inhabilita para concluir válidamente negocios jurídicos. La segunda surge de una situación de hecho habitual o accidental que origina un defecto del elemento volitivo. En el primer supuesto hay una presunción absoluta de incapacidad, sin más prueba en contrario que la de haberse otorgado el testamento en un intervalo lúcido; en cambio, en el segundo hay una presunción absoluta de capacidad, sin más prueba en contrario que la de haber otorgado el testamento en momento en que el testador carecía de «cabal juicio». De ahí que en el primer caso el cumplimiento de los requisitos del artículo 665 sea inexcusable para la validez del testamento, mientras que en el segundo quedará exclusivamente a la decisión del Notario la procedencia o improcedencia del otorgamiento.

La construcción extralimitada, por Juan Latour Brotons.

Nuestro Código no ha previsto los supuestos de edificaciones que se asientan sobre terreno en parte propio del edificante y en parte ajeno, pero de las normas que regulan la accesión y de los princi-

plos generales del Derecho, parece necesario entender que éstos deben ser considerados como casos de accesión invertida. El problema queda en pie, sin embargo, cuando concurre mala fe, y sólo en el constructor; ante la imposibilidad de aplicar a estos casos la drástica solución del artículo 363, sólo cabe poner en juego la normativa de la culpa, dando al dueño del suelo la posibilidad de optar entre recibir el precio del terreno y la indemnización correspondiente, o adquirir edificio y suelo del constructor mediante la compensación económica que fijen los tribunales.

Abril de 1966.

Sobre el principio de la proximidad de grado en el orden de los colaterales ordinarios, en el Código Civil panameño y en la Legislación comparada, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante.

La conversión legal como técnica del derecho de reforma en la agricultura, por José Luis de los Mozos.

La creciente intervención pública en la agricultura obedece a una variedad de fines que vedan

todo intento de sistematización. Prescindiendo de esta abigarrada diversidad, estudia el autor los tres aspectos más importantes de la planificación sectorial de la agricultura española: arrendamientos rústicos, colonización y concentración parcelaria; y la llamada «conversión legal» como fórmula general representativa de las transformaciones operadas en el campo contractual con motivo de la planificación de la agricultura.

EXTRANJERAS

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 14, octubre - diciembre de 1964.

Agrupación de fincas en el Registro de la Propiedad, por C. E. Mascareñas.

Contiene el trabajo una exégesis de los artículos 60 y 61 del Reglamento Hipotecario puertorriqueño, que recogen los requisitos y efectos de esta operación registral, muy semejantes a los exigidos por la legislación española, si bien no imponen expresamente la necesidad de escritura pública.

F. M. C.

